

Autorizzazione paesaggistica

Autorizzazioni paesaggistiche: se la soprintendenza non fa *pervenire* il parere entro il termine la regione, o l'ente locale, *deve* provvedere

di Sandro Amorosino

L'art. 146 del D.Lgs. n. 42/2004 disciplina il procedimento di autorizzazione paesaggistica prevedendo il *concorso* di poteri di decisione della regione, o ente locale, e dello Stato: l'amministrazione regionale, o locale competente, gestisce il procedimento e formula la proposta e la Soprintendenza esprime il parere vincolante (ch'è, in pratica, una decisione finale *conformativa*) entro 45 giorni. Decorsi inutilmente 60 giorni l'amministrazione regionale/locale deve "*comunque*" concludere il procedimento e provvedere.

Una recente sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 4914/2013) ha affermato che, anche una volta scaduto il termine, il Soprintendente conserva il potere di esprimere il parere, pur tardivamente, e che ad esso si deve conformare l'amministrazione procedente.

La tesi della "perpetuità" del potere soprintendentizio lascia perplessi, perché il legislatore ha palesemente inteso circoscrivere l'arco temporale in cui esso può essere esercitato (come ha affermato il TAR Veneto, Sez. II, n. 1295/2013), ma – in ogni caso – non può essere interpretata, ancora più estensivamente, nel senso che l'amministrazione procedente debba attendere passivamente finché non "arriva" il parere del Soprintendente. Una tale interpretazione ridurrebbe Regioni ed enti locali a soggetti subalterni, meri esecutori. Viceversa essi hanno il *dovere* di concludere il procedimento appena sono scaduti i 60 giorni (termine nel quale è *già compreso* un periodo di *stand still* di 15 giorni, ulteriore rispetto a quello – di 45 giorni – assegnato al Soprintendente per pronunciarsi).

L'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio disciplina il procedimento di autorizzazione paesaggistica prevedendo – com'è noto – il *concorso obbligato* dell'amministrazione regionale (o, nella maggior parte dei casi, locale) e della soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici.

Il concorso del potere regionale/locale e di quello del soprintendente viene scandito, nella sequenza procedimentale, in base a regole chiarissime:

I) l'amministrazione regionale/locale – *competente* la definisce il Codice – gestisce il procedimento: riceve l'istanza e, compiuta l'istruttoria, formula, entro quaranta giorni, una proposta di provvedimento, positiva o negativa, e la trasmette alla soprintendenza (comma 7);

II) il soprintendente deve rendere il suo parere *vincolante* – positivo o negativo – entro quarantacinque giorni dalla ricezione della proposta (comma 5

e comma 8) e ad esso l'amministrazione regionale/locale deve conformarsi;

III) decorso inutilmente il termine di cui ai commi 5 e 8 "l'amministrazione competente *provvede* sulla domanda di autorizzazione" (comma 5 e comma 9). È, dunque, *cristallino* che – una volta scaduto il termine di 45 giorni, dalla data di ricevimento della proposta (da parte della soprintendenza) – l'amministrazione regionale/locale, ove non abbia ricevuto il parere, "può convocare" (è dunque una *facoltà* non un obbligo) una conferenza di servizi, per fare esprimere in tale sede la soprintendenza e comunque decorsi 60 giorni deve provvedere.

Il Codice, con corretta tecnica legislativa, nel comma 5 e nel comma 8, usa l'indicativo presente – "provvede" – proprio a significare che l'Amministrazione regionale/locale – essendo *competente* – *deve provvedere*.

Il disposto legislativo, che per ben due volte (al comma 5 e al comma 8) sancisce il dovere di provvedere non può – ovviamente – essere “superato” da una sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4914) nella quale si afferma che, anche una volta decorso il termine di 45 (+15) giorni, la soprintendenza conserva “intatto” il potere di esprimere il suo parere vincolante, “ma l’interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo per contestare l’illegittimo silenzio inadempiamento” [magra consolazione, in verità, per chi si è visto “bocciare” un’istanza da un parere vincolante tardivo].

La sentenza del Consiglio di Stato non può, comunque, essere interpretata nel senso che l’amministrazione competente, anche una volta decorsi inutilmente i 60 giorni, debba attendere passivamente il parere tardivo. E attendere per quanto tempo? All’infinito o sino a che alla Soprintendenza aggrada?

Tale interpretazione, passiva e rinunciataria all’uso del proprio potere (che pure è affiorata in qualche Regione, a seguito della sentenza del Consiglio di Stato), è del tutto contrastante con l’equilibrato sistema di concorso di competenze – statali e regionali/locali – previsto dal Codice ed espone – in caso di inerzia “attendista” (gli economisti direbbero “opportunistica”) – l’amministrazione regionale/locale al *risarcimento dei danni da ritardo*, perché il dovere di provvedere è inequivocabilmente posto dal legislatore in capo a tali amministrazioni, nel caso in cui la soprintendenza non si sia pronunciata entro il termine.

È appena il caso di sottolineare che, sotto il profilo istituzionale, un’interpretazione del genere ridurrebbe le regioni/enti locali a “passacarte” delle soprintendenze.

Nella realtà, poi, accade frequentemente che tra la data di emissione del parere (entro il termine) e la data di ricevimento, a mezzo posta raccomandata, passi un certo numero di giorni. La prassi comunemente adottata dalle amministrazioni competenti è quella di attendere qualche tempo, anche trascorsi i 60 giorni per “vedere se il parere arriva”.

Tale prassi, che consente, non di rado, allungamenti surrettizi dei termini, da parte della soprintendenza è del tutto *illegittima*.

L’art. 47, commi 1 ed 1-bis, del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell’amministrazione digitale), in vigore da quasi nove anni, dispone infatti che “Le comunicazioni di documenti tra le pubbliche amministrazioni avvengono [cioè – repetita iuvant: “devono avvenire” n.d.A.] mediante l’uso della po-

sta elettronica; esse sono valide ai fini del procedimento amministrativo una volta che ne sia verificata la provenienza.

L’inosservanza delle disposizioni di cui al comma 1, ferma restando l’eventuale responsabilità per danno erariale, comporta responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare”.

È, dunque chiarissimo – anche per la comminatoria delle responsabilità – che l’amministrazione regionale/locale *deve* comunicare la sua proposta, corredata dei documenti, per posta elettronica e – a sua volta – la soprintendenza *deve* comunicare il suo parere, mediante posta elettronica, “in tempo reale”.

Ne consegue che l’amministrazione competente, una volta decorso inutilmente il termine di 45 (+15) giorni assegnato alla soprintendenza, deve immediatamente provvedere in conformità alla proposta da essa stessa già formulata (positiva e negativa che sia).

Se, poi, il *parere tardivo* giunge dopo che l’amministrazione regionale o locale ha provveduto, rilasciando o negando l’autorizzazione, esso è del tutto *inefficace* perché il procedimento autorizzatorio si è – *doverosamente* – già concluso (entro il termine complessivo di 100 giorni prescritto dal Codice).

Anche a voler aderire alla tesi sostenuta nella sentenza n. 4914/2013 del Consiglio di Stato, in questo caso il parere tardivo sarà pure *legittimo*, ma resta del tutto *inefficace* perché è pervenuto a procedimento concluso.

È da aggiungere che una recente sentenza del TAR Veneto (sez. II, 14 novembre 2013, n. 1295) – successiva alla richiamata, recente modifica dell’art. 146 – ha invece ritenuto che il parere “espresso quando risultava ormai superato il termine *perentorio* di 45 giorni” ... “è nullo e privo di ogni effetto, in alcun modo in grado di condizionare l’amministrazione precedente”.

Le due opposte ricostruzioni – del Consiglio di Stato e del TAR Veneto – in ordine alla *validità* del parere tardivo della soprintendenza sottendono due diverse interpretazioni del concorso di competenze statali e regionali/locali, previsto dall’art. 146.

Il Consiglio di Stato presuppone la sussistenza di una “funzione di tutela di ultima istanza del paesaggio” in capo all’organo decentrato del Ministero, rafforzando l’*egemonia* della soprintendenza nel procedimento, peraltro già sancita dal parere vincolante (il quale – insegnava M.S. Giannini già nel “Diritto amministrativo” del 1970 – in realtà non è un parere, ma una decisione sostanzialmente concludente).

A tale posizione dominante si sommerebbe anche la facoltà di decidere pure tardivamente, ma comunque validamente (salvo – ovviamente – il caso in cui l'amministrazione regionale/locale abbia – *com'è suo dovere* – concluso rapidamente il procedimento).

Chi scrive – presiedendo, nell'ultimo novennio, numerose commissioni del MIBAC in tema di autorizzazioni – si è sempre duramente opposto alle spinte ad eliminare il carattere vincolante del parere (un'opposizione “sul campo” legislativo risultata più efficace di tanti articoli di giornale).

A cuor leggero, quindi, può opinare che la teoria della “ultrattività” del potere soprintendentizio di rendere il parere vincolante appare estranea, e squilibrante, rispetto al *sistema bilanciato* di concorso di competenze delineato dall'art. 146 e – sul piano dell'amministrazione effettiva – sarebbe produttivo di una sorta di “soggezione amministrativa” degli uffici regionali/locali ai voleri (e, talvolta, agli umori) delle soprintendenze.

Più convincente ed equilibrata – proprio nella *logica di sistema* dell'art. 146 e dell'intero Codice – appare l'interpretazione del TAR Veneto che configura quello della soprintendenza come un potere decisorio limitato nel tempo, destinato – in funzione della sollecita conclusione del procedimento – a venir meno una volta scaduto inutilmente il termine di legge entro il quale deve essere esercitato.

La sentenza del TAR Veneto è interessante, e condivisibile, anche sotto un secondo profilo, laddove afferma che “il parere della soprintendenza, formulato in termini negativi, anche tenendo conto della tesi più favorevole e quindi conteggiando il tempo concesso ai richiedenti per controdedurre al preavviso di diniego loro inviato, risulta comunque espresso quando risultava ormai superato il termine perentorio di 45 giorni, così come previsto dal comma 8 [n.d.A.: dell'art. 146] per l'espressione del richiesto parere”; ... “tale circostanza rende quindi nullo e privo di ogni effetto il parere successivamente reso, in alcun modo in grado di condizionare l'azione dell'amministrazione procedente”.

Si tratta – com'è evidente – di una interpretazione opposta rispetto a quella della citata sentenza del Consiglio di Stato in ordine alla permanenza, in capo al soprintendente, del potere di rendere il parere, una volta scaduto il termine di 45 giorni, laddove ha affermato: che “... nel caso di superamento del termine in questione il Codice non ha determinato né la perdita del relativo potere, né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo ...”.

Prescindendo dai dubbi sulla fondatezza della prima affermazione – che, in pratica, degrada il termine da *perentorio* a meramente *ordinatorio* – resta comunque incontestabile che la mancata adozione, entro il termine di legge, del parere soprintendentizio determina, *ex lege*, un preciso effetto procedimentale: quello di far sorgere l'immediato dovere di provvedere in capo all'amministrazione regionale/locale competente. Tale effetto è, di certo, ontologicamente diverso rispetto a quello riferibile alle ipotesi di silenzio qualificato, in quanto alla mancata pronuncia della soprintendenza non è attribuibile, in questo caso, alcun significato (positivo o negativo), ma ai fini sostanziali è ugualmente idoneo a “sbloccare” il procedimento.

Un'ultima notazione: la sentenza del TAR Veneto – ponendosi nella corretta prospettiva della celerità della conclusione del procedimento autorizzatorio – qualifica la comunicazione del preavviso di diniego come *sospensiva* del termine (che *riprende a decorrere* una volta che il privato abbia presentato le sue deduzioni o una volta scaduto il termine assegnatogli per presentarle) e non come *interruttiva* del termine stesso. Questa seconda tesi, com'è noto, si fonda sull'infelice locuzione “*interrompe*” impiegata nell'art. 10-bis della *legge generale* sull'azione amministrativa (n. 241/1990); tale locuzione ha propiziato un uso *dilatorio* del preavviso di diniego, che viene adoperato da molte amministrazioni come espediente per quasi raddoppiare, in pratica, il termine loro concesso dalle norme di settore per concludere il procedimento. A questo distorto fine il preavviso di diniego viene talora inviato il giorno prima della scadenza del termine per provvedere.

La sentenza del TAR Veneto colloca, invece, il preavviso di diniego “paesaggistico” all'interno della peculiare sequenza procedimentale delineata dall'art. 146 della *normazione speciale di settore*, che è tutta ordinata all'adozione del provvedimento, positivo o negativo che sia, entro il termine massimo di 100 giorni. Tale termine massimo può essere *ragionevolmente* allungato, di pochi giorni, soltanto per consentire al privato di esercitare il diritto di partecipare attivamente al procedimento, presentando osservazioni, ed all'amministrazione di riesaminare, alla luce degli ulteriori elementi di valutazione così acquisiti, la prospettata decisione negativa. Tuttavia – nella logica e nell'economia del procedimento autorizzatorio paesaggistico – il termine non può essere surrettiziamente più che raddoppiato – *interrompendo* il procedimento stesso con l'avviso di diniego – da parte di nessuna delle due am-

ministrazioni (quella regionale/locale, che gestisce il procedimento e quella statale, che interviene in esso in modo determinante con il parere vincolante).

Se infatti si seguisse quest'interpretazione si potrebbe avere un'inammissibile dilatazione dei tempi procedurali sino 203 giorni [39 giorni di istruttoria in sede regionale/locale → preavviso di diniego dell'amministrazione regionale/locale + 10 giorni per le osservazioni del privato + 40 giorni per l'adozione della proposta + 44 giorni di istruttoria della soprintendenza → preavviso di diniego + 10 giorni per le osservazioni del privato + 45 giorni

per il parere vincolante + ulteriori 15 giorni di *stand still* dell'amministrazione regionale locale, in attesa dell'arrivo del parere soprintendentizio + 20 giorni per l'adozione del provvedimento conforme da parte della regione/ente locale = 203). In pratica: il raddoppio del termine massimo previsto per la conclusione del procedimento, in palese contrasto con la *ratio* dell'art. 146.

Appare dunque preferibile l'interpretazione *sistematica* del TAR Veneto, fondata sulla specifica disciplina del procedimento autorizzatorio paesaggistico attribuisce al preavviso di diniego un effetto sospensivo e non interruttivo del termine.

LIBRI

Codice dei contratti pubblici

a cura di Luca R. Perfetti



L'opera fornisce il **commento** approfondito, **articolo per articolo del Codice dei contratti pubblici** relativi a lavori, servizi e forniture, **alla luce anche del Regolamento di esecuzione ed attuazione** del codice degli appalti.

La materia degli appalti pubblici continua ad essere interessata da importanti novità sia legislative che giurisprudenziali. In particolare numerose modifiche sono state apportate dalle "Manovre Monti" (L. 214/2011, L. 27/2012, L. 35/2012) e dagli ultimi provvedimenti intervenuti: il d.l. n. 83/2012 (c.d. decreto Crescita); il d.l. n. 95/2012 (c.d. spending review);

il d.l. n. 179/2012 (c.d. Crescita-bis); la legge anticorruzione n. 190/2012 e da ultimo il decreto antimafia.

Ipsoa 2013, pagg. 2720, € 140,00

Codice: 129707

ISBN: 978-88-217-4105-0

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **On line: www.shopwki.it**