

Condono edilizio e accertamento di compatibilità paesaggistica

Data di pubblicazione: 16 marzo 2018

LORENZO BRUNO MOLINARO, Condono edilizio e accertamento di compatibilità paesaggistica: dubbi e certezze in ordine alla primazia dell'art. 146 del D.lgs. n. 42 del 2004 sulla disciplina previgente ...*.

LORENZO BRUNO MOLINARO

Condono edilizio e accertamento di compatibilità paesaggistica: dubbi e certezze in ordine alla primazia dell'art. 146 del D.lgs. n. 42 del 2004 sulla disciplina previgente e alla applicabilità, in materia, del silenzio assenso di nuovo conio (art. 17-bis della Legge n. 241 del 1990).

SOMMARIO: 1. Il condono edilizio e la primazia dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 sulla disciplina previgente. 2. L'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990 e l'applicabilità del silenzio assenso al procedimento di autorizzazione paesaggistica "a regime" e al condono edilizio con "fase co-decisoria pluristrutturata". 3. Il parere vincolante della Soprintendenza e la differenza di poteri nell'attività di cogestione. 4. L'applicabilità del silenzio assenso di nuovo conio al procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica (art. 167 del d. lgs. n. 42 del 2004). 5. Conclusioni.

1. Il condono edilizio e la primazia dell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 sulla disciplina previgente.

L' *incipit* di questo mio contributo prende le mosse da un tema che, allo stato attuale della legislazione, non dà luogo a particolari problemi interpretativi o applicativi.

Il tema in questione è quello del modulo procedimentale da osservare in materia di condono edilizio, con specifico riferimento al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Affronto l'argomento in quanto ho avuto modo di constatare - di recente - che su alcune Soprintendenze aleggia ancora oggi il dubbio circa la possibilità di riconoscere l'applicabilità della disciplina "a regime" dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, in luogo di quella originaria prevista dagli artt. 32 della l. n. 47 del 1985 e 12, comma 1, del d.l. n. 2 del 1988, convertito nella legge n. 68 del 1988: dubbio che - a ben vedere - non ha alcun motivo di sussistere quantomeno dal 1° gennaio 2010, data di entrata in vigore, appunto, della nuova disciplina.

Oltremodo chiarificatrice sul punto è la sentenza del 17 maggio 2013, depositata in data 11 settembre 2013, con la quale il Consiglio di Stato, Sez. VI, ha integralmente confermato ben 11 sentenze del T.A.R. Campania Napoli che aveva, in precedenza, respinto altrettanti ricorsi proposti da un comune contro note della Soprintendenza del giugno 2010 di restituzione alla civica amministrazione di decreti dirigenziali di autorizzazione paesaggistica relativi ad istanze di condono edilizio (presentate negli anni 1986 e 1995 e concernenti interventi edilizi abusivi realizzati sul territorio comunale, interamente sottoposto a vincolo paesaggistico) trasmesse alla Soprintendenza stessa "per l'esercizio, eventuale, della potestà di annullamento".

Le note di restituzione degli atti al comune erano state motivate, nella specie, col testuale rilievo che "la pratica non è più valutabile per la modifica della procedura", sull'evidente presupposto della ritenuta applicabilità, con decorrenza dal 1° gennaio 2010, della disciplina "a regime" dell'autorizzazione paesaggistica di cui al citato art. 146.

Il T.A.R. aveva, tuttavia, rigettato i ricorsi, ritenendo:

- l'applicabilità dell'art. 146 alle fattispecie dedotte in giudizio, non essendosi le procedure di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica concluse entro il 31 dicembre 2009 ed essendo, dunque, le stesse ormai sottratte al regime transitorio dell'art. 159 del d.lgs. n. 42 del 2004;

- la natura 'mobile' - e non 'fissa' - del rinvio alla disciplina dell'autorizzazione paesaggistica contenuto nelle disposizioni in materia di condono edilizio (artt. 32 della l. n. 47 del 1985 e 12, comma 1, del d.l. n. 2 del 1988, convertito nella legge n. 68 del 1988).

La questione di diritto affrontata dal Consiglio di Stato verte proprio sul tema qui dibattuto e, cioè, se debba trovare applicazione anche alla materia del condono edilizio la disciplina "a regime" del procedimento di autorizzazione paesaggistica, di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, segnata dalla scomparsa del potere successivo di annullamento ministeriale dell'autorizzazione rilasciata dalla Regione (o dall'ente subdelegato) per far posto ad un procedimento nel quale, accanto all'amministrazione regionale (o a quella subdelegata), la Soprintendenza è competente ad esprimere un parere obbligatorio e (in alcune ipotesi) vincolante in merito alla compatibilità paesaggistica dell'opera, oppure se continui a trovare applicazione la disciplina anteriore secondo il modulo del rilascio dell'autorizzazione stessa da parte della Regione (o dell'ente subdelegato) e del successivo esercizio - da parte della Soprintendenza - del potere di riesame e di annullamento per motivi di legittimità (ivi compreso il vizio di eccesso di potere sotto ogni possibile profilo sintomatico).

Nel confermare la decisione del primo giudice, il Consiglio di Stato si è espresso nel senso di ritenere l'applicabilità della disciplina "a regime" di cui all'art. 146, che, secondo la previsione dell'art. 159, comma 1, del d.lgs. n. 42 del 2004 e succ. mod., si applica *"anche ai procedimenti di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica che, alla data del 31 dicembre 2009, non si siano ancora conclusi con l'emanazione della relativa autorizzazione o approvazione"*.

E ciò sulla base di una articolata motivazione che appare opportuno qui di seguito riportare nei suoi tratti essenziali.

"L'art. 32 della legge n. 47 del 1985 dispone che "il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria per opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso".

Non vi è dubbio che il predetto 'parere' abbia natura e funzioni identiche all'autorizzazione paesaggistica ex art. 7 l. 29 giugno 1939, n. 1497, per essere entrambi gli atti il presupposto legittimante la trasformazione urbanistico-edilizia della zona protetta, sicché, per il regime pregresso dell'autorizzazione paesaggistica, restava fermo il potere ministeriale di annullamento del parere favorevole alla sanatoria di un manufatto realizzato in zona vincolata, in quanto strumento affidato dall'ordinamento allo Stato, come estrema difesa del paesaggio, valore costituzionale primario (v. sul punto, ex plurimis, Cons. St., Sez. VI, 15 marzo 2007, n. 1255), e tale equiparazione operava anche per le autorizzazioni paesaggistiche disciplinate dagli artt. 151 d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, e 159 d.lgs. n. 42 del 2004, e per il parere previsto dall'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 (v. Cons. St., Sez. VI, 4 dicembre 2012, n. 6216; Cons. St., Sez. VI, 20 dicembre 2012, n. 6585).

In altri termini, la subordinazione del rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria, per le opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo paesaggistico, "al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso", di cui all'art. 32 l. n. 47 del 1985, ha implicato un rinvio 'mobile' alla disciplina del procedimento di gestione del vincolo paesaggistico, costituente una fase procedimentale indispensabile per la positiva conclusione del procedimento di condono (salva la possibilità dell'indizione di una conferenza di servizi, secondo la previsione del comma 4 del citato art. 32, introdotto dall'art. 32, comma 43, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, in sede di c.d. terzo condono edilizio, con la precisazione che l'esclusione dell'applicabilità della novella "concernente l'applicazione delle leggi 28 febbraio 1985, n. 47, e 23 dicembre 1994, n. 724, (...) alle domande già presentate ai sensi delle predette leggi", disposta nel successivo comma 43-bis, deve ritenersi riferita alla disciplina sostanziale del condono, e non anche agli aspetti procedurali, soggetti al principio "tempus regit actum", come già più volte ha chiarito questa Sezione)".

Nel prosieguo della motivazione il Consiglio di Stato ha, poi, ritenuto non condivisibile la tesi del comune appellante, per il quale l'art. 12 d.l. 12 gennaio 1988, n. 2, come sostituito dalla legge di conversione 13 marzo 1988, n. 68 (secondo cui, "per le aree soggette a vincolo paesistico ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497, e successive modificazioni, e del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, il parere prescritto dall'articolo 32, primo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, è reso ai sensi del nono comma dell'articolo 82 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, come modificato dall'articolo 1 del citato decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431"), conterrebbe un rinvio 'fisso' alla disciplina autorizzatoria prevista dall'art. 82 del d.P.R. n. 616 del 1977.

Secondo il Consiglio di Stato, la tesi è infondata "in considerazione della natura autonoma del procedimento di gestione del vincolo paesaggistico, il quale s'innesta nella disciplina del condono e il cui atto conclusivo – se favorevole – costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al titolo edilizio, e del rilievo costituzionale dei valori coinvolti, sicché deve escludersi l'ultrattività 'sine die' di una disciplina, ormai superata, del modulo procedimentale di gestione del vincolo, a fronte della sua profonda modificazione, atteso che la Soprintendenza, secondo le previsioni a regime dell'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004, a decorrere dal 1° gennaio 2010 non esercita più un mero riesame successivo di legittimità (scaturente in un eventuale annullamento), bensì una funzione consultiva, mediante l'espressione di un parere preventivo di merito, obbligatorio e in alcune ipotesi anche vincolante.

Pertanto, a fronte dell'intervenuta abrogazione dell'art. 82, comma nono, d.P.R. n. 616 del 1977, ad opera dell'art. 166, comma 1, d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, l'art. 12 d.l. n. 2 del 1988, invocato dal Comune appellante, deve ritenersi abrogato per incompatibilità e non può fungere da fonte di disciplina del procedimento autorizzatorio in materia di condono edilizio: abrogato il citato art. 82, comma nono, e divenuto irrilevante il procedimento disciplinato dal t.u. n. 490 del 1999 come trasfuso nell'art. 159 del Codice n. 42 del 2004 (che ha avuto vigore sino al 31 dicembre 2009), è divenuto applicabile l'art. 146 del medesimo Codice in relazione a tutte le istanze (formulate in ogni tempo e che ancora non avevano dato luogo a un accoglimento o a un rigetto) volte ad ottenere una autorizzazione paesaggistica, per opere già realizzate o ancora da realizzare".

In conclusione, può ritenersi ormai pacifico che, anche in materia di condono edilizio, trovi applicazione - a far data dal 1° gennaio 2010 - l'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 (in luogo dell'art. 32 della legge n. 47 del 1985), che vede la Soprintendenza ricoprire, rispetto al passato, un ruolo di amministrazione attiva (e non già di mero controllo di legittimità dell'autorizzazione paesaggistica) sia pure in condominio istituzionale con la Regione o il comune in caso di subdelega del relativo potere.

Si è chiarito, infatti, che, nel nostro sistema costituzionale, il paesaggio rappresenta "un valore etico-culturale che trascende la competenza della Regione in materia urbanistica e nella cui realizzazione sono impegnate tutte le pubbliche amministrazioni, innanzitutto Stato e Regioni, ordinarie e speciali, in un vincolo reciproco di leale cooperazione" (così Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 341).

2. L'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990 e l'applicabilità del silenzio assenso al procedimento di autorizzazione paesaggistica "a regime" e al condono edilizio con "fase co-decisoria pluristrutturata".

Nessun dubbio può sussistere oggi in ordine alla applicazione dell'istituto del silenzio assenso all'autorizzazione paesaggistica "a regime" e ai procedimenti di condono edilizio, alla luce della introduzione - nel testo della legge n. 241 del 1990 - dell'art. 17-bis, aggiunto all'art. 17 dall'art. 3 della legge n. 124 del 2015 (c.d. *Madia*), recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche. Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici".

La disposizione in esame (*silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*) è, infatti, strutturata nel modo che segue.

"Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concertati 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. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini.

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. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.

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'articolo 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. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.

Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi".

Tale nuova disciplina — già da tempo efficace, atteso che la norma in questione, pubblicata nella G.U. n. 187 del 2015, è entrata in vigore il 28 agosto 2015 - trova piena applicazione anche alla materia del paesaggio notoriamente sottratta in precedenza a misure di semplificazione amministrativa (come si ricava dall'inequivoco tenore delle disposizioni del codice del 2004, che aveva abrogato le norme sul silenzio assenso introdotte dalla riforma così detta "*Bassanini*", di cui alla legge n. 127 del 1997, art. 12, commi 5 e 6, della legge n. 127 del 1997, recepite dall'art. 24 del d.lgs. n. 490 del 1999).

Ne sono in primo luogo conferma gli indirizzi interpretativi ed applicativi diramati dal MiBACT con circolare del 10 novembre 2015, prot. n. 27158, che si è occupata nello specifico anche dell'autorizzazione paesaggistica.

La circolare, dopo aver premesso, in generale, che l'istituto del silenzio assenso nasce quale forma di semplificazione amministrativa, finalizzata a garantire il buon andamento per mezzo di un'accelerazione dell'attività amministrativa, costituendo, secondo la giurisprudenza, un "*modello procedimentale semplificato*", in virtù del principio dell'obbligo di conclusione del procedimento entro un termine certo, e che tale "*modello procedimentale*" dà luogo ad un meccanismo di "*tipizzazione*" legale del silenzio dell'amministrazione, evidenzia che il comma 3 dell'art. 3 della legge n. 124 del 2015 precisa, al secondo periodo, che "*in tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 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*".

La locuzione "*termine diverso*", adoperata dalla legge, induce a ritenere che restano in vigore e prevalgono, in quanto norme speciali, quelle che prevedono non solo termini più lunghi (rispetto al termine generale di novanta giorni) ma anche quelle che prevedono termini speciali più brevi (come il termine di quarantacinque giorni previsto per il parere del Soprintendente nell'ambito del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, in base all'art. 146, comma 8, del codice, oppure il termine di trenta giorni per il medesimo procedimento nel caso di interventi di lieve entità, ai sensi e per gli effetti del d.P.R. n. 139 del 2010).

Viene, inoltre, evidenziato che il silenzio assenso, per sua natura, trova applicazione solo nei procedimenti di primo grado e non anche nell'eventuale riesame - anche in casi non tipizzati dalla legge - richiesto dal soggetto che abbia già ricevuto un diniego.

La circolare rileva correttamente che, in tale ultima evenienza, non sussiste neppure uno specifico obbligo di procedere della P.A., in specie allorquando siano già decorsi i termini di impugnazione e l'atto del cui riesame si tratta sia pertanto divenuto inoppugnabile.

Viene ancora sottolineato che la legge n. 124 del 2015 non ha modificato l'art. 20 della legge n. 241 del 1990, che disciplina in via generale l'istituto del silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte.

Nei procedimenti ad istanza di parte, nei quali la domanda provenga direttamente dal privato e non da amministrazioni pubbliche, resta, infatti, applicabile il predetto art. 20 della legge generale sul procedimento amministrativo, ivi inclusa l'esclusione, sancita al comma 4, per gli *"atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico"*.

Ai procedimenti ad istanza di parte privata, pertanto, continua ad applicarsi il previgente regime, non modificato dallo *ius superveniens*, ivi compreso l'obbligo di conclusione del procedimento previsto dall'art. 2 della citata legge n. 241 del 1990, anche nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, ipotesi in cui il procedimento sarà concluso con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata.

Trova, invece, applicazione il nuovo art. 17-bis in tutti i casi in cui la domanda provenga da una pubblica amministrazione, anche ove il destinatario finale dell'atto titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso sia un privato e la sua domanda sia intermediata e veicolata dallo sportello unico comunale.

E tale principio vale, come si è visto, anche per l'autorizzazione paesaggistica (così T.A.R. Sardegna, Sez. II, 8 giugno 2017, n. 394, in ordine alla piena applicabilità, in materia, dell'istituto del silenzio assenso *"indipendentemente dalla rilevanza e dalla portata che si volesse assegnare alla sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale n. 189 del 2016"*).

Vi è da aggiungere che, dopo la predetta circolare, è intervenuto il parere reso dal Consiglio di Stato in data 13 luglio 2016, n. 1640, che ha determinato il MiBACT a diramare nuovi indirizzi interpretativi ad integrazione di quelli resi in precedenza.

Tali nuovi indirizzi sono confluiti in una seconda circolare del 20 luglio 2016, con la quale non si fa altro che ribadire quanto già affermato dal Consiglio di Stato in sede consultiva e, cioè, che il silenzio assenso c.d. *"orizzontale"* opera in tutti i procedimenti che prevedano una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, qualunque sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non apparendo percorribile il parallelismo con l'art. 20 e la conseguente limitazione dell'operatività ai soli procedimenti finalizzati al rilascio di atti di autorizzazione, quali quelli che rimuovono un limite all'esercizio di un diritto.

La proposizione - secondo il MiBACT - deve essere contestualizzata e compresa nella sua reale portata: essa può valere evidentemente con riferimento agli atti amministrativi non normativi, prevalentemente di carattere generale, in ordine ai quali viene richiesto il concerto o l'intesa del Ministro (decreti interministeriali di varia natura), ma non può essere intesa nel senso dell'estensione del silenzio assenso *"orizzontale"* tra pubbliche amministrazioni anche ai casi nei quali una pubblica amministrazione presenta una domanda di assenso finalizzata non già ad acquisire un'autorizzazione, bensì una concessione: in altri termini, il silenzio assenso *de quo* opera solo nel caso in cui (per es.) un comune chieda un'autorizzazione per realizzare lavori di restauro di un immobile culturale del demanio comunale, non anche quando (sempre per es.) un comune chieda la concessione di spazi all'interno di un immobile del demanio culturale statale o il prestito di un'opera d'arte di una collezione statale.

In simili fattispecie, infatti, il comune, pur agendo per il perseguimento di finalità pubblicistiche rientranti nelle sue competenze istituzionali, muove da una posizione giuridica che è assimilabile a quella di un privato che domanda un atto di assenso, di talché appare parimenti applicabile la limitazione, propria dell'art. 20, dell'operatività del silenzio assenso ai soli procedimenti finalizzati al rilascio di atti di autorizzazione.

In tale quadro viene, dunque, ribadita la delimitazione, operata nella circolare del 10 novembre 2015, dell'ambito di operatività del silenzio assenso (in generale) ai soli procedimenti e rapporti propriamente autorizzatori, con

esclusione dei procedimenti e dei provvedimenti concessori (traslativi o costitutivi di diritti in capo al soggetto, pubblico o privato, beneficiario).

In altri termini, l'art. 17-bis troverà applicazione nei procedimenti caratterizzati da una "*fase decisoria pluristrutturata*" e, quindi, ove sia necessario acquisire un parere vincolante, restando il parere consultivo assoggettato alla diversa disciplina di cui agli articoli 16 e 17, con piena tutela, in tale fase, degli interessi sensibili.

In definitiva, non vi è dubbio che il nuovo silenzio assenso sia applicabile ad ogni procedimento che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione.

Trattasi - è bene sottolinearlo - di un silenzio assenso di natura endoprocedimentale, perché ha valenza all'interno di un procedimento.

Esso, pertanto, si differenzia da quello previsto dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990 nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, che è invece qualificabile come silenzio provvedimentale, consistendo in un fatto legalmente tipizzato dagli effetti equipollenti all'accoglimento dell'istanza avanzata da un privato e perciò di definizione dell'assetto degli interessi coinvolti.

Il silenzio assenso di nuovo conio ha, in effetti, un triplice fondamento

- eurounitario, perché viene ricondotto al "*principio della tacita autorizzazione*" introdotto dalla c.d. Direttiva *Bolkestein* (considerando 43; art. 13, par. 4);

- costituzionale, perché si ricollega al principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., inteso nell'ottica di assicurare il '*primato dei diritti*' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico;

- sistematico, con riferimento al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che ormai, specie dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, informa l'intera attività amministrativa come principio generale.

Viene, dunque, confermato quanto chiarito nella precedente circolare del 15 novembre 2015 con riferimento all'autorizzazione paesaggistica e, per quel che più rileva nella specie, l'applicabilità dell'istituto al parere vincolante della Soprintendenza previsto dall'art. 146 del codice.

Il Consiglio di Stato, in relazione a fattispecie diverse da quella dell'autorizzazione paesaggistica, osserva, tuttavia, che l'istituto non si applica ove la richiesta non provenga dall'amministrazione precedente, ma dal privato destinatario dell'atto, direttamente o per il tramite dello Sportello unico.

Infatti, in tali situazioni, viene in rilievo il rapporto "*verticale*" privato-pubblica amministrazione e trova applicazione l'art. 20 della legge n. 241 del 1990, che esclude l'applicabilità del silenzio assenso agli interessi sensibili.

Tale profilo, a ben vedere, era già stato evidenziato in termini problematici nella predetta circolare del 15 novembre 2015, dove, a pag. 5, si era sottolineato come "*benché appaia in astratto possibile ipotizzare che la nuova norma speciale recata dall'art. 17-bis riguardi esclusivamente la concertazione interistituzionale tra pubbliche amministrazioni, con esclusione dei casi in cui la parte in senso sostanziale del rapporto amministrativo sia un soggetto privato (reale beneficiario dell'atto) e non una pubblica amministrazione (che interviene a mo' di "agente" del privato tramite il SUAP o il SUE), non appare tuttavia possibile sostenere allo stato una siffatta soluzione interpretativa restrittiva e occorre accogliere la tesi che assicura la più ampia latitudine applicativa alla misura di semplificazione*".

Riassumendo, la prima circolare esplicativa del 2015 deve, secondo il MiBACT, ritenersi integrata in conformità al parere del Consiglio di Stato, nel senso di escludere l'applicabilità dell'istituto del silenzio-assenso agli atti di tutela degli interessi sensibili laddove si configuri un rapporto "*verticale*", anche nell'ipotesi in cui la richiesta del privato sia presentata per il tramite dello Sportello unico (in tal caso troverà applicazione, infatti, l'art. 20 della legge n. 241 del 1990).

Nel caso, invece, dell'autorizzazione paesaggistica, come chiarito anche nel parere reso alla Città metropolitana di Milano in data 19 gennaio 2016, prot. n. 1293, trattandosi di rapporto "orizzontale" tra l'autorità preposta alla gestione vincolo (Regione o ente territoriale subdelegato) e la Soprintendenza (chiamata a rendere il parere vincolante codecisorio), troverà, pur sempre, applicazione il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, che non troverà, invece, applicazione, nel rapporto "a valle", esso sì di tipo "verticale", tra l'autorità preposta alla gestione del vincolo (Regione o ente territoriale subdelegato) e il privato che ha chiesto l'autorizzazione paesaggistica.

Per concludere, dunque, anche sul punto, il silenzio assenso trova certamente applicazione in caso di richiesta di autorizzazione paesaggistica proveniente da un soggetto privato ed ovviamente anche in caso di condono edilizio perché la gestione del "bene paesaggio" richiede, come si è visto, una co-decisione obbligatoria fra l'amministrazione procedente e la Soprintendenza e, pertanto, un alternarsi di competenze e decisioni nell'ambito di un procedimento delineato dal legislatore come necessariamente "pluristrutturato".

Tale ultima affermazione trova, del resto, conferma anche in un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui, nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, con l'entrata in vigore (dal 1° gennaio 2010) dell'art. 146 del codice approvato con il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, la Soprintendenza esercita, non più un sindacato di legittimità *ex post* (come previsto dall'art. 159 del citato codice nel regime transitorio vigente fino al 31 dicembre 2009) sulla autorizzazione già rilasciata dalla Regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento, ma un potere che consente di effettuare *ex ante* valutazioni di merito amministrativo, in sede di cogestione del vincolo paesaggistico (cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 899; Sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2262; Sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5844; Sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2751).

Il silenzio assenso non potrà trovare, invece, applicazione in tutti i casi in cui l'amministrazione richiedente, rivestendo un ruolo meramente formale, si limita a raccogliere e trasmettere l'istanza all'amministrazione decidente, in quanto in tali casi la decisione si configura, all'opposto, come "monostrutturata".

È questo sicuramente il caso in cui il privato chiede di essere autorizzato ad eseguire interventi, anche di natura conservativa, su un immobile vincolato come bene culturale, ossia su un bene che presenta interesse storico-artistico.

In tale ipotesi, infatti, come previsto dall'art. 21 del d.lgs. n. 42 del 2004, "l'esecuzione di opere è subordinata ad autorizzazione del Soprintendente".

Ove questa non intervenga nel termine prefissato ("di centoventi giorni dalla ricezione della richiesta da parte della Soprintendenza"), il successivo art. 22 stabilisce che il privato interessato può solo diffidare l'amministrazione a provvedere e successivamente agire, se questa ancora non provvede, "nei trenta giorni successivi al ricevimento della diffida", ai sensi "dell'art. 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni".

In buona sostanza, il silenzio dell'amministrazione, avendovi il legislatore attribuito valore e significato di rifiuto (silenzio-inadempimento), non potrà mai valere, in tale situazione, quale silenzio assenso, nè, d'altro canto, può sostenersi che la citata disposizione è stata tacitamente abrogata dal successivo art. 17-bis per l'assorbente motivo che, in materia, la gestione del bene (culturale) ad opera della Soprintendenza è di tipo verticale e, dunque, monostrutturata, essendo esclusa ogni cogestione del relativo potere con la Regione o il comune subdelegato.

Non può omettersi, infine, di rilevare che, ai sensi dell'art. 146, comma 5, ultima parte, nel momento in cui le Regioni approveranno i piani paesaggistici e verrà effettuata la positiva verifica da parte del Ministero dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici dei singoli comuni (c.d. "vestizione" del regime vincolistico), il parere della Soprintendenza, pur obbligatorio, non sarà più vincolante per l'ente subdelegato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

In tale evenienza, configurandosi il parere della Soprintendenza come semplicemente consultivo e nemmeno vincolante, non potrà più parlarsi di co-decisione fra l'amministrazione procedente e la Soprintendenza, con la conseguenza che il silenzio assenso introdotto dalla legge *Madia* sarà sostituito dal diverso istituto del silenzio-devolutivo decorso il termine di giorni quarantacinque dalla data di ricevimento dell'istanza da parte della

Soprintendenza, nel caso di procedura ordinaria di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, e di giorni venti nel caso di procedura semplificata.

È risaputo, peraltro, che l'istituto del silenzio-devolutivo si forma e matura nel caso di silenzio della Soprintendenza nei termini assegnati dalla legge per pronunciarsi e consente all'amministrazione procedente di assumere le proprie decisioni, concludere il procedimento e rilasciare l'autorizzazione paesaggistica o effettuare comunicazione motivata di diniego.

Ma in questo caso, diversamente dal silenzio assenso, la Soprintendenza non perde il potere di pronunciarsi tardivamente oltre il termine assegnato, ancorché tale parere debba, poi, ritenersi meramente consultivo e non vincolante per l'amministrazione preposta alla gestione del vincolo.

3. Il parere vincolante della Soprintendenza e la differenza di poteri nell'attività di cogestione.

Più di un autorevole studioso ha sollevato dubbi in ordine alla natura dell'attività di cogestione del vincolo paesaggistico e, più specificamente, in ordine al bilanciamento dei relativi poteri tra amministrazione statale (Soprintendenza) da una parte e Regione o comune, quale autorità subdelegata, dall'altra.

Si è, in pratica, sostenuto che, poiché, nel procedimento di autorizzazione "a regime" di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, il parere della Soprintendenza è un parere vincolante, il ruolo dell'ente pubblico territoriale è, in effetti, solo formale, dovendo quest'ultimo, una volta che il parere è stato reso, in senso positivo o negativo, adeguarvisi necessariamente.

Occorre preliminarmente rilevare che il principio cui si ispira la nuova disciplina è quello di tutelare nel modo più ampio ed incisivo possibile il bene "paesaggio", attraverso il coinvolgimento di più soggetti (ufficio comunale, commissione paesaggio e Soprintendenza) anziché uno, con competenze diverse e specifiche.

È vero che il parere della Soprintendenza è vincolante ma è altrettanto vero che, nella fase *ex ante*, il ruolo del comune non è semplicemente quello di un passacarte.

L'art. 146 prevede, infatti, che il richiedente debba presentare al soggetto competente al rilascio dell'autorizzazione apposita istanza, corredata dalla necessaria documentazione progettuale e dalla relazione paesaggistica, redatta da un tecnico abilitato secondo quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 12 dicembre 2005 ["*Individuazione della documentazione necessaria alla verifica della Procedura di autorizzazione paesaggistica (art. 146 e 149 D. Lgs. 42/2004)*"].

L'amministrazione competente deve, poi, esaminare l'istanza, la documentazione e la relazione paesaggistica relative all'intervento per il quale si richiede l'autorizzazione, verificandone la completezza e, se necessario, richiedendo le opportune integrazioni e svolgendo gli accertamenti del caso; la medesima amministrazione provvede entro 40 giorni alla trasmissione di tale documentazione alla Soprintendenza, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa e con una "*proposta di provvedimento*", nonché dando comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento e dell'avvenuta trasmissione degli atti alla Soprintendenza.

La Soprintendenza, ricevuta la documentazione, esprime sulla richiesta il proprio parere vincolante, comunicandolo all'amministrazione entro i 45 giorni successivi alla ricezione degli atti.

In caso di parere negativo, la Soprintendenza comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo.

Vi è, dunque, tutta una fase a monte della formulazione del parere che vede il comune atteggiarsi a protagonista indiscusso del procedimento, giacché lo stesso, dopo aver acquisito il parere della commissione locale per il paesaggio (art. 148 del d.lgs. n. 42 del 2004), formula - come già detto - la proposta di provvedimento sulla base della documentazione acquisita e di apposita relazione illustrativa dell'intervento da realizzare o da sanare.

D'altronde, si è già ricordato che, con l'entrata in vigore, a regime (dal 1° gennaio 2010), dell'art. 146 sulla

disciplina autorizzatoria prevista dal d. lgs. n. 42 del 2004, la Soprintendenza si è ritrovata ad esercitare, non più un sindacato di mera legittimità (come previsto dall'art. 159 d.lgs. n. 42 cit. nel regime transitorio vigente fino al 31 dicembre 2009) sull'atto autorizzatorio di base adottato dalla Regione o dall'ente subdelegato, con il correlativo potere di annullamento ad estrema difesa del vincolo (su cui Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9), ma una valutazione di "*merito amministrativo*", espressione dei nuovi poteri di cogestione del vincolo paesaggistico.

Non par dubbio che tale mutato quadro normativo abbia giustificato sul piano normativo una diversa e più penetrante valutazione, da parte della Soprintendenza, della compatibilità dell'intervento edilizio progettato con i valori paesaggistici compendiate nella richiamata disciplina vincolistica (cfr., in tema, Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 1129).

La funzione esercitata dalla Soprintendenza è perciò consultiva ma non di meno il relativo parere assume valenza, in sostanza, di tipo codecisionale rispetto alla pregressa attività svolta dal comune quale autorità subdelegata.

L'effettività della cogestione è dimostrata, peraltro, anche dall'obbligo di una motivazione rafforzata a carico della stessa Soprintendenza allorché quest'ultima si determini ad esprimere un parere negativo in contrasto con quello positivo del comune.

Sul punto, il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza del 7 ottobre 2016, n. 4147, ha, infatti, stabilito che, "*in tema di istanza di autorizzazione paesaggistica in sanatoria e quindi di governo del territorio e tutela del paesaggio, il parere negativo della Soprintendenza debba essere adeguatamente motivato*".

In mancanza, lo stesso "*va annullato per eccesso di potere per difetto di presupposto e per irragionevolezza, unitamente al diniego comunale finale*".

Per di più, in caso di valutazione negativa, la Soprintendenza ha anche il dovere di formulare specifiche indicazioni volte a rendere il progetto di intervento assentibile (c.d. "*dissenso costruttivo*") [così Cons. Stato, Sez. VI, 4.3.2014, n. 1418, e Cons. Stato, Sez. IV, 3.7.2012, n. 2836].

4. L'applicabilità del silenzio assenso di nuovo conio al procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica (art. 167 del d. lgs. n. 42 del 2004).

Come è noto, l'art. 146, comma 4, del d.lgs. n. 42 del 2004, dopo aver precisato che l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio, stabilisce che, al di fuori dei limitati casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi.

L'art. 167, comma 4, prevede, nello specifico, il possibile accertamento postumo della compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al successivo comma 5, solo nei seguenti casi:

- per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati;
- per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica;
- per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Se le opere rientrano in una delle tipologie indicate, il comma 5 dell'art. 167 prevede, altresì, che « *il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi ... presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni. Qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione*».

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza n. 1935 del 13 maggio 2016, depositata il 25 febbraio 2018, ha affermato, con riferimento al caso di un parere negativo rilasciato nel giugno 2010 e, dunque, in epoca di gran lunga antecedente alla entrata in vigore dell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, che, « *qualora non sia rispettato il termine di novanta giorni stabilito dall'art. 167, comma 5, del Codice per il paesaggio, il potere dell'Amministrazione statale continua a sussistere ... ma l'interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, per contestare l'illegittimo silenzio-inadempimento dell'organo statale (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4656 del 18 settembre 2013)*».

La perentorietà del termine riguarda, infatti, « *non la sussistenza del potere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento (obbligo che, se rimasto inadempito, può essere dichiarato sussistente dal giudice, con le relative conseguenze)* ».

Quindi, «*nel caso di superamento del medesimo termine (così come avviene nel caso di superamento del termine di centottanta giorni, fissato dallo stesso art. 167, comma 5, per la conclusione del procedimento, nonché nel caso di superamento di quello di quarantacinque giorni, fissato dall'art. 146, comma 5), il Codice non ha determinato né la perdita del relativo potere né alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4656 del 18 settembre 2013 cit.)*.

La giurisprudenza più recente di questa Sezione, nell'esaminare la disposizione dettata dall'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica nel procedimento ordinario, ha poi anche sostenuto che, decorso il termine assegnato, l'organo statale conserva la possibilità di rendere il parere ma il parere espresso tardivamente perde il suo valore vincolante e deve essere quindi autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2136 del 27 aprile 2015)».

Superando la disposizione contenuta nel testo previgente, la norma dell'art. 17-bis non prevede esclusioni di sorta, né contiene specifiche previsioni in ordine al procedimento disciplinato dall'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004, limitandosi a stabilire, per quanto qui interessa, che le disposizioni sulla formazione del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche « *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'articolo 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. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito* » (comma 3 dell'art. 17-bis cit.).

Dello stesso avviso, del resto, è anche il MiBACT che, nella circolare del 10 novembre 2015 sopra citata, evidenzia che il criterio di applicabilità del nuovo silenzio assenso ai rapporti con i privati vale, oltre che per la gestione delle pratiche relative ai condoni edilizi, anche per «*la sanatoria paesaggistica (nei limiti) di cui all'art. 167, comma 4, del codice*».

In entrambi i casi, infatti, il procedimento è rivestito «*dell'involucro formale del parere dell'autorità preposta alla gestione del vincolo*».

È fuor di dubbio, peraltro, che il procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica sia di tipo «*pluristrutturato*», risultando anche quest'ultimo, come quello «*a regime*» di cui all'art. 146, caratterizzato da evidente cogestione del vincolo tra la Soprintendenza e la Regione o ente territoriale subdelegato.

È innegabile, pertanto, che l'istituto del silenzio-assenso possa (ed anzi debba) trovare piena applicazione anche al procedimento pluristrutturato di accertamento di compatibilità paesaggistica, nel quale - lo si ripete - il parere reso è espressione di gestione del vincolo.

5. Conclusioni.

Tirando le fila del ragionamento, si può concludere nel senso che, in materia di condono edilizio, è pienamente applicabile - a far data dal 1° gennaio 2010 - l'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 (e non l'art. 32 della legge n. 47 del 1985), che vede la Soprintendenza ricoprire un ruolo di amministrazione attiva (e non già - come avveniva in precedenza - di mero controllo di legittimità dell'autorizzazione paesaggistica) sia pure in condominio istituzionale con la Regione o il comune, in caso di subdelega del relativo potere.

Nel nostro sistema costituzionale, infatti, il paesaggio rappresenta *“un valore etico-culturale che trascende la competenza della regione in materia urbanistica e nella cui realizzazione sono impegnate tutte le pubbliche amministrazioni, in primo luogo Stato e regioni, ordinarie e speciali, in un vincolo reciproco di leale cooperazione”* (Corte Cost., 18 ottobre 1996, n. 341).

Quanto all'istituto del silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni, lo stesso trova applicazione certa sia in materia di autorizzazione paesaggistica *“a regime”* che in riferimento ai procedimenti di condono edilizio, alla luce della introduzione nel testo della legge n. 241 del 1990 dell'art. 17-bis, aggiunto all'art. 17 dall'art. 3 della legge n. 124 del 2015 (c.d. *Madia*), anche se a beneficiare del titolo abilitativo tacito sia il privato che abbia veicolato l'istanza per il tramite dello sportello unico comunale.

Ciò perché il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 è un procedimento caratterizzato da una fase decisoria *“pluristrutturata”*, nella quale viene in evidenza un rapporto *“orizzontale”* di cogestione tra la Regione o ente territoriale subdelegato e la Soprintendenza, nell'esercizio, spettante a quest'ultima, di un potere di amministrazione attiva, che consente di effettuare valutazioni di merito amministrativo.

L'applicabilità del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica e di condono edilizio risulta, d'altronde, confermata anche dalle circolari MiBACT del 10 novembre 2015 e del 20 luglio 2016, oltre che dal parere n. 1640 del 13 luglio 2016 reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva, che ha chiarito che il silenzio-assenso c.d. *“orizzontale”* opera in tutti i procedimenti che prevedano una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, qualunque sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento.

L'attività di cogestione da parte delle amministrazioni preposte alla tutela è, inoltre, sostanziale e non solo formale, anche se il parere della Soprintendenza è vincolante.

Infatti, nella fase a monte, il ruolo della Regione o del comune, quale autorità subdelegata, non è quello di un semplice passacarte, bensì quello di un protagonista attivo del procedimento, il quale, dopo aver acquisito la documentazione richiesta e il parere della commissione locale per il paesaggio, formula la proposta di provvedimento finale accompagnata da apposita relazione illustrativa dell'intervento da realizzare o da sanare.

Va, infine, evidenziato che anche il procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica è un procedimento *“pluristrutturato”*, caratterizzato da evidente cogestione del vincolo, in rapporto orizzontale di amministrazione attiva, tra la Soprintendenza e la Regione o ente territoriale subdelegato.

Ne consegue che, anche per il procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica, vale il principio della applicabilità del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 17 bis della legge n. 241 del 1990, anche alla stregua dei chiarimenti forniti dalle circolari MiBACT del 10 novembre 2015 e del 20 luglio 2016, oltre che dal parere n. 1640 del 2016 reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva.