

N. 00698/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00397/2014 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 397 del 2014, proposto da:

Eugenio Agazzi, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Mazzoni
Nicoletti, Claudio Guttadauro, con domicilio eletto presso Chiara
Fogliata in Venezia, San Marco 1757;

contro

Soprintendenza Per Beni Architettonici e Paes. Province di
Ve,BI,Pd,Tv, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Stato,
domiciliataria per legge in Venezia, San Marco, 63;

Comune di San Michele al Tagliamento;

per l'annullamento

del parere della succitata Soprintendenza 17/12/2013 prot. n. 32579,
recante parere negativo ad autorizzazione paesaggistica ex art. 146,

comma 8, D.L.vo n. 42/2004, relativa a intervento di demolizione in località Bibione, Via Pleinone su terreno identificato al foglio/mappale NCT fir. 48 Map. 123, fig. 49 map. 122, Fg. 49 Map. 378, di manufatti esistenti con ricostruzione di fabbricato residenziale con n. 26 alloggi ai sensi dell'art. 3, comma 2, L.R. 13/2011, cd. "Piano Casa", che invita altresì il Comune di San Michele al Tagliamento a concludere il procedimento amministrativo avviato su istanza di parte ricorrente, con provvedimento di diniego; per i conseguenti accertamento e dichiarazione dell'obbligo del Comune di San Michele al Tagliamento di provvedere in ordine all'autorizzazione paesaggistica, giusto parere positivo della Commissione Edilizia Integrata del 23/7/2013 del medesimo Comune, comunicato con atto a firma del Dirigente del Settore Uso ed Assetto del Territorio del Comune di San Michele al Tagliamento del 26/7/2013, prot. n. 21853, in subordine, per l'accertamento e la dichiarazione del carattere non vincolante del parere della Soprintendenza 17/12/2013 prot. n. 32579, e comunque per l'accertamento e la dichiarazione dell'obbligo del Comune di San Michele al Tagliamento di provvedere ut supra.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soprintendenza Per Beni Architettonici e Paes. Province di Ve,Bl,Pd,Tv;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2014 la dott.ssa Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Parte ricorrente ricorda di aver presentato in data 11 giugno 2013 al Comune di San Michele al Tagliamento la richiesta di autorizzazione paesaggistica per la demolizione di un edificio esistente in località Bibione, via Pleione per realizzare un compendio immobiliare a destinazione residenziale.

In data 26.07.2013 la Commissione edilizia integrata, riscontrando la conformità degli interventi proposti agli strumenti urbanistici, esprimeva il parere favorevole all'autorizzazione paesaggistica, impartendo la sola prescrizione per la quale il rivestimento esterno dei vani scala avrebbe dovuto essere realizzato con "superfici vetrate", in luogo di "pannelli color rosso".

Detto parere era trasmesso agli istanti e (per l'espressione del parere ai sensi dell'art. 146, comma 8, D.lvo n. 42/2004) alla Soprintendenza che lo acquisiva al protocollo n. 21148 del 13.08.2013.

28 giorni dopo, in data 10 settembre, la Soprintendenza comunicava i motivi ostativi al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, da cui risultava che l'intervento era valutato negativamente in ragione dell'altezza dell'immobile realizzando ("8 piani, pari a 24,90 metri"). Il Signor Aniello Giordano, procuratore speciale dei proprietari trasmetteva per mezzo di posta elettronica certificata ampia documentazione fotografica del "sistema abitativo

limitrofo" (espressione tratta dalla comunicazione dei motivi ostativi), concernente la presenza nella medesima zona vincolata di altri edifici (oltre a quelli di oltre 30 metri già siti in via Pleione indicati nell'istanza di autorizzazione paesaggistica) di altezza consimile o superiore (sino a 35 metri) a quella dell'intervento edilizio proposto, realizzati o in corso di realizzazione a confine di abitazioni monofamiliari o bifamiliari, anche di un solo piano. Seguiva un incontro tra il nuovo Soprintendente, l'Arch. Venditelli, e il Sig. Aniello Giordano, in data 24 settembre 2013, nel corso del quale si completava la partecipazione al procedimento degli istanti.

In data 11.10.2013 la Soprintendenza avrebbe dovuto esprimere il parere di competenza ai sensi dell'art. 146, comma 8, Dlvo n. 42/2004. Con tale data il Comune avrebbe dovuto indire una conferenza di servizi (che come noto, ai sensi del comma 9 si sarebbe dovuta esprimere nei successivi 15 giorni); ovvero, in ogni caso, avrebbe dovuto provvedere sulla domanda di autorizzazione entro sessanta giorni (sempre ai sensi del già menzionato comma 9). Nonostante ciò, solo in data 17 dicembre, dopo ben ulteriori 83 giorni dalla riunione tenutasi il 24 Settembre, e quindi dopo ben 111 giorni dal ricevimento, da parte della Soprintendenza, del parere positivo della Commissione edilizia integrata (i 28 giorni che corrono tra il 13.08 2013 e il 10.09.2013 sono sommati a quelli che intercorrono tra il 25.11.2013 e il 17.12.2013 e, nel conteggio dei 111 giorni, non si è tenuto conto dei giorni compresi tra il 10.09 e il 24.09, e cioè tra l'invio della comunicazione dei motivi ostativi e la riunione nel corso della quale erano esplicate le controdeduzioni), la Soprintendenza esprimeva parere

sfavorevole (comunicato il successivo 24.12.2013), riproponendo quanto già esposto nella comunicazione dei motivi ostativi, senza preoccuparsi di spiegare i motivi per i quali le controdeduzioni fossero da ritenersi non condivisibili, tanto che nel provvedimento impugnato si afferma che "l'interessato non ha presentato osservazioni nei termini previsti".

- Da ciò la presentazione del presente ricorso che mira ad ottenere la dichiarazione della nullità o comunque l'annullamento del succitato parere negativo della soprintendenza prot. n. 32579 del 17 dicembre 2013, pervenuto al ricorrente in data 24.12.2013 (con l'invito al Comune di San Michele al Tagliamento a concludere il procedimento amministrativo avviato su istanza di parte ricorrente, con provvedimento di diniego) e per il conseguente accertamento e la dichiarazione dell'obbligo del Comune di San Michele al Tagliamento di provvedere in ordine all'autorizzazione paesaggistica, giusto parere positivo della Commissione edilizia integrata del 23.07.2013;

- in subordine viene chiesto l'accertamento e la dichiarazione del carattere non vincolante del parere della Soprintendenza di cui si è detto e l'accertamento e la dichiarazione dell'obbligo del Comune di San Michele al Tagliamento di provvedere ut supra. - Questi i motivi di ricorso:

1) Illegittimità per violazione di legge. violazione dell'art. 146, commi 8, 9,10, d. lvo n, 46/2004;

I. Violazione dell'art. 146, comma 8, D.lvo 42/2004: nullità/illegittimità del parere della Soprintendenza per carenza assoluta di potere.

II. In subordine: violazione dell'art. 146, comma 8, Divo 42/2004, eccesso di potere —sulla dichiarazione del carattere non vincolante del parere della Soprintendenza

III. In ogni caso: sull'obbligo di provvedere dell'amministrazione comunale: violazione dell'art. 146, comma 9, Dl.vo n. 42/2004

2) Illegittimità per violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990.

Illegittimità per travisamento dei fatti, eccesso e sviamento di potere, manifesta disparità di trattamento.

I. Violazione dell'art. 10 bis, 1. n. 241/1990

II. Illegittimità per travisamento dei fatti, eccesso e sviamento di potere, manifesta

disparità di trattamento.

III. ancora sull'illegittimità per travisamento dei fatti, eccesso e sviamento di potere, carenza di motivazione.

Nel corso della camera di consiglio del 9 aprile 2014 il ricorso è stato preso in decisione in considerazione dell'esistenza di giurisprudenza della Sezione.

La successiva discussione collegiale ha poi portato ad approfondire le consistenti differenze fattuali rispetto alla situazione presa in esame dalla sentenza di questo TAR n. 1295/2014, in considerazione delle quali si è ravvisata la necessità di dare avviso alle parti che, qualora fosse stata accolta la tesi di parte ricorrente relativa alla natura non vincolante del parere tardivamente espresso dalla Soprintendenza e del conseguente obbligo del Comune di concludere il procedimento con il solo obbligo di motivare la disattenzione per il parere reso oltre i termini di legge o di motivare la ragione per la quale ritenesse di

discostarsi dal previo parere favorevole della Commissione edilizia integrata, ne sarebbe potuta derivare la l'inammissibilità del ricorso avverso il parere della soprintendenza in quanto lo stesso avrebbe dovuto ritenersi non autonomamente né immediatamente lesivo; con ordinanza n. 476/14 la suddetta questione è stata quindi portata all'attenzione delle parti ai sensi dell'art. 73 c.p.a., con la concessione di termine per la produzione di memorie ed il ricorso è stato nuovamente preso in esame dal collegio nella camera di consiglio del 23 aprile 2014, anche alla luce delle ulteriori memorie presentate dalle parti.

Il Collegio rileva anzitutto che la precedente sentenza di questo TAR n. 1295/2013 si riferiva ad una situazione non identica in punto di fatto, dato che, in tal caso, era effettivamente intervenuta, dopo il tardivo parere soprintendentizio, una nota comunale di trasmissione dello stesso, che quindi implicava una volontà comunale di mancato autonomo pronunciamento e di adesione al parere della Soprintendenza.

Nel caso di specie, invece, si deve rilevare che, dopo l'emissione del parere di cui si dibatte, il Comune non si è ancora in alcun modo attivato, circostanza che il Collegio ritiene tutt'altro che irrilevante per le ragioni successivamente esposte.

Il Collegio non ignora la sentenza della VI^a sezione del Consiglio di Stato n. 4914/2013 che ha affermato in buona sostanza che, non avendo il Codice determinato che dopo la scadenza del termine vi sia la perdita del potere di pronunciarsi da parte dell'amministrazione, né previsto alcuna ipotesi di silenzio qualificato o significativo, la appellata sentenza del TAR Campania sezione di Salerno andava dichiarata nulla,

perché si era limitata ad affermare la tardività del parere della Soprintendenza senza ulteriormente esplicitare le ragioni della decisione né esaminare il quadro normativo di riferimento. Di fatto poi la sesta sezione ha proceduto a tale esame ed ha affermato che, anche dopo la scadenza del termine fissato dall'art. 146 comma 5 e 167 comma 5 del d.lgs 42/2004, il potere della Soprintendenza continua a sussistere. In particolare il Consiglio di Stato ha affermato, con inciso collocato tra parentesi, “ tanto che un suo parere tardivo resta comunque disciplinato dai richiamati commi 5 e mantiene la sua natura vincolante..” ed ha ulteriormente specificato che la perentorietà del termine andava intesa come riferita non alla sussistenza del potere o alla legittimità dello stesso ma all'obbligo di concludere la fase del procedimento.

E' invero con riferimento a tale sviluppo del ragionamento che il Collegio ritiene che l'analisi della normativa possa invece condurre a differenti conclusioni e che quindi le conclusioni soprariportate meritino di essere significativamente ripensate.

Nel caso di specie lo stesso atto impugnato richiama l'art. 146 c. 8 del d.lgs 42/2004 ma, ad avviso del Collegio, l'art 146 deve essere letto nel suo insieme e, in particolare rileva il combinato disposto dei commi 5, 8 e 9 che, è bene ricordarlo, così dispongono:

“5. Sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati,

predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione....

...8. Il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Il soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità'.

9. Decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto. La conferenza si pronuncia entro il termine perentorio di quindici giorni. In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione. Con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31

dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni.”

Pertanto la normativa delinea un sistema in cui, dopo la inutile scadenza del termine assegnato al soprintendente per l'emissione del parere, questo può ancora essere reso o conferito oralmente nell'ambito di una conferenza di servizi che l'amministrazione competente acquisisce il potere di indire, con le ivi previste regole specifiche ed evidentemente derogatorie rispetto al procedimento disciplinato dalla normativa generale ex artt 14 e segg della l. 241/90; la conferenza dei servizi ex art 146 c. 9 succitato è infatti disciplinata dalla normativa speciale fissata da tale norma e caratterizzata dal termine perentorio di 15 giorni per la conclusione dei suoi lavori, palesemente inconciliabile con qualunque possibilità di applicazione delle norme riguardanti la conferenza di servizi per così dire “ordinaria”, caratterizzata da termini molto più “rilassati”; invece il termine perentorio di cui sopra, unito anche al termine ultimativo generale di 60 giorni ed al più lungo termine iniziale previsto per la emissione del parere del soprintendente dimostrano che nel caso di specie non è applicabile la disciplina generale della conferenza di servizi, il che deve valere, ovviamente, anche per l'ipotesi in cui il parere, che intervenga in tale sede, abbia contenuto negativo. Se tale ipotesi si verifica non potrà quindi ad esso nemmeno riconoscersi

alcun valore predominante e/o paralizzante e tale da far scattare il particolare meccanismo delineato dall'art. 14 quater c. 3[^]; il parere soprintendentizio dovrà invece essere preso in esame dalla conferenza alla pari con gli altri pareri istruttori delle altre amministrazioni chiamate a parteciparvi ed avrà l'effetto di richiedere una specifica valutazione e motivazione in relazione al suo eventuale disattendimento, non diversamente da quanto dovrà accadere per altre manifestazioni di opinione, in ossequio alle generali regole di trasparenza dell'azione amministrativa.

Se quindi deve ritenersi indubbia la perdita della natura vincolante del parere espresso in sede di conferenza di servizi è evidente che sarebbe illogico e contraddittorio riconoscere perdurante natura di parere vincolante al parere tardivamente espresso, se la conferenza di servizi non viene convocata e anche quei termini vengono lasciati inutilmente scadere. Invero, se una siffatta situazione si verifica, si deve riscontrare, anzitutto, che tutti i termini di legge risultano violati, non solo quello per l'emissione del parere del Soprintendente ma anche quello (ultimativo) di sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente dettato dall'art. 9 per l'adozione "in ogni caso " di una decisione da parte della competente amministrazione (..", l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione. "). Ci si trova, pertanto, in una situazione contraddistinta da una palese violazione di termini perentori da parte di tutte le amministrazioni interessate e questo pare al Collegio non possa giustificare in alcun modo il "recupero", da parte del parere soprintendentizio di quella natura vincolante che aveva già

pacificamente perso se l'amministrazione competente avesse proceduto nei termini ad indire conferenza di servizi ed esso fosse stato reso in tale sede.

Per tutte le considerazioni sopra esplicitate il Collegio ritiene di dover necessariamente concludere che l'inutile decorso dei 45 giorni di cui al comma 8 comporta la perdita del potere della Soprintendenza di emettere un parere con natura vincolante.

Nel caso di specie non vi è alcuna possibilità di dubbio circa la tardività di tale parere, che è infatti intervenuto in data 17.12.2013 mentre gli atti erano stati ricevuti il 13.8.2013; anche tenendo conto della comunicazione dei motivi ostativi (ricevuta in data 16.9.13) e non computando nei termini i dieci giorni concessi per la presentazione di osservazioni, è ictu oculi evidente che tutti i termini sono stati lasciati ampiamente scadere, sia quello a disposizione del Soprintendente per l'emissione del parere che quello fissato al Comune per indire una conferenza dei servizi e quello finale e conclusivo dei sessanta giorni per provvedere "in ogni caso". In tale contesto è pertanto evidente che il tardivo parere della Soprintendenza si colloca del tutto al di fuori del quadro normativo e non può più rivestire natura di parere vincolante (conforme la consolidata giurisprudenza del TAR Puglia Lecce di cui vedasi da ultimo T.A.R. Lecce (Puglia) sez. I n. 252 del 24/01/2014 e anche T.A.R. Trieste (Friuli-Venezia Giulia) N. 343 del 03/09/2012).

Il Collegio ritiene quindi che il parere soprintendentizio impugnato non abbia natura vincolante e che l'amministrazione competente (nel caso di specie Il Comune di San Michele al Tagliamento) abbia sicuramente l'obbligo di concludere il procedimento valutando tale parere istruttorio

e la motivazione su cui lo stesso poggia alla stregua e unitamente agli altri pareri istruttori acquisiti nel corso del procedimento.

Si deve quindi concludere che, non essendo ancora terminato il procedimento e trovandosi in presenza di un parere meramente endoprocedimentale e privo di valenza vincolante, il ricorso si rivela inammissibile in quanto non rivolto avverso l'atto conclusivo del procedimento (allo stato ancora non intervenuto) bensì avverso un atto endoprocedimentale che potrà essere, se del caso, impugnato in quanto atto presupposto unitamente all'eventuale atto comunale reiettivo dell'istanza del ricorrente.

E' altresì evidente che la pronuncia di questo Tar non può spingersi al di fuori della come sopra precisata inammissibilità, poiché, al di là di qualsiasi considerazione inerente l'economia processuale che non può valere a stravolgere la normativa di principio che regola questa giurisdizione, altri sono i rimedi previsti per permettere al cittadino di attivarsi nei confronti dell'inerzia dell'amministrazione competente a concludere il procedimento.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti in considerazione della relativa novità dell'indirizzo giurisprudenziale qui espresso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nelle camere di consiglio del giorno 9 aprile 2014
e 23 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

Nicola Fenicia, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)