

Un quesito sull'autorizzazione paesaggistica e il parere del Soprintendente

Domanda: Nel caso in cui, in sede di Conferenza dei Servizi, il Soprintendente non si esprima, e poi il parere di cui agli artt. 146 comma 5 e 167 comma 5 del D.lgs. 22 gennaio 2004 n.42 venga reso successivamente, vale a dire dopo la scadenza dei termini fissati dalla predette norme, è possibile per l'Autorità competente pronunciarsi definitivamente sull'istanza proposta dall'interessato, considerando *tamquam non esset* il parere sopravvenuto oltre il termine fissato dal comma 8 dell'art.146?

Risposta: (a cura dell'Avv. Valentina Stefutti): La questione è stata affrontata e risolta dal Consiglio di Stato, con persuasiva motivazione, nella recente pronuncia 4 ottobre 2013 n.4914 che sul punto ha affermato che *“il quadro normativo di riferimento, dal quale si evince che – nel caso di mancato rispetto del termine fissato dall'art. 146, comma 5, così come del termine fissato dall'art. 167, comma 5, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 – il potere della Soprintendenza continua a sussistere (tanto che un suo parere tardivo resta comunque disciplinato dai richiamati commi 5 e mantiene la sua natura vincolante), ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, per contestare l'illegittimo silenzio-inadempimento dell'organo statale: la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che, se rimasto inadempito, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze sulle spese del giudizio derivato dall'inerzia del funzionario).*

Poiché 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, va riformata la sentenza con cui il TAR ha rilevato la tardività del parere, senza nemmeno occuparsi delle conseguenze della constatata tardività”.

Il tenore della pronuncia del Supremo Consesso Amministrativo risulta assai convincente, come si accennava, per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, né all'art.146 commi 5 e 8, né al successivo art.167 comma 5 è dato rinvenire alcuna disposizione che lasci intendere che i termini ivi contemplati, quanto all'espressione del parere, abbiano natura perentoria, in un contesto in cui, di contro, è indiscussa, stante la chiarezza del dettato normativo di riferimento, la natura obbligatoria (e vincolante) dello stesso.

D'altra parte, secondo il costante insegnamento del Giudice delle Leggi, non è consentito alle Amministrazioni regionali introdurre deroghe agli istituti di protezione ambientale che dettano una disciplina uniforme valevole su tutto il territorio nazionale nel cui ambito deve essere annoverata l'autorizzazione paesaggistica (cfr. su tutte Corte Cost. n.367/07 e 323/08).

Ne deriva che proprio perché il comma 8 dell'art. 146 abilita la Regione (o l'Ente delegato) all'esercizio della funzione autorizzatoria unicamente a seguito della ricezione del parere del Soprintendente, ove la Regione, ovvero l'Ente delegato, come rappresentato nel quesito proposto, eserciti tale funzione in assenza di tale parere, il provvedimento adottato deve intendersi illegittimo e le opere assentite abusivamente realizzate.

Alla luce delle superiori considerazioni, non potrebbe quindi convalidarsi la tesi, spesso propugnata dal talune Amministrazioni, secondo cui un parere tardivamente reso sarebbe inutilizzabile, siccome assunto in carenza di potere, sì che le Amministrazioni stesse potrebbero, anche in sua assenza, concludere il procedimento, con un provvedimento di accoglimento o reiezione.

Per tramite della pronuncia citata, il Consiglio di Stato ha quindi convalidato la tesi per cui, in virtù della specialità delle norme di cui agli artt.146 e 167 del D.lgs. 22/04 cit., nella specie non trovano applicazione le norme generali di cui alla legge 7 agosto 1990 n.241, con particolare riferimento all'art.14-ter, commi 3-bis e 7.

Non a caso, già in una decisione precedente (cfr. CdS 24 settembre 2012 n.5066)), il Consiglio di Stato aveva puntualizzato, con estrema chiarezza, che *“ai sensi della previsione dell'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42/2004, il parere della Soprintendenza è, quindi, vincolante (e deve essere espresso in senso negativo quando risultino realizzati volumi di qualsiasi tipo) e non può essere surrogato da meccanismi di silenzio-assenso o inerzia devolutiva ed anche l'eventuale applicazione alla fattispecie dell'art. 146 del codice dei beni culturali e del paesaggio non cambierebbe certo i termini del problema, dovendo trovare comunque applicazione la previsione dell'ottavo comma della disposizione citata, assegnante comunque valore vincolante al parere della Soprintendenza fino all'“approvazione del piano paesaggistico ai sensi dell'articolo 143, comma 3, e all'avvenuto adeguamento ad esso degli strumenti urbanistici comunali”.*

Vi è peraltro da dire, ad ulteriore conferma che nella fattispecie non si configura alcuna ipotesi di silenzio devolutivo, che il successivo comma 9 dell'art.146 dispone come nell'ipotesi (che tuttavia non è quella descritta nel quesito proposto) in cui il termine di cui al precedente comma 8 sia decorso inutilmente, senza che il Soprintendente abbia reso il proprio parere, l'Amministrazione competente possa indire una Conferenza dei Servizi, chiamata a pronunciarsi entro il termine di quindici giorni, che prevede la partecipazione obbligatoria, anche rendendo il parere per iscritto, da parte del Soprintendente.

Ed ancora, a definitiva conferma della necessità di un provvedimento espresso, al comma 10, l'art.146 prevede che l'interessato possa chiedere l'intervento sostitutivo della Regione, anche per tramite di un Commissario *ad acta*.

D'altra parte, a ben guardare, è la stessa legge 7 agosto 1990 n.241 ad escludere che in materia paesaggistica possa configurarsi alcuna ipotesi di silenzio assenso, tanto che, all'art.20 comma 4 prevede espressamente che le disposizioni in materia di silenzio assenso non trovino applicazione agli *“atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente”*.

Valentina Stefutti

Pubblicato il 2 febbraio 2014