

AMBIENTE: Beni paesaggistici - Vincolo - Autorizzazione - Parere della Soprintendenza di cui all'art. 146, comma 8, d.lgs. n. 42 del 2004 - Silenzio assenso ex art. 17 bis l. n. 241/1990 - Applicabilità.

Tar Campania - Salerno, Sez. II, 4 febbraio 2022, n. 343

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2, 2022, pag. 559 e ss.

“L’istituto del silenzio assenso di cui all’art. 17-bis della legge n. 241 del 1990 opera anche con riferimento al procedimento di rilascio del parere di competenza della Soprintendenza prescritto dall’art. 146, comma 8, d.lgs. n. 42/2004 ai fini del rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, dal momento che costituisce espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico; detto procedimento rientra infatti tra le decisioni pluristrutturate nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l’Amministrazione procedente deve, per obbligo di legge, acquisire l’assenso vincolante di un’altra Amministrazione, con tutto quel che ne consegue in ordine alla piena operatività dell’istituto in parola per la ipotesi in cui la Soprintendenza non rilasci il parere di competenza nel termine previsto dalla legge”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2022 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, Maio Remigio (in appresso, M. R.) impugnava, chiedendone l’annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari: - il provvedimento del 15 settembre 2021, prot. n. 627, col quale il Responsabile dell’Unità Paesaggistica Ambientale del Comune di Ascea aveva rigettato la domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica prot. n. 11567 del 22 dicembre 2020; - il parere sfavorevole della Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per le Province di Salerno e Avellino (in appresso, Soprintendenza di Salerno e Avellino) prot. n. 17304-P del 3 agosto 2021; - il preavviso di parere sfavorevole della Soprintendenza di Salerno e Avellino prot. n. 14117-P del 28 giugno 2021;

- gli abusi sottoposti a sanatoria ex art. 167, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 42/2004 afferivano all'edificio rurale in proprietà del M., assentito con permesso di costruire n. 8072 del 1° dicembre 2004, ubicato in Ascea, frazione Marina, località Baronìa, censito in catasto al foglio 12, particelle 256, 849, 850, 853, 854, 857, 859, 860, 861, 862, 863, 865, 873, 874, 875, nonché ricadente in zona assoggettata a vincolo paesaggistico giusta d.m. 10 ottobre 1967 e ricompresa nella perimetrazione del Parco Nazionale del Cilento, Vallo di Diano e Alburni;
- essi consistevano nella realizzazione di un locale tecnologico e di una scala esterna di accesso al sottotetto esistente, nonché nell'innalzamento dell'altezza di quest'ultimo;
- il giudizio di incompatibilità paesaggistica espresso dall'autorità tutoria statale era incentrato sul duplice rilievo che, da un lato, i suindicati interventi edilizi avevano comportato la creazione di ulteriori superfici utili e di volumi, non sanabili, in quanto tali, ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 42/2004, e che, d'altro lato, sarebbero stati preclusi dal vincolo di inedificabilità temporaneo gravante sull'area in virtù della disciplina della l. r. Campania n. 5/2005 ("Costituzione di una zona di riqualificazione paesistico-ambientale intorno all'antica città di Velia");
- di qui, poi, l'adozione del susseguente provvedimento di diniego da parte del Comune di Ascea;
- nell'avversare siffatta determinazione declinatoria, il ricorrente deduceva, in estrema sintesi, che:
 - a) prima del preavviso di parere sfavorevole della Soprintendenza di Salerno e Avellino prot. n. 14117-P del 28 giugno 2021, sulla domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica prot. 10351 del 24 settembre 2020 si sarebbe formato il silenzio assenso 'orizzontale' ex art. 17 bis della l. n. 241/1990;
 - b) in ogni caso, l'amministrazione comunale, senza nemmeno avvalersi dell'apporto consultivo della competente Commissione Locale per il Paesaggio, si sarebbe immotivatamente appiattita sulle ormai tardive e non più vincolanti valutazioni dell'organo periferico ministeriale;
 - c) a dispetto di quanto da quest'ultimo ritenuto, su basi meramente congetturali e in difetto di istruttoria, gli interventi edilizi controversi avrebbero comportato la creazione non già di ulteriori superfici utili e/o volumi fruibili dal punto di vista abitativo, bensì di meri volumi tecnici;
 - d) il vincolo temporaneo di inedificabilità di cui alla l. r. Campania n. 5/2005, in quanto sopravvenuto all'attività edificatoria, non sarebbe stato in radice preclusivo dell'accertamento di compatibilità paesaggistica, ma avrebbe richiesto soltanto l'allestimento motivazionale delle specifiche e concrete ragioni ostative di quest'ultimo;
 - e) in difetto di istruttoria e di motivazione, l'autorità tutoria statale avrebbe tralasciato di formulare un giudizio di merito paesaggistico, avuto riguardo alla natura delle opere abusive, al contesto territoriale di riferimento ed all'impatto delle prime sul secondo;
- costituitosi l'intimato Ministero della Cultura, eccepiva l'infondatezza del gravame esperito ex adverso;

- il ricorso veniva chiamato all'udienza dell'11 gennaio 2022 per la trattazione dell'incidente cautelare;

- nell'udienza camerale emergeva che la causa era matura per la definizione immediata nel merito, essendo integro il contraddittorio, completa l'istruttoria e sussistendo gli altri presupposti di legge;

- le parti venivano sentite, oltre che sulla domanda cautelare, sulla possibilità di definizione del ricorso nel merito e su tutte le questioni di fatto e di diritto che la definizione nel merito pone;

Considerato che fondato si rivela essere l'ordine di doglianze riportato retro, in premessa, sub lett. a, alla stregua delle ragioni illustrate in appresso, e in conformità all'indirizzo già accreditato dalla Sezione in subiecta materia (cfr. sentenze n. 1811/2020; n. 121/2021; n. 306/2021; n. 1542/2021; n. 2152/2021):

- come emergente dal tenore del parere del 3 agosto 2021, prot. n. 17304-P, occorre rimarcare, in punto di fatto, che: -- l'istanza di autorizzazione paesaggistica prot. n. 11567 del 22 dicembre 2020 è stata trasmessa dal Comune di Ascea con nota del 28 gennaio 2021, prot. n. 1100, e recapitata il 17 febbraio 2021 (prot. n. 3950-A del 24 febbraio 2021) alla Soprintendenza di Salerno e Avellino; -- in data 20 luglio 2021, è stato recapitato al destinatario, con nota via p.e.c. del 28 giugno 2021, prot. n. 14117-P, il preavviso di parere sfavorevole sulla menzionata istanza di autorizzazione paesaggistica prot. n. 11567 del 22 dicembre 2020; -- in relazione a tale preavviso il M. non ha rassegnato osservazioni;

- ora, dalla data (17 febbraio 2021) di acquisizione dell'istanza di autorizzazione paesaggistica prot. n. 11567 del 22 dicembre 2020 alla data di emissione (28 giugno 2021) e di recapito (20 luglio 2021) del preavviso di parere sfavorevole prot. n. 14117-P del 28 giugno 2021, figurano trascorsi, rispettivamente, 131 e 153 giorni; - dallo scadere (in data 30 luglio 2021) del periodo di sospensione ex art. 10 bis della l. n. 241/1990 (nella versione vigente ratione temporis, così come novellata dall'art. 12, comma 1, lett. e, del d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020: «Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo»), pari a 10 giorni successivi al recapito (in data 20 luglio 2021) della menzionata comunicazione via p.e.c. del 28 giugno 2021, prot. n. 14117-P, nei confronti dell'interessato, al

rilascio del parere definitivo del 3 agosto 2021, prot. n. 17304-P, figurano trascorsi ulteriori 4 giorni, i quali, sommati ai già trascorsi 1131 (e, vieppiù, 153) giorni, risultano superare ampiamente il termine di 90 giorni previsto dall'art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004;

- la circostanza dianzi acclarata – ossia l'intempestività dell'intervento consultivo da parte dell'autorità tutoria statale – ha finito per generare la formazione del silenzio assenso "orizzontale" o "interno" ex art. 17 bis della l. n. 241/1990 (di recente modificato dall'art. 12, comma 1, lett. g, del d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020) sull'istanza di autorizzazione paesaggistica prot. n. 11567 del 22 dicembre 2020;

- in argomento, la Sezione, nella sentenza n. 1542/2021, ha avuto modo di statuire che:

«Il punto centrale della vicenda riguarda l'applicabilità, o meno, dell'istituto del silenzio assenso di cui all'art. 17 bis della legge 241 del 1990, al parere della Soprintendenza ai beni paesaggistici ai sensi dell'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42 del 2004, reso oltre i quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti.

Prevede la norma che: "il soprintendente rende il parere ... entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti ... in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità".

Prevede, invece, l'art. 17 bis della legge 241 del 1990 che: "1. 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 ... 2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito ... 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano 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, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'art. 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente".

In tale quadro, è sopraggiunto l'art. 2, comma 8-bis, della legge 241 del 1990 (operante solo a partire dalla sua introduzione, con legge n. 120 del 2020), per il quale: “le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli artt. 14-bis, comma 2, lett. c), 17 bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ... sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'art. 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”.

Pur non ignorando i variegati orientamenti esistenti in giurisprudenza (per la tesi contraria, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640), il collegio opina per l'operatività dell'art. 17 bis della legge 241 del 1990 con riferimento al procedimento di rilascio del parere di cui all'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42 del 2004 (da ultimo, cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. II, 30 novembre 2020, n. 1811).

Occorre premettere che, per opinione granitica, il parere in esame costituisce “espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico” (da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843, 18 marzo 2021, n. 2358 e 19 marzo 2021 n. 2390), “nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza” (da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145).

Se così è, ad esso ben si attagliano le perspicue argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, col parere n. 1640/2016, secondo cui: - “l'art. 17 bis opera in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione ‘pluristrutturata’ (nel senso che la decisione finale da parte dell'amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione), per i quali il silenzio dell'amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all'amministrazione precedente l'adozione del provvedimento conclusivo”; - “l'art. 17 bis è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria ‘pluristrutturata’ e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza codecisoria. In base a tali considerazioni, deve, allora, ritenersi che la disposizione sia applicabile anche ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della legge n. 241 del 1990. Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l'obbligatorio parere o l'obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell'amministrazione preposta alla loro cura”; - “l'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili

dev'essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'amministrazione precedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto"; - "la locuzione 'termine diverso' autorizza la conclusione per cui, in materia di interessi sensibili, restano in vigore e prevalgono non solo le norme che prevedono termini più lunghi (rispetto al termine di novanta giorni), ma anche quelle che prevedono termini speciali più brevi".

Per vero, configurandosi come ipotesi di 'cogestione attiva del vincolo paesaggistico', il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 rientra a pieno titolo tra le decisioni 'pluristrutturate', nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'amministrazione precedente deve, per obbligo di legge, acquisire l'assenso vincolante di un'altra amministrazione.

Esso è dunque reso nell'ambito di un rapporto intersoggettivo di tipo orizzontale, intercorrente tra due pubbliche amministrazioni, l'una proponente e l'altra deliberante.

Inoltre, l'espressa qualificazione in termini provvedimentali, data dal legislatore al parere ("in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241"), rende concepibile che su di esso possa formarsi il silenzio assenso.

Tutto ciò determina l'operatività della nuova disposizione, la quale "si applica ad ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso" (cfr. pag. 26 del parere n. 1640/2016).

Non sfugga, per altro, il parallelismo procedurale esistente tra le disposizioni di cui: - ai commi 7 e 8 dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, in base ai quali "l'amministrazione ... trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa, nonché con una proposta di provvedimento. Il soprintendente rende il parere ... entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti"; - al comma 1 dell'art. 17 bis della legge n. 241 del 1990, in base al quale "le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta, entro trenta giorni [novanta, nelle ipotesi di cui al comma 3] dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione precedente".

L'indicato rapporto pubblico intersoggettivo non va confuso col diverso rapporto, di tipo verticale, intercorrente tra amministrazione precedente (Regione o ente delegato) e privato, culminante nel provvedimento di rilascio o diniego dell'autorizzazione paesaggistica e riguardo al quale il silenzio assenso non può evidentemente operare.

Né va confuso con la decisione ‘monostrutturata’ – rinvenibile, ad esempio, nei casi di gestione di pratiche tramite SUAP –, dove l’amministrazione precedente assume “un ruolo meramente formale (raccolge e trasmette l’istanza all’amministrazione unica decidente). In questo caso, infatti, ... non essendoci un’amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un’ipotesi silenzio assenso nei rapporti (non endoprocedimentali, ma) con i privati” (cfr. pag. 32 del parere n. 1640/2016).

Non è infatti possibile sostenere che, nella fattispecie, la Regione svolga un compito puramente servente rispetto all’amministrazione realmente munita del potere di decidere (attraverso il parere vincolante): vuoi perché la legge dispone che “sull’istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la Regione”, vuoi perché quest’ultima, oltre ad essere titolare del potere di decidere in via esclusiva sugli aspetti urbanistico-edilizi, è tenuta ad esprimersi direttamente sugli aspetti paesaggistici, attraverso le valutazioni della commissione per il paesaggio ed il conseguente potere di proposta.

Verso l’applicabilità dell’art. 17 bis della legge n. 241 del 1990 al parere ex art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, depongono ancora i seguenti due argomenti.

Il primo è mutuato dall’art. 11, comma 9, del d.p.r. n. 31 del 2017, in tema di procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, che recita: “in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell’art. 17 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l’amministrazione procedente provvede al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica”.

E’ evidente come la predetta norma, di rango regolamentare, non può certo essere in contrasto con la disciplina primaria, così da trasformare, sia pur nell’ambito di un regime semplificato, un rapporto verticale concepito dalla legge come ‘monostrutturato’ (cui non è applicabile l’art. 17 bis) in un rapporto orizzontale ‘pluristrutturato’ (cui è applicabile l’art. 17 bis).

Il secondo argomento lo si ricava dalla disamina della più autorevole prassi amministrativa della p.a. resistente, favorevole all’interpretazione qui offerta.

Ci si riferisce, in particolare, alle univoche e ripetute istruzioni impartite dal capo dell’ufficio legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali, con le direttive n. 27158 del 10 novembre 2015, n. 21892 del 20 luglio 2016 e n. 11688 dell’11 aprile 2017 (cfr. pag. 3, § b1), nonché con i pareri n. 1293 del 19 gennaio 2017 e n. 23231 del 27 settembre 2018»;

- alla luce delle superiori considerazioni, vevoli anche nel caso di inosservanza del termine di 90 giorni ex art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004 (cfr. TAR Campania, Salerno, sez. II, n. 759/2021; n. 809/2021), il parere della Soprintendenza di Salerno e Avellino prot. n. 17304-P del 3

agosto 2021 è da reputarsi inefficace ai sensi dell'art. 2, comma 8 bis, della l. n. 241/1990, mentre il provvedimento del Responsabile dell'Unità Paesaggistica e Ambientale del Comune di Ascea prot. n. 627 del 15 settembre 2021 è da reputarsi illegittimo, in quanto adottato nell'erroneo presupposto della natura vincolante della valutazione negativa tardivamente e inefficacemente esternata dall'autorità tutoria statale, nonché a dispetto del silenzio assenso ministeriale ex ante formatosi sull'istanza di autorizzazione paesaggistica prot. n. 11567 del 22 dicembre 2020;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante la ravvisata fondatezza della censura dianzi scrutinata, ed assorbite quelle ulteriori, il ricorso in epigrafe va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento del Responsabile dell'Unità Paesaggistica e Ambientale del Comune di Ascea prot. n. 627 del 15 settembre 2021;
- quanto alle spese di lite, la particolare complessità delle questioni dedotte ne giustifica l'integrale compensazione tra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento del Responsabile dell'Unità Paesaggistica e Ambientale del Comune di Ascea prot. n. 627 del 15 settembre 2021.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Olindo Di Popolo, Consigliere, Estensore

Laura Zoppo, Referendario

L'ESTENSORE

Olindo Di Popolo

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO