Pubblicato il 06/03/2017

N. 01059/2017REG.PROV.COLL.

N. 09719/2016 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 c.p.a., sul ricorso n. 9719/2016 RG, proposto dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo – MIBACT, in persona del Ministro *pro tempore*, e la Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici – BAP per le province di Salerno ed Avellino, in persona del Soprintendente *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati in Roma, via dei Portoghesi n. 12,

contro

la signora Antonietta Tagliaferri, rappresentata e difesa dall'avvocato Emilio Forrisi, con domicilio eletto in Roma, p.za Cola di Rienzo n. 92, presso l'avv. Fiorentino;

nei confronti di

Il Comune di Santa Marina (SA), in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR Campania – Salerno, sez. I, n. 1201/2016, resa tra le parti e concernente il parere negativo al rilascio della compatibilità paesaggistica per opere edilizie (diniego di sanatoria);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sola signora Tagliaferri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla camera di consiglio del 2 febbraio 2017 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, l'Avvocato Emilio Forrisi e l'Avvocato dello Stato Maria Vittoria Lumetti;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto in fatto che:

– la sig. Antonietta Tagliaferri, proprietaria d'una porzione del fabbricato sito in Santa Marina (SA) alla via Duomo della fraz. Policastro Bussentino, rovinato a causa del sisma del 1980 e per la cui riparazione la sig. Maria Felicia Polti, madre della sig. Tagliaferri, ottenne il buono-contributo n. 57 del 10 marzo 1992 ai sensi della l. 219/1981;

– la sig. Polti, a seguito del rilascio della concessione edilizia n. 15 dell'8 marzo 1994 da parte del Comune di Santa Marina e dei pareri favorevoli della CEC e della Commissione beni ambientali, ha poi sopraelevato la copertura dell'edificio, costruendovi uno stenditoio in variante ed ottenendo quindi la possibilità di realizzare nuove aperture in questo vano sottotetto (CE in variante n. 5876 del 5 dicembre 1996);

– nel frattempo, la sig. Polti trasformò il lavatoio in un'unità abitabile in assenza di titolo, tant'è che per esso chiese il condono edilizio ex l. 23 dicembre 1994, n. 724, ma, non avendo ella integrato la documentazione espressamente richiestale dal Comune, la relativa istanza fu respinta con determina del 18 marzo 1999;

– a seguito d'un esposto del 2010, il Comune, con nota n. 1772 del 15 febbraio 2013, ha reso noto alla signora Tagliaferri, ora proprietaria del fabbricato così modificato, l'avvio del procedimento per la demolizione e la rimessione in pristino dell'opera abusiva, onde ella il successivo 7 marzo ne ha chiesto la sanatoria;
– poiché tal edificio sorge in area vincolata, il Comune ha trasmesso la relativa documentazione alla competente Soprintendenza BAP ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica ex art. 167 del D. lg. 22 gennaio 2004, n. 42;
– nell'esaminare tal questione, la Soprintendenza ha chiesto integrazioni documentali e, tra l'altro, ha ricevuto inoltre la nota n. 3491 del 17 aprile 2014, con cui il Comune le ha rammentato quanto già resole noto in precedenza circa l'omessa trasmissione dei titoli edilizi per il controllo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo e l'avviso di questa sull'illegittimità dei titoli non trasmessi in casi analoghi a quelli in esame;
– la Soprintendenza ha quindi appurato l'omessa trasmissione, da parte del Comune ed ai fini del corretto controllo dell'attività edilizia in zona vincolata, delle autorizzazioni paesaggistiche n. 16 dell'8 marzo 1994 e n. 47 del 5 dicembre 1996, rilasciate dal Comune in relazione alle concessioni di varianti in corso d'opera n. 15/1994 (piano sottotetto adibito a stenditoio) e, rispettivamente, n. 5876/1996 (nuove aperture nel piano sottotetto e chiusura del vano scala del fabbricato in corso di ristrutturazione e riparazione);
– sicché la Soprintendenza, con nota n. 22995 dell'8 settembre 2014, ha comunicato alla signora Tagliaferri il preavviso di rigetto della di lei istanza e, non avendone ricevuto alcun apporto procedimentale ex art. 10-bis della l. 7 agosto 1990 n. 241, con la nota n. 24935 del successivo giorno 30, vi ha reso parere negativo;
– con nota n. 9181 del 9 ottobre 2014, il Comune ha avvisato la signora Tagliaferri dell'avvio dei procedimenti per il diniego di sanatoria e per la demolizione delle opere abusive;

Rilevato altresì che:

– contro tali statuizioni e gli atti connessi la signora Tagliaferri s'è gravata allora avanti al TAR Salerno con il ricorso n. 20/2015 RG, deducendo in punto di diritto cinque articolati gruppi di censure;

– con l'atto per motivi aggiunti depositato il 17 giugno 2015, la signora Tagliaferri ha impugnato altresì l'ordinanza n. 1 del 24 marzo 2015, con la quale il Comune ha respinto l'istanza di sanatoria e ha ingiunto la demolizione delle opere abusive;

– con sentenza n. 1206 del 16 maggio 2016, l'adito TAR ha accolto tal ricorso affermando, con una statuizione assorbente d'ogni altro profilo, che il mancato inoltro delle autorizzazioni paesaggistiche alla Soprintendenza preposta al vincolo non inciderebbe sulla loro validità, sia per l'affidamento della ricorrente circa l'avvenuta completezza della disamina dell'intervento e la sua liceità, sia perché la autorizzazione paesaggistica comunale è in sé atto immediatamente efficace ed idoneo ad essere portato a esecuzione prima del decorso del termine previsto per l'eventuale esercizio del potere di controllo e, quindi, la Soprintendenza non avrebbe dovuto ritenere i lavori eseguiti come abusivi, ma al più, conosciuti gli atti, avrebbe dovuto richiedere la trasmissione delle autorizzazioni comunali e di tutto il relativo corredo documentale, al fine d'esercitare compiutamente, *ora per allora*, la sua funzione tutoria;

– dal che l'accoglimento pure dei motivi aggiunti «…*per invalidità derivata (… illegittimità ad effetto viziante), in quanto, come si desume dal substrato motivazionale dell'atto… impugnato (ordinanza n. 1 del 24.3.2015…), questo si fonda proprio sul previo parere soprintendentizio, che pertanto ne costituisce il presupposto costitutivo ed indefettibile*»;

– appellano quindi il MIBACT e la Soprintendenza BAP, con il ricorso in epigrafe, deducendo l'erroneità della gravata sentenza perché: A) – è incongruo che il mancato rispetto del dovere del Comune di trasmettere le autorizzazioni paesaggistiche gravi sulla funzione tutoria statale (e che la P.A. statale sia addirittura

condannata alle spese di lite); B) – l'omesso invio delle citate autorizzazioni n. 16/1994 e n. 47/1996 implica non il mancato decorso del termine per il controllo, ma l'impossibilità che tali titoli acquisiscano efficacia alcuna; C) – è impossibile esprimere un parere favorevole per opere a loro volta abusive sotto il profilo paesaggistico e, per giunta, che han provocato l'aumento di superfici utili e volumi; D) – viola l'art. 146 del Dlg 42/2004 l'affermazione secondo cui si dovrebbe esercitare il controllo di legittimità ora per allora delle predette autorizzazioni e, comunque, non sarebbe legittimo condurne la verifica in base a norme ormai abrogate; E) – il TAR ha omesso di considerare sia la questione degli abusi connessi ad opere realizzate in base a titoli illegittimi (presupposto necessario per autorizzarne di ulteriori in sanatoria ai sensi degli artt. 157 e 181 del Dlg 42/2004), sia quella se il Comune debba procedere, o meno, al rilascio del titolo in sanatoria prescindendo dal parere della Soprintendenza;

– resiste in giudizio la signora Tagliaferri, la quale conclude per l'infondatezza dell'appello e ripropone i motivi assorbiti in primo grado ai sensi dell'art. 101, c. 2, c.p.a.;

Considerato in diritto che:

– chiamato il ricorso in epigrafe all'udienza camerale del 2 febbraio 2017 per la trattazione della domanda cautelare posta dalle Amministrazioni statali appellanti, il Collegio ha riscontrato la sussistenza dei presupposti per decidere la causa con sentenza, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., dandone avviso alle parti;

– preliminarmente s'appalesa necessaria la disamina, per rigettarli essendo infondati, dei motivi assorbiti in primo grado e qui riproposti dalla interessata, ai sensi dell'art. 101, c. 2, c.p.a. con la memoria depositata il 26 gennaio 2017;

– per vero, quanto al motivo *sub* IV) (pagg. 13/14 di detta memoria), è irrilevante ai presenti fini la circostanza, in sé materialmente vera, che il fabbricato Tagliaferri fu riedificato in forza d'un buono-contributo ex l. 218/1981, giacché la questione sulla

ricostruzione di esso esulano dalla presente lite, mentre le originarie varianti in corso d'opera e la successiva domanda di sanatoria con cambio di destinazione d'uso comunque riguardano un edificio pacificamente ricadente in zona sottoposta al vincolo paesaggistico e, al di là di quel che avvenne per il mero ripristino post-sismico di esso, ogni altra e diversa aggiunta è e resta un *quid pluris* ulteriore e soggetto al regime edilizio ordinario;

– pertanto, ogni differente prassi tenuta dal Comune di Santa Marina, in ordine all'omesso invio alla Soprintendenza delle predette autorizzazioni paesaggistiche comunali (pur sempre emanate e quindi notoriamente non esenti dal controllo dell'Autorità preposta al vincolo) è *contra legem* (da cui detto Comune, quale interprete qualificato dell'ordinamento, deve rifuggire, essendo tenuto a darne un significato conforme a Costituzione) e non fonda alcun titolo, né affidamenti incolpevoli in capo al privato;

– per quanto poi attiene al motivo *sub* V) (pagg. 14/16), la nota comunale n. 3491 del 17 aprile 2014 ha in qualche modo cercato di tornare alla legalità, pur erroneamente sollecitando la Soprintendenza a tener conto anche delle autorizzazioni mai trasmessele prima;

– sicché in tal comportamento non si ravvisa alcuna anomalia ed allo stato non s'appalesa se non un mero argomento *ad colorandum* il volervi per forza vedere un mezzo per colpire politicamente il signor Michele Tagliaferri, fratello dell'odierna appellata;

– non è configurabile nel caso in esame la violazione degli artt. 6, comma 2, e 7 del DPR 16 aprile 2013, n. 62 (circa i casi d'astensione del pubblico dipendente per conflitti d'interesse e, rispettivamente, per pendenza di lite col destinatario di procedure amministrative), quantunque sia vero che le cause d'incompatibilità ex art. 51 c.p.c. sono estensibili, proprio nel rispetto del principio costituzionale

d'imparzialità, a tutti i campi dell'azione amministrativa (arg. ex Cons. St., IV, 25 settembre 2014 n. 4806: id., V, 5 novembre 2014 n. 5465);

– non sono fondate e comunque non sono rilevanti le deduzioni sulla ipotizzata inimicizia grave tra il tecnico comunale ed signor Tagliaferri, poiché gli atti impugnati del Comune (successivi alle determinazioni statali) non potevano avere un contenuto diverso, mentre quelli di sollecitazione dell'esercizio del potere statale non potevano che segnalare quanto accaduto in precedenza, in coerenza con il principio di leale collaborazione;

– da rigettare è pure il quarto motivo aggiunto (pag. 16), anche in questo caso non sussistendo la violazione dell'art. 2, c. 1, lett. f), della l. reg. Camp. 28 novembre 2001, n. 19, o del successivo comma 6, in quanto nella specie si questiona non dell'astratta compatibilità edilizia dell'intervento abusivo attoreo, bensì della sua compatibilità paesaggistica, la quale risulta disciplinata dai ben più stringenti parametri ex art. 167, commi 4, lett. a) e art. 5 del D.lg. 42/2004 e, per quel che più qui interessa, all'impossibilità, da parte della Soprintendenza, di rendere un suo compiuto parere sulla vicenda per intero, a causa del persistente omesso invio a controllo delle precedenti e presupposte autorizzazioni (rese a suo tempo dal Comune e che fanno un tutt'uno, edilizio-strutturale ancor prima che giuridico, con la domanda di sanatoria proposta dall'appellata);

– alla stessa conclusione deve il Collegio pervenire con riferimento al V motivo aggiunto (pag. 17) poiché, in disparte quanto poc'anzi detto circa l'art. 167 del decreto n. 42, non può dirsi illegittimo l'ordine di demolizione per opere abusive realizzate in area vincolata (in assenza di una efficace autorizzazione), una volta che l'Autorità preposta al vincolo non abbia accertato la compatibilità dell'opera ai sensi del comma 4, in quanto scatta la sanzione della rimessione in pristino di cui al precedente coma 1, donde l'infondatezza del richiamo alla l.r. 19/2001, che non concerne la sanatoria postuma degli abusi edilizi;

– va infine respinto l'VIII motivo aggiunto (pagg. 17/18), perché: A) – in ogni caso v'è l'obbligo di rimessione in pristino per il sol fatto del diniego di compatibilità; B) – l'abuso edilizio esiste e non è dubbio tra le parti, poiché è stata la medesima signora Tagliaferri a chiederne la sanatoria, dal che la superfluità di ogni ulteriore formalità procedimentale; C) – l'impossibilità di sanare l'abuso esclude i rimedi ex art. 36, c. 1, del DPR 380/2001, rendendo incondizionata l'applicabilità della sanzione di cui al precedente art. 33, comma. 1;

Considerato inoltre che:

– l'appello è fondato e va accolto, con alcune precisazioni preliminari, a partire da quella per cui la Soprintendenza ha svolto il proprio controllo solo sui documenti inerenti alla richiesta di «…*parere preventivo e vincolante previsto… dall'art. 167, comma 5 del D. Lgs. N. 42/04 e s.m.i. relativo all'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica "per il cambio di destinazione d'uso del piano…sottotetto da stenditoio ad abitativo"* », a causa del persistente mancato inoltro delle citate autorizzazioni pregresse, onde gli interventi oggetto di queste sono *sine titulo*;

- è impossibile riconoscere a tali autorizzazioni alcun'efficacia, per le ragioni esposte dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 9 del 2001 (per la quale l'autorizzazione – nel sistema normativo rilevante *ratione temporis* – andava considerata inefficace fin quando vi fosse stato il decorso del termine per l'esercizio del potere statale di annullamento, fermo restando nel frattempo il divieto di modificare lo stato dei luoghi), sicché l'intero fabbricato risulta abusivo e, allo stato, tutto ciò rende indefinita la configurazione paesaggistica di esso, di talché, essendo assorbenti siffatti profili, la P.A. ha reso un parere negativo sull'invocata sanatoria;

– inoltre, i fatti inerenti a quest'ultima soggiacciono interamente alla disciplina dell'art. 146, comma, 4 del Dlg 42/2004, come novellato nel 2014 (ma, come si vedrà appresso, ciò vale anche per le vicende presupposte) e per il quale « *l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di*

costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico – edilizio» (donde la vincolatezza di tal parere, che può , in quanto tale, contenere anche giudizi di merito, perlopiù di merito tecnico insindacabile: arg. ex Cons. St., VI, 21 ottobre 2013 n. 5082), di talché rileva la regola secondo cui «*fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi*»;

–l'omesso invio delle pregresse autorizzazioni paesaggistiche di per sé costituisce una evidente violazione di legge, che – ove sia ancora riscontrato dagli organi del Ministero appellante – impongono non solo la denuncia dei fatti all'Autorità giudiziaria, per le valutazioni sulla eventuale sussistenza di reati, ma anche la loro segnalazione al Ministero dell'Interno, affinché esso valuti la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri previsti dagli articoli 136 e 141, comma 1, lettera), potendosi in linea di principio ravvisare «*gravi e persistenti violazioni di legge*» - tali da giustificare le misure previste dal comma 1 – quando non risulti applicata in sede locale la normativa sulla salvaguardia delle aree sottoposte a vincolo paesaggistico;

- nella specie, l'omesso invio rende quegli atti, a differenza di quanto opina il TAR, inefficaci ed improduttivi di effetti giuridici (cfr., Ad. Plen., n. 9 del 2001; Sez. V, 26 maggio 1994, n. 541), perché necessariamente soggetti *ex lege* alla fase integrativa dell'efficacia mediante il controllo;

– quest'ultimo – nel sistema normativo rilevante *ratione temporis* - era preordinato anzitutto a garantire la legittimità dell'atto controllato (arg. ex Cons. St., V, 29 settembre 1997, n. 1065) e, nella materia in esame, è stato sin da tempo risalente definito dalla Sezione (cfr. così Cons. St., VI, 10 settembre 2008, n. 4311) quale espressione non già di un riesame nel merito, ma di un potere d'annullamento d'ufficio per motivi di legittimità, riconducibile al più generale potere di vigilanza, che il legislatore ha voluto riconoscere allo Stato in tema di cogestione del vincolo;

– quantunque sia vero il principio per cui, sotto il regime dell'art. 82, nono comma, del DPR 616/1977, la decorrenza del termine di sessanta giorni, previsto per l'esercizio del potere di annullamento da parte del MIBACT dell'autorizzazione paesaggistica ex art. 7 della l. 29 giugno 1939, n. 1497, non iniziava se non dal momento in cui la documentazione fosse pervenuta completa all'organo tutorio (cfr. Cons. St., VI, 4 aprile 2011 n. 2087), tal regola non comporta necessariamente, essendo ormai venuto meno il diritto intertemporale, l'ultrattività di quella specifica forma di controllo, poiché la regola *tempus regit actum*, secondo cui la legittimità di un atto sottoposto a controllo va verificata con riguardo alla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento in cui è stato adottato, esplica la propria efficacia allorché il rapporto cui l'atto inerisce sia del tutto definito e, quindi, soltanto così resta insensibile ai successivi mutamenti della normativa di riferimento (cfr., p.es., Cons. St., III, 15 maggio 2012 n. 2801);

– la sostituzione del sistema dei controlli ex art. 82, nono comma, con quello caratterizzato dalla emanazione del parere statale ha reso impossibile l'esercizio, ora per allora, di un potere previsto da disposizioni ormai abrogate;

Considerato pertanto che:

– la signora Tagliaferri o la sua dante causa hanno costruito in forza di autorizzazioni inefficaci (e l'appellata comunque ne ha avuto buona contezza in relazione al lungo carteggio con il Comune);

- le disposizioni che da tempo subordinano la realizzazione di opere al rilascio di una efficace autorizzazione paesaggistica – anche in relazione alle conseguenze penali - hanno natura imperativa;

– anzi, in assenza del previo rilascio di autorizzazioni efficaci, rettamente la Soprintendenza non ha potuto ritrarre dalla sola istanza di sanatoria del 2013, peraltro priva della specifica

rappresentazione degli interventi abusivi stratificatisi sul fabbricato originariamente ricostruito, se non il fatto che tutto ciò ha reso «*indefinita la configurazione dell'immobile approvata, e quindi legittima, ai fini paesistici*»;

– invero, al di là dell'improprietà di tale frase, il significato ne è ben chiaro, essendo, cioè, precluso per l'Autorità statale l'esercizio in senso favorevole del potere volto al rilascio della autorizzazione paesaggistica, quando non risulti la conformità dei pregressi interventi sotto il profilo paesaggistico, rilevando nella specie che le opere realizzate a partire dal 1994 in poi riferibili ad atti inefficaci e, perciò, insanabili ex post;

– sulla scorta di tali dati l'appello va quindi accolto, seppur giusti motivi suggeriscano l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio;

– comunque le questioni testé vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. e che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e, in ogni caso, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 9719/2016 RG in epigrafe), lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge integralmente il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 2 febbraio 2017, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO