

Pubblicato il 23/06/2021

N. 01542/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00386/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 386 del 2021, proposto da Stella D'Avino, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Belmonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Maria Riccio in Salerno, via Bastioni n. 41/B;

contro

Comune di Battipaglia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabato Criscuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per le Province di Salerno e Avellino, Ministero per i Beni e Le Attività Culturali e per il Turismo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliataria ex lege in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

per l'annullamento

- a) del diniego di autorizzazione paesaggistica n. 4/2021 adottato dal Responsabile del Servizio Ambiente e Sicurezza del Settore Governo del Territorio del Comune di Battipaglia con provvedimento prot. 5051 del 19 gennaio 2021 - comunicato con nota prot. 5259 del 20 gennaio 2021 via PEC al tecnico della ricorrente - e conosciuto aliunde da quest'ultima in data 5 marzo 2021,
- b) ove occorra, del parere contrario tardivo prot. 16827 del 18 settembre 2020 adottato dalla Soprintendenza e conosciuto aliunde dalla ricorrente in data 5 marzo 2021,
- c) ove occorra, del parere contrario definitivo prot. 6610 del 20 marzo 2019 adottato dalla Soprintendenza Archeologia, belle arti e paesaggio per le Province di Salerno ed Avellino (e trasmesso al Comune di Battipaglia con nota prot. 13540 del 28 luglio 2020 e) conosciuto aliunde dalla ricorrente in data 5 marzo 2021,
- d) ove occorra, della comunicazione prot. 4638 del 2 marzo 2020 adottata dalla Soprintendenza Archeologia, belle arti e paesaggio per le Province di Salerno ed Avellino dei motivi ostativi all'accoglimento della istanza di autorizzazione paesaggistica, inviata al Comune di Battipaglia via PEC in data 21 luglio 2020, trasmessa via PEC al tecnico della ricorrente con nota prot. 47910 del 27 luglio 2020 e conosciuta aliunde da quest'ultima in data 29 luglio 2020.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Battipaglia e di Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per Le Province di Salerno e Avellino e di Ministero per i Beni e Le Attività Culturali e per il Turismo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2021 il dott. Nicola Durante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, interessata alla realizzazione di un fabbricato rurale su un'area dichiarata di notevole interesse pubblico, impugna il diniego di autorizzazione paesaggistica n. 5051 del 19.01.2021, adottato dal Comune di Battipaglia in pedissequo recepimento del contenuto ostativo del parere n. 16827 del 18.09.2020, pure impugnato, con cui la Soprintendenza ai beni paesaggistici di Salerno ed Avellino, dopo avere constatato il decorso del termine perentorio di legge, ha comunicato allo stesso Comune il proprio parere contrario, specificando che lo stesso “non ha più carattere vincolante per codesta Amministrazione”.

Sulla pratica sono precedentemente intervenuti:

- 1) parere favorevole della Commissione locale per il paesaggio in data 11.12.2019;
- 2) proposta di provvedimento favorevole al rilascio della autorizzazione paesaggistica, con nota n. 1600 del 09.01.2020, pervenuta alla Soprintendenza il 20.01.2020, unitamente alla documentazione istruttoria.

Resistono il Comune di Battipaglia ed il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo.

All'udienza pubblica del 23 giugno 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

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. T.A.R. 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 procedente 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 procedente 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 procedente, 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 procedente 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 procedente”.

L'indicato rapporto pubblico intersoggettivo non va confuso col diverso rapporto, di tipo verticale, intercorrente tra amministrazione procedente (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 procedente 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.

Sotto profilo indicato, il ricorso dev'essere dunque accolto, con assorbimento di ogni altra censura.

Dev'essere di conseguenza annullato il diniego della domanda di autorizzazione paesaggistica, che risulta emanato dal Comune di Battipaglia allorquando il decorso del termine per l'emissione del parere ha già comportato la formazione del silenzio assenso ex art. 17-*bis* della legge n. 241 del 1990.

Ai sensi dell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge 241 del 1990, come introdotto dalla legge n. 120 del 2020, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 228 del 14.09.2020, il parere n. 16827 del 18.09.2020 va dichiarato *ratione temporis* inefficace e non semplicemente privo di "carattere vincolante", come sostenuto dalla Soprintendenza.

Le spese del giudizio possono essere compensate, attesa la natura controversa della questione di diritto affrontata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto,

annulla il diniego di autorizzazione paesaggistica del 19.01.2021, n. 5051.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente, Estensore

Paolo Severini, Consigliere

Gaetana Marena, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Nicola Durante

IL SEGRETARIO