

AMBIENTE: 1. Beni paesaggistici - Disciplina - Autorizzazione - Parere della Soprintendenza - Art. 17 bis L. n. 241/1990 - Applicabilità - Esclusione. 2. Beni paesaggistici - Disciplina - Autorizzazione - Parere della Soprintendenza - Tardività - Efficacia - Sussistenza.

Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2022, n. 2584

in *Riv. giur. dell'edilizia*, 3, 2022, pag. 821

1. “[...] l’inapplicabilità nella specie dell’art. 17-bis l. n. 241 del 1990 consegue al fatto che il rapporto amministrativo è di carattere “verticale”, non “orizzontale”, in quanto sostanzialmente intercorrente fra il privato e la Soprintendenza, non fra il Comune e la Soprintendenza.

Elemento centrale è rappresentato dal fatto che il procedimento è ad istanza di parte: pertanto, la fase istruttoria, benché formalmente curata dall’Amministrazione comunale, pertiene comunque allo scrutinio dell’istanza di un privato, sì che siffatta originaria e costitutiva dimensione “verticale” pervade e connota ab interno tutta la dinamica procedimentale; non rileva, in senso contrario, rilevare che – per il tramite del parere della Soprintendenza – vi è una sostanziale cogestione del vincolo da parte dello Stato, poiché ciò che importa è la disciplina introdotta dal legislatore sull’articolazione formale del procedimento conseguente all’istanza del privato [...]”.

2. “[...] il parere paesaggistico tardivamente formulato (o, come nella specie, tardivamente trasmesso) mantiene comunque la propria efficacia (difetta, del resto, una norma che, in via generale, faccia conseguire dal mancato rispetto del termine la perdita tout court del potere) [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura e della sig.ra Stella D'Avino ed i relativi appelli incidentali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Luca Lamberti e viste le istanze depositata dagli avvocati Sabato Criscuolo e Paolo De Caterini, con cui hanno chiesto il passaggio in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I fatti di causa possono essere riassunti come segue:

- l’odierna appellata ha formulato, in data 31 ottobre 2019, istanza di rilascio di permesso di costruire per la realizzazione di un fabbricato rurale nel territorio del Comune di Battipaglia, in località Lido Lago;

- per il rilascio del titolo era necessaria l'autorizzazione paesaggistica, in considerazione sia della tipologia, sia della localizzazione dell'*opus*, insistente in area dichiarata di notevole interesse pubblico con d.m. 22 giugno 1968;

- la Commissione locale per il paesaggio si è espressa favorevolmente nella seduta dell'11 dicembre 2019;

- con nota del 9 gennaio 2020 il Comune ha trasmesso alla competente Soprintendenza la proposta favorevole all'intervento, osservando che, "*in considerazione della tipologia delle opere, si rileva che le stesse non introducono elementi di rilevanza tale da alterare i vincoli imposti con d.m. 22 giugno 1968*";

- solo con p.e.c. del 21 luglio 2020 la Soprintendenza ha trasmesso la nota prot. n. 4638 del 2 marzo 2020, recante le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza;

- con successiva nota prot. n. 16827 del 18 settembre 2020, la Soprintendenza ha specificato che la citata nota prot. n. 4638 non era stata a suo tempo inviata "*per motivi tecnici legati al sistema di protocollazione*" e per possibili criticità organizzative connesse con il periodo di *lock-down* ed ha ribadito la contrarietà all'intervento, in considerazione delle "*eccessive dimensioni del fabbricato e delle sue caratteristiche architettoniche, ben lontane dai caratteri dell'edificato rurale e comunque in contrasto con lo spirito di tutela del vincolo paesaggistico*" insistente *in loco*;

- infine, con nota prot. n. 5051 del 19 gennaio 2021 il Comune ha denegato l'autorizzazione paesaggistica, osservando che:

i) "*il parere tardivamente reso dalla Soprintendenza non risulta privo di rilevanza, bensì di efficacia, poiché esso perde la propria valenza obbligatoria e vincolante, pur restando legittimo*" e, dunque, dovendo comunque essere valutato dall'Amministrazione precedente;

ii) la formazione dell'atto di assenso *per silentium* "*non può aver luogo ove non risulti provata la presenza di tutti i presupposti giuridici e fattuali richiesti per il rilascio dell'atto*", tra cui pure "*la conformità dell'intervento al vincolo paesaggistico/ambientale*";

iii) nella nota prot. n. 4683 del 2 marzo 2020 la Soprintendenza ha ritenuto che il fabbricato, "*sia per tipologia edilizia che per caratteristiche architettoniche, andrebbe ad inserirsi negativamente nel contesto ambientale tutelato con d.m. 2 novembre 1968, in quanto non rappresenta i canoni classici dei fabbricati rurali della Piana del Sele*";

iv) da tale parere della Soprintendenza, confermato con la successiva nota prot. n. 16827 del 18 settembre 2020, "*emerge la difformità dell'intervento proposto ai dettami di cui al vincolo paesaggistico vigente*".

2. L'interessata ha impugnato gli atti dell'esposta sequenza procedimentale avanti il T.a.r. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, svolgendo le seguenti censure:

- violazione dell'art. 17-bis l. n. 241 del 1990, stante l'intervenuta formazione *per silentium* del titolo edilizio;

- violazione dell'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004, sia perché l'atto impugnato contrasta con la previa proposta di provvedimento favorevole formulata dallo stesso Comune, sia, comunque, perché la motivazione a supporto del diniego sarebbe *“del tutto generica ed apodittica”*.

3. Costituitisi in resistenza il Comune ed il Ministero, con la sentenza indicata in epigrafe il T.a.r. ha accolto il ricorso, ritenendo assorbente il primo motivo svolto dalla ricorrente.

3.1. Il T.a.r., in particolare, *“pur non ignorando i variegati orientamenti esistenti in giurisprudenza (per la tesi contraria, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)”*, ha ritenuto applicabile *“l'art. 17-bis della legge 241 del 1990 con riferimento al procedimento di rilascio del parere di cui all'art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42 del 2004”*.

3.2. In sintesi, il T.a.r.:

- dalla natura di *“espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico”* propria del parere soprintendentizio, ha assunto la natura pluristrutturata del procedimento amministrativo volto al rilascio di titolo edilizio in aree paesaggisticamente vincolate;

- ha richiamato i principi di diritto affermati nel parere di questo Consiglio n. 1640 del 2016, ove si sostiene che *“l'art. 17-bis è destinato ad applicarsi ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria ‘pluristrutturata’ e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza codecisoria”*;

- ha ritenuto che, *“configurandosi come ipotesi di ‘cogestione attiva del vincolo paesaggistico’, il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 rientra a pieno titolo tra le decisioni ‘pluristrutturate’, nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'amministrazione procedente deve, per obbligo di legge, acquisire l'assenso vincolante di un'altra amministrazione”*;

- ha concluso che tale *“assenso vincolante”* è, nella specie, *“reso nell'ambito di un rapporto intersoggettivo di tipo orizzontale, intercorrente tra due pubbliche amministrazioni, l'una proponente e l'altra deliberante”* e, pertanto, si rientra nell'ambito applicativo del cennato art. 17-bis l. n. 241 del 1990;

- ha incidentalmente osservato che *“l'indicato rapporto intersoggettivo non va confuso”* né *“con il diverso rapporto, di tipo verticale, intercorrente tra amministrazione procedente (Regione o ente delegato) e privato, culminante nel provvedimento di rilascio o diniego dell'autorizzazione paesaggistica e riguardo al quale il silenzio assenso non può evidentemente operare”*, né *“con la decisione ‘monostrutturata’ – rinvenibile, ad esempio, nei casi di gestione di pratiche tramite SUAP –, dove l'amministrazione procedente assume “un ruolo meramente formale (raccoglie e trasmette l'istanza all'amministrazione unica decidente)”*;

- ha dichiarato, ai sensi dell'art. 2, comma 8-bis, l. n. 241 del 1990, *tout court* “inefficace” (e non semplicemente “non vincolante”, come viceversa sostenuto dal Comune) il parere della Soprintendenza n. 16827 del 18 settembre 2020.

4. Il Comune ha interposto appello, contestando *funditus* la ricostruzione giuridica operata dal T.a.r.

4.1. La ricorrente in prime cure si è costituita a mezzo di atto denominato “ricorso incidentale autonomo”, con cui ha reiterato i motivi assorbiti dal T.a.r., stante “la fondatezza dell'appello principale”, fondato su “un (minoritario) orientamento pretorio sull'art. 17-bis della Legge 241/1990 (confutato da ultimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 160 del 22 luglio 2021)”.

4.2. Quindi, l'appellata:

- ha segnalato che anche il Ministero della cultura ha impugnato, con appello autonomo, la sentenza gravata in questo giudizio;

- ha ribadito che il ricorso in appello del Comune è “*ictu oculi fondato*”.

4.3. In esito alla camera di consiglio del 16 settembre 2021 l'istanza cautelare svolta dal Comune è stata accolta con la seguente motivazione:

“Considerata la posizione processuale dell'appellata, che riconosce espressamente la fondatezza dell'appello avversario;

Rilevato, comunque, che la questione affrontata dalla sentenza impugnata (che costituisce l'unico oggetto della presente fase cautelare) è tutta di diritto e, come tale, richiede l'approfondimento proprio del merito;

Osservato, infine, che nel bilanciamento dei contrapposti interessi prevale l'interesse pubblico al mantenimento della res adhuc integra sino alla definizione del giudizio”.

4.4. Con successiva ordinanza emessa all'esito della camera di consiglio del 7 ottobre 2021 è stata dichiarata improcedibile l'omologa istanza cautelare formulata dal Ministero della Cultura, che frattanto si era costituito ed aveva svolto ricorso incidentale.

4.5. In vista della trattazione nel merito la sola appellata ha versato in atti difese scritte.

4.6. Il giudizio è stato trattato alla pubblica udienza del 3 febbraio 2022.

5. L'appello principale del Comune e l'appello incidentale del Ministero della Cultura sono fondati.

5.1. Invero, l'inapplicabilità nella specie dell'art. 17-bis l. n. 241 del 1990 consegue al fatto che il rapporto amministrativo è di carattere “verticale”, non “orizzontale”, in quanto sostanzialmente intercorrente fra il privato e la Soprintendenza, non fra il Comune e la Soprintendenza.

5.2. Elemento centrale è rappresentato dal fatto che il procedimento è ad istanza di parte: pertanto, la fase istruttoria, benché formalmente curata dall'Amministrazione comunale, pertiene comunque allo scrutinio dell'istanza di un privato, sì che siffatta originaria e costitutiva dimensione “verticale” pervade e connota *ab interno* tutta la dinamica procedimentale; non rileva, in senso contrario, rilevare che – per

il tramite del parere della Soprintendenza – vi è una sostanziale cogestione del vincolo da parte dello Stato, poiché ciò che importa è la disciplina introdotta dal legislatore sull’articolazione formale del procedimento conseguente all’istanza del privato.

5.3. Ne consegue, inoltre, che è inconfigurabile la valenza provvedimentale del silenzio soprintendentizio, ai sensi dell’art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990, trattandosi di un parere in senso tecnico.

5.4. Sul punto, si formula integrale richiamo alle sentenze di questa Sezione n. 2640 del 29 marzo 2021 e n. 4765 del 27 luglio 2020.

6. Quanto ai motivi riproposti dall’appellata (per i quali, peraltro, non era necessaria la formulazione di un ricorso incidentale, essendo sufficiente la mera riproposizione ex art. 101 c.p.a.), va rilevato che:

- il parere paesaggistico tardivamente formulato (o, come nella specie, tardivamente trasmesso) mantiene comunque la propria efficacia (difetta, del resto, una norma che, in via generale, faccia conseguire dal mancato rispetto del termine la perdita *tout court* del potere);

- il contrasto del definitivo diniego comunale con il precedente parere positivo della Commissione locale per il paesaggio consegue all’emanazione del parere soprintendentizio e non configura, quindi, un immotivato ed arbitrario *venire contra factum proprium*;

- le ragioni enucleate a fondamento del diniego, pur se espresse in forma sintetica, sono idonee a soddisfare il dovere motivazionale, posto che – sulla base delle osservazioni formulate dalle Soprintendenza – individuano gli specifici profili dell’*opus*, ossia le dimensioni e le caratteristiche architettoniche distoniche rispetto ai “*canoni classici dei fabbricati rurali*” del contesto, che si pongono in contrasto con le esigenze di tutela dell’area, costituita da “*un unico arenile delimitato da un’ininterrotta pineta alle cui spalle corre la litoranea Salerno-Foce Sele*”, costituente “*un quadro naturale di incomparabile bellezza, ricco di punti di vista e belvedere accessibili al pubblico dai quali si gode lo spettacolo della bellissima e fertilissima campagna e dall’altro lato gli scorci panoramici sulla costa sino a Salerno*” (così il d.m. 22 giugno 1968).

7. Per le esposte ragioni, pertanto, questo Collegio:

- accoglie l’appello principale del Comune di Battipaglia e l’appello incidentale del Ministero della Cultura;

- rigetta l’appello incidentale della sig.ra Stella D’Avino;

- per l’effetto, in riforma dell’impugnata sentenza, rigetta il ricorso di primo grado;

- condanna la sig.ra Stella D’Avino alle spese del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello principale n. 7412 del 2021 e sugli appelli incidentali, come in epigrafe proposti, decide come segue:

- accoglie l'appello principale del Comune di Battipaglia e l'appello incidentale del Ministero della Cultura;
- rigetta l'appello incidentale della sig.ra Stella D'Avino;
- per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, rigetta il ricorso di primo grado;
- condanna la sig.ra Stella D'Avino a rifondere al Comune di Battipaglia le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in complessivi € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00) oltre accessori di legge, di cui € 1.000,00 per il primo grado ed € 1.500,00 per il secondo grado;
- condanna la sig.ra Stella D'Avino a rifondere al Ministero della Cultura le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in complessivi € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00), di cui € 1.000,00 per il primo grado ed € 1.500,00 per il secondo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Lamberti

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO