



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 3769 del 2009, proposto da: Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 è legalmente domiciliato; Direzione Regionale Beni Culturali e Paesagg.Puglia - Bari, Soprintendenza Beni Archeologici della Puglia di Taranto;

***contro***

Sardella Antonio in Pr.E Nq. L.R. Soc. Penna Grande Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N.2;

***per la riforma, previa sospensione della esecutività,***

della sentenza del TAR PUGLIA - LECCE :Sezione I n. 00328/2009, resa tra le parti, concernente REVOCA AUTORIZZAZIONE ESECUZIONE LAVORI PER REALIZZAZIONE "SAGGI ARCHEOLOGICI".

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2009 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Paola Palmieri e Colagrande per delega dell'avv.to Matassa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata il Tar della Puglia – Sede di Lecce - ha accolto il ricorso di primo grado con il quale era stato chiesto dalla parte odierna appellata l'annullamento dell'ordinanza 31 luglio 2008 prot. n. 6526 del Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici della Puglia, avente ad oggetto la revoca dell'autorizzazione della Soprintendenza archeologica della Puglia 9 agosto 2005 prot. n. 13431° a realizzare una serie di lavori sull'area di sua proprietà nonché del decreto 9 settembre 2008 con il quale il Soprintendente archeologico per la Puglia ha autorizzato l'occupazione dell'area di sua proprietà, per dodici mesi, al fine di eseguire una serie di <<saggi archeologici>>.

Parte appellata aveva premesso di essere comproprietaria di un suolo adiacente al litorale marittimo, sito in Fasano, località Savelletri, distinto in catasto al foglio 103, p.lle 3 e 4 ed acquistato con contratto di compravendita del 27 maggio 2001 ed insistente in una più ampia area sottoposta a vincolo archeologico con D.M. 6 giugno 1966, ampiamente degradata a seguito dell'utilizzo ad usi agricoli e, nei mesi estivi, all'adibizione a parcheggio abusivo al servizio dei bagnanti.

Con istanza 31 dicembre 2003, la Penna Grande s.r.l. (comodataria del bene in questione) aveva presentato al Comune di Fasano un progetto finalizzato alla realizzazione di una struttura finalizzata alla fruizione turistica dell'area ed alla balneazione; il progetto aveva conseguito il parere favorevole della Soprintendenza

archeologica di Taranto datato 9 agosto 2005 prot. n. 13431 (dopo articolata istruttoria che portava alla “modulazione” del progetto in funzione delle esigenze di tutela archeologica ed alla eliminazione degli aspetti potenzialmente pericolosi per la città archeologica di Egnathia sottostante) e l’autorizzazione paesaggistica datata 28 febbraio 2006 (ritenuta immune da vizi di legittimità dalla Soprintendenza ai beni culturali e paesaggistici di Lecce, con nota 4 aprile 2006 n. 250) ed era stato definitivamente approvato dal Comune di Fasano, con il permesso di costruire reso il 9 maggio 2006 n. 123.

Iniziati i lavori di realizzazione della struttura, in data 12 aprile 2007, la Soprintendenza ai Beni Archeologici della Puglia emanava un’ordinanza di sospensione dei lavori, a seguito della rilevazione di una serie di presunte difformità esecutive rispetto all’autorizzato; detto provvedimento di sospensione era sospeso dal Tar (sulla base del <<modestissimo rilievo>> e di consistenti dubbi in ordine alla stessa sussistenza degli illeciti)

Un provvedimento di sequestro penale disposto dal G.I.P. del Tribunale di Brindisi era successivamente revocato con decreto 22 aprile 2008 della Procura della Repubblica di Brindisi, dopo l’esecuzione di una perizia in sede di incidente probatorio che rilevava la presenza delle autorizzazioni archeologica e paesaggistica, la conformità delle opere al titolo edilizio rilasciato e la compatibilità urbanistica dell’intervento.

Dopo la ripresa dei lavori (ormai in fase di avanzata realizzazione), era intervenuta l’ordinanza 31 luglio 2008 prot. n. 6526 del Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici della Puglia che avocava a sé la trattazione della problematica e disponeva la revoca dell’autorizzazione della Soprintendenza archeologica della Puglia 9 agosto 2005 prot. n. 13431. In esecuzione dell’ordinanza della Direzione regionale, interveniva poi il decreto 9 settembre 2008 del Soprintendente

archeologico per la Puglia che autorizzava l'occupazione dell'area di proprietà del ricorrente, per dodici mesi, al fine di eseguire una serie di <<saggi archeologici>>. L'odierna parte appellata insorgeva criticando sotto vari profili, sostanziali e procedurali, l'atto di autotutela in oggetto ed il Tar accoglieva il ricorso, rilevando, in primis, che l'atto era stato adottato in mancanza della previa comunicazione di inizio procedimento prevista dall'art. 7 della l. 7 agosto 1990 n. 241.

Trattandosi di provvedimento discrezionale, peraltro, non era predicabile l'applicabilità del disposto di cui all'art. 21 octies comma II della legge n. 241/1990. Sotto altro profilo, evidenziavano i primi Giudici che l'atto di autotutela si presentava ulteriormente viziato per la mancata comparazione tra l'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto e la posizione di affidamento ingenerata nel destinatario dell'atto amministrativo.

Inoltre, l'atto appariva caratterizzato complessivo deficit sotto i profili dell'istruttoria e della motivazione posta a base del provvedimento impugnato (<<considerato che i lavori in questione possono determinare un danno irreparabile alla tutela dei reperti che sono sottostanti al piano attuale e che non sono stati investigati dalla Soprintendenza archeologica; ...che con nota del 18.6.2008 la Soprintendenza Archeologica è stata sollecitata a valutare l'opportunità di revoca dell'autorizzazione in regime di autotutela e che la medesima ha rimesso la decisione a questa Direzione Regionale; ....che è opportuno eseguire saggi di scavo che accertino la reale consistenza dei beni (porto, banchine, ecc.) che l'intervento della Società Penna Grande situato tra l'acropoli, le mura, il mare ed il foro sottrarrebbe alla tutela e alla pubblica fruizione, compromettendo il paesaggio e l'intera area archeologica>>).

Secondo il Tar, infatti, la Direzione regionale non poteva limitarsi alla generica rilevazione del possibile verificarsi di un danno ai beni tutelati, ma avrebbe dovuto individuare per quale ragione ed in quale punto la valutazione operata dalla

Soprintendenza poteva dare vita ad una possibile situazione di pericolo per i beni tutelati.

L'annullamento dell'ordinanza 31 luglio 2008 prot. n. 6526 del Direttore regionale per i beni culturali e paesaggistici della Puglia doveva estendersi, secondo il meccanismo della cd. invalidità derivata, anche al decreto 9 settembre 2008 con il quale il Soprintendente archeologico per la Puglia aveva autorizzato l'occupazione dell'area di proprietà dell'appellato per dodici mesi, al fine di eseguire una serie di <<saggi archeologici>>, trattandosi di atto emanato in mera esecuzione dell'<<ordine>> contenuto nel provvedimento di revoca e non sostenuto da una valutazione autonoma della necessità ed opportunità di una campagna di scavo.

L'amministrazione ha censurato la predetta sentenza chiedendone l'annullamento in quanto viziata da errori di diritto ed illegittima, e ripercorrendo, anche sotto il profilo cronologico, la pluralità di interventi di pubbliche autorità via via succedutisi, volti ad evitare che la realizzazione di un parcheggio a ridosso dell'area (città archeologica di Egnathia, vincolata sin dal 1966 e di assai rilevante importanza) ne sconvolgesse l'assetto.

L'atto di autotutela esternava compiutamente le ragioni di urgenza che ne giustificavano l'immediata adozione, anche al fine di eseguire con urgenza (giorni 7) saggi di scavo, e pertanto non era ravvisabile la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990; in ogni caso ai sensi dell'art. 21 octies della predetta legge, il vizio non avrebbe spiegato portata invalidante.

Il Direttore Regionale aveva agito ai sensi dell'art. 17 co.III del DPR n. 233/2007: l'avocazione era stata preceduta da una completa e compiuta istruzione, ed era giustificata da una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico (di segno contrario rispetto alla prima).

I reperti, come illustrato dalla documentazione fotografica in atti, erano posti in estrema superficie: era evidente il danno ad essi arrecabile, ove fosse stato realizzato il parcheggio, con conseguente accesso di veicoli sull'area.

I saggi archeologici eseguiti avevano fornito univoci risultati in ordine alla straordinaria ricchezza di antiche vestigia rinvenibili nell'area, il che comprovava, anche a posteriori, la esattezza dell'intervento autoannullatorio.

Anche l'applicazione dei principi della c.d. "invalidità derivata" da parte del Tar era stata errata: la disposta occupazione era atto perfettamente legittimo, ed, ex post, tale da indurre l'amministrazione a procedere alla immissione ai sensi dell'art. 91 del d.lvo n. 42/2004 ed 822 del Codice Civile.

Parte appellata ha depositato una approfondita memoria chiedendo la reiezione del gravame: essa ha in primo luogo evidenziato la prolungata inerzia dell'amministrazione, e l'incuria dell'area, in passato destinata ad uso agricolo.

L'appello era comunque inammissibile in quanto non era stato impugnato il capo di sentenza che aveva affermato l'assenza di comparazione tra il privato ed il pubblico interesse e del pari inammissibili erano le doglianze volte a surrettiziamente integrare la insufficiente e contraddittoria motivazione della revoca.

Esso era comunque infondato, in quanto l'appellata decisione aveva ben colto il difetto motivazionale e di istruttoria che viziava l'azione amministrativa: la motivazione dell'impugnato provvedimento era carente ed insufficiente (ancora nel 2007, la Soprintendenza, con nota del 6.3.2007, aveva sostenuto di non ravvisare gli estremi per la sospensione dei lavori).

Ha poi riproposto le censure contenute nei motivi del ricorso introduttivo e non esaminate dal Tar in quanto assorbite, essenzialmente incentrate sullo sviamento dalla causa tipica del provvedimento di autotutela impugnato e sulla insufficienza istruttoria e motivazionale del medesimo.

In ultimo, parte appellata ha depositato una memoria conclusionale volta a ribadire e puntualizzare le argomentazioni contenute nella precedente memoria, anche alla luce delle successive iniziative intraprese dall'amministrazione.

La Direzione Regionale della Soprintendenza della Puglia, infatti, aveva rinnovato per un altro anno (decreto dell'1.9.2009) l'occupazione dell'area ed aveva avanzato l'ipotesi di espropriare parte dell'area archeologica in oggetto.

Tale ultima proposta non era stata favorevolmente accolta dal competente Ministero che, al contrario, aveva invitato la Direzione Regionale ad "una attentissima valutazione" di quanto esposto, anche "in merito ad una cessione gratuita".

Quanto al provvedimento di rinnovo dell'occupazione, ne era palese la funzione dilatoria e lo sviamento della medesima dai fini per cui tale potere è concesso all'amministrazione, in considerazione della pluralità di valutazioni intervenute in ordine, da un canto, alla sufficienza dei saggi di scavo già eseguiti e, sotto altro profilo, della necessità (coincidente in pieno con principi di razionalità e corretta amministrazione) che si procedesse a rendere fruibile l'esistente, prioritariamente rispetto alla intrapresa di nuovi saggi di scavo.

La quarantennale incuria in cui versava l'area, a cagione della protratta inerzia dell'amministrazione, aveva fatto sì che nell'estate del 2009 si verificassero ulteriori eventi traumatici sull'area (in particolare un vasto incendio in data 5.7.2009): l'intervento proposto dalla appellata, in quanto teso a valorizzare l'area in oggetto, e per nulla invasivo, avrebbe evitato che per il futuro l'area archeologica fosse esposta a simili pericolosi accadimenti.

Ha infine ribadito la censura di inammissibilità dell'appello per omessa puntuale impugnazione del capo della appellata decisione che ebbe a sancire l'assenza nel provvedimento di revoca di alcuna valutazione in ordine al bilanciamento di

interessi e comparazione tra l'interesse privato sacrificato e l'interesse pubblico (soltanto labilmente) affermato.

Con memoria depositata il 13.11.2009 parte appellante ha ribadito e puntualizzato le censure di cui al ricorso in appello.

Alla camera di consiglio del 26 maggio 2009 fissata per l'esame dell'istanza cautelare di sospensione della esecutività della sentenza appellata la Sezione, ha accolto l'appello cautelare, ritenuto non privo di *fumus boni* evidenziando la sussistenza del pericolo di danno grave ed irreparabile ai reparti archeologici del sito.

## DIRITTO

L'appello deve essere respinto, nei termini di cui alla motivazione, con conseguente conferma dell'impugnata decisione.

Al fine di perimetrare il *thema decidendum* devono essere preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità del gravame proposto dall'amministrazione prospettate da parte appellata.

Tali doglianze – che si fondano sul principio giurisprudenziale costantemente affermato secondo il quale è inammissibile l'appello allorché la sentenza impugnata si basa su una pluralità di motivi autonomi ognuno dei quali è da solo in grado di sorreggerla perché fondato su specifici presupposti logico giuridici e ne viene censurato uno solo (ex multis Consiglio Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1302, ma anche, più di recente Consiglio Stato, sez. IV, 18 giugno 2009, n. 3985) – sono infondate.

Ciò perché l'intero ricorso in appello, sia pur non rigidamente diviso per motivi corrispondenti ai singoli capi della appellata decisione, è dedicato alla dimostrazione della sussistenza di profili di interesse pubblico rilevanti in sì elevato grado, tali da considerare recessivo l'interesse del privato al permanere della validità del provvedimento abilitativo.

L'iter logico della prospettazione appellatoria, infatti, non negando la pregressa valutazione favorevole al privato, è interamente tesa a dimostrare (anche elencando gli interventi delle altre autorità amministrative interessate – massime la variante alla strada provinciale n. 90 da parte della Provincia di Brindisi-) che l'interesse alla integrale conservazione dell'area di Egnathia era tale da assumere valore assoluto.

Tale valutazione (in disparte ogni questione circa la esattezza della medesima, il che potrebbe al più costituire oggetto di successivo approfondimento) implica un giudizio di recessività dell'interesse privato, comunque sotteso all'impugnato provvedimento. Ciò impedisce di ritenere che il gravame non abbia attinto il capo motivazionale della appellata decisione che ha escluso la correttezza della valutazione in ordine al bilanciamento di interessi.

Ciò premesso in tema di ammissibilità dell'appello, possono essere esaminate le censure prospettate dalla difesa erariale a sostegno della inesattezza della statuizione demolitoria resa dal Tar.

La prima censura investe la riscontrata omissione da parte dell'amministrazione dell'incombente di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990 (che ha costituito uno dei pilastri della statuizione demolitoria resa dal Tar).

E' indubbio peraltro che l'esame di tale questione assuma portata pregiudiziale atteso che, ove fosse riscontrata l'infondatezza della censura dell'appellante amministrazione, non vi sarebbe necessità di procedere all'esame delle ulteriori doglianze di merito prospettate dall'amministrazione medesima.

Ritiene il Collegio che essa sia infondata.

Non può in primo luogo dubitarsi ( e neppure l'appellante amministrazione ciò contesta) che – avuto riguardo all'atto impugnato- ricorresse una espressione riconducibile al potere c.d. di "autotutela decisoria".

Tale potere è discrezionale per sua stessa natura (il potere autoannullatorio soprattutto dopo la novella del 2005 che ha inciso sulla legge n. 241/1990 è

connotato da alti margini di discrezionalità) e particolarmente lo era nel caso di specie, laddove l'indagine circa l'an ed il quomodo della revoca presupponeva l'acquisizione di delicate valutazioni tecniche sulla consistenza dei reperti, la compatibilità del progetto autorizzato, etc.

Al contempo non può non rilevarsi che parte appellata avrebbe avuto non soltanto l'interesse, ma, come anche dimostrato a posteriori, gli argomenti, per utilmente interloquire nel procedimento revocatorio, se non altro in ordine alla conducenza della revoca a fini di tutela dell'area.

Il richiamo dell'appellante amministrazione all'ultima parte dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990, è, pertanto, certamente inaccoglibile.

Non si trattava di provvedimento vincolato; non è stata giudizialmente fornita la prova che il provvedimento non avrebbe potuto essere differente da quello effettivamente reso.

Appare pienamente applicabile il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui “è illegittima l'adozione di un provvedimento amministrativo sfavorevole al suo destinatario che non sia stato preceduto dall'avviso dell'inizio del procedimento, salvo che l'amministrazione non dimostri ex art. 21 octies l. 7 agosto 1990 n. 241, che il contenuto del provvedimento, nonostante l'apporto del privato, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.”(Consiglio Stato , sez. V, 21 aprile 2006, n. 2253).

Sul punto non ritiene il Collegio necessario immorare, richiamandosi al proprio orientamento secondo il quale “è necessaria la previa comunicazione dell'avvio del procedimento volto all'adozione di un provvedimento di revoca di atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario, dovendo quest'ultimo essere posto in grado di interloquire sulla presunta mancanza dei presupposti a fondamento della revoca.”(Consiglio Stato , sez. VI, 07 agosto 2007, n. 4376).

D'altro canto, sol che si ponga mente al fatto che l'emissione dell'atto di autotutela impugnato era stato preceduto dal succedersi di differenti valutazioni anche all'interno della stessa amministrazione procedente (lealmente la stessa difesa erariale dell'amministrazione ammette che vi fu una divergenza valutativa tra Direzione Regionale della Puglia e gli uffici sottoordinati, tanto che la prima avvocò a sé la trattazione della pratica) si comprenderà agevolmente che di tutto possa parlarsi, nel caso in questione, fuorchè di "atto vincolato", ovvero "a contenuto obbligato", e non necessitante di interlocuzione con il soggetto passivo del medesimo.

Può quindi concordarsi in via di principio con la valutazione del Tar secondo cui, nel caso di specie, era necessario l'inoltro dell'avviso dell'avvio del procedimento alla parte odierna appellata.

A tale doveroso incumbente, peraltro, come è noto può derogarsi soltanto nelle ipotesi del ricorrere di una comprovata –e diffusamente esposta e chiarita– urgenza.

L'urgenza, però, non può risiedere in una pregressa inerzia dell'amministrazione (ovvero in differenti valutazioni emerse all'interno della medesima), chè altrimenti argomentando si finirebbe con il vanificare la portata della norma di garanzia di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990, privando il cittadino della garanzia di interlocuzione a cagione di una pregressa inerzia alla stessa amministrazione "imputabile".

Fatti nuovi, ovvero imprevedibili, ovvero soltanto successivamente emersi, etc possono legittimare l'urgenza del provvedere che a propria volta rende recessivo l'incumbente di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990.

Non altro.

Di tali fatti non v'è traccia alcuna nell'odierno procedimento: l'amministrazione ben conosceva trattarsi di area archeologica; il vincolo imposto risaliva al 1966;

non erano emersi fatti “nuovi” non valutabili già al momento dell’atto ampliativo; il sequestro penale sull’area era stato revocato in carenza di abusi edilizi penalmente rilevanti.

Esattamente la appellata decisione ha colto tale vizio, emettendo la statuizione demolitoria, anche con riguardo al connesso provvedimento occupativo, non sorretto da autonomia tale da affrancarsi dal riscontrato vizio.

Il primo capo della sentenza resiste alle censure contenute nel ricorso in appello: la appellata decisione deve pertanto essere confermata, con assorbimento delle ulteriori doglianze proposte dall’amministrazione, che non possono essere valutate in quanto logicamente conseguenti al (denegato) accoglimento del gravame sul punto relativo all’omissione dell’incombente di cui all’art. 7 della legge n. 241/1990.

La sentenza merita di essere confermata, pertanto, con conseguente reiezione dell’appello proposto. Sussistono le condizioni di legge per compensare le spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello epigrafe lo respinge, nei termini della motivazione che precede e, per l’effetto, conferma l’appellata sentenza.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2009 con l’intervento dei Signori:

Claudio Varrone, Presidente

Paolo Buonvino, Consigliere

Domenico Cafini, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione