

**CONSIGLIO DI STATO Sez. VI, 11/05/2007 (C.c. 20.03.2007),
Sentenza n. 2299**

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N.2299/2007
Reg.Dec.
N. 6184 Reg.Ric.
ANNO 2002

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6184 del 2002, proposto da Lotito Michele, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Guantario ed elettivamente domiciliato nel suo studio in Roma, presso il prof. avv. Francesco Paparella, al corso Trieste n.88, (studio prof. Recchia);

contro

la Soprintendenza per i beni ambientali architettonici artistici e storici per la Puglia di Bari e il Ministero per i beni e le attività culturali, in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici sono per legge domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n.12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Bari, Sezione II, n.1645/02 in data 28 marzo 2002, resa tra le parti;
visto il ricorso con i relativi allegati;
visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria del Ministero per i beni e le attività culturali e della Soprintendenza per i beni ambientali AA. AA. SS. per la Puglia;
visti gli atti tutti della causa;
alla pubblica udienza del 20 marzo 2007 - relatore il consigliere Domenico Cafini - uditi, per le parti, l'avv. Pappalepore per delega dell'avv. Guantario e l'avv. dello Stato Cesaroni;
ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso proposto davanti al TAR per la Puglia il sig. Michele Lotito impugnava il decreto del Soprintendente per i beni ambientali, architettonici, artistici e storici di Bari 29.1.1999 n. 544, concernente l'annullamento del provvedimento in data 10.7.1997 del Sindaco di Corato, con cui era stato espresso parere favorevole, ai sensi dell'art. 32 L. 47/1985, al rilascio di una concessione in sanatoria per alcune opere abusive realizzate dal ricorrente in un'area di sua proprietà, sita in contrada San Giuseppe del comune predetto, nonché il parere sfavorevole in data 4.4.1997 espresso sulla domanda di condono dalla Commissione edilizia comunale di Corato, integrata ai sensi dell'art. 3 della L. R. n. 8/1995.

A sostegno del gravame l'istante deduceva le seguenti censure:

a) violazione dell'art. 7 e 8 L n. 241/1990; violazione del diritto di difesa ed eccesso di potere, in quanto non era stato comunicato al ricorrente l'avvio del procedimento conclusosi con l'annullamento del nulla osta comunale; b) violazione e falsa applicazione dell'art. 82, comma 9, D.P.R. 24.7.1977, n. 616, (come modificato dall'art 1 L 8.8.1985, n. 431) per consunzione del potere di controllo esercitato oltre il termine perentorio di sessanta giorni, perché il nulla osta era stato annullato oltre il termine di sessanta giorni dalla ricezione del parere rilasciato dal Sindaco e della relativa documentazione; c) illegittimità del decreto del Soprintendente 29.1.1999 n. 544 in via derivata dagli stessi vizi di legittimità del parere rilasciato il 4.4.1997 dalla Commissione edilizia comunale sull'istanza di condono prodotta dall'interessato.

Avverso il menzionato parere negativo della Commissione edilizia lo stesso ricorrente deduceva, altresì:

d) eccesso di potere per difetto di motivazione, sviamento dalla causa tipica e macroscopica irragionevolezza; carente e difettosa istruttoria, travisamento dei fatti e falsità nei presupposti, giacché detto parere negativo era assolutamente tautologico e stereotipato;

e) eccesso di potere per immotivata disparità di trattamento e immotivato ed irragionevole contrasto con precedenti pareri favorevoli; eccesso di potere per sviamento, essendo stato differente l'operato dell'Amministrazione nel valutare l'impatto ambientale nei confronti di altri edifici di maggiore portata volumetrica.

Nel giudizio si costituiva il Ministero e la Soprintendenza intimati, che si opponevano al ricorso, chiedendone il rigetto.

2. Con la sentenza in epigrafe specificata il Tribunale adito respingeva il gravame come sopra proposto, ritenendo infondati tutti i motivi in esso dedotti..

3. Avverso tale sentenza è stato proposto l'odierno appello, affidato dal sig. Lotito ai seguenti motivi di diritto:

A) *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 L. n.241/1990, oltre che violazione del diritto di difesa ed eccesso di potere;

B) *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione dell'art. 82, comma 9, D.P.R. 24.7.1977, n. 616, (nel testo modificato, dall'art 1 L 8.8.1985, n. 431) per consunzione del potere di controllo esercitato oltre il termine perentorio di sessanta giorni; eccesso di potere per travisamento dei fatti; falsa presupposizione; ingiustizia;

C) *error in iudicando*: a) violazione e malgoverno dei principi in materia di eccesso di potere per difetto di motivazione, sviamento dalla causa tipica e macroscopica irragionevolezza; carente e difettosa istruttoria, travisamento dei fatti e falsità nei presupposti; b) violazione e malgoverno dei principi in materia di eccesso di potere per immotivata disparità di trattamento e immotivato e irragionevole contrasto con precedenti pareri favorevoli; eccesso di potere per sviamento.

Nelle conclusioni il sig. Lotito chiedeva l'accoglimento del proposto gravame e, per l'effetto, previa riforma della sentenza appellata, l'annullamento degli atti impugnati con il ricorso di prime cure.

Ricostitutosi il contraddittorio nell'attuale fase di giudizio - con memoria datata 19.2.2007 - l'Amministrazione per i beni e le attività culturali ha replicato ai rilievi formulati nel ricorso in appello rilevandone l'infondatezza ed ha concluso, quindi, per il rigetto del gravame.

4. Alla pubblica udienza del 20 marzo 2007 la causa è stata, infine, introitata per la decisione.

DIRITTO

1. Con l'impugnativa proposta in primo grado è stato censurato dal sig. Michele Lotito il decreto soprintendentizio di annullamento della determinazione assunta dal Comune di Bari, contenente il parere favorevole, ex art. 32 della legge n. 47/1985, al rilascio in favore del ricorrente della concessione edilizia in sanatoria per un abuso edilizio realizzato dal medesimo in violazione dell'art. 1 della L.R. Puglia n. 5/1996, nonostante che la Commissione edilizia comunale avesse espresso parere negativo sulla compatibilità ambientale della costruzione anzidetta.

Tale impugnativa è stata poi respinta dal TAR adito che ha ritenuto infondati tutti i rilievi in essa prospettati con la sentenza in epigrafe specificata, la quale - reputata erronea ed ingiusta - viene ora contestata dall'interessato attraverso doglianze sostanzialmente coincidenti con quelle già dedotte nel giudizio di prime cure.

Di dette doglianze, il Collegio ritiene che debbano essere esaminate, con priorità sulle altre, quelle prospettate nel motivo sopra indicato al punto 3. A) dell'esposizione in fatto, concernenti la violazione degli artt. 7 e 8 L. n. 241 del 1990 e del diritto di difesa e nonché l'eccesso di potere sotto vari profili, con le quali si deduce che il provvedimento impugnato nel giudizio di primo grado non sarebbe stato preceduto dalla necessaria comunicazione di avvio del procedimento.

2. Tale motivo è fondato.

2.1. Con numerose pronunce, dalle cui conclusioni il Collegio non ritiene di doversi discostare, questa Sezione ha più volte affrontato la problematica sollevata con le censure in esame, risolvendola in senso negativo a quello prospettato dall'Amministrazione e dalla sentenza appellata, ossia nel senso della sussistenza dell'obbligo dell'autorità statale di dare notizia all'interessato, anche nell'ipotesi sopra descritta, dell'avvio del procedimento preordinato all'eventuale annullamento del nulla-osta paesaggistico come sopra rilasciato. (cfr., tra le tante, Cons. Stato, VI sez., 25.3.2004, n.1626; 20.1.2003, n.203; 17.9.2002 n.4709, 29.3.2002 n.1790).

Né può ritenersi che vi sia nella determinazione avanti menzionata equipollenza all'avviso di procedimento in questione.

Infatti, l'autorizzazione rilasciata nella fattispecie dal Comune non poteva certamente considerarsi quale atto equipollente all'avviso di procedimento da iniziarsi da parte della Soprintendenza ai sensi dell'art. 7 della legge n.241 del 1990.

E ciò perché la detta autorizzazione comunale costituisce l'oggetto della nuova fase procedimentale destinata ad aprirsi di fronte all'autorità statale, sicché la stessa non può, strutturalmente, essere considerata equivalente all'avviso dell'inizio di tale nuova fase, dal momento che non contiene alcuna generica informazione circa l'oggetto, il responsabile del procedimento, le modalità di partecipazione ed, in genere, lo svolgimento della predetta nuova fase.

Al riguardo la Sezione - nel far presente che il nulla-osta, nella disciplina antecedente all'entrata in vigore del D.M. 19 giugno 2002 n.165, che ha modificato l'art. 4 del D.M. 13 giugno 1994 n. 495, deve essere preceduto dalla comunicazione dell'avvio del procedimento da parte dell'Amministrazione statale - ha già espressamente affermato che non può attribuirsi rilevanza, al fine di fondare un diverso avviso, alla circostanza che l'ente autorizzante abbia già dato notizia alla parte della trasmissione del nulla-osta all'autorità statale per l'esercizio del potere di controllo (Cons. Stato, Sez.VI, 20.1.2003 n.203; ord. 9.5.2003 n.1806; 25.3.2004, n.1626).

2.2. La tesi prospettata nella sentenza impugnata circa l'asserita avvenuta conoscenza del procedimento di cui trattasi, per effetto dell'invio della determinazione favorevole in data 10.7.1997 del Sindaco del Comune di Corato, non può essere, quindi, condivisa, perché essa sembra considerare, come "un'unica procedura" quella riguardante il rilascio dell'autorizzazione comunale e la sua verifica di legittimità dinanzi alla Soprintendenza; mentre, come è stato chiarito, quella destinata a svolgersi presso l'autorità statale è una fase procedimentale "diversa", di secondo grado, rispetto a quella svoltasi dinanzi all'autorità regionale (o, come nel caso in esame, comunale), caratterizzata dalla presenza di una diversa autorità - quella statale rispetto a quella che ha rilasciato l'autorizzazione - e da un diverso responsabile del procedimento (Cons. Stato, Sez. VI, 13.2.2003 n. 790; 17.10.2003 n. 6342; 25.3.2004, n. 1626).

In proposito, è stato evidenziato dalla giurisprudenza richiamata, inoltre, che l'onere di comunicare l'avvio del procedimento non può essere soddisfatto dalla semplice indicazione della soggezione al potere ministeriale contenuta nell'autorizzazione paesaggistica, né dall'indicazione del Ministero tra i destinatari dell'atto medesimo, in quanto siffatte indicazioni non garantiscono né che la pratica sia stata effettivamente trasmessa all'autorità statale, né che questa l'abbia ricevuta, di modo che l'interessato dovrebbe esercitare la propria pretesa partecipativa senza sapere se l'autorizzazione rilasciatagli ed il relativo incartamento siano pervenuti a destinazione, col rischio di porre in essere un'attività che potrebbe, poi, rivelarsi prematura e inutile, ovvero inadeguata, se si considera il potere, riconosciuto all'autorità statale, di acquisire dall'organo di amministrazione attiva i chiarimenti e gli elementi integrativi ritenuti necessari ai fini del corretto esercizio delle funzioni di controllo, ed il correlativo diritto del privato (art. 10 lett. A) della legge n.241/1990) di prendere visione di tutti gli atti del procedimento ai fini di una proficua partecipazione.

2.3. Deve essere ribadito pertanto, anche con riguardo al caso di cui trattasi, l'indirizzo giurisprudenziale della Sezione, che richiede che il provvedimento ministeriale di annullamento del nulla-osta paesaggistico sia preceduto necessariamente dall'avviso del procedimento, salvo che la conoscenza dell'inizio del medesimo procedimento sia avvenuta *aliunde* (Cons. Stato, Sez. VI, 17.10. 2003 n. 6342; 29.4.2003 n. 2176; 10.4. 2003 n.1909).

E poiché nella fattispecie tale conoscenza non può dirsi, comunque, intervenuta, per le ragioni già esposte, il provvedimento del Soprintendente, di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica comunale, impugnato in prime cure, deve essere considerato illegittimo, come correttamente prospettato dalla parte appellante.

2.4. Osserva, in ogni caso, il Collegio che la circostanza che il procedimento in esame, conclusosi con il contestato provvedimento, si sia integralmente svolto prima della modifica regolamentare introdotta con il D.M. n. 165 del 19.6.2002, che ha modificato la previsione contenuta nell'art. 4 del D.M. 13.6.1994 - la quale richiedeva espressamente l'inizio dell'avviso del procedimento da parte dell'autorità statale - conferma ulteriormente l'esattezza delle affermazioni che precedono.

In definitiva, l'onere di cui all'art. 7, comma 1, della L. n.241/1990, viene soddisfatto soltanto dalla formale comunicazione ad opera dell'autorità statale competente a pronunciare l'eventuale annullamento dell'autorizzazione paesaggistica, così come, del resto, esplicitamente previsto dalla normativa regolamentare attuativa della L. 241/1990 appositamente dettata dal Ministero dei beni culturali ed ambientali, con D.M. n. 495 del 13.6.1994, art. 4 e Tabella A punto 4.

Nel caso di specie, siffatta comunicazione, come accennato, non è stata data, e ciò vizia certamente il procedimento conclusosi con l'impugnato decreto, come appunto evidenziato nel ricorso in esame.

3. Alla stregua delle considerazioni che precedono, non può pertanto condividersi la statuizione dei primi giudici, secondo cui nella specie la Soprintendenza non aveva l'onere di preavvisare il privato dell'imminente esercizio dei suoi poteri, giacché il ricorrente, al momento di presentazione della domanda di concessione in sanatoria delle opere eseguite in una zona soggetta a vincolo paesaggistico, "sapeva (e, comunque, avrebbe dovuto sapere) che, in virtù dell'art. 32 della legge n. 47 del 28.2.1985, l'accoglimento della sua istanza era subordinato al parere favorevole dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo" e che la conclusione del procedimento autorizzatorio non sarebbe avvenuta con il rilascio del nulla osta dell'autorità regionale o subregionale, "potendo l'autorizzazione essere annullata da parte dell'Autorità statale tenuta, in forza dell'art. 82 del D.P.R. n. 616/1977, a riscontrare la legittimità del nulla osta stesso".

Pertanto, il ricorso in appello, previo assorbimento delle restanti censure, deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere riformata la sentenza in epigrafe specificata ed annullato il decreto del Soprintendente oggetto dell'originario gravame.

Sussistono, tuttavia, giuste ragioni per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello specificato in epigrafe, così dispone:

- accoglie l'appello e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado;
- compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio;
- ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 20 marzo 2007, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

:

Presidente
CLAUDIO VARRONE

Consigliere
DOMENICO CAFINI

Segretario
CLAUCO SIMONINI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 11/05/2007
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA