

Pubblicato il 22/11/2018

N. 06615/2018REG.PROV.COLL.  
N. 08268/2012 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**

sul ricorso numero di registro generale 8268 del 2012, proposto da:  
ROSARIA PEDE, GIUSEPPA PAPA, SERGIO PIERO PEDE,  
GIULIANA BENEDETTA PEDE, tutti rappresentati e difesi  
dall'avvocato Loredana Papa, con domicilio eletto presso lo studio  
Placidi Studio in Roma, via Cosseria, n. 2;

***contro***

MINISTERO DEI BENI, DELLE ATTIVITÀ CULTURALI E DEL  
TURISMO, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e  
difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è  
domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***nei confronti***

COMUNE DI LECCE, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. Puglia – Bari – Sez. II n. 628 del 2012;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dei beni, delle

attività culturali e del turismo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2018 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Valentina Fico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.– I signori Pede Rosaria, Papa Giuseppa, Pede Sergio Piero e Pede Giuliana Benedetta – comproprietari di un fabbricato ad uso abitativo realizzato su un terreno sito in Lecce, località Casalbate, su ruolo distinto in catasto al foglio 13 particella 160 – presentavano, in data 29 marzo 1986, un'istanza di condono dell'anzidetto immobile in quanto abusivo.

1.1.– Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, gli istanti impugnavano il decreto della Soprintendenza di Bari n. 8007 del 27 marzo 2003 che aveva annullato il parere favorevole alla concessione in sanatoria nel frattempo rilasciato in data 27 novembre 2002 dal Comune di Lecce (nonché ogni altro atto a questo connesso, presupposto o conseguente, tra cui la nota del Comune di Lecce in data 8 aprile 2003).

Avverso il provvedimento della Soprintendenza – secondo cui: la zona di intervento era sottoposta a vincolo ai sensi del decreto ministeriale 16 settembre 1975; il fabbricato si trovava a meno di cento metri dal demanio marittimo; all'epoca della realizzazione del suddetto fabbricato vigeva l'art. 53, lettera *f*), della legge della Regione Puglia n. 56 del 1980 la quale imponeva un vincolo assoluto di inedificabilità – i ricorrenti muovevano le seguente

doglianze:

- violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, per non essere stata data previa comunicazione di avvio del procedimento;
- eccesso di potere per erroneità dei presupposti, in quanto: il vincolo del PUTT richiamato nell'atto impugnato si riferiva solo alle nuove costruzioni e quindi non poteva valere nell'ambito di un procedimento di condono di un'opera preesistente; la Soprintendenza aveva sostituito, sul punto della compatibilità dell'opera con i valori tutelati, la propria valutazione di merito a quella del Comune; il vincolo di cui all'art. 51, lettera f), della legge della Regione Puglia n. 56 del 1980, relativamente ai fabbricati compresi nella fascia di 300 metri dal confine con il demanio marittimo, non era di inedificabilità assoluta bensì impediva solo modifiche dell'assetto del territorio;
- eccesso di potere per difetto di istruttoria, in quanto la Soprintendenza non aveva tenuto conto della istruttoria svolta dal Comune.

2.– Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, con sentenza n. 928 del 2003, respingeva il ricorso.

3.– I signori Pede Rosaria, Papa Giuseppa, Pede Sergio Piero e Pede Giuliana Benedetta proponevano quindi appello avverso la sentenza del T.a.r., chiedendo, in riforma della stessa, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

In primo luogo, secondo gli appellanti, il giudice di primo grado sarebbe incorso in un errore di presupposizione evincibile dal seguente periodo: *«Le circostanze di cui sopra si è dato conto comportano la non condonabilità dell'immobile oggetto dell'atto impugnato ai sensi di quanto previsto dall'art. 33 L. n. 47/85 ed*

*escludono, ai sensi dell'art. 21 octies L. n. 241/90 che possa farsi luogo ad annullamento dell'atto impugnato, stante che il Comune non avrebbe potuto determinarsi diversamente».* Se ne desumerebbe che oggetto della pronuncia del T.a.r. sarebbe stato, non l'atto della Soprintendenza recante l'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica comunale, ma una valutazione autonoma del giudice sulla condonabilità o meno dell'immobile.

Viene rilevata poi l'erroneità della valutazione del T.a.r. in merito alla circostanza della non condonabilità dell'immobile, rinviandosi sul punto a quanto motivato nelle censure del ricorso di primo grado (da intendersi riproposte per intero nel giudizio d'appello).

Da ultimo, il Giudice di prime cure sarebbe incorso in una violazione della regola generale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, non essendosi pronunciato su tutte le censure riguardanti l'atto della Soprintendenza impugnato.

4.– Il Comune di Lecce non si è costituito in giudizio. Il Ministero dei beni, delle attività culturali e del turismo, invece, pur costituitosi, ha depositato una memoria di mero stile.

5.– All'esito dell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2018, la causa è stata discussa ed è stata trattenuta per la decisione

## DIRITTO

1.– L'appello non è fondato.

1.1.– Il provvedimento impugnato è fondato su due ordini di considerazioni: - la violazione delle specifiche disposizioni vincolistiche vigenti in materia; - il difetto di motivazione del provvedimento comunale.

2.– La Soprintendenza ha correttamente motivato la sussistenza di insuperabili ragioni ostative al rilascio del condono straordinario.

2.1.– La fattispecie in esame trova la sua disciplina nella legge sul condono edilizio del 28 febbraio 1985, n. 47, la quale consente, a date condizioni, la sanatoria anche di opere che abbiano determinato la creazione di superfici utili o volumi ovvero aumenti di quelli legittimamente realizzati.

L'art. 32, comma 1, della legge n. 47 del 1985 stabilisce che *«il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria per opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso»*.

Il successivo art. 33, statuisce che non sono suscettibili di sanatoria – tra l'altro – le opere realizzate in contrasto con i *«vincoli imposti da norme statali e regionali a difesa delle coste marine, lacuali e fluviali»* e con *«ogni altro vincolo che comporti la inedificabilità delle aree»*, precisando che in ogni caso deve trattarsi di vincoli *«imposti prima della esecuzione delle opere stesse»*.

Per la pacifica giurisprudenza, il parere reso dalla Soprintendenza nell'ambito dei procedimenti di condono, *«ha natura e funzioni identiche all'autorizzazione paesaggistica ex art. 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, per essere entrambi gli atti il presupposto legittimante la trasformazione urbanistico edilizia della zona protetta, sicché resta fermo il potere ministeriale di annullamento del parere favorevole alla sanatoria di un manufatto realizzato in zona vincolata, in quanto strumento affidato dall'ordinamento allo Stato, come estrema difesa del paesaggio, valore costituzionale primario»* (Sez. VI, 15 marzo 2007, n. 1255).

2.2.– Va ancora premesso che la questione della rilevanza dei vincoli sopravvenuti nei procedimenti di sanatoria edilizia è stato oggetto di un articolato dibattito giurisprudenziale, i cui esiti possono così

sunteggiarsi:

- nel caso di sopravvenienza di un vincolo di protezione, l'Amministrazione competente ad esaminare l'istanza di condono proposta ai sensi delle leggi n. 47 del 1985 e n. 724 del 1994 deve acquisire il parere della Autorità preposta alla tutela del vincolo sopravvenuto, la quale deve pronunciarsi tenendo conto del quadro normativo vigente al momento in cui esercita i propri poteri consultivi (Adunanza Plenaria, 22 luglio 1999, n. 20);
- per quanto sussista l'onere procedimentale di acquisire il necessario parere in ordine alla assentibilità della domanda di sanatoria – a prescindere dall'epoca d'introduzione del vincolo – l'Autorità preposta deve esprimere non una valutazione di “conformità” delle opere alle predette previsioni, trattandosi di un vincolo non esistente al momento della loro realizzazione, bensì un parere di “compatibilità” paesaggistica dell'intervento edilizio abusivo (Consiglio di Stato, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4564);
- quando le previsioni di tutela sono sopraggiunte alla realizzazione dell'intervento edilizio, la valutazione paesaggistica non potrebbe compiersi come se l'intervento fosse ancora da realizzare, e ciò è tanto più vero nei casi (quale quello di specie) in cui le previsioni di tutela successivamente sopraggiunte ad integrare la disciplina dell'area risultano del tutto incompatibili con la tipologia dell'intervento già realizzato;
- in definitiva, il sopravvenuto regime di inedificabilità dell'area non può considerarsi una condizione *ex se* preclusiva e insuperabile alla condonabilità degli edifici già realizzati (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 5 dicembre 2007, n. 6177; Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 231), dovendo l'Amministrazione valutare se vi sia compatibilità tra le

esigenze poste a base del vincolo – anche sulla salvaguardia della pubblica incolumità – e la permanenza in loco del manufatto abusivo.

2.3.– Sennonché, nel caso di specie, la costruzione è stata realizzata entro il 1983 – tale circostanza è incontestata tra le parti – quando era vigente il vincolo di inedificabilità assoluto di cui all’art. 51, lettera f), della legge della Regione Puglia n. 56 del 1980.

La citata disposizione regionale – in tema di limitazioni delle previsioni insediative fino all’entrata in vigore dei piani territoriali – prescrive, *ratione temporis*, che: *«è vietata qualsiasi opera di edificazione entro la fascia di 300 metri dal confine del demanio marittimo, o dal ciglio più elevato sul mare. Per gli strumenti urbanistici vigenti o adottati alla data di entrata in vigore della presente legge, è consentita la edificazione solo nelle zone omogenee A, B e C dei centri abitati e negli insediamenti turistici; è altresì consentita la realizzazione di opere pubbliche ed il completamento degli insediamenti industriali ed artigianali in atto alla data di entrata in vigore della presente legge, secondo le previsioni degli strumenti urbanistici stessi».*

Ebbene, alla luce della documentazione in atti, il fondo sul quale era stato realizzato il fabbricato in contestazione era classificato dallo strumento urbanistico come zona omogenea di tipo «E1», zona agricola produttiva, per la quale non era prevista alcuna deroga al divieto di costruire.

2.4.– La sussistenza del citato vincolo di inedificabilità assoluta precludeva in radice la possibilità di condonare l’immobile oggetto dell’atto impugnato.

3.– Per completezza, occorre aggiungere che, nel rilevare il difetto

di motivazione dell'atto comunale, la Soprintendenza non ha operato inammissibili valutazioni di merito, bensì si è correttamente limitata a censurarne un vizio di legittimità.

3.1.– Giova osservare che la norma applicabile *ratione temporis* è l'art. 151, comma 4, del d.lgs. n. 490 del 1999, il cui contenuto è stato a sua volta trasfuso nel successivo art. 159 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (recante il «*Regime transitorio in materia di autorizzazione paesaggistica*»), il cui terzo comma dispone che: «*la soprintendenza, se ritiene l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio, dettate ai sensi del presente titolo, può annullarla, con provvedimento motivato, entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa, completa documentazione*».

Sulla scorta di tale disposizione, il vaglio della Soprintendenza sulle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dalla Regione (o, come nel caso di specie, dall'ente sub-delegato), consiste in un controllo di mera legittimità – ordinariamente limitato ai profili di legittimità dello stesso e, quindi, all'accertamento circa l'assenza di vizi di violazione di legge, eccesso di potere ovvero incompetenza c.d. relativa – restando invece precluso alla Soprintendenza di sovrapporre una propria valutazione dei profili paesaggistici a quella già compiuta dall'ente autorizzatore (cfr. Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, 14 dicembre 2001 n. 9; più recentemente, *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 283). Tale regime transitorio è oggi venuto meno e, pertanto, il controllo dello Stato sulle autorizzazioni paesaggistiche è disciplinato a regime dall'art. 146, come sostituito dall'art. 2, comma 1, lettera s), del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, che consente alla Soprintendenza una



valutazione di merito amministrativo. Il nuovo regime è, tuttavia, entrato in vigore soltanto dal 1 gennaio 2010 e, quindi, successivamente all'adozione del provvedimento impugnato.

3.2.– Nel caso di specie, l'atto comunale oggetto di impugnazione risulta effettivamente viziato per non aver svolto una adeguata contestualizzazione normativa del giudizio di compatibilità paesaggistica in relazione ai vincoli apposti sull'area. La constatazione che era mancata (da parte del Comune) la considerazione di circostanze rilevanti non rappresenta certo un riesame nel merito (da parte della Soprintendenza) delle valutazioni discrezionali, bensì esprime una figura sintomatica dell'eccesso di potere.

4.– È infondato anche il motivo di appello, con cui viene lamentata l'erroneità della sentenza appellata per avere respinto la censura incentrata sulla violazione delle norme in materia di partecipazione procedimentale.

4.1.– Secondo il condiviso indirizzo giurisprudenziale, il provvedimento statale di annullamento del nulla-osta paesaggistico deve essere preceduto dall'avviso dell'avvio del procedimento *ex art. 7, comma 1, e dell'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241*, da parte dell'autorità statale competente a pronunciare detto annullamento.

Senonché, nel caso in esame, avendo la Soprintendenza rilevato una circostanza normativa ostativa al rilascio del condono, la violazione dell'obbligo di comunicazione non può produrre – ai sensi dell'art. 21-*octies*, della legge n. 241 del 1990 – l'annullamento di un provvedimento che non avrebbe potuto essere diverso da quello che è stato in concreto adottato. I contenuti

partecipativi, che l'appellante lamenta (peraltro del tutto genericamente) di non aver potuto rappresentare, non avrebbero potuto distogliere l'Amministrazione dal ripristino della legalità sul territorio.

5.– Non occorre procedere alla liquidazione delle spese di lite del presente gravame, dal momento che l'Amministrazione comunale non si è costituita in giudizio, mentre la difesa erariale ha depositato una memoria di mero stile.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8268 del 2012, come in epigrafe proposto, lo respinge. Le spese di lite del secondo grado di giudizio sono interamente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Bernhard Lageder, Presidente FF

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Dario Simeoli**

**IL PRESIDENTE**

**Bernhard Lageder**

## IL SEGRETARIO