
	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 13 e 14 aprile 2023 Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica
---	---	--

**GIURISPRUDENZA DI MERITO DI INTERESSE REGIONALE
L'APPLICABILITÀ O MENO DELL'ARTICOLO 17-BIS DELLA LEGGE N. 241
DEL 1990 AL PROCEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA**

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

Il paesaggio diverso dall'ambiente

La differenza tra paesaggio ed ambiente viene cristallizzata anche dalla Carta costituzionale dato che con la recente modifica costituzionale operata dalla legge appunto costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 è stato aggiunto un comma terzo all'articolo 9 della Carta fondamentale che statuisce:

“Tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali.”

A seguito di tale novellazione, l'articolo 9 prevede che la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico (comma secondo), nonché tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi (comma terzo).

Ed invero mentre l'articolo 20 della legge n. 241 del 1990 per l'istituto del silenzio assenso di tipo verticale, tra privato e pubblica amministrazione fa salva la materia ambiente e non il paesaggio; per converso l'articolo 17-bis della medesima legge procedimento prevede il formarsi del silenzio assenso sia per le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, sia per le amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico-territoriale.


Salva l'eccezione ad oggi ancora contrastante in giurisprudenza dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'articolo 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 che viene salvaguardata e raffrontata al diverso procedimento della procedura semplificata di cui al DPR n. 31 del 2017.

Si è deciso pertanto di commentare alcune decisioni in materia di autorizzazione paesaggistica che nell'ultimo anno hanno espresso orientamenti contrastanti sia in tema di applicazione dell'articolo 17 bis della legge 241/1990 sia di efficacia del provvedimento tardivo.

Al riguardo rammento brevemente la disciplina contenuta nell'articolo 17 bis, articolo inserito dall' art. 3, comma 1, L. 7 agosto 2015, n. 124, rubricato “ *Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici* “ e che è stato di recente modificato dall'articolo 12, comma 1, lettera g) del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120. Il disposto normativo, quindi, come novellato prevede in sintesi la predisposizione da parte dell'autorità competente a decidere di una proposta di provvedimento amministrativo che viene trasmessa ad altra pubblica amministrazione che deve manifestare il suo assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento della proposta. In caso di decorrenza del termine l'assenso, concerto o nulla osta si intende acquisito, in assenza di esigenze istruttorie espressamente manifestate dall'altra pubblica amministrazione.

A fronte di una apertura verso l'applicabilità da parte del Dicastero competente, tuttavia il Consiglio di Stato ha sempre cercato di trovare argomentazioni giuridiche contrarie all'applicabilità ritenendo perfino che il procedimento fosse di tipo verticale, tra privato e P.A., e non di tipo orizzontale pluristrutturato tra più amministrazioni.

In tale scritto vengono considerate le ultime pronunce sul punto ed il disposto normativo appena citato ci permette di comprendere con maggiore chiarezza, i diversi orientamenti

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

giurisprudenziali sul punto. Le decisioni vengono commentate in ordine cronologico dalla più risalente nel tempo alla più recente.

TAR Campania Salerno, Sezione II, decisione 4 febbraio 2022, n. 343

Prima di tutto un breve accenno alla vicenda.

Il ricorrente impugnava il provvedimento del Responsabile dell'Unità paesaggistica ambientale del Comune di Ascea che aveva rigettato la domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica di alcuni abusi sottoposti a sanatoria ex art. 167, commi 4 e 5 del decreto legislativo n. 42 del 2004¹, nonché il parere sfavorevole della Soprintendenza per le Province di Salerno ed Avellino ed il preavviso di parere sfavorevole della medesima Soprintendenza.

In sintesi, per determinati interventi realizzati in assenza o in difformità dell'autorizzazione paesaggistica, nonché per qualunque lavoro di manutenzione ordinaria e straordinaria configurabile come tale dal Testo unico edilizia, è previsto che il privato presenti una apposita domanda all'autorità gestore del vincolo al fine di verificare la sua compatibilità paesaggistica. Il termine per assumere il provvedimento definitivo è di 180 gg, previo parere vincolante della Soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni.

Il principale motivo del ricorso era che prima della pronuncia espressa del preavviso di rigetto della Soprintendenza, si era formato, secondo il ricorrente, il silenzio assenso "orizzontale" tra Pubbliche Amministrazioni spogliando quindi quest'ultima da ogni potere di decisione.


La questione fattuale era il superamento abbondante dei novanta giorni previsti dalla normativa a fronte dei 288 giorni in realtà trascorsi. Da qui la tardività del provvedimento

¹ Articolo 167 Ordine di rimessione in pristino o di versamento di indennità pecuniaria
Omissis

4. *L'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi:*

a) *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;*
b) *per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica;*
c) *per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.*

5. *Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 4 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. L'importo della sanzione pecuniaria è determinato previa perizia di stima. In caso di rigetto della domanda si applica la sanzione demolitoria di cui al comma 1. La domanda di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata ai sensi dell'articolo 181, comma 1-quater, si intende presentata anche ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma.*

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

e l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 17 bis.

Per corrispondere alla richiesta del ricorrente il TAR Salerno rinvia ad un suo precedente, decisione n. 1542 del 2021 della medesima Sezione, riferita all'applicabilità dell'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990 al termine di 45 giorni previsto dal comma 8 dell'articolo 146 del decreto legislativo n. 42 del 2004 per la pronuncia sull'autorizzazione paesaggistica.

Fermo restando la sostanziale differenza tra i due procedimenti amministrativi: quello dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'articolo 146 del decreto legislativo n. 42 del 2004 e quello della compatibilità paesaggistica di cui all'articolo 167 del medesimo decreto legislativo, secondo il TAR valgono le medesime argomentazioni giuridiche.

Nella statuizione giudiziale n. 1542 del 2021, il collegio aveva assunto l'applicabilità dell'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990 con riferimento al procedimento di rilascio del parere dell'articolo 146, comma 8 del decreto legislativo n. 42 del 2004 per le seguenti argomentazioni giuridiche.


La prima si riferisce all'opinione granitica per cui *“il parere in esame costituisce espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza.”*

Ad avvalorare la tesi positiva, quale seconda argomentazione, il collegio richiama il parere del Consiglio di Stato reso in sede consultiva con il parere nr. 1640 del 2016 sul disposto di cui all'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990. In particolare secondo il collegio consultivo, l'articolo 17 bis era destinato a trovare applicazione ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e dunque nei casi in cui l'atto da acquisire abbia una valenza codecisoria. Da qui l'applicabilità anche ai pareri vincolanti come quello della Soprintendenza, diversamente dai pareri consultivi facoltativi o tecnici di cui agli articoli 16 e 17 della legge n. 241 del 1990². A maggior ragione in tali ipotesi ove si afferma espressamente che l'amministrazione trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato (privato) accompagnandola con una relazione illustrativa e con una proposta di provvedimento.

Infine l'ultima argomentazione giuridica a sostegno dell'applicabilità è che il DPR n. 31 del 2017 che prevede la procedura semplificata all'articolo 11, comma 9, statuisce espressamente che: *“in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei termini 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.”*

Ne consegue che a livello regolamentare si dà per assodato l'applicabilità del silenzio assenso, ai sensi di tale disposto normativo, che vale anche in materia di autorizzazione paesaggistica in senso espresso per la procedura semplificata.

²Cfr Parere CDS n. 1640/2016: *“il riferimento allo schema di provvedimento implica che si sia chiusa la fase istruttoria, dovendosi ritenere che siano proprio le risultanze dell'istruttoria a consentire all'Amministrazione procedente l'elaborazione dello schema di decisione sul quale l'Amministrazione interpellata esprimerà il proprio assenso.”*

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

E se tali argomentazioni giuridiche non bastassero, il collegio in via residuale rinvia alle istruzioni impartite dal capo dell'Ufficio legislativo del MIBAC dal 2016 al 2018 che in modo univoco e ripetuto confermano l'applicazione³.

In particolare la Circolare del Ministero dei Beni Artistici e Culturali e del Turismo n. 21892 del 20 luglio 2016, dopo 7 giorni dal parere del Consiglio di Stato n. 1640 del 2016, ne aveva chiaramente affermato: *“l'applicabilità dell'istituto al parere vincolante del soprintendente previsto dall'art. 146 del codice di settore”* atteso che la procedura in questione prevede *“al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione”*. Ed ancora il successivo chiarimento contenuto nella Circolare n. 11688 dell'11 aprile 2017 che riguardo all'inutile decorso del termine di 45 gg. ex art. 146 del D.lgs. n. 42 del 2004 e di 20 gg. ex art. 11 del DPR n. 31 del 2017 in entrambi i casi opera il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni.

Il precedente orientamento del TAR permette all'odierno collegio giudicante di utilizzare le medesime argomentazioni giuridiche anche alla diversa ipotesi di compatibilità paesaggistica di cui all'articolo 167 e quindi, conseguentemente, di dichiarare inefficace il parere tardivo della Soprintendenza ai sensi dell'articolo 2, comma 8bis⁴ della legge n. 241 del 1990 ed illegittimo il provvedimento del Responsabile dell'Unità paesaggistica e ambientale perché assunto in attesa del parere tardivo ed inefficace.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 maggio 2022 n. 4098.

Il giudizio si riferisce ad un'istanza presentata da un privato per il rilascio del permesso di costruire nonché per il rilascio di autorizzazione paesaggistica semplificata di cui all'articolo 11 del DPR n. 31 del 2017.

Il Comune competente aveva richiesto il parere vincolante alla Soprintendenza che aveva risposto in ritardo rispetto ai 20 gg. previsti dal comma 5 dell'articolo 11 del DPR n. 31 del 2017. Al diniego opposto al privato, quest'ultimo aveva impugnato dinanzi al TAR Campania Salerno il provvedimento comunale ed ottenuto l'accoglimento del ricorso per acclarata applicabilità dell'articolo 17 bis all'ipotesi dell'articolo 11 comma 9 del DPR n. 31 del 2017, per decorrenza del termine ivi stabilito.


In sede di appello presentato dal Ministero competente, il Consiglio di Stato dopo aver riepilogato i fatti di causa afferma che secondo una interpretazione sistematica dell'articolo 146 del decreto legislativo n. 42 del 2004 in caso di mancata espressione del parere da parte del Soprintendente ai sensi del comma 9 del citato disposto normativo,

³ Circolare n. 0027158 del 2015, Circolare n. 0021892 del 2016.

⁴ Art. 2 Conclusione del procedimento.

omissis

8-bis. 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 articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

sussiste un univoco orientamento secondo cui, a seguito del decorso del termine, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo.

Il Consiglio di Stato, prima di tutto, richiama la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4765 del 27 febbraio 2020 e in forza di tale precedente pertanto, diversamente dal TAR Salerno, considera l'autorizzazione paesaggistica un atto autonomo rispetto al quale la pubblica amministrazione competente del procedimento principale alla fine deve comunque decidere o sulla base di un parere vincolante, se adottato entro i termini, ovvero a prescindere dal parere se tardivo. Quindi ritiene in conclusione non compatibile l'istituto del silenzio assenso previsto dall'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990 rispetto all'articolo 146 del D.lgs. n. 42 del 2004 in quanto *“in questi procedimenti la Soprintendenza non è chiamata ad esprimersi su una proposta del provvedimento finale che sarà adottato dall'amministrazione procedente, bensì su una proposta di parere paesaggistico, che riguarda un progetto e che non viene formulata dall'autorità procedente – cioè quella che deve autorizzare il progetto o l'opera – bensì dalla Regione o dall'ente che questa abbia eventualmente delegato ad esercitare i poteri ad essa assegnati dall'art. 146.”* (cfr Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4765 del 27 febbraio 2020)


Commentando tale decisione del 2020 richiamata dalla statuizione del 2022 appare che l'ente che deve adottare il provvedimento di autorizzazione paesaggistica, la Regione o l'ente delegato dalla stessa, è una pubblica amministrazione diversa da quella che in via principale deve autorizzare il progetto o l'opera e conseguentemente vi sono tre pubbliche amministrazioni coinvolte:

- a) la pubblica amministrazione che deve autorizzare l'opera;
- b) la Regione o ente delegato che deve adottare l'autorizzazione paesaggistica che fa una proposta di provvedimento in senso favorevole o sfavorevole;
- c) e infine la Soprintendenza che riceve la medesima proposta e sulla quale esprime un parere.

Al riguardo, la decisione in commento del 2022 fa una necessaria precisazione riferita alla fattispecie oggetto di giudizio. Quando l'istanza è per il rilascio del titolo edilizio è vero che spetta al Comune l'adozione del permesso di costruire ma è altrettanto vero che l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dalla Regione o ente delegato è un atto di codecisione con la Soprintendenza. Pertanto si potrebbe ammettere che nel sub procedimento avente ad oggetto l'autorizzazione paesaggistica possa formarsi un silenzio assenso ex art. 17 bis della legge n. 241 del 1990 limitatamente all'espressione della tutela del paesaggio e non per quanto concerne il titolo edilizio.

Altro aspetto ripreso dal Consiglio di Stato della decisione del 2020.

Proseguendo, il Consiglio di Stato aggiunge un ulteriore passaggio al proprio iter logico argomentativo: *“In sostanza, l'art. 146 del codice n. 42 del 2004 ha previsto che l'atto conclusivo del procedimento (l'autorizzazione paesaggistica ovvero il diniego di essa) rimanga un provvedimento monostrutturato, riferibile alla autorità che emana l'atto*

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 13 e 14 aprile 2023 Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica
---	---	--

finale (tanto che più volte questo Consiglio ha rilevato come lo stesso parere vincolante non sia immediatamente impugnabile)."

Quindi la seconda considerazione è che non si tratti di un procedimento pluristrutturato tra due amministrazioni ma il solo procedimento di autorizzazione paesaggistica sia un procedimento autonomo che interferisce ma non si compenetra con quello principale. In tale procedimento autonomo si innesta il parere endoprocedimentale della Soprintendenza.

Anche per tale aspetto il Consiglio di Stato del 2022 ritiene che la procedura delineata dall'articolo 146 in realtà rispecchi quella del silenzio assenso secondo la seguente scansione:

- a) la Regione o ente delegato fa una proposta di provvedimento;
- b) la Soprintendenza è chiamata a decidersi sulla proposta di provvedimento con un parere e quindi quest'ultimo attribuisce una natura pluristrutturata all'autorizzazione paesaggistica che diventa in tali termini un atto di codecisione;
- c) il provvedimento finale tuttavia non sarà l'autorizzazione paesaggistica della Regione ma il provvedimento del Comune che rilascia il permesso di costruire.

In conclusione secondo il Consiglio di Stato del 2022 quello che in definitiva porta ad affermare che l'articolo 17 bis della legge 241 del 1990 non trovi applicazione all'articolo 146 del codice del paesaggio è solo ed esclusivamente che il legislatore espressamente nel comma 9 del medesimo articolo ha voluto che non si producesse questo effetto quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, perché in tale disposto normativo si afferma espressamente che la pubblica amministrazione provvede comunque e non in conformità alla proposta trasmessa (comma modificato con DL 12 settembre 2014 n. 133 e quindi prima dell'entrata in vigore della disciplina dell'articolo 17 bis).


Per converso, nel DPR n. 31 del 2017 emanato al fine di introdurre procedure semplificate per interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme comunque le esclusioni degli articoli 19 e 20 (silenzio assenso) come specificato alla fine del comma 9 dell'articolo 146, si prevede espressamente l'applicabilità dell'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990.

Il comma 9 del DPR n. 31 del 2017 espressamente afferma: *"in caso di mancata espressione del parere....si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e ...l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.."*

Secondo il Consiglio di Stato, la legittimità di tali previsioni derogatorie discende dalla circostanza che sono contenute in un regolamento delegato dichiaratamente speciale e come tale circoscritto agli interventi di lieve entità.

Inoltre il richiamo ai soli termini del comma 5 e non anche a quelli del comma 7⁵ ove il Soprintendente comunica motivi ostativi che comportano una seconda valutazione da

⁵Art. 11 Semplificazioni procedurali omissis

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

parte dell'istante, che deve decidere se presentare controdeduzioni o il progetto modificato come da volere della Soprintendenza che indica le prescrizioni che devono essere adottate ai fini della compatibilità paesaggistica.

La specialità dell'applicazione comporta una lettura restrittiva della norma alla sola ipotesi in cui la Soprintendenza rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualunque modo. Solo ed esclusivamente tale contegno silenzioso può essere letto come una valutazione positiva alla proposta di provvedimento trasmessa.

Nella fattispecie rappresentata nel giudizio in effetti la Soprintendenza aveva manifestato motivi ostativi entro i termini del comma 7 dell'articolo 11 più volte citato ed in assenza di comportamenti positivi da parte dell'istante, decorso il termine previsto a suo favore, aveva provveduto ad emettere il provvedimento di diniego. In tale circostanza l'espressione di motivi ostativi entro i termini del comma 7 dell'articolo 11 del DPR n. 31 del 2017 impedisce il formarsi del silenzio assenso di cui all'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990.

TAR Campania Salerno, Sezione II, decisione 2 novembre 2022, n. 2896

Il TAR interviene nuovamente sulla questione prendendo atto del contrasto nella giurisprudenza amministrativa e delineando tre orientamenti differenti in ordine all'applicazione dell'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990 all'articolo 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, fermo restando che per converso ai sensi del DPR n. 31 del 2017 l'istituto del silenzio assenso rientra a pieno titolo nella procedura semplificata ivi prevista, in quanto richiamato espressamente nel regolamento delegato.

Anche qui un breve accenno alla vicenda.

Viene impugnato il provvedimento del comune di Castellabate che ritenendo erroneamente vincolante il parere contrario ma tardivo della Soprintendenza respinge l'istanza di autorizzazione paesaggistica.


Si parte da un elemento fattuale non contestato dalle parti in giudizio: la Soprintendenza comunica i motivi ostativi solo n. 55 giorni dopo il ricevimento della documentazione. Quindi ampiamente dopo il termine di 45 giorni previsto dall'articolo 146 comma 8⁶ del decreto legislativo n. 42 del 2004.

7. In caso di valutazione negativa della proposta di accoglimento formulata dall'amministrazione procedente, il Soprintendente comunica per via telematica al richiedente, entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della proposta, i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza e della proposta dell'amministrazione procedente, specificandoli in modo dettagliato, ed indica contestualmente le modifiche indispensabili per la valutazione positiva del progetto, a meno che quest'ultimo risulti incompatibile con i valori paesaggistici che qualificano il contesto di riferimento ovvero contrastanti con le prescrizioni d'uso eventualmente presenti e di ciò venga data idonea ed adeguata motivazione."

⁶ **Articolo 146** Autorizzazione

omissis

8. Il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

Secondo il ricorrente, tale tardività non comporta la possibilità per il Comune di provvedere comunque sulla istanza anche senza considerare la vincolatività del parere che, in quanto tardivo, ha perso la sua efficacia appunto vincolante, bensì per effetto del silenzio assenso formatosi ed in assenza di motivi ostativi espressi in tale periodo di tempo, i famosi quarantacinque giorni, il Comune deve prendere atto del parere positivo e vincolante e quindi deve accogliere l'istanza di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

A questo punto il TAR prende atto del contrasto giurisprudenziale sull'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge 241 del 1990 nell'alveo dell'articolo 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 e delinea tre orientamenti differenti.

Partendo dal presupposto giuridico per cui l'articolo 17-bis citato si applica ad una fase decisoria pluristrutturata ovvero ai procedimenti orizzontali dove esiste un momento di codecisione tra almeno due diverse amministrazioni, di seguito si evidenziano le tre diverse posizioni giurisprudenziali.


Il primo orientamento è assolutamente contrario afferma che:

- a) il provvedimento di autorizzazione paesaggistica tra Regione-ente delegato e Soprintendenza non riguarda la fase propriamente decisoria del provvedimento finale bensì la fase istruttoria riferita ad un atto presupposto imprescindibile per cui la mancanza di quest'ultimo impedisce l'espressione favorevole del provvedimento finale a favore dell'istante;
- b) in tale funzione non è possibile alcuna forma di attenuazione della tutela del paesaggio a fronte di un bilanciamento o comparazione con altri interessi atteso che il parere è espressione di una discrezionalità tecnica che si rapporta al caso concreto e non può essere assoggettato all'istituto del silenzio assenso di cui all'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990;
- c) la previsione del comma 9 dell'articolo 146 predetto, in base al quale *“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”* dimostra che questa forma di silenzio devoluto all'amministrazione competente che deve decidere comunque, anche tenendo conto degli aspetti paesaggistici, secondo la costante giurisprudenza, è incompatibile con il silenzio assenso puro e integralmente positivo di cui all'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990.

Il secondo orientamento discende dal Consiglio di Stato commentato precedentemente per cui si scopre un'apertura, limitata alla autorizzazione paesaggistica semplificata di cui all'articolo 11 del DPR n. 31 del 2017, interpretato peraltro in senso restrittivo e quindi solo nel caso di assenza di motivi ostativi denunciati entro il termine stabilito dal comma 7 dell'articolo 11 citato, cioè quando la Soprintendenza è completamente silente sul punto.

Quindi ripercorrendo le conclusioni argomentative del Consiglio di Stato n. 4098 del 2022:

quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Il soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità.

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

- i) se il parere è negativo e perviene entro il termine del comma 7 dell'articolo 11, sarà vincolante per la amministrazione procedente;
- ii) se il parere negativo non viene emesso o viene emesso oltre il termine del comma 7 dell'articolo 11, l'amministrazione procedente provvederà sull'istanza senza essere vincolata dal silenzio assenso e quindi anche tenendo conto dei rilievi ostativi o di un parere negativo tardivamente giunto;
- iii) il parere tardivo non sarà illegittimo per contrasto con un silenzio assenso già formatosi perché sono stati notificati i motivi ostativi entro il termine del comma 7 dell'articolo 11;
- iv) il termine di cui al comma 7 dell'articolo 11 del DPR n. 31 del 2017 ovvero dieci giorni dal ricevimento della proposta è solo sollecitatorio in quanto comunque per il formarsi del silenzio assenso vi è il termine più lungo del comma 5 cioè venti giorni dal ricevimento della proposta. E' infatti da quel momento che si forma il silenzio assenso di cui all'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 e si consuma il potere di notificare i motivi ostativi.

Infine il terzo orientamento assolutamente positivo e non condizionato è quello appunto del TAR Salerno che ritiene applicabile sempre l'istituto del silenzio assenso sia all'autorizzazione semplificata - ovviamente in quanto richiamato espressamente -, sia nei riguardi dell'articolo 146 del d.lgs. n. 42 del 2004.


L'argomentazione positiva muove dalla *“considerazione per cui tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluri-strutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione.”*

L'articolo 17-bis si applica a tutti i pareri vincolanti, perché quelli non vincolanti vengono disciplinati dagli articoli 16 e 17 della legge sul procedimento amministrativo e ai sensi del comma 3 dell'articolo 17-bis l'istituto del silenzio assenso si applica ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni ambientali, paesaggistici-territoriali, culturali e la salute dei cittadini.

Il Tar Salerno qui, decide di seguire il primo orientamento assolutamente negativo e quindi accettare la tesi consolidata per cui l'autorizzazione ex art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 è tardiva e come tale non più vincolante per l'amministrazione procedente e non si è formato il silenzio assenso di cui all'articolo 17 -bis della legge n. 241 del 1990.

Tuttavia ritiene fondata l'impugnativa avverso il provvedimento finale stante la carenza nella motivazione di un'autonoma valutazione degli aspetti paesaggistici, in mancanza di un parere vincolante che in realtà ha perso la propria efficacia.

In conclusione, qualche autore ha ritenuto non costituzionalmente orientato proprio il disposto dell'articolo 146, comma 9 del decreto legislativo n. 42 del 2004 dove si attribuisce alla Regione o all'ente sub-delegato il potere di “provvedere comunque” in caso di inerzia dello Stato e nel testo dell'articolo 11, comma 9 del DPR n. 31 del 2017 che riconosce pienamente l'applicabilità dell'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990. Secondo Gerardo Guzzo nell'articolo “Il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica” pubblicato in Lexitalia il 20 dicembre 2022 *“entrambi i precetti stridono con il dato*

	<p>Osservatorio Legislativo Interregionale</p>	<p>Roma, 13 e 14 aprile 2023</p> <p>Stefania Del Negro - Direzione Affari Legislativi della Giunta regionale del Veneto</p> <p>Giurisprudenza di merito di interesse regionale. L'applicabilità o meno dell'articolo 17-bis della legge n. 241 del 1990 al procedimento di autorizzazione paesaggistica</p>
---	--	---

costituzionale che inquadra la tutela del paesaggio nella cornice dei principi fondamentali della Carta (art. 9).E' del tutto evidente che se la tutela del paesaggio costituisce un principio assoluto, quindi inderogabile, allora una qualsiasi norma ordinaria che privi lo Stato del potere di gestione a favore dell'Ente periferico rischia di esporsi ad una lettura del testo di legge non proprio costituzionalmente orientata atteso che la competenza in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema è demandata in via esclusiva proprio allo Stato in virtù dell'art. 117, comma 1, lett. s) della Costituzione".

E' particolare che in tale materia "tutela del paesaggio" da una parte il Ministero competente abbia emanato circolari applicative dell'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990, mentre, per converso, il Consiglio di Stato sia rimasto ancorato al proprio precedente

giurisprudenziale senza considerare la successione delle leggi nel tempo e continuando a far valere una interpretazione esclusivamente letterale delle disposizioni statali che ovviamente dopo la legge Madia non sono state aggiornate, considerando anche il nuovo istituto del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni.