

Decreto legge 13 maggio 2011, n. 70

Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia

ARTICOLO 4 - COSTRUZIONE DELLE OPERE PUBBLICHE

MODIFICHE AL D.LGS. 42/2004

Romolo Balasso, architetto, presidente Tecnojus - consulente libero professionista.

Pierfrancesco Zen, avvocato, vicepresidente Tecnojus - avvocato libero professionista.

1. Le modifiche al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio – **2.** La modifica dell'art. 146, comma 5, secondo periodo (autorizzazione paesaggistica): esame comparato e possibili effetti – **3.** Natura dei silenzi del soprintendente nei due regimi previsti: parere vincolante, parere obbligatorio non vincolante – **4.** La novella e il procedimento semplificato di cui al d.p.r. 139/2010

* * *

1. Le modifiche al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio

Il decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, rubricato con "Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia", con l'articolo 4, rubricato "costruzione delle opere pubbliche", comma 16, introduce delle modifiche al Codice dei Beni Culturali e del paesaggio, pur non avendo nulla a che vedere con la costruzione delle opere pubbliche.

La finalità delle modifiche, e le novelle sono così precisate dal legislatore:

16. Per riconoscere massima attuazione al Federalismo Demaniale e semplificare i procedimenti amministrativi relativi ad interventi edilizi nei Comuni che adeguano gli strumenti urbanistici alle prescrizioni dei piani paesaggistici regionali, al Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 10, il comma 5 è sostituito dal seguente:

- *"5. Salvo quanto disposto dagli articoli 64 e 178, non sono soggette alla disciplina del presente Titolo le cose indicate al comma 1 che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni, se mobili, o ad oltre settanta anni, se immobili, nonché le cose indicate al comma 3, lettere a) ed e), che siano opera di autore vivente o la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni";*
- b) *all'articolo 12, il comma 1 è sostituito dal seguente:*
- *"1. Le cose indicate all'articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, se mobili, o ad oltre settanta anni, se immobili, sono sottoposte alle disposizioni della presente Parte fino a quando non sia stata effettuata la verifica di cui al comma 2.";*
- c) *all'articolo 54, comma 2, lettera a), il primo periodo è così sostituito:*
- *"a) le cose appartenenti ai soggetti indicati all'articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risalga ad oltre cinquanta anni, se mobili, o ad oltre settanta anni, se immobili, fino alla conclusione del procedimento di verifica previsto dall'articolo 12.";*
- d) *all'articolo 59, comma 1, dopo le parole "la proprietà o" sono inserite le seguenti: ", limitatamente ai beni mobili,";*
- e) *all'articolo 146, comma 5, il secondo periodo, è sostituito come segue:*
- *"Il parere del Soprintendente, all'esito dell'approvazione delle 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), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria*

non vincolante e, ove non sia reso entro il termine di novanta giorni dalla ricezione degli atti, si considera favorevole.";

L'esame comparato delle attuali (previgenti) disposizioni procedurali per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica "ordinaria", entrate in vigore il 1 gennaio 2010, con la modifica apportata è l'aspetto tecnico-giuridico di maggior interesse, tanto da dubitare che il "nuovo" secondo periodo del comma 5, dell'art. 146, semplifichi *i procedimenti amministrativi relativi ad interventi edilizi nei Comuni che adeguano gli strumenti urbanistici alle prescrizioni dei piani paesaggistici regionali.*

2. La modifica dell'art. 146, comma 5, secondo periodo (autorizzazione paesaggistica): esame comparato e possibili effetti

Il comma 5 (pre)vigente asserisce che *"Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il **parere vincolante** del soprintendente in relazione..."*. Il secondo periodo, però, precisa che *all'esito dell'approvazione delle 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), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, **assume natura obbligatoria non vincolante.***

Ma il comma 9, recita *"Decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 (n.d.r.: 45 giorni) senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente **può indire** una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni. **In ogni caso, decorsi sessanta giorni** dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, **l'amministrazione competente provvede sulla domanda** di autorizzazione."*

Con tale iter il termine entro il quale concludere il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica sarebbe:

- ordinariamente di **105** giorni (ai quali aggiungere ulteriori 30 giorni per l'acquisizione dell'efficacia), e cioè 40 giorni per l'istruttoria, 45 giorni per il parere del soprintendente, 20 giorni per il rilascio;
- straordinariamente di **120** giorni con silenzio del soprintendente, e cioè 40 giorni per l'istruttoria, 60 giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia espresso il parere, 20 giorni per il rilascio dell'autorizzazione (ai quali aggiungere, sempre, i 30 giorni per l'acquisizione dell'efficacia).

In altri termini il perdurare del silenzio del soprintendente oltre il 60 giorno dalla data di ricezione degli atti trasmessi dall'amministrazione competente, il precetto legislativo impone a quest'ultima di provvedere sulla domanda di autorizzazione (ved. l'uso del verbo provvedere nella forma dell'indicativo presente "provvede", che non indica, chiaramente, una facoltà, come invece risulta per l'indizione della conferenza di servizi).

Con la novella apportata dal decreto legge, dunque, sembra si debba attendere il parere del soprintendente fino a 90 giorni, ciò in quanto solo dopo tale termine il parere si dovrà intendere come favorevole (per silenzio assenso)

Si deve osservare che occorrerà attendere 90 giorni per un parere obbligatorio e non vincolante in quanto riferito alla condizione in cui vi siano piani paesaggistici approvati, strumenti urbanistici adeguati, vincoli integrati con le prescrizioni d'uso e verifica ministeriale compiuta.

In siffatta ipotesi è difficile pensare ad una semplificazione, visto che il termine complessivo del procedimento raggiunge quota **150** giorni (più ulteriori 30 per l'acquisizione dell'efficacia – cfr. art. 146, comma 11).

Anzi, la novella sembra far ritenere che nessuna autorizzazione paesaggistica possa essere rilasciata dall'amministrazione competente fintanto che il parere del soprintendente ha natura vincolante, facendo venir meno la previsione del comma 9, terzo periodo.

3. Natura dei silenzi del soprintendente nei due regimi previsti: parere vincolante, parere obbligatorio non vincolante

La disciplina (pre)vigente dell'articolo 146, relativamente al procedimento "ordinario" per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, quale atto autonomo e presupposto al titolo abilitativo edilizio, peraltro più volte rimaneggiata, contiene due regimi, in riferimento alla natura del parere del soprintendente:

- regime "transitorio", ossia quello intercorrente tra l'entrata in vigore del procedimento disegnato dall'articolo 146 e *l'approvazione delle 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), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici*, nel quale il parere del soprintendente ha natura (obbligatoria) vincolante;
- regime "definitivo", ossia quello successivo all'approvazione e alla verifica sopra riportate, nel quale il parere del soprintendente ha natura obbligatoria e non vincolante (per l'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica).

Un parere vincolante per l'amministrazione competente non consente a quest'ultima di discostarsene e provvedere altrimenti sulla domanda. Per certi versi il parere vincolante è già esso atto di assenso, se favorevole, o di rigetto, se contrario, al punto da supporre che il silenzio serbato dal soprintendente possa qualificarsi come significativo (silenzio rigetto).

Diversamente un parere obbligatorio non vincolante consente all'amministrazione competente di determinare diversamente dal parere stesso anche, se, trattandosi di un parere qualificato (perché obbligatorio), dovrà adeguatamente ed esaurientemente motivare la propria decisione.

Nonostante le due previsioni di *parere vincolante* e di *parere obbligatorio non vincolante*, il procedimento di rilascio disegnato ai commi 7, 8, 9, 10 e 11 sembra non tenerne conto.

Infatti il comma 8, secondo periodo, nel prescrivere che “*Entro venti giorni dalla ricezione del **parere**, l'amministrazione rilascia l'autorizzazione **ad esso conforme** oppure comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi ..*”, può essere inteso che l'amministrazione competente sia obbligata a rilasciare l'autorizzazione conformemente al rilasciato parere del soprintendente a prescindere dalla sua natura vincolante o meno.

Parimenti la previsione del terzo periodo del comma 9 (*In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione*), sembra asserire che il silenzio del soprintendente, protratto oltre il 60 giorno dalla ricezione degli atti, sia condizione di procedibilità sulla domanda da parte dell'amministrazione competente, a prescindere dalla natura vincolante o meno del parere mancante.

Va osservato che nel procedimento ordinario di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, diversamente da quello semplificato di cui al d.p.r. 139/2010, il parere del soprintendente è reso “*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*” (cfr. comma 8, 1 periodo), mentre all'amministrazione competente è richiesto di effettuare *gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici* (cfr. comma 7, 3 periodo).

Da quanto sopra risultano “limitate” le valutazioni dell'amministrazione competente (perché relative la sola conformità) e non quelle del soprintendente (inerenti sia la compatibilità che la conformità); forse potrebbe essere questa la ragione della previsione del comma 8 secondo la quale l'autorizzazione deve essere rilasciata dall'amministrazione in conformità del parere del soprintendente (contente

anche apprezzamenti di compatibilità paesaggistica svolti sulla relazione di cui all'art. 146, comma 3).

4. La novella e il procedimento semplificato di cui al d.p.r. 139/2010

Per gli interventi edilizi di lieve entità si applica il procedimento semplificato di cui al d.p.r. 139/2010 (in vigore dall'11 settembre 2010), il quale si deve concludere entro 60 giorni (cfr. art. 3), salvi i casi di conclusione anticipata espressamente contemplati.

Si tratta di un procedimento trifasico: 30 giorni per istruttorie, 25 giorni per il parere del soprintendente, 5 giorni per il rilascio.

Anche nel procedimento semplificato *il parere del soprintendente è obbligatorio e non vincolante quando l'area interessata dall'intervento di lieve entità sia assoggettata a specifiche prescrizioni d'uso del paesaggio, contenute nella dichiarazione di notevole interesse pubblico, nel piano paesaggistico o negli atti di integrazione del vincolo adottati ai sensi dell'articolo 141-bis del Codice* (cfr. art. 4, comma 11), per cui tale parere ha, nelle more di tali evenienze, natura vincolante (cfr. art. 4, commi 6 e 7).

Per espressa previsione normativa *“In caso di mancata espressione del parere vincolante entro il termine sopra indicato l'amministrazione competente ne prescinde e rilascia l'autorizzazione, senza indire la conferenza di servizi di cui all'articolo 146, comma 9, del Codice”*.

Del resto la disposizione suddetta, non fa riferimento alla natura del parere, se vincolante o meno, e sembra coerente per il fatto che sia l'amministrazione competente che il soprintendente devono esprimersi sia sulla conformità che sulla compatibilità paesaggistica dell'intervento; vedasi in tal senso

- art. 4, comma 3: *l'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione valuta la conformità dell'intervento alle specifiche prescrizioni d'uso contenute nel piano paesaggistico o nella dichiarazione di pubblico interesse o nel provvedimento di integrazione*

del vincolo, ovvero la sua compatibilità con i valori paesaggistici presenti nel contesto di riferimento.

- art. 4, comma 6, secondo periodo: il soprintendente *esprime il suo parere vincolante favorevole* sulla proposta di accoglimento della domanda da parte dell'amministrazione competente *in caso di valutazione positiva della conformità ovvero della compatibilità paesaggistica dell'intervento.*

Nel regolamento, dunque, è previsto che il parere vincolante perde questa particolare natura allo scadere del termine entro il quale deve essere rilasciato.

È possibile, però, che, stante il fatto che un regolamento non può essere in contrasto con la norma che lo legittima, quando il parere sarà obbligatorio e non vincolante, questo dovrà essere considerato favorevole solo allo scadere di 90 giorni dalla ricezione degli atti.

12 giugno 2011