

Il «silenzio» nella Conferenza dei servizi nella procedura di incompatibilità dell'uso civico con l'opera pubblica sulla terra da esso gravata

di *Alberto Germanò*

Nel mio scritto precedente sull'art. 12 *ter* della l. 29 aprile 2024, n. 56 pubblicato su questa Rivista ho detto dei miei dubbi sulla legittimità di quella disposizione. Ora vorrei aggiungere alcune ulteriori riflessioni.

1. - L'istituto del silenzio-assenso trova la disciplina nella direttiva 2006/123 del 13 dicembre 2006 del Parlamento e del Consiglio relativa ai servizi del mercato interno. Essa stabilisce il principio della *tacita* autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine da esse non rispettato. Infatti, l'art. 13, dopo le giustificazioni espresse dai 'considerando' 39 e 43, e dopo i suoi paragrafi 1 e 3 secondo cui le procedure sono «tali da garantire ai richiedenti che la loro domanda sarà trattata [rispettivamente] con obiettività e imparzialità» e «con la massima sollecitudine entro un termine ragionevole prestabilito», dispone al suo par. 4 che «in mancanza di risposta (...) l'autorizzazione si considera rilasciata», potendo però «essere previsto un regime diverso se giustificato da un motivo imperativo di interesse generale, incluso un interesse legittimo di terzi».

Nello sfondo della procedura si intravedono un cittadino che chiede un'autorizzazione onde l'attività che intende intraprendere possa essere qualificata legittima, e un'autorità amministrativa che è tenuta a dare o a negare tale autorizzazione entro un certo ben specificato termine, che però essa non rispetta. La normativa comunitaria, peraltro, aggiunge le prescritte condizioni per il rilascio, enumerando, all'art. 10, i criteri da rispettare e cioè, tra gli altri, che essi siano non discriminatori, giustificati da motivi imperativi di interesse generale, commisurati all'ottenimento di interesse generale, chiari e inequivocabili, oggettivi, resi pubblici preventivamente, trasparenti e accessibili. La stessa normativa, mentre spiega, al 'considerando' 40, che «la nozione dei motivi imperativi di interesse generale» copre i motivi di «ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica, mantenimento dell'ordine sociale, obiettivi di politica sociale, tutela dei destinatari di servizi, tutela dei consumatori, tutela dei lavoratori, benessere degli animali, prevenzione della frode, prevenzione della concorrenza sleale, salvaguardia dell'equilibrio finanziario, protezione dell'ambiente compreso l'assetto territoriale, tutela dei creditori, salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, tutela della proprietà intellettuale, salvaguardia della libertà di espressione e in particolare dei valori sociali, culturali, religiosi, filosofici presenti nella società, conservazione del patrimonio storico e artistico», precisa al paragrafo 4 del detto art. 13, che – come si è più sopra detto – «può essere previsto un regime diverso se giustificato da un motivo imperativo di interesse generale, *incluso un interesse legittimo di terzi*». In altre parole, l'esistenza di un *interesse legittimo di terzi* è motivo imperativo di interesse generale che consiglierebbe un regime diverso del silenzio/assenso.

Comunque vi è un *cittadino* che chiede un'autorizzazione al *potere*; che il potere non risponde nel termine prescritto; che il cittadino ottiene l'autorizzazione direttamente dal sistema, perché il *silenzio* del potere equivale all'*assenso* del sistema.

2. - Da parte sua l'Italia, nell'attuazione della direttiva 2006/123 con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, stabilisce all'art. 17, primo comma, che, ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio, occorre seguire il procedimento di cui all'art. 20 della l. 7 agosto 1990, n. 241¹ e al comma 4, lett. c), precisa che l'autorizzazione è considerata come rilasciata, cioè che il silenzio vale assenso, qualora il richiedente non ottenga risposta entro il tempo prescritto.

Successivamente, con la l. 7 agosto 1990, n. 241, il nostro legislatore, dopo avere affermato all'art. 2 che la P.A. adotta le sue determinazioni con un provvedimento espresso e formale, stabilisce nell'attuale formulazione dell'art. 20 della detta legge n. 241/1990 (come modificato dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 e rubricato, appunto, «Silenzio assenso») di attribuire all'inerzia dell'amministrazione il valore di accoglimento dell'istanza presentata dal cittadino. Costui, quindi, non subisce le conseguenze negative che discendono da un comportamento inerte/omissivo dell'amministrazione, la quale, infatti, è tenuta a un dovere di provvedere mediante l'adozione di uno specifico atto entro un termine prescritto. Così la norma recita che «nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda». E analoga disposizione è contenuta nell'art. 14 *bis* della stessa legge con riferimento alla c.d. Conferenza semplificata, in cui è detto al comma 4 che, fatti salvi i casi in cui l'Unione europea richiede l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine prescritto equivale ad assenso senza condizioni.

La normativa detta, poi, i punti fondamentali della procedura in cui vi è una istanza presentata dal cittadino a cui la P.A. è tenuta a rispondere. Il comma 2 dell'attuale citato art. 20 prevede che l'Amministrazione competente disponga la Conferenza dei servizi «anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati», mentre al comma 4 afferma che le disposizioni di questo articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico e l'ambiente, nonché i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali. Si noti che, tra i casi escludenti la disposizione, si fa espressa menzione a quello della tutela dell'ambiente che, nella fattispecie che qui si sta considerando, è rilevante, mentre non si richiama «l'interesse legittimo di terzi» di cui al par. 4 dell'art. 13 della direttiva 2006/123.

Anche qui nell'Ordinamento italiano vi è, nello sfondo, un *cittadino* che chiede qualcosa al *potere*, che il potere non gliela dà nel termine prescritto; che il cittadino la ottiene direttamente dal sistema, perché il *silenzio* del potere equivale all'*assenso* del sistema.

3. - Tanto nel diritto europeo, quanto nel diritto italiano la regola è che ogni provvedimento amministrativo deve essere espresso. Ne consegue che quando è ammesso un provvedimento «tacito» si è in presenza di un'eccezione. Il «silenzio vale assenso» è, perciò, un'eccezione, che non consente un'interpretazione estensiva ma, caso mai, restrittiva.

A differenza del sistema europeo è doveroso subito aggiungere, in merito al comportamento della P.A., che noi abbiamo una precisa disposizione costituzionale che non può essere negletta. Nel nostro Ordinamento vi è una disposizione che impone una riflessione: l'art. 54 Cost., al comma 2, stabilisce che «i

¹ La legge n. 241/1990 è la legge che, all'art. 14, regola la Conferenza dei servizi, la quale è un modo procedimentale-organizzativo suscettibile di determinare un'accelerazione dei tempi procedurali e di consentire l'esame congiunto degli interessi pubblici coinvolti, cosicché risulta necessaria per acquisire atti di assenso di competenza di diverse pubbliche amministrazioni (cfr. Corte cost. 27 dicembre 2018, n. 246, in *Giur. cost.*, 2018, 6, 2761). Si noti che l'art. 14 della legge n. 241/1990 stabilisce al comma 1: «La Conferenza dei servizi istruttoria può essere indetta dall'amministrazione procedente anche su richiesta di altra amministrazione coinvolta o del privato interessato quando lo ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti». Al comma 2: «La Conferenza dei servizi decisoria è sempre indetta dall'amministrazione procedente quando la conclusione positiva è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici». Al comma 4: «Qualora un progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale di competenza regionale, tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione e all'esercizio del medesimo progetto, vengono acquisiti nell'ambito di apposita Conferenza dei servizi».

cittadini cui sono affidati funzioni pubbliche – in altre parole, i funzionari pubblici, gli organi della P.A. – hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore», un termine – quest’ultimo – quasi dimenticato che impone il rispetto delle regole di etica sociale e il rifiuto, anche colposo, di qualsiasi genere di prevaricazione del potere. La P.A. non potrebbe mai utilizzare il suo potere in modo arbitrario e il silenzio-assenso non potrebbe mai essere un espediente per semplificare la vita dell’amministrazione.

4. - Ritengo che vi siano due punti che occorre segnalare subito. Tanto la normativa comunitaria, quanto la normativa nazionale limitano l’istituto del silenzio-assenso a un rapporto tra privato e P.A. ed escludono il provvedimento del silenzio-assenso quando si tratti di interventi riguardanti, ad esempio, il patrimonio paesaggistico. In ordine a questo secondo punto è facile mettere in evidenza che dai motivi imperativi di interesse generale viene, con una specifica disposizione, escluso, appunto, quello della tutela dell’ambiente e dell’assetto territoriale². Ben maggiori problemi sorgono in ordine al primo punto, perché la successiva l. 7 agosto 2015, n. 124, nell’introdurre il nuovo art. 17 *bis* nella legge n. 241/1990, non solo prevede al comma 3 che la procedura del silenzio-assenso qui si applica anche nei casi i cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta di amministrazioni preposte (tra gli altri) alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e tutela della salute, ma soprattutto dispone al comma 1 che quel silenzio-assenso, che operava solo tra privati e P.A., opera ora anche tra amministrazioni pubbliche, cioè tra la P.A. procedente e la P.A. che deve dare l’assenso o il concerto o il nulla osta³. Dunque, ora ci può essere una P.A. che avanza una proposta ad un’altra P.A. la quale è tenuta a risponderle entro un determinato prescritto termine, e qualora non risponda, la risposta la si ha come tacita determinazione affermativa. Qui non c’è, quindi, un cittadino dinanzi al potere; ora si ha un *potere* che chiede ad altro *potere*, il quale deve rispondere, pena che il suo silenzio acquisti la natura e il significato di assenso.

5. - Mi pare assolutamente necessario riportare le parole del comma 1 di questo art. 17 *bis* della legge n. 241/1990: «Nei casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell’amministrazione procedente (...)», concludendo nell’ultimo rigo del successivo comma 3, «Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l’assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito».

Nella specie, cioè, l’art. 17 *bis* è destinato ad operare nei rapporti interni tra amministrazioni (rapporti, quindi, «orizzontali» tra pubbliche amministrazioni) in cui il procedimento è destinato a concludersi con una finale decisione pluri-strutturata. E, invero, alla P.A. che deve esprimere l’assenso deve essere inviato, come vero e proprio presupposto per l’operatività della semplificazione procedurale, uno «schema di provvedimento» che implica che si sia già chiusa la fase istruttoria, le cui risultanze consentono alla P.A. procedente l’elaborazione del detto schema sul quale la P.A. interpellata esprimerà il proprio assenso, che – se non verrà espresso nel tempo prescritto – verrà considerato come avvenuto in senso affermativo. Dunque, il silenzio procedimentale di cui all’art. 17 *bis*, legge n. 241/1990 opera esclusivamente nella c.d. fase pre-decisoria del provvedimento pluri-strutturato, presupponendo la fattispecie, appunto e in modo espresso, uno «schema di atto» già formato⁴. Conseguentemente, la decisione di incompatibilità dell’uso civico con l’opera pubblica progettata postulerebbe un *distinto* procedimento con un’apposita istruttoria

² Si noti che l’art. 6, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127 stabilisce che, nel caso di Conferenza dei servizi per interventi che richiedono l’autorizzazione paesaggistica, la P.A. procedente effettua la comunicazione di cui all’art. 14 *bis*, legge n. 241/1990 all’amministrazione competente e al soprintendente che deve esprimere il parere ex art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

³ L’art. 17 *bis* è stato modificato, nei suoi commi 1 e 2, dall’art. 12, comma 1, lett. g) del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁴ Cfr. T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II 7 dicembre 2021, n. 1832, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>, che cita Cons. Stato, Comm. spec. 13 luglio 2016, n. 1640, *ivi*.

che dovrebbe svolgersi per intero. Ed è l'art. 19 *bis* della legge n. 241/1990 (rubricato «Concertazione dei regimi amministrativi») che disciplina la forma del silenzio in funzione rimediabile del comportamento omissivo serbato dal competente organo amministrativo nei rapporti «verticali» tra P.A. e privato, attribuendo il significato di assenso sull'istanza proposta qualora la P.A. interpellata non risponda entro il termine prescritto.

Si noti, ancora, come si è già detto, che è in questo frangente di procedura *ex art.* 17 *bis* della legge n. 241/1990 che non vale più – quale limite escludente – la tutela dell'ambiente compresa tra i «motivi imperativi di interesse generale» esplicitati dalla normativa comunitaria.

6. - Nel 2024, nella l. 29 aprile 2024, n. 56 di conversione del d.l. 2 febbraio 2024, n. 19 che detta disposizioni per l'attuazione del Piano di ripresa e resilienza-PNRR, è inserito l'art. 12 *ter* che recita: «1. Fermo restando il rispetto del vincolo paesaggistico ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere pubbliche o di pubblica utilità comprese negli interventi infrastrutturali individuati ai sensi dell'articolo 4 del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, oppure afferenti agli investimenti pubblici di cui al comma 1 dell'articolo 48 del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, si intendono di norma compatibili con l'esercizio dell'uso civico, fatto salvo quanto previsto dal comma 2 del presente articolo. // 2. Per le finalità di cui al comma 1, la Regione o un Comune dalla stessa delegato si esprime in merito alla compatibilità delle opere con gli usi civici nell'ambito della Conferenza di servizi indetta ai sensi degli articoli 14 o 14 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241. Decorso inutilmente il termine per la valutazione di compatibilità ai sensi del primo periodo del presente comma, si applica il comma 4 del citato articolo 14 *bis* della legge n. 241 del 1990. Nel caso in cui nell'ambito della Conferenza di servizi sia rilevata l'incompatibilità di un'opera con l'esercizio dell'uso civico, la stazione appaltante può procedere alla sistemazione delle terre gravate dal medesimo uso civico, adottando i provvedimenti necessari, nel limite delle somme disponibili nel quadro economico dell'intervento».

In altre parole si prevede una Conferenza di servizi in cui si discuta della compatibilità dell'uso civico con l'opera pubblica programmata e si afferma che, se la P.A. interpellata non risponde entro il termine prescritto, si intende che il silenzio valga assenso e ciò in forza del richiamato comma 4 dell'art. 14 *bis* della legge n. 241/1990.

7. - Come si è visto, la fattispecie interessata dall'art. 12 *ter* del d.l. n. 19/2024 inserito nel momento della conversione nella legge n. 56/2024 riguarda le opere pubbliche di cui al PNRR. Si tratta di costruzioni volte alla realizzazione di un fine pubblico eseguite direttamente dallo Stato o da altri enti pubblici o da essi appaltate a imprese private. Godono, perciò, di tre caratteri: *a)* il soggetto che vi provvede ha natura pubblica; *b)* il fine dell'opera è pubblico; *c)* l'opera ha una consistenza immobiliare. A fare degli esempi, possiamo immaginare una strada comunale, un elettrodotto, un gasdotto, una funivia.

8. - Nella fattispecie di cui si discute c'è un bene di uso civico che deve essere sottratto all'uso civico, in quanto detto uso è considerato incompatibile con l'opera pubblica. Tale sottrazione si ha o a mezzo della dichiarazione del mutamento di destinazione disposta dalla Regione *ex art.* 12, legge n. 1766/1927 su richiesta di chi è interessato all'utilizzo del bene gravato dall'uso civico, oppure a mezzo di un decreto dello Stato di sdemanializzazione del bene nel solco dell'art. 829 c.c. secondo cui occorre che la volontà di sottrarre il bene alle conseguenze dell'inalienabilità, indivisibilità e inusucapibilità (cioè le c.d. regole demaniali valide anche per le proprietà collettive di uso civico) «deve essere dichiarata dall'autorità amministrativa e deve essere dato annuncio nella gazzetta ufficiale».

9. - Poiché il fine della conservazione delle proprietà collettive (sia «aperte» che «chiuse») non può più ritenersi fondato in modo escludente sul *ne cives fame pereant*, ma trova, invece, la sua giustificazione sulla

tutela dell'ambiente come in modo perspicuo è stato affermato dalla Corte costituzionale⁵, entrambe le procedure di «eliminazione» dell'uso civico sull'area destinata a divenire una strada o un gasdotto, o a sopportare i tralicci dell'elettrodotto o della funivia appaiono non subire la limitazione che l'originaria procedura della Conferenza dei servizi subiva quando essa era esclusa qualora ricorresse il «motivo di interesse generale» della tutela dell'ambiente e del paesaggio territoriale, e ciò per l'espressa disposizione del comma 4 dell'art. 20 della legge n. 241/1990 come meglio indicato *supra*, al punto 2 di questo scritto. Ma è veramente così? Non vi è, per caso ed invece, un altro limite per l'esclusione dell'istituto del silenzio/assenso?

10. - Continuiamo con gli esempi.

Il Comune chiede, in forza del suo piano regolatore, di fare una strada su un'area di proprietà collettiva e la Regione deve disporre il mutamento di destinazione dando il suo assenso *ex art.* 12, legge n. 1766/1927; se non lo dà entro il tempo prescritto, il suo silenzio varrebbe assenso. È così?

Il Ministero delle infrastrutture chiede la sdemanializzazione dell'area di proprietà collettiva su cui si intende impiantare il centro di smistamento di un gasdotto i cui pilastri affondano nel terreno e il Ministero dei beni culturali e paesaggistici deve valutare il grado di distruzione dell'ambiente da parte del gasdotto – ambiente che la salvaguardia del bene civico in questione ha finora protetto – dando il suo assenso nel tempo prescritto; se non lo dà, il suo silenzio varrebbe assenso. È così?

In altre parole, con la domanda che viene posta alla P.A. competente a rispondere si vuole il rilascio di un provvedimento che verte sulla cancellazione dell'uso civico incompatibile con l'opera pubblica che si vuole costruire nell'area del bene civico. L'omissione del richiesto provvedimento entro il prescritto tempo può valere come risposta affermativa e quindi portare alla cancellazione dell'uso civico e alla (un tempo si sarebbe detta) trasformazione in allodio⁶ del bene civico prima gravato?

11. - Ciò a cui si deve fare attenzione è che, nei casi ipotizzati di mutamento di destinazione e di sdemanializzazione, la procedura richiede la partecipazione/presenza dei titolari della proprietà collettiva che si vuole incidere. Per giurisprudenza⁷ il mutamento di destinazione *ex art.* 12, legge n. 1766/1927 richiede, infatti, la partecipazione della collettività interessata. Secondo giurisprudenza⁸ la procedura di sdemanializzazione richiede, infatti, «delicatezza e complessità» di accertamenti, «soprattutto [per] la peculiare struttura dell'istituto con il particolare ruolo dei singoli titolari dell'uso civico», tanto che si conclude che la sdemanializzazione non possa avvenire di mero fatto.

Orbene, nelle disposizioni relative al silenzio/assenso si fa cenno ai «motivi imperativi di interesse generale» che potrebbero ostare all'applicazione dell'istituto. Il 'considerando' 40 della direttiva 2006/123, che elenca i casi che qui si sono trascritti, *supra*, al punto 1, riporta che vi è anche, come motivo imperativo che escluderebbe l'istituto del silenzio/assenso, «d'interesse legittimo di terzi» e la stessa formula si riscontra nel par. 4 dell'art. 13 della stessa direttiva. E l'attuale art. 20 della legge n. 241/1990, al comma 2, impone di «tener conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati».

Che significato hanno queste due formulazioni?

Possono significare che basti che alla Conferenza dei servizi sia presente la collettività dei titolari del bene civico ai cui diritti si sta operando un vero e proprio attentato con le richieste del mutamento di destinazione o della sdemanializzazione del bene d'uso civico? Possono significare che basti che alla Conferenza dei servizi si prenda atto delle ragioni opposte dalla collettività degli utenti? Può essere sufficiente che si rispetti l'art. 9 della l. 7 agosto 1990, n. 241 in materia di procedimenti amministrativi il quale dispone:

⁵ Corte cost. 1° aprile 1993, n. 133, in *Giur. cost.*, 1993, 1072.

⁶ Si ricordi che per allodio si intendevano le terre possedute in proprietà libera.

⁷ Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV 26 marzo 2013, n. 1698, in questa Riv., 2013, 320.

⁸ Cfr., ad esempio, Cass. Sez. III Civ. 28 settembre 2011, n. 19792, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, 1357.

«Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazione o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, ha facoltà di intervenire nel procedimento?»

Oppure, e invece, per la «delicatezza e la complessità» della valutazione che dette ragioni impongano, si deve ammettere che vi siano casi in cui, qualora nella Conferenza dei servizi la P.A. interpellata non risponda, il suo silenzio – ovverosia il fatto che non si pervenga, *ex art. 54 Cost.*, a una determinazione completa nei suoi caratteri e passaggi per il particolare ruolo «giocato» dai titolari dell'uso civico – non valga come assenso?

Forse è così. Forse la necessità di una partecipazione *attiva* dei titolari delle proprietà collettive è il limite che esclude l'istituto del silenzio/assenso.

12. - Mi pare poter ritenere che l'art. 12 *ter* della legge n. 56/2024 richieda un'interpretazione che vada oltre la semplice e semplicistica lettura delle parole in esso adoperate.

Quando è in ballo l'interesse legittimo della collettività titolare della proprietà collettiva, là ricorre il motivo imperativo che esclude l'istituto del silenzio/assenso nella procedura diretta a ottenere il provvedimento amministrativo di «cancellazione» degli usi civici. In altre parole, la richiesta alla P.A. di valutare la compatibilità dell'opera pubblica con l'uso civico non può sfociare nel silenzio.