

Autorizzazione paesaggistica e silenzio devolutivo

L'autorizzazione paesaggistica rappresenta una forma di controllo preventivo che lo Stato esercita, attraverso le soprintendenze, sulle attività che impattano su immobili od aree di notevole interesse pubblico, potenzialmente generatrici di una compromissione di quell'insieme di valori storici, naturalistici ed estetici, costituenti il paesaggio¹, bene tutelato dall'art. 9 cost.

In forza dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, la regione (o l'ente locale da essa delegato) deve provvedere sulla domanda di autorizzazione paesaggistica avanzata dal privato, "in conformità" al parere vincolante della soprintendenza, da rendersi entro quarantacinque giorni dalla ricezione di una proposta di provvedimento, corredata dalla documentazione pertinente e da una relazione tecnica illustrativa e che, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti senza che la soprintendenza abbia reso il parere, l'amministrazione procedente "provvede comunque sulla domanda di autorizzazione".

Il parere della soprintendenza è reso limitatamente alla compatibilità paesaggistica dell'intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla disciplina specifica contenuta nell'art. 140, comma 2 (art. 146, comma 8), non potendosi spingere a valutare profili diversi, come, ad esempio, quello dello stato legittimo dell'immobile.

In merito alla natura del silenzio serbato dalla soprintendenza sulla richiesta di autorizzazione paesaggistica sussiste da tempo un contrasto irrisolto in giurisprudenza².

In particolare, il punto dibattuto riguarda l'applicabilità del meccanismo di cui all'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 12 del d.l. n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120 del 2020, in relazione alla "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", destinato ad operare a condizione che il diritto dell'Unione europea non richieda l'adozione di provvedimenti espressi.

¹ Per un inquadramento generale e storico della materia: S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione dello Stato*, Milano 1976; M.S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976; F. Merusi, *Art. 9 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975; A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969; A.M. Sandulli, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1967; M. Spasiano, *Art. 146*, in A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012.

² N. Pignatelli, *L'autorizzazione paesaggistica: il procedimento amministrativo come sede di attuazione dei valori costituzionali*, in *Federalismi.it*, 9 agosto 2023, che richiama T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, sez. II, 2 novembre 2022, n. 2896.

La norma citata stabilisce un modulo procedimentale così strutturato:

- la p.a. procedente trasmette uno schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, alla p.a. deputata ad esprimere l'assenso, il concerto o il nulla osta;
- inutilmente decorsi trenta giorni dal ricevimento dello schema, si forma il silenzio assenso;
- il silenzio assenso opera anche quando la p.a. che deve rendere l'assenso è preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, con previsione di un termine per il riscontro pari a novanta giorni, salvo il diverso termine previsto dalla normativa di settore.

Quanto agli effetti giuridici, il coevo art. 2, comma 8-*bis*, prevede l'inefficacia dell'atto negativo emesso dalla p.a. diversa da quella procedente dopo la scadenza dei termini, ferma la possibilità dell'autotutela ai sensi dell'art. 21-*nonies*, ricorrendone presupposti e condizioni.

Comune punto di partenza delle opposte opinioni è che l'art. 17-*bis* si applichi solo ai procedimenti c.d. "orizzontali", ossia aventi fase decisoria pluri-strutturata.

La disposizione richiede, cioè, che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe siano titolari di un potere decisorio sostanziale e tutelino un interesse giuridico distinto, a ciascuna di essa riservato.

Al contrario, nel caso in cui una delle due amministrazioni rivesta un ruolo meramente formale, nel senso di raccogliere, trasmettere o istruire l'istanza in favore dell'altra, unica decidente, la decisione è mono-strutturata e solo il soggetto richiedente il provvedimento è individuabile come portatore di un interesse a sé stante (procedimento c.d. "orizzontale").

In questo scritto, si tratterà del filone negativo all'operatività del silenzio assenso.

L'orientamento negativo muove dalla configurazione del provvedimento come mono-strutturato, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza (e nell'interesse) della parte privata e non della parte pubblica.

Il rapporto tra regione/ente locale e soprintendenza è dunque meramente interno, ossia finalizzato a co-gestire la fase istruttoria e non quella decisoria³.

A tanto conduce la lettera dell'art. 146, comma 9, secondo cui, "decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione": norma non abrogata dall'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990, la quale istituisce una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso.

³ Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; *id.*, 29 marzo 2021, n. 2640; *id.*, sez. I, 28 giugno 2021, n. 1114; *id.*, sez. IV, 7 aprile 2022, n. 2584.

Il tutto, non senza rimarcare, sul piano assiologico, l'estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di «ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi», atteso che il parere è «atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica», in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica «deve essere ... tecnico e proprio del caso concreto».

Il parere reso tardivamente è dunque perfettamente valido ed efficace, pur non essendo più vincolante per la p.a. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto sugli aspetti paesaggistici.

Il parere tardivo degrada quindi un elemento liberamente valutabile in sede istruttoria da parte dell'amministrazione procedente, attraverso la sua dequotazione a parere non vincolante.

In quest'ottica, l'amministrazione competente, alla luce di una autonoma ed esauriente motivazione, è legittimata a provvedere in modo non conforme alla valutazione contraria tardivamente espressa dalla soprintendenza ed a quest'ultima non resterà che ricorrere dinanzi al g.a. avverso l'atto autorizzativo difforme rispetto al proprio parere.

Da parte del privato richiedente, stante la natura non vincolante del parere tardivo, l'impugnazione processuale dello stesso deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse, spostandosi quindi l'interesse a ricorrere sull'eventuale provvedimento di diniego, ugualmente adottato dall'amministrazione competente.

Una non meno dibattuta questione riguarda se, all'autorizzazione paesaggistica da rilasciarsi in seno ad una conferenza di servizi, sia applicabile l'art. 14-ter, comma 7, della legge n. 241 del 1990, secondo cui "l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione della conferenza ... sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle amministrazioni partecipanti alla conferenza tramite i rispettivi rappresentanti. Si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza".

Anche in tal caso, a fronte di una posizione giurisprudenziale favorevole⁴, secondo cui la conferenza di servizi costituisce un modulo speciale, alla stregua del quale anche i pareri delle amministrazioni preposte alla tutela dei beni si intendono acquisiti favorevolmente decorsi novanta giorni dalla richiesta, in applicazione della norma generale di cui all'art. 17-bis della

⁴ Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255; *id.*, sez. IV, 2 ottobre 2023, n. 8610.

legge 241 del 1990, si contrappone una posizione giurisprudenziale contraria⁵, secondo cui il meccanismo del silenzio assenso è assolutamente inconciliabile con la natura del titolo autorizzativo.

Quest'ultima fonda la non applicabilità della norma richiamata su due ordini di ragioni.

Anzitutto, il parere della soprintendenza non è equiparabile ad un provvedimento conclusivo di assenso o di dissenso, restando sempre configurabile come un parere, attraverso cui la soprintendenza condivide la sola fase istruttoria con l'autorità che deve emettere l'autorizzazione (che è il provvedimento finale).

Inoltre, la compatibilità dell'opera con i vincoli esistenti non rientra nell'oggetto della decisione della conferenza di servizi, ma ne costituisce un prerequisito. A tal proposito, si aggiunge che la valutazione sul vincolo è altresì sottratta alla regola dell'opinione prevalente, per cui la valutazione negativa espressa dall'autorità preposta alla tutela del vincolo osta alla positiva conclusione della conferenza.

Altro aspetto dibattuto riguarda l'applicabilità del silenzio assenso al procedimento di accertamento della compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004, la c.d. autorizzazione paesaggistica "in sanatoria", che dev'essere adottata entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza, da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni.

Sul punto, ad una posizione giurisprudenziale favorevole, fondata sulle ragioni generali sopra esposte⁶, se ne contrappone una contraria, la quale osserva in maniera tranciante come, diversamente dall'art. 146, comma 7, l'art. 167, comma 5, non prevede una proposta od uno schema di provvedimento, formulati dall'autorità procedente e rivolti alla soprintendenza, come invece richiesto dall'art. 17-bis ai fini della formazione del silenzio assenso⁷.

Un ulteriore contrasto riguarda, infine, gli effetti dell'eventuale parere "in sanatoria" tardivo che, secondo una tesi apparentemente isolata, conserverebbe la propria natura vincolante⁸, mentre, secondo altra, sarebbe soggetto a valutazione da parte dell'autorità procedente, la quale deve farvi riferimento motivato nel provvedimento conclusivo⁹.

⁵ Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640.

⁶ Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556; T.A.R. Napoli, sez. VI, 7 giugno 2019, n. 3099.

⁷ Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935; *id.*, sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 895; T.A.R. Toscana, sez. III, 12 novembre 2019, n. 1520.

⁸ Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2016, n. 1613.

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935; sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 895.

Non vi è dibattito intorno alla tesi dell'inapplicabilità del silenzio assenso al procedimento di condono edilizio.

Infatti, secondo la giurisprudenza, il modulo provvedimentale di cui all'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990 non è esportabile al procedimento di condono edilizio, essendo connotato da tratti di assoluta specialità¹⁰; e contraria al silenzio assenso in materia di condono è anche la dottrina¹¹. Per vero, la legge 28 febbraio 1985, n. 47, recante la disciplina generale applicabile anche alle normative sopravvenute, istituisce due distinte forme di silenzio giuridicamente rilevante, prevedendo che:

- a) se l'immobile è sottoposto a vincolo, la sanatoria è subordinata al parere favorevole dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo stesso, sul quale, decorsi centottanta giorni, si forma il silenzio inadempimento (art. 32, comma 1);
- b) decorsi ventiquattro mesi dalla sua presentazione e sussistendone i presupposti, sulla domanda di sanatoria si forma il silenzio assenso, ove l'interessato abbia versato le somme dovute e fatto istanza di accatastamento (art. 35, comma 17).

Riguardo alla seconda previsione, è costante l'affermazione per cui, tra i presupposti indefettibili del silenzio assenso, vi è la previa acquisizione del parere favorevole dell'autorità tutoria del vincolo¹².

Infine, anche al parere tardivo deve riconoscersi efficacia vincolante, mancando, per il condono, una disposizione analoga all'art. 146, comma 9, d.lgs. n. 42 del 2004, a mente della quale, decorso inutilmente il termine, "l'amministrazione competente provvede comunque".

Gaetana Marena

¹⁰ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 12 gennaio 2022, n. 240; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 23 maggio 2022, n. 1394.

¹¹ P. Carpentieri, *op. cit.*

¹² Cons. Stato, sez. II, 26 aprile 2021, n. 3342.