

N. 02487/2023REG.PROV.COLL.

N. 01735/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1735 del 2022, proposto dal Ministero della Cultura e dalla Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio delle Province di Brindisi e Lecce, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

il signor Massimo Rausa, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Calabro, Massimo Rausa, Emanuele Vito Donato Rausa, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia; l'Unione Jonica Salentina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, Sezione prima, n. 1921 del 29 dicembre 2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento in autotutela di una autorizzazione paesaggistica e del relativo parere negativo della Soprintendenza.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor Massimo Rausa;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di passaggio in decisione delle Amministrazioni appellanti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2022 il consigliere Nicola D'Angelo e udito l'avvocato Massimo Rausa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il signor Massimo Rausa ha presentato nel 2017 un'istanza di permesso di costruire al Comune di Alliste per la realizzazione di un fabbricato in un'area costiera (in località Cisternella della marina di Alliste) dichiarata di notevole interesse pubblico con decreto ministeriale 6 marzo 1970 e con decreto ministeriale 1° agosto 1985. In ragione della peculiare collocazione dell'immobile da costruire, l'istanza è stata poi inviata all'Unione Jonica Salentina per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

1.1. L'esame dell'istanza è stato in un primo momento sospeso dalla Commissione locale per il paesaggio della medesima Unione, per effetto di due "pareri soprassessori" entrambi sostanzialmente determinati dalla ritenuta impossibilità di procedere prima dell'adeguamento dello strumento urbanistico comunale al piano

paesaggistico territoriale della Puglia (PPTR) e dall'incertezza in ordine alla ricomprensione dell'area nelle previsioni di cui all'art. 142, comma 2, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), con conseguente applicazione dei divieti di costruzione di cui all'art. 45 delle norme tecniche del PPTR.

1.2. A seguito del ricorso presentato al Tar di Lecce dal signor Rausa contro i suddetti pareri e dell'ordinanza propulsiva n. 650 del 2018, resa nell'ambito dello stesso giudizio, la Commissione locale per il paesaggio, nella seduta del 20 febbraio 2019, ha quindi adottato un primo parere negativo sull'istanza, ritenendo applicabile il divieto di nuove edificazioni nell'area derivante dal citato art. 45 delle NTA del PPTR. Il parere è stato anche trasmesso alla Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio delle Province di Brindisi e Lecce.

1.3. Trascorsi quasi tre mesi dalla trasmissione del parere, l'Unione ha comunicato al richiedente il preavviso di diniego dell'autorizzazione paesaggistica. Tuttavia, a seguito delle osservazioni dell'interessato, nella seduta del 7 ottobre 2019, la Commissione locale per il paesaggio, riesaminata la vicenda, ha infine espresso un parere favorevole, con un'unica prescrizione: *“Le murature in pietra siano realizzate senza l'uso di malte legante e/o cementizie”*.

1.4. La Soprintendenza, con nota del 28 novembre 2019, ha trasmesso invece la comunicazione di preavviso di diniego relativamente al progetto, cui sono seguite le osservazioni dell'interessato, inviate anche all'Unione.

1.5. Quest'ultima, in esito alle stesse osservazioni, ha investito la Commissione per il paesaggio, chiedendo un ulteriore approfondimento conclusosi con un nuovo parere favorevole nella seduta del 23 gennaio 2020.

1.6. Le osservazioni e il parere favorevole sono state trasmesse alla Soprintendenza con nota prot. n. 66 del 24 gennaio 2020, pervenuta il successivo 27 gennaio 2020.

1.7. L'Unione Jonica ha comunque rilasciato l'autorizzazione paesaggistica n. 22 del 28 febbraio 2020 sul presupposto "*che la Soprintendenza (...). non ha reso il parere di cui al comma 5 dell'art. 146 D. lgs. nr. 42/04 nel termine (45 gg) di cui al comma 8 del medesimo articolo (sospeso al 43 giorno dal suo inizio, a seguito del preavviso di provvedimento negativo, e ripreso a decorrere il 27 gennaio 2020, ossia dal ricevimento delle osservazioni presentate, per il tramite dell'Unione, dal richiedente Sig. Massimo Rausa, con nota della stessa Unione Jonica Salentina prot. 066 del 24/01/2020); e che la stessa Soprintendenza (...).non ha reso il parere di cui al citato comma 5, neppure nel termine di gg 60 previsto dal comma 9 dell'art. 146 D. lgs. nr. 42/2004 (computato tenendo conto del periodo di sospensione di cui sopra)*".

1.8. La Soprintendenza ha tuttavia trasmesso all'Unione il proprio parere contrario, con nota prot.n. 6384 del 23 marzo 2020, sul progetto presentato, diffidando poi il responsabile del procedimento dell'Unione a revocare l'autorizzazione paesaggistica con nota n. 8131 del 23 aprile 2020 (in quest'ultima, la Soprintendenza ha evidenziato talune criticità del procedimento relative in particolar modo al decorso dei termini per "silenzio-assenso" sulla base del quale è stata poi rilasciata l'autorizzazione paesaggistica n. 22/2020, termini che, a parere della stessa Soprintendenza, non sarebbero legittimamente iniziati a decorrere a causa di un'accertata - e se pur successiva - carenza documentale relativa alla: "relazione tecnica illustrativa e proposta di provvedimento", così come previsto dall'art.146, comma 7, del d.lgs. n. 42 del 2004).

1.9. Il responsabile del procedimento ha di conseguenza avviato un procedimento di annullamento in autotutela dell'autorizzazione paesaggistica, concluso con il provvedimento del 5 giugno 2020 che ha disposto: "*Di annullare, in sede di autotutela*

d' Ufficio, con effetto retroattivo, l'autorizzazione Paesaggistica n. 22 del 7 28/02/2020 rilasciata a nome del Sig. Rausa Massimo e adottata senza tenere conto del parere contrario emesso della Soprintendenza prot. 6384/2020 in data 07/04/2020 al nr. 251; di procedere, in conseguenza, ad emettere provvedimento finale di diniego sulla richiesta di Autorizzazione Paesaggistica'.

1.10. Il suddetto provvedimento di annullamento è stato impugnato dal signor Rauso dinanzi al Tar di Lecce, che, con la sentenza indicata in epigrafe n. 1921 del 2021, ha in parte accolto ed in parte dichiarato improcedibile il ricorso.

1.11. In particolare, il Tar ha ritenuto che non sussistesse un'ulteriore incompletezza della documentazione, tenuto conto che la Soprintendenza aveva comunque già adottato un preavviso di diniego il 28 novembre 2019 e il conseguente parere negativo "definitivo" del 23 marzo 2020. Inoltre, secondo lo stesso Tribunale, l'autorizzazione paesaggistica del 28 febbraio 2020 era stata rilasciata dall'Unione non già sulla scorta dell'assenso paesaggistico tacito della Soprintendenza, ma per l'intervenuta decorrenza dei termini per provvedere da parte della stessa, in considerazione dell'omessa adozione del parere nei termini di cui all'art. 146, commi 5 e 9, del d.lgs. n. 42 del 2004, effettuando anche una propria e autonoma istruttoria sulla domanda di autorizzazione paesaggistica. In sostanza, nessun vincolo a provvedere poteva derivare dal soprassessorio parere della Soprintendenza e di conseguenza sarebbero state insussistenti le ragioni del successivo atto di annullamento in autotutela.

2. Contro la suddetta sentenza n. 1921 del 2021 ha proposto appello il Ministero della Cultura e la Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio delle Province di Brindisi e Lecce. Nel ricorso sono state sollevate diverse questioni che attengono alla presenza di elementi sufficienti per l'annullamento (in particolare con riferimento

all'adeguatezza della motivazione), al poco tempo trascorso per il definitivo parere negativo e alla necessità comunque, ai fini del rilascio del titolo paesaggistico, della compresenza del conforme parere della Soprintendenza.

2.1. Secondo le Amministrazioni appellanti, il potere di annullamento del Comune permarrebbe anche in caso in cui la Soprintendenza si sia pronunciata tardivamente a maggior ragione in relazione alla tutela di aree costiere comprese in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia di cui all'art. 142 del d.lgs. n. 42 del 2004.

3. L'appellato si è costituito in giudizio il 21 marzo 2022, chiedendo il rigetto dell'appello, ed ha depositato un'ulteriore memoria il 12 aprile 2022.

4. Con ordinanza cautelare n. 1408 del 25 marzo 2022, questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso, con la seguente motivazione: *“Ritenuto di accogliere l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, in ragione dell'interesse paesaggistico dell'area, al solo fine di mantenere ferma la situazione di fatto fino al prossimo esame di merito delle questioni prospettate”*.

5. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza del 20 ottobre 2022.

6. Il Collegio ritiene che un presupposto logico - giuridico necessario alla definizione della controversia sia quello di accertare la natura e gli effetti del provvedimento negativo della Soprintendenza reso tardivamente nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica e l'eventuale rilievo dell'assenso tacito decorso il termine per provvedere.

7. Tenuto conto che in relazione alla materia sono intervenute pronunce di diverso tenore, il Collegio ritiene opportuno riportare i diversi orientamenti.

8. Tuttavia, prima di passare all'esame delle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza, è opportuno evidenziare che le disposizioni rilevanti in tema di pareri resi della Soprintendenza sono soprattutto quelle contenute nell'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 e dell'art. 17 *bis* della legge n. 241 del 1990 (le due norme regolano, da un lato, il termine di entro cui la Soprintendenza deve provvedere sulla compatibilità paesaggistica del progettato - comma 8 dell'art. 146, dall'altro, l'acquisizione tacita dell'assenso decorsi i termini per provvedere - comma 3 dell'art. 17-*bis*).

9. In relazione a tali riferimenti normativi, questa Sezione, con orientamento cui si intende dare continuità, ha ritenuto che non fosse inapplicabile nella materia il citato art. 17 *bis* della legge n. 241 del 1990.

9.1. Nell'ambito di questa ricostruzione, un primo indirizzo interpretativo ritiene che in ragione della natura del rapporto amministrativo connesso all'autorizzazione paesaggistica, di carattere "verticale" e non "orizzontale", in quanto sostanzialmente intercorrente fra il privato e la Soprintendenza, non fra il Comune e la Soprintendenza.

E' stata quindi data evidenza di come l'elemento centrale fosse 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. L'approdo è stato quindi che sarebbe inconfigurabile la valenza provvedimentale del silenzio soprintendentizio, ai sensi dell'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, trattandosi di un parere in senso tecnico (cfr. Cons. Stato, Sezione IV, n. 2584 del 7 aprile 2022, n. 2640 del 29 marzo 2021 e n. 4765 del 27 luglio 2020).

9.2. Un secondo indirizzo interpretativo, pur pervenendo al medesimo risultato, ritiene che non si possa formare il silenzio assenso in quanto la norma in esame consente all'autorità procedente di potere "prescindere" dal parere (Cons. Stato, sez. VI, n. 4098 del 24 maggio 2022).

9.3. L'opposta impostazione giurisprudenziale ritiene invece operante il silenzio assenso alla fattispecie in esame partendo dall'assunto che il procedimento di cui all'art. 146 d. lgs. n. 42 del 2004 di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica si configura come ipotesi di cogestione attiva del vincolo paesaggistico da parte di due Amministrazioni e rientra, quindi, 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" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n.255; sez. IV, 29 marzo 2021, n.2640; parere Consiglio di Stato n. 1640 del 2016).

10. Con riferimento al profilo relativo al parere paesaggistico tardivamente formulato, questa Sezione ha invece affermato come lo stesso mantiene la propria efficacia, difettando una norma che, in via generale, faccia conseguire dal mancato rispetto del termine la perdita *tout court* del potere (cfr. sentenza n. 2584 del 7 aprile 2022).

11. Nonostante il decorso del termine per l'espressione del parere vincolante ai sensi dell'art. 146, d.lgs. n. 42 del 2004 da parte della Soprintendenza, non potrebbe escludersi in radice la possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, fermo restando che, nei casi in cui vi sia stato il superamento del termine, il parere perde il suo carattere di vincolatività e deve essere autonomamente e motivatamente valutato

dall'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2022, n.563).

12. Con riguardo al tema dell'efficacia del parere della Soprintendenza trasmesso o emanato oltre il termine di 45 giorni, si registra tuttavia un dibattito in seno alla giurisprudenza.

Da un lato v'è chi sostiene che il parere trasmesso o formulato oltre il termine *“deve essere considerato privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge, dunque privo di valenza obbligatoria e vincolante”* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2020 n. 388 e 29 marzo 2021, n. 2640).

13. Un contrario orientamento di una parte della giurisprudenza, al quale ritiene di aderire il Collegio, afferma, invece, che il decorso del termine di 45 giorni non precluderebbe alla Soprintendenza di provvedere. Non vi è, infatti, nell'invocato art. 146 del codice dei beni culturali e del paesaggio alcuna espressa comminatoria di decadenza della Soprintendenza dall'esercizio del relativo potere, una volta decorso il termine ivi previsto.

13.1. In sostanza, l'effetto della trasmissione tardiva del parere della Soprintendenza non è la consumazione del potere, ma la trasformazione del valore del parere da vincolante in non vincolante, con la conseguente possibilità per l'Autorità procedente di poterne prescindere e con l'obbligo di motivare qualora invece ritenga di adeguarsi al suo contenuto.

14. Riassunte le posizioni in materia della giurisprudenza, nel caso di specie l'atto di autotutela impugnato (n. 433 del 5 giugno 2020) è stato adottato dall'Unione Jonica Salentina sulla base della seguente motivazione: *“che a seguito di un articolato iter procedimentale, il “RUP-Paesaggio” per il Comune di Alliste ha proceduto al rilascio definitivo dell'Autorizzazione Paesaggistica nr. 22 in data 28/02/2020, finalizzata al rilascio di un*

“PdC” per nuova costruzione di un fabbricato a P. terra, uso civile abitazione, in local. Cisternella della marina di Alliste - ditta: Rausa Massimo;

Che detto provvedimento finale (Autorizz. Paesagg. Nr. 22/2020) è stato comunque trasmesso e quindi “notificato” alla Soprintendenza, con il previsto sistema telematico “SIT-Puglia”;

Che solo successivamente la Soprintendenza ha trasmesso a questa Unione il parere “definitivo” (contrario) sul progetto in questione, giusta nota prot. 6384 del 23/04/2020” (rectius, 23 marzo 2020), “acquisita al prot. dell’Unione in data 07/04/2020 - nr. 251;

- Che la stessa Soprintendenza, con ultima nota prot. 8131 del 23/04/2020, ha eccepito una serie di “criticità” procedurali/documentali nell’iter che ha portato alla formazione e rilascio dell’Autorizz. Paesagg. Nr. 22/2020 e ha diffidato, nel contempo, il “RUP-Paesaggio” per il Comune di Alliste ad annullare il predetto provvedimento, per non incorrere nell’impugnativa dello stesso di fronte al giudice amministrativo;

..... - che le criticità procedurali eccepite dalla Soprintendenza con la citata nota prot. n. 8131 del 23 aprile 2020 riguardano in particolar modo il decorso dei termini per “silenzio-assenso” (sulla base del quale è stata poi rilasciata l’Autorizzazione Paesaggistica nr. 22/2020) termini che, a parere della stessa Soprintendenza, non sarebbero legittimamente iniziati a decorrere a causa di un’accertata - e se pur successiva - carenza documentale e specificatamente: “relazione tecnica illustrativa e proposta di provvedimento”, così come previsto dall’art.146, comma 7, del D.Lgs. nr. 42/2004;

che il mancato invio/carenza della predetta documentazione, non è dipeso da una condotta procedurale “negligente”, ma dal conformarsi ad una procedura costante di metodo (anche ad opera di precedenti “RUP”) e che, nel corso degli anni, ha visto sempre la Soprintendenza esprimersi comunque sui pareri richiesti, pur in assenza della citata documentazione (cfr.: “relazione tecnica illustrativa e proposta di provvedimento”);

- che, invero e anche con riferimento a quanto controdedotto dal sig. Rausa con la sua nota Prot. 329 del 12/05/2020, lo “schema o proposta di provvedimento” di cui è stata eccepito il mancato invio da parte della Soprintendenza, risulta per altri versi essere un documento essenziale, ai fini del decorso e della formazione del “silenzio-assenso” tra pubbliche amministrazioni, giusto quanto disposto dall’art. 17/bis, comma 1 - L. 241/90;

L’eventuale scelta di agire in “autotutela”, costituisce espressione di potere discrezionale riconosciuto dall’ordinamento in capo alla Pubblica Amministrazione, il quale può essere legittimamente esercitato alle condizioni previste ovvero mediante l’utilizzo dell’istituto dell’annullamento d’ufficio, anche in ragione di una rimeditata opportunità”.

14.1. In sostanza, l’Amministrazione si è conformata al parere soprassessorio della Soprintendenza senza indicare una sua adeguata ragione di rivalutazione della situazione già oggetto dell’autorizzazione paesaggistica.

14.2. Correttamente il Tar nella sentenza impugnata ha quindi rilevato come fossero insufficienti, per l’esercizio del potere di autotutela *ex art. 21 nomies* della legge n. 241 del 1990, il mero e generico riferimento all’interesse ambientale e alla tutela del territorio e al “complesso della normativa del settore”, in considerazione, d’altro canto, della inadeguatezza delle “circostanze di fatto da cui ... si è originata la decisione di procedere in autotutela”.

15. In questo quadro, il parere tardivo della Soprintendenza, seppure efficace, non aveva più carattere vincolante, cosicché l’Amministrazione avrebbe dovuto comunque autonomamente motivare in ordine allo specifico interesse pubblico all’annullamento in autotutela.

15.1. Se è pur vero, infatti, che la tutela del paesaggio costituisce un valore costituzionale primario, sarebbe stato necessario, in sede di autotutela, articolare un giudizio circa il rispetto o meno, in concreto, delle esigenze connesse alla tutela

ambientale, in relazione alle disposizioni relative all'area e alla natura dell'intervento cui l'autorizzazione si riferiva.

16. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

17. Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate in ragione dell'articolata interpretazione delle norme di riferimento.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. 1735/2022), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Silvia Martino, Consigliere

Claudio Tucciarelli, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE
Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE
Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO