

Parere tardivo della soprintendenza e autorizzazione paesaggistica

Data di pubblicazione: 12/01/2015

In merito alla questione della validità del parere tardivo della soprintendenza e alla sua indefettibilità ai fini del successivo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica da parte dell'amministrazione competente (Regione od ente dalla stessa delegato) si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5574 del 12 novembre 2014.

Per chiarezza espositiva si procede ad una sintetica ricostruzione della vicenda fattuale che ha avuto ad oggetto un procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per l'installazione di un impianto di radiocomunicazione elettroniche mobili (di cui all'articolo 87 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259).

L'istanza relativa al suddetto intervento ha seguito l'iter previsto per l'autorizzazione paesaggistica degli interventi di lieve entità dal D.P.R. n. 139 del 2010 ed è stata respinta con provvedimento negativo del Comune che adeguandosi al parere della competente soprintendenza ha negato al rilascio dell'autorizzazione.

Il Tar Campania con sentenza n.5300 del 21.12.2012 ha annullato entrambi i citati atti.

Nelle more del giudizio d'ottemperanza promosso dalla ditta ricorrente per ottenere l'esecuzione da parte delle pubbliche amministrazioni della suddetta sentenza, la Soprintendenza, su richiesta del Comune, ha emesso un nuovo parere negativo in ordine all'intervento richiesto.

Il Tar Campano con sentenza n. 5539 del 2013, censurando l'inerzia del Comune e del Ministero dei Beni culturali, ha accolto la domanda di ottemperanza e ordinato al Comune di dare integrale esecuzione alla sentenza n. 5300/2012.

I Giudici di Palazzo Spada pronunciandosi sul ricorso in appello proposto dal Comune e dal Ministero per i beni e le Attività Culturali e del Turismo avverso la sentenza di ottemperanza si sono pronunciati nei seguenti termini .

"... ai sensi dell'art. 4, comma 6, del D.P.R. n. 139 del 2010 applicabile al caso di specie ai sensi dell'allegato 1, punto n. 24, dello D.P.R. n. 139 del 2010 il Comune prescinde dal parere del Soprintendente e rilascia l'autorizzazione, se il parere non viene espresso entro 25 giorni dalla ricezione della domanda, ma, se come è avvenuto nel caso di specie, tale parere viene espresso, anche tardivamente, e il Comune non ha ancora emanato il provvedimento autorizzatorio, il Comune stesso non può non tenere conto del parere, tamquam si non esset, in quanto tale parere, ove reso, come prevede espressamente l'art. 4, comma 6, del medesimo D.P.R. n. 139 del 2010, è vincolante per il Comune".

La sentenza fornisce l'opportunità di rimeditare il procedimento di autorizzazione paesaggistica ed in particolare l'ipotesi il cui la soprintendenza non faccia pervenire il parere entro i termini il proprio parere alla regione o all'ente delegato, anche alla luce delle recenti modifiche apportate dalla Legge n. 164 del 2014 (entrata in vigore il 12 novembre 2014) al procedimento di autorizzazione paesaggistica sia per gli interventi ordinariamente riferibili all'art. 146 del Codice, sia per quelli di cui al D.P.R. n. 139 del 9 luglio 2010.

E' interessante soffermarsi sul disposto dell'ultimo periodo del citato art. 4 comma 6 del D.P.R. n. 139 del 2010 dove il legislatore espressamente prevede che in caso di mancata espressione del parere vincolante entro il termine di 25 giorni dalla ricezione della domanda l'amministrazione competente ne prescinde e rilascia l'autorizzazione, *senza indire la conferenza di servizi di cui all'art. 146, comma 9 del Codice.*

Si deve rilevare che l'art 25 della Decreto legge n. 133/2014, convertito dalla citata Legge n. 164 del 2014, ha soppresso le disposizioni (dettate dal primo e dal secondo periodo del co. 9 dell'art. 146 D.lgs. 42/2004) che, nella procedura per gli interventi ordinariamente riferibili all'art. 146 del Codice, consentivano all'amministrazione competente, in caso di mancata espressione del parere vincolante da parte del soprintendente entro 45 giorni dalla ricezione degli atti, di poter indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipava o faceva pervenire il parere scritto, che doveva pronunciarsi entro 15 giorni.

Dal 12 novembre u.s. 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.

In proposito si evidenzia inoltre che già il testo previgente del terzo periodo del co. 9 dell'art. 146, prevedeva una disposizione analoga a quella ora introdotta, per cui "in ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione". E conseguentemente la convocazione della conferenza di servizi si configurava come un eventuale sub-procedimento nell'ambito del rilascio di autorizzazione paesaggistica, sulla cui domanda l'amministrazione competente doveva provvedere in ogni caso decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente (cfr Dossier del Servizio del Bilancio del Senato A.S. 1651 Novembre 2014 n. 68 pg. 450 e seguenti).

Si riportano i due principali e contrastanti orientamenti giurisprudenziali in ordine alla validità del parere tardivo della soprintendenza e alla sua indefettibilità, o meno, ai fini del successivo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica da parte dell'amministrazione competente (Regione od ente dalla stessa delegato).

Il primo è stato inaugurato dalla sentenza del Consiglio. di Stato, Sez. VI, n. 5066 del 24.09.2012 che ha affermato quanto segue: *"ai sensi della previsione dell'art. 167, comma 5, D.lgs. n. 42 del 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 con cambierebbe certo i termini del problema, dovendo comunque trovare 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'art. 1436, comma 3, e all'avvenuto adeguamento ad esso degli strumenti urbanistici comunali (evenienze ben lungi dal verificarsi).*

Tale orientamento ha trovato conferma e completa espressione nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 04.10.2013 n. 4914 nella quale si legge 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 D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della L. 6 luglio 2002, n. 137) - 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 secondo orientamento, di segno contrario al precedente, è espresso dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1561 del 15 marzo 2013.

"La nota del Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici per le Province di Lecce, Brindisi e Taranto del 6 maggio 2011 contiene una esplicita affermazione che il parere di sua competenza è stato emesso tardivamente rispetto ai termini previsti dall'articolo 146 del D.Lgs. n. 42 del 2004.

Il Comune di (...) ha tuttavia posto detto parere a base esclusiva del provvedimento di diniego del 15 febbraio 2011.

Osserva il Collegio che l'Amministrazione non poteva assumere una simile decisione perché il parere della Soprintendenza era pervenuto con ritardo e, quindi, in relazione al carattere perentorio del termine entro il quale doveva essere espresso, affermato dalla consolidata giurisprudenza di questo Consesso, era da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante.

Correttamente, pertanto, il giudice di prime cure ha ritenuto illegittimo il provvedimento del Comune di (...) del 15 febbraio 2011 che si era basato, senza averne dato adeguata motivazione, esclusivamente su tale parere per esprimere il diniego all'istanza presentata dal signor C.."

Per completezza si segnalano due interessanti pronunce della seconda sezione del Tar Veneto: sentenze n. 1295 del 2013 e n. 698 del 2014.

Nella sentenza n. 1295 in particolare si legge " (...) che invero il procedimento non risulta rispettoso della tempistica dettata dai commi 8 e 9 dell'art. 146, in quanto 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 quanto risultava ormai superato il termine perentorio di 45 giorni, così come previsto dal comma 8, per l'espressione del richiesto parere;

che 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;

che, al contempo, scatta l'obbligo per il Comune di concludere il procedimento, così come previsto in termini generali una volta decorsi 60 giorni dal ricevimento degli atti da parte della Soprintendenza (avvenuto il 5 aprile 2013), indipendentemente dalla manifestazione del parere".