

## L'autorizzazione paesaggistica e la partecipazione procedimentale\*

di Matteo Timo

20 marzo 2018

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'evoluzione della normativa di riferimento: art. 10-*bis* l. 241/1990 e art. 146 d.lgs. 42/2004 – 3. Autorizzazione paesaggistica e preavviso di provvedimento negativo.

### 1. Premessa

Il paesaggio, nel senso sia di paesaggio naturale, sia di paesaggio antropizzato, costituisce elemento caratteristico ed espressione dell'identità locale. In questo scritto se ne tratterà con riferimento ad un istituto attinente al fenomeno partecipativo procedimentale<sup>1</sup>.

Lo studio di quest'ultimo richiede che sia premessa una considerazione di carattere generale: vale a dirsi che è doveroso specificare come la partecipazione sia un concetto che si qualifica in forza di una marcata interdisciplinarietà. Quest'ultima non riguarda esclusivamente il contesto giuridico: non a caso, molteplici sono le discipline che forniscono contributi alla definizione di partecipazione<sup>2</sup>; tra queste, indubbiamente, le scienze sociali. Similmente e con maggior attenzione al diritto, si rileva che anche il novero delle scienze giuridiche che manifestano interesse per il momento partecipativo è assai articolato (dal diritto costituzionale alle materie processuali). Il presente contributo, nello specifico, s'incentra sulla partecipazione quale essa è intesa dal diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo rappresenta, forse, la branca del diritto che maggiormente ha compiuto uno sforzo di positivizzazione del concetto di partecipazione tanto che quest'ultima, da originario oggetto di studio dottrinale, si è

---

\* Scritto destinato alla pubblicazione in *Autonomie locali, democrazia deliberativa e partecipativa, sussidiarietà. Percorsi di ricerca ed esperienze italiane ed europee*, a cura di R. Balduzzi e R. Lombardi (Pisa, Pacini, 2018).

<sup>1</sup> Sul rapporto, in generale, fra paesaggio, percezione e partecipazione: B. CASTIGLIONI - M. DE MARCHI (a cura di), *Di chi è il paesaggio? La partecipazione degli attori nella individuazione, valutazione e pianificazione*, Padova, 2009; A. BERQUE, *Come parlare di paesaggio?*, in P. D'Angelo (a cura di), *Estetica e paesaggio*, Bologna, 2009, pp. 160 ss.; W. YOU - D. HE - W. HONG - C. LIU - L. WU - Z. JI - S. XIAO, *Local people's perceptions of participating in conservation in a heritage site: a case study of the Wuyishan Scenery District cultural and natural heritage site in Southeastern China*, in *Natural Resources Forum*, 38 (2014) 296-307; M.I. MANTELLO, *Tutelare il paesaggio: percezione ed interpretazione del paesaggio testimone dell'identità locale*, in [www.italianostraedu.org](http://www.italianostraedu.org).

<sup>2</sup> U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2010

tramutata in vero e proprio istituto disciplinato dalla legge. Pur non essendo questa la sede per un compiuto esame del fenomeno partecipativo nei confronti dell'*agere amministrativo*<sup>3</sup>, si evidenzia come sia dall'elaborazione del concetto di procedimento amministrativo alla luce del contraddittorio processuale<sup>4</sup>, sia dallo studio e dalla delimitazione del momento partecipativo<sup>5</sup>, il legislatore italiano abbia desunto la necessità di codificare nell'ambito della legge sul procedimento alcuni istituti partecipativi ai quali, nell'insieme, viene attribuito il nome di "partecipazione procedimentale". Se il legislatore, per il mezzo della legge 7 agosto 1990, n. 241<sup>6</sup>, ha infranto l'isolamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione con la previsione di una generale disciplina partecipativa dell'azione amministrativa, anche le normative di settore – nelle quali, in forza della generalità della legge sul procedimento e salvo disposizione contraria, trovano applicazione gli artt. 7 ss. della stessa legge 241/1990 – hanno, talvolta, autonomamente enucleato la partecipazione procedimentale al fine di renderla più congeniale alla specifica materia disciplinata.

In tal senso, nella normativa concernente la tutela del patrimonio culturale e paesaggistico<sup>7</sup> si rinvencono significativi richiami alla legge generale sul procedimento amministrativo: tra questi – nell'ambito del Capo IV del codice dei beni culturali e del paesaggio, dedicato all'attività di controllo e di gestione dei beni sottoposti a tutela – si annovera certamente la disciplina dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146. Non a caso, l'articolo da ultimo menzionato espressamente si riferisce a due istituti procedimentali partecipativi: con maggior precisione, agli articoli 7 e 10-*bis* della legge 241/1990, rispettivamente recanti la disciplina della comunicazione di avvio del procedimento e della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Soprattutto, come sarà chiarito nel prosieguo di queste annotazioni, il richiamo al c.d. "preavviso di rigetto" assume notevole valore sia per gli elementi di specificazione rispetto all'art. 10-*bis*, sia per lo stratificarsi di molteplici interventi riformatori sul corpo dell'originario art. 146 codice dei beni culturali e del paesaggio.

<sup>3</sup> Si rinvia in proposito, fra i molti contributi dottrinali, a G. BERTI - G.C. DE MARTIN, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, 1996; U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009; M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

<sup>4</sup> Il riferimento è, in primo luogo, a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p.118 ss. Per una compiuta analisi degli studi di Feliciano Benvenuti, si richiama, *ex multis*, G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della Legge N. 241 del 1990*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2008.

<sup>5</sup> Ad avviso di chi scrive trova ancora pieno accoglimento la definizione formulata da Mario Nigro: partecipazione quale «"prendere parte" ad un processo di decisione di soggetti diversi da quelli ai quali un ordinamento attribuisce istituzionalmente la competenza a provvedere e che ordina (organizza) stabilmente per questo scopo» (M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in ID, *Scritti giuridici*, 1996, pag. 1414.)

<sup>6</sup> In particolare, il Capo III (articoli da 7 a 13) della legge 241/1990 è rubricato "partecipazione al procedimento amministrativo": per un esame complessivo degli istituti partecipativi del procedimento amministrativo si rinvia a G. BERTI - G.C. DE MARTIN, *op. cit.*; P.M. VIPIANA, *I procedimenti amministrativi. La disciplina attuale e i suoi aspetti problematici*, Padova, 2012, pp. 57 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2103, pp. 227 ss.; S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2015, pp. 338 ss.

<sup>7</sup> D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante il "Codice dei beni culturali e del paesaggio", anche noto come "codice Urbani".

## 2. L'evoluzione della normativa di riferimento: art. 10-bis l. 241/1990 e art. 146 d.lgs. 42/2004

Preliminarmente all'esame delle disposizioni dell'art. 146 d.lgs. 42/2004 dedicate alla partecipazione del soggetto istante nell'ambito del procedimento autorizzatorio, è opportuno premettere alcune brevi considerazioni sulla disciplina generale dell'art. 10-*bis* della legge 241/1990, la quale si ripercuote sull'autorizzazione paesaggistica.

Infatti, il testo originario della legge generale sul procedimento amministrativo, pur già prevedendo il Capo III sulla partecipazione procedimentale, esauriva gli obblighi comunicativi dell'amministrazione procedente nell'art. 7, ossia nella comunicazione di avvio del procedimento. La *ratio* di siffatto istituto era ed è tuttora, in estrema sintesi, quella di portare a conoscenza dei soggetti destinatari del provvedimento finale (e di quelli che devono intervenire per legge), nonché di coloro nei confronti dei quali l'adozione del provvedimento possa recare pregiudizio, l'inizio dell'attività amministrativa procedimentale, in modo tale che i medesimi soggetti possano prendervi parte con le forme, in particolare, del successivo articolo 10.

Simile modello comunicativo di matrice esclusivamente preventiva rispetto allo svolgimento dell'istruttoria procedimentale è parso al legislatore insufficiente a realizzare un'effettiva partecipazione dei soggetti destinatari della decisione amministrativa, soprattutto, allorché l'amministrazione procedente, al termine della fase istruttoria, si sia determinata per il rigetto dell'istanza del privato. A fronte di tale esigenza, il legislatore del 2005<sup>8</sup> ha ritenuto opportuno inserire nella legge 241/1990 l'art. 10-*bis*, il quale impone all'autorità procedente l'inoltro di una seconda comunicazione, diretta esclusivamente all'istante, concernente le ragioni per cui la stessa amministrazione ritiene impossibile accogliere l'istanza: il preavviso di rigetto si sostanzia nella predisposizione di un'ulteriore fase procedimentale<sup>9</sup> a carico dell'amministrazione attiva, finalizzata a garantire – a discapito della diversa occorrenza di celerità di cui all'art. 2 legge 241/1990 – una seconda *chance* partecipativa<sup>10</sup> per il soggetto istante.

Da quanto scritto discende la volontà del legislatore di assicurare con disposizione di portata generale un'effettiva partecipazione al procedimento amministrativo di coloro che – osserva la dottrina<sup>11</sup> –, essendo titolari di interessi pretensivi, sarebbero esclusi della comunicazione *ex art. 7* legge 241: invero, non pare scorretto affermare che il soggetto destinatario del preavviso di rigetto, in quanto istante, sia sicuramente titolare di un interesse pretensivo nel momento in cui richiede all'amministrazione l'emanazione di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, ma, nel diverso momento in cui riceve la comunicazione ostativa, siffatto interesse pretensivo, sostanzialmente, si manifesta come "oppositivo" a che l'amministrazione procedente non adotti un atto che frustri le aspettative dell'istante stesso.

In ogni caso, la *voluntas legis* di rinsaldare l'apertura della pubblica amministrazione è stata immediatamente percepita dalla giurisprudenza che, già all'indomani della novella del 2005, ha appurato come l'art. 10-*bis* rappresenti

<sup>8</sup> Legge 11 febbraio 2005, n.15, art. 6.

<sup>9</sup> V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 324.

<sup>10</sup> D. VAIANO, *Il preavviso di rigetto*, in M.A. Sandulli (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 550.

<sup>11</sup> D. VAIANO, *op. cit.*

strumento di garanzia della partecipazione<sup>12</sup> e contribuisca ad assicurare piena visibilità all'azione amministrativa<sup>13</sup>.

Invero, l'art. 10-*bis* – al pari di ogni altro istituto di partecipazione procedimentale – è stato oggetto di differenti interpretazioni per quanto concerne l'aspetto qualitativo della partecipazione stessa. Alla luce di un primo punto di vista, sono rinvenibili opinioni che esaltano la qualificazione conflittuale<sup>14</sup> dell'apporto fornito dall'istante: il supplemento d'istruttoria ingenerato dal preavviso di rigetto, permette al cittadino di produrre nei confronti dell'amministrazione tutti i documenti e le informazioni necessarie per opporsi al provvedimento negativo preconfezionato dall'amministrazione medesima. Un secondo orientamento, invece, percepisce nell'art. 10-*bis* un momento prettamente collaborativo<sup>15</sup>, nel quale l'ulteriore contributo dell'istante permette all'autorità procedente di acquisire tutti gli elementi necessari a un temperamento maggiormente esaustivo di interessi contrapposti e incisi dall'azione amministrativa. Pare corretto sostenere, con approccio sincretistico, che l'istituto in parola faccia proprie differenti esigenze<sup>16</sup>: bilanciamento d'interessi contrapposti, collaborazione, difesa e deflazione del contenzioso.

Senza voler procedere a un'analisi compiuta dell'art. 10-*bis*, è doveroso evidenziare un aspetto dell'applicazione della comunicazione dei motivi ostativi che si estende anche all'autorizzazione paesaggistica (e, in particolare, a tutte quelle ipotesi nelle quali la soprintendenza abbia emanato un parere negativo senza comunicare il preavviso di rigetto), vale a dirsi quali siano le conseguenze del mancato preavviso. In prima battuta, è possibile affermare con certezza che, qualora l'amministrazione procedente non abbia dato applicazione all'art. 10-*bis*, il conseguente provvedimento di rigetto è illegittimo ed annullabile in via giurisdizionale<sup>17</sup>. Maggiori perplessità si riscontrano, tuttavia, all'esame della non annullabilità del provvedimento ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge 241/1990: in altri termini, è necessario chiedersi se il provvedimento amministrativo di rigetto, adottato senza previa comunicazione *ex art.* 10-*bis*, sia viziato solo sotto il profilo meramente formale e, in conseguenza, non sia annullabile.

A tal riguardo, si possono delineare due soluzioni: la prima prevede l'applicazione dell'art. 21-*octies*, secondo comma, primo periodo<sup>18</sup>, in forza del quale, se il mancato preavviso si inserisce nell'ambito di un *iter* procedimentale vincolato (e il vizio formale non ha inciso sulla legittimità sostanziale dell'atto), allora la violazione dell'art. 10-*bis* non determina l'illegittimità.

<sup>12</sup> TAR Lazio, Sez. II, 18 maggio 2005, n. 3921; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9626: da ultimo, TAR L'Aquila, Sez. I, 18 giugno 2016, n. 392 e TAR Veneto, Sez. I, 18 aprile 2016, n. 403.

<sup>13</sup> In tal senso, TAR Calabria, Sez. I, 2 ottobre 2009, n. 1013 e TAR Campania, Sez. VII, 2 febbraio 2006, n. 1614.

<sup>14</sup> C. VIDETTA, *Note a margine del nuovo articolo 10-bis L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2, pp. 837 ss.

<sup>15</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 1835.

<sup>16</sup> D. VAIANO, *op. cit.*; P.M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 74.

<sup>17</sup> In tal senso, la giurisprudenza è stata granitica sin dalla novella del 2005: TAR Lazio, Roma, Sez. III-*ter*, 8 settembre 2005, n. 6618; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 4 luglio 2005, n. 9369; recentemente TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 9 maggio 2012, n. 2137; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 26 giugno 2014, n. 3592; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 1° aprile 2014, n. 3551.

<sup>18</sup> Il quale dispone: «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Se questa prima opzione interpretativa trova l'avallo della giurisprudenza<sup>19</sup>, di più difficile soluzione è il problema inerente all'applicabilità nei confronti dell'art. 10-*bis* anche dell'art. 21-*octies*, secondo comma, secondo periodo<sup>20</sup>: tesi quest'ultima che vede una sostanziale identità fra gli artt. 7 e 10-*bis* della legge 241/1990, in modo tale che – anche nell'attività a carattere discrezionale – si possa ammettere la non annullabilità del provvedimento emesso in assenza del preavviso di rigetto allorché l'amministrazione procedente dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Una parte della giurisprudenza di primo grado ha sostenuto che la disciplina dettata dall'art. 21-*octies* in ordine alla comunicazione di avvio possa estendersi analogicamente anche al preavviso di rigetto<sup>21</sup>, mentre di diverso avviso sono stati altri giudici di prime cure<sup>22</sup> che hanno evidenziato come, mediante l'art. 21-*octies*, secondo comma, secondo periodo, il legislatore abbia voluto riferirsi esplicitamente all'art. 7 e non all'art. 10-*bis*.

Quest'ultima considerazione, a chi scrive, pare trovare conforto nella circostanza che gli articoli 10-*bis* e 21-*octies* sono stati generati dallo stesso intervento legislativo: di conseguenza, se il legislatore avesse voluto estendere l'efficacia della seconda norma citata anche alla prima, avrebbe proceduto in tal senso. Tuttavia, dall'analisi di una recente pronuncia del Consiglio di Stato<sup>23</sup> si desume come il giudice amministrativo di secondo grado ritenga ragionevole che il preavviso di rigetto sia assimilato alla comunicazione di avvio del procedimento alla luce dell'art. 21-*octies*, secondo comma, secondo periodo<sup>24</sup>.

Sinteticamente esaurita la trattazione degli aspetti della normativa sul preavviso di diniego che assumono maggior interesse ai fini dell'estensione di quest'ultimo al c.d.

<sup>19</sup> TAR Lazio, Sez. I-*quater*, 8 gennaio 2008, n. 73; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 10 febbraio 2010, n. 1848; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 8 aprile 2010, n. 1076; TAR Campania, Napoli, 10 gennaio 2012, n. 23; TAR Cagliari, Sez. II, 5 luglio 2016, n. 565; TAR Cagliari, Sez. II, 20 gennaio 2016, n. 58; TAR Sicilia, Catania, 15 febbraio 2016, n. 460.

<sup>20</sup> In forza del quale: «il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

<sup>21</sup> *Ex multis*, TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 26 gennaio 2006, n. 507 e TAR Piemonte, Sez. I, 24 maggio 2006, n. 2190.

<sup>22</sup> TAR Piemonte, Sez. I, 26 ottobre 2005, n. 3296; TAR Lazio, Sez. III-*ter*, 8 settembre 2005 n. 6618;

<sup>23</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913. In tal senso anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 30 giugno 2015, n. 3456; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 4 maggio 2015, n. 6337; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII 10 aprile 2014 n. 2050.

<sup>24</sup> La Sezione Terza nella menzionata pronuncia espone che: «1.2.1 [...] il provvedimento contestato è espressione di potestà amministrativa discrezionale sicché risulta inapplicabile l'art. 21 octies nella parte in cui attribuisce al giudice, in ragione della natura vincolata dell'atto, il potere di non procedere all'annullamento quanto risulti palese che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso. 1.2.2. In secondo luogo perché, anche a volere considerare la seconda parte dell'art. 21 octies secondo comma, che in relazione a tutti i provvedimenti, e quindi anche a quelli discrezionali, stabilisce che «il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», ed a volere equiparare, com'è ragionevole che sia, la mancata comunicazione dell'avvio procedimentale al preavviso di diniego avente analoga funzione nell'area degli interessi pretensivi, è dirimente la constatazione che: a) l'amministrazione non si è preoccupata di dimostrare in giudizio la sicura inefficacia della partecipazione pretermessa; b) il giudice amministrativo, in assenza di espressa richiesta e di correlata dimostrazione, non può, a differenza di quanto previsto nell'area dei provvedimenti vincolati, valutare d'ufficio la rilevanza in concreto della partecipazione negata, poiché ciò si tradurrebbe in una invasione della sfera di valutazione discrezionale riservata all'amministrazione»

“nulla osta paesaggistico”, occorre incentrare l’attenzione su quali siano le disposizioni che richiamano, nell’autorizzazione paesaggistica, la partecipazione procedimentale e, nello specifico, l’art. 10-*bis*.

L’art. 146 del decreto legislativo 42/2004 disciplina l’autorizzazione paesaggistica<sup>25</sup> quale provvedimento autorizzatorio autonomo e presupposto (comma 4) rispetto al relativo titolo edilizio<sup>26</sup>. L’art. 146 citato determina una compressione dello *ius aedificandi* a favore della tutela del paesaggio con riguardo agli immobili assoggettati ai vincoli richiamati dal primo comma: si tratta di un regime di parziale immodificabilità atteso che l’intervento edilizio può essere assentito, sulla scorta del secondo comma, qualora l’amministrazione competente alla tutela del paesaggio si sia preventivamente pronunciata nel senso della compatibilità dell’intervento medesimo rispetto alla normativa paesaggistica<sup>27</sup>. Il regime autorizzatorio di cui all’art. 146 codice dei beni culturali e del paesaggio prevede il concorso di amministrazioni locali e statali: in sintesi, la regione (comma 5) è titolare del potere autorizzatorio, ma lo può delegare agli enti locali nelle modalità di cui al comma 6<sup>28</sup>; tuttavia, l’amministrazione procedente così individuata deve acquisire (comma 5) il parere<sup>29</sup> del competente organo statale, ossia della soprintendenza.

A proposito dell’argomento che occupa il presente commento, le disposizioni dell’art. 146 che ineriscono alla partecipazione procedimentale sono recate dai commi 7, 8 e 9, i quali richiamano tanto la comunicazione di avvio del procedimento, quanto la comunicazione di diniego. Giova in proposito evidenziare che l’art. 146 – al pari della legge 241/1990 – costituisce un esempio della spasmodica tendenza del legislatore a riformare ripetutamente le disposizioni legislative procedurali: l’art. 146, adottato nel 2004, è stato oggetto di svariati interventi di riforma<sup>30</sup> che hanno interessato anche i commi da 7 a 9.

Per quanto concerne il testo edito in Gazzetta Ufficiale, l’art. 146<sup>31</sup> – salva l’applicazione del Capo III della legge 241/1990, quale provvedimento di legge generale – espressamente prevedeva il fenomeno partecipativo all’allora comma 6: ossia, l’amministrazione procedente, acquisito il parere della propria commissione per il paesaggio, trasmetteva la proposta di provvedimento alla soprintendenza, «dandone notizia agli interessati».

<sup>25</sup> Per un compiuto esame della stessa si rinvia, tra i molti contributi apparsi in dottrina, a M.R. SPASIANO, *Autorizzazione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Milano, 2012, pp. 1118 ss.; N. ASSINI - P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007, pp. 851 ss.

<sup>26</sup> Sul rapporto di autonomia e presupposizione si veda P. URBANI - S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico*, II ed., Torino, 2004, pp. 375-376.

<sup>27</sup> Si veda R. GIOVAGNOLI - S. MORELLI, *Urbanistica e governo del territorio*, Milano, 2014, p. 433.

<sup>28</sup> Ossia a province, a forme associative e di cooperazione fra enti locali come definite dalle vigenti disposizioni sull’ordinamento degli enti locali, agli enti parco, ovvero a comuni (comma 6, secondo periodo).

<sup>29</sup> Parere che, in generale, è obbligatorio e vincolante. Qualora, invece, siano state approvate le prescrizioni d’uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-*bis* e 143, comma 1, lettere b), c) e d) (ovvero della positiva verifica da parte del Ministero dei beni culturali, su richiesta della regione interessata, dell’avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici), il parere diviene obbligatorio, ma non vincolante.

<sup>30</sup> S. AMOROSINO, *Le sette “novellette” legislative sul procedimento di autorizzazione paesaggistica*, in *Urb. app.*, 2011, 12, pp. 1395 ss.

<sup>31</sup> Sul testo originario dell’art. 146 si rinvia a S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Articolo 146*, in Aa.Vv., *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, pp. 572 ss. e D. SANDRONI, *Art. 146 Autorizzazione*, in R. Tamiozzo (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005, pp. 667 ss.

Tale ultima informativa era esplicitamente qualificata dal comma 6 quale «avviso di inizio del relativo procedimento, ai sensi e per gli effetti della legge 7 agosto 1990, n. 241»: il riferimento normativo, pur non affermato direttamente, era all'art. 7 della legge sul procedimento. All'opposto, la normativa paesaggistica non enunciava nessun obbligo di avviso circa un eventuale provvedimento negativo: in tal senso, il codice "Urbani" si coordinava appieno con la legge 241, posto che la stessa ha previsto il preavviso di rigetto esclusivamente per merito della successiva l. 15/2005.

L'art. 146 ha subito una prima rilevante modifica a seguito del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157, il quale, in ordine all'argomento che ci occupa, ha provveduto a coordinare l'autorizzazione paesaggistica con l'ampliamento del fenomeno partecipativo indotto dalla legge 15/2005: infatti, mentre il comma 7 continuava a prevedere (come l'originario comma 6) la notizia di avvio del procedimento, il nuovo comma 9 imponeva all'amministrazione competente – entro 20 giorni dal ricevimento del parere dalla soprintendenza – di rilasciare il titolo autorizzatorio oppure di comunicare agli interessati il «preavviso di provvedimento negativo»: benché, inspiegabilmente, il legislatore non abbia voluto impiegare la terminologia della legge 241 (ossia quella di «comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza»), è indubbio che il menzionato preavviso di provvedimento negativo altro non era che il preavviso di rigetto, stante che lo stesso comma 9 esplicitamente lo qualificava come preavviso ex art. 10-*bis* legge 241.

L'assetto delineato dalla novella del 2006 si è sostanzialmente mantenuto immutato anche a seguito del correttivo operato dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63<sup>32</sup>. Con siffatto provvedimento il legislatore, per quello che qui interessa, si è limitato a modificazioni formali: in primo luogo, il riferimento al preavviso di rigetto è transitato dal comma 9 al comma 8; in secondo luogo, nel comma 7 più correttamente si è parlato di «comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento».

Diverse considerazioni devono esporsi con riferimento all'ampio rinnovamento che gran parte dell'art. 146 ha subito in seguito all'adozione del d.l. 13 maggio 2011, n. 70<sup>33</sup>: il testo risultante dall'intervento del legislatore d'urgenza, con riferimento ai commi da 7 a 9 qui esaminati, risulta essere il testo ancor oggi in vigore<sup>34</sup>.

Infatti, l'attuale comma 7, così come modificato nel 2011, dispone che l'amministrazione competente al rilascio del nulla osta paesaggistico, in primo luogo e qualora non ricorrano i presupposti dell'art. 149<sup>35</sup>, verifica la sussistenza della documentazione di corredo dell'autorizzazione (di cui al comma 3): in caso contrario, è imposto un primo momento partecipativo, ai sensi del comma 7 l'autorità competente deve «richiedere le opportune integrazioni».

<sup>32</sup> Sulla disciplina complessiva dell'art. 146 fra il 2008 e il 2011 si veda G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, VI ed., Milano, 2009, pp. 551 ss.

<sup>33</sup> Convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

<sup>34</sup> Non a caso, le modifiche apportate mediante il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), il d.l. 8 agosto 2013, n. 91 (convertito con modificazioni dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112), il d.l. 31 maggio 2014, n. 83 (convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2014, n. 106) non hanno inciso i commi 7, 8 e 9 dell'art. 146: in proposito, C.M. LIGUORI, *I poteri della soprintendenza peri beni architettonici e per il paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 1, pp. 111 ss. e S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: obbligo di parere motivato e costruttivo. Il d.l. 83/2014 modifica l'art. 146 del codice*, in *Urb. app.*, 2014, 7, pp. 789 ss.

Invece, il d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164) ha riformato il comma 9 dell'art. 146 solo in riferimento alla possibilità, precedentemente prevista, di convocare una conferenza dei servizi.

<sup>35</sup> Vale a dirsi degli interventi "liberalizzati" in quanto non soggetti ad autorizzazione.

In secondo luogo (sempre comma 7), l'amministrazione – portati a termine gli accertamenti di conformità dell'intervento edilizio alle prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici – trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato ed effettua la comunicazione di avvio del procedimento da intendersi (nonostante non si rinvenga più un espresso richiamo alla legge sul procedimento) ai sensi dell'art. 7 della legge 241/1990.

In terzo luogo e con disposizione innovativa rispetto al testo previgente, è ribadita la necessità della comunicazione dei motivi ostativi, ma viene innovato l'organo investito di tale dovere. Infatti, mentre il d.lgs. 157/2006, nel recepire nell'art. 146 codice "Urbani" il preavviso di rigetto, ne assegnava l'incombenza all'amministrazione titolare del potere di adottare l'atto conclusivo del procedimento – e, così facendo, fedelmente recepisce il primo periodo dell'art. 10-*bis* legge 241/1990 –, il d.l. 70/2011, nel modificare il comma 8, art. 146, ha previsto che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza debba essere inviata dal soprintendente qualora egli ritenga di adottare parere negativo: ne consegue che, nell'*iter* autorizzatorio paesaggistico, il preavviso di rigetto non incombe sull'amministrazione attiva, bensì su quella consultiva<sup>36</sup>, come sarà immediatamente chiarito.

### 3. Autorizzazione paesaggistica e preavviso di provvedimento negativo

Nel paragrafo precedente è stato chiarito come la partecipazione procedimentale, in generale codificata nella legge 241/1990, abbia trovato recepimento anche nel procedimento amministrativo volto all'adozione del nulla osta paesaggistico e, con maggior precisione, negli istituti della richiesta di chiarimenti all'istante, della comunicazione di avvio del procedimento e della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda. Mentre i primi due non si discostano da quanto disciplinato nella legge generale sul procedimento amministrativo, il terzo ha subito uno stratificarsi della disciplina che ne ha innovato parzialmente il contenuto rispetto alla legge 241.

L'art. 146, sebbene – come osservato poco sopra – utilizzi un *nomen iuris* differente ("preavviso di provvedimento negativo"), ne ricollega, senza possibilità alcuna di fraintendimento, gli effetti all'art. 10-*bis* della legge 241<sup>37</sup>: ne consegue che l'art. 146 è norma di *lex specialis* rispetto all'art. 10-*bis*. I tratti maggiormente indicativi del rapporto che intercorre fra le due disposizioni di legge pare essere relativo ai seguenti punti: in primo luogo, all'organo onerato a comunicare il preavviso di diniego; in secondo luogo, alle conseguenze del mancato preavviso.

Con riferimento alla prima delle due citate questioni, si è visto come il d.l. 70/2011 abbia individuato nel soprintendente l'organo che deve comunicare il preavviso di provvedimento negativo. Sotto un primo punto di vista, la disposizione in commento pare derogare all'art. 10-*bis*, atteso che in quest'ultimo articolo la

<sup>36</sup> Sulla natura giuridica del parere del soprintendente saranno esposte alcune considerazioni nel terzo paragrafo: in particolare, si farà riferimento alla natura sostanzialmente decisoria e anticipatoria del provvedimento finale, nonché sulla qualificazione del parere quale "falso parere" (si veda nota 38).

<sup>37</sup> L'art. 146, comma 8, secondo periodo, recita: «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».

comunicazione di motivi del diniego è compiuta dal responsabile del procedimento o dall'autorità competente prima della formale adozione di un provvedimento negativo: ossia, il preavviso è effettuato dall'organo di amministrazione attiva.

All'opposto, nell'art. 146 attualmente in vigore, il preavviso si inserisce in un subprocedimento: viene, non a caso, inviato da un organo di amministrazione consultiva, il soprintendente per l'appunto, e la partecipazione dell'istante si configura proprio nei confronti dello stesso organo. La *ratio* di siffatta scelta legislativa risiede nelle specifiche caratteristiche del parere *de quo*, giacché esso non si qualifica come semplice atto endoprocedimentale, bensì come anticipazione del provvedimento definitivo. Tanto il carattere vincolante nei confronti dell'amministrazione procedente, quanto la natura discrezionale delle valutazioni compiute dal soprintendente, rende il parere un atto sostanzialmente decisorio<sup>38</sup> e, pertanto, parificabile al provvedimento definitivo<sup>39</sup>.

Correttamente, il legislatore d'urgenza ha voluto concentrare la possibilità di apporto procedimentale dell'istante innanzi alla soprintendenza. Non avrebbe avuto senso, infatti, lasciare tale incombenza all'amministrazione attiva, la quale altro non potrebbe fare che uniformarsi al parere del soprintendente stante la sua natura tendenzialmente vincolante. Si deve tuttavia osservare che la disposizione pare utilizzare un'infelice locuzione: infatti, se effettivamente onerato è il soprintendente, ne consegue che il preavviso di rigetto non può riferirsi a un provvedimento negativo in senso proprio, bensì al parere negativo, quale esito almeno formale dell'attività consultiva.

In merito alla seconda delle due questioni che sono state prospettate poco sopra, si deve, in primo luogo, richiamare quanto scritto nel secondo paragrafo: il mancato rispetto dell'art. 10-*bis* comporta l'illegittimità del provvedimento adottato e l'annullabilità in via giurisdizionale, salvo quanto osservato in ordine all'applicabilità dell'art. 21-*octies* della legge 241/1990.

Con specifico riferimento al parere reso ai sensi dell'art. 146, ovviamente, *nulla quaestio* qualora si tratti di atto positivo. Similmente, si ritiene che qualora il soprintendente abbia *in toto* omesso di provvedere, allora l'amministrazione competente – la quale deve comunque pronunciarsi anche in assenza di parere in forza del comma 9 dell'art. 146 –, se intende adottare un provvedimento di diniego, debba darne preventivo avviso: conclusione, questa, che si desume dalla generalizzata applicabilità della legge 241 anche alla materia paesaggistica, nonché dalla circostanza per la quale l'istante, se né l'amministrazione competente (perché l'art. 146 non lo prevede espressamente), né il soprintendente (perché si tratta dell'ipotesi in cui il medesimo non ha provveduto) hanno onerato l'art. 10-*bis*, si vedrebbe frustrata la propria aspettativa, riconosciuta dalla legge 241/1990, a partecipare al procedimento

<sup>38</sup> M.R. SPASIANO, *op. cit.*, pp. 1123-1124 e S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: obbligo di parere motivato e costruttivo. Il d.l. 83/2014 modifica l'art. 146 del codice*, cit. Più in generale, la dottrina ha qualificato il parere reso dal soprintendente quale "falso parere": esso è, infatti, un atto solo apparentemente consultivo. In proposito, si veda P.M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 87.

<sup>39</sup> Tanto che la natura fondamentalmente provvedimentale è stata recepita anche dalla giurisprudenza: il parere, avendo un contenuto decisorio si sostanzia in una decisione preliminare e dunque è autonomamente impugnabile. In tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5488; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 16 gennaio 2013, n. 11; TAR Campania, Salerno, Sez. II, 17 dicembre 2011, n. 1955; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 25 marzo 2011, n. 1712; TAR Puglia, Lecce, 3 dicembre 2010, n. 2784.

contestando la scelta della pubblica amministrazione di non assentire all'intervento edilizio.

All'opposto, insorgono talune problematiche nel momento in cui la soprintendenza si sia pronunciata negativamente, ma senza previa comunicazione dei motivi ostativi: in tal senso, non è possibile ritenere di per sé solo illegittimo il provvedimento, stante l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, legge 241/1990 anche all'art. 146 codice del paesaggio. Appare dunque risolutiva la natura giuridica dell'attività svolta dalla soprintendenza: se essa è attività vincolata, allora il parere non sarà annullabile; se è attività discrezionale, occorre interrogarsi sull'applicabilità del secondo periodo, secondo comma, art. 21-*octies*.

Ciò scritto, una prima notazione riguarda il caso in cui l'autorizzazione paesaggistica sia richiesta in "sanatoria" ai sensi degli articoli 146 e 167 codice dei beni culturali e del paesaggio: in siffatto caso, l'amministrazione procedente potrà assentire esclusivamente in un novero di ipotesi tassativamente indicate dalla legge. L'attività amministrativa è qui vincolata e la partecipazione procedimentale assume un connotato "formalistico": il mancato rispetto dell'art. 10-*bis* – ma anche degli articoli 7 e 10 legge 241 – è sanato dall'art. 21-*octies*, secondo comma, primo periodo. Simile interpretazione risulta avvalorata dalla più recente giurisprudenza, la quale è giunta ad affermare che «l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, delle opere (art. 146, comma 4, D.Lgs. n. 42 del 2004), al di fuori dai casi tassativamente previsti dall'art. 167, commi 4 e 5» e che «ove le opere risultino diverse da quelle sanabili e indicate nell'art. 167, le autorità non possono che emanare un atto dal contenuto vincolato e cioè esprimersi nel senso della reiezione dell'istanza di sanatoria. La natura del potere esercitato dalla amministrazione determina, conseguentemente, la irrilevanza delle dedotte violazioni procedurali alla stregua del disposto normativo di cui all'art. 21-*octies* della L. n. 241 del 1990»<sup>40</sup>.

Infine, qualora si tratti di vero e proprio procedimento autorizzatorio ex art. 146 codice "Urbani", assume carattere dirimente la natura del parere rilasciato dalla soprintendenza: in tal senso, la dottrina pare unanimemente concorde nel ritenere che l'attività consultiva disciplinata dall'art. 146 citato configuri un'ipotesi di attività discrezionale<sup>41</sup>. Similmente, la giurisprudenza ritiene tanto che il procedimento per il rilascio del nulla osta paesaggistico sia nel complesso caratterizzato da discrezionalità<sup>42</sup>, quanto che sia connotato da un'accentuata discrezionalità il parere della soprintendenza<sup>43</sup>. Ne consegue l'impossibilità di dare applicazione all'art. 21-*octies* nella parte in cui dispone la non annullabilità dell'atto di natura vincolata.

<sup>40</sup> TAR Reggio Calabria, 24 marzo 2015, n. 295. Nello stesso senso: TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 3 febbraio 2015, n. 744; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 30 giugno 2016, n. 3312; TAR Basilicata, Potenza, 1° giugno 2016, n. 586.

<sup>41</sup> L. DI GIOVANNI, *Valutazione tecnica e potere discrezionale nella tutela del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 1, pp. 47 ss.; S. AMOROSINO, *Autorizzazioni paesaggistiche: obbligo di parere motivato e costruttivo. Il d.l. 83/2014 modifica l'art. 146 del codice*, cit.; C.M. LIGUORI, *I poteri della soprintendenza peri beni architettonici e per il paesaggio*, cit.

<sup>42</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 54; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 15 gennaio 2015, n. 23.

<sup>43</sup> TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 10 giugno 2016, n. 492; Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 luglio 2015, n. 3652; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5844; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 10 giugno 2014, n. 1091.

Tuttavia, l'articolo da ultimo menzionato contiene una disposizione – secondo comma, secondo periodo – che, com'è stato osservato poco sopra, può fortemente sminuire la garanzia partecipativa: gli atti discrezionali, infatti, non sono annullabili per mancata comunicazione di avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. È ben vero che la norma si riferisce espressamente alla sola comunicazione di avvio, ma – com'è stato esposto nel paragrafo secondo – non è possibile negare quella tesi che ammette l'analogica estensione della sanatoria dell'atto discrezionale anche alla violazione del preavviso di rigetto, stante la medesima finalità perseguita dalle comunicazioni di avvio e di diniego.

Se quest'ultima tesi è stata, recentissimamente, riproposta dalla menzionata sentenza del Consiglio di Stato<sup>44</sup>, è anche vero che altra parte della giurisprudenza, con specifico riferimento all'art. 146, era giunta ad affermare che «in particolare [...] il vizio in esame, compromettendo la piena esplicazione del contraddittorio procedimentale cui la norma violata presiede, giustifica di per sé l'annullamento dell'atto impugnato; né, in contrario, assume alcun rilievo la previsione di non annullabilità degli atti sancita dall'art. 21-octies co. 2 della medesima legge n. 241/90, non invocato dall'amministrazione intimata e comunque operante – per il caso di provvedimenti discrezionali – nella sola ipotesi di omessa comunicazione di avvio del procedimento»<sup>45</sup>.

Benché la giurisprudenza da ultimo citata s'inscriva nel solco tracciato dalle pronunce<sup>46</sup> che escludono l'applicazione analogica nei confronti del preavviso di rigetto al fine di garantire un'effettiva partecipazione dell'istante, non è possibile tacere che tale orientamento è oggi contrastato dalla quasi unanime giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei TAR, nella quale si afferma che entrambi gli istituti partecipativi hanno lo scopo di permettere un effettivo confronto tra l'Amministrazione e i privati anteriormente all'adozione di un provvedimento<sup>47</sup>. Ne consegue che anche il parere discrezionale fornito dalla soprintendenza ai sensi dell'art. 146 codice "Urbani" non può essere annullato se l'amministrazione è in grado di dimostrare in giudizio che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato.

<sup>44</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913.

<sup>45</sup> TAR Liguria, Genova, Sez. I, 31 maggio 2007, n. 1020: in senso analogo, TAR Liguria, Genova, Sez. I, 27 dicembre 2011, n. 1922

<sup>46</sup> Si veda nota 22.

<sup>47</sup> Si veda nota 23.