

**AMBIENTE: Beni paesaggistici - Abusi edilizi - Mini sanatoria ambientale - Valutazione di compatibilità paesaggistica - Silenzio - assenso tra le P.A. - Inapplicabilità - Preavviso di rigetto - Omissione - Illegittimità.**

**Tar Puglia - Lecce, Sez. I, 24 giugno 2021, n. 967**

- in Riv. giur. dell'edilizia, 4, 2021, pag. 1352 e ss.

1. “[...] non sussistono i presupposti per la formazione del silenzio assenso ai fini del rilascio del parere favorevole della Soprintendenza, dal momento che il procedimento di cui all'art. 167 del d.lgs. 42/2004, non diversamente rispetto a quanto accade nella ipotesi di cui all'art. 146 del medesimo decreto, non individua un rapporto orizzontale tra amministrazioni ai fini della adozione di una decisione pluristrutturata, ma prevede il coinvolgimento della Soprintendenza in sede istruttoria a seguito della istanza del privato, ciò che esclude che possa configurarsi la fattispecie di cui all'art. 17 bis della l. 241/1990: “Giova peraltro puntualizzare, in relazione alla doglianza di parte appellante, che ha invocato l'avvenuta formazione del silenzio assenso, in ragione della mancata formulazione del parere da parte della Soprintendenza, che “Il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'art. 17-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, si applica esclusivamente ai rapporti fra l'amministrazione “precedente” per l'adozione di un provvedimento definitivo e quelle chiamate a rendere “assensi, concerti o nulla osta” a questo prodromici, e non anche al rapporto “interno” fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi nei confronti di un'amministrazione terza, come è nel caso della Regione e della Soprintendenza in relazione all'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42” [...]”.

2. “[...] Non rileva il fatto che l'art. 167 del d.lgs. 42/2004, a differenza dell'art. 146 del decreto, non preveda espressamente la comunicazione del preavviso di diniego in caso di sanatoria ambientale, dal momento che l'art. 10 bis della l. 241/1990 è espressione di un principio generale che tutela il momento partecipativo tutte le volte in cui, come è nella specie, si tratti di esprimere valutazioni di carattere non vincolato: “Il preavviso di rigetto deve essere reso anche prima della conclusione del procedimento di c.d. minisanatoria ambientale di cui all'art. 167, comma 5, d.lg. n. 42 del 2004, trattandosi di norma di applicazione generale (salvo eccezioni che devono essere espressamente previste) e conformemente ai principi espressi nello stesso d.lg. n. 42 del 2004 che, per l'autorizzazione paesaggistica ordinaria ai sensi dell'art. 146 comma 8, prevede espressamente che tale avviso debba essere dato prima dell'adozione del parere della stessa Soprintendenza” T.A.R. Napoli, L'annullamento del provvedimento impugnato in primo grado, in quanto determinato da violazioni procedurali, lascia impregiudicati gli ulteriori provvedimenti adottabili nella fase

*di riedizione del potere, rimanendo nella competenza dell'Amministrazione l'esame e la decisione delle questioni che l'operatore economico è stato in condizione di dedurre per la prima volta soltanto in sede giurisdizionale [...]”.*

## FATTO e DIRITTO

1. Le società Oiram S.r.l. e Il 1964 S.r.l. hanno agito dinanzi a questo TAR per l'annullamento del provvedimento prot. n. 24519 del 06.11.2020, con cui il Comune di Castellaneta, ha disposto *“l'improcedibilità, allo stato attuale, dell'istanza presentata di accertamento della compatibilità paesaggistica ex art. 167 e 181 del d.lgs. 42/2004”* in riferimento alla realizzazione di interventi edilizi a servizio della struttura balneare “Lido Sablè”.

Nel contempo le predette società hanno chiesto “l'accertamento della intervenuta formazione del silenzio assenso ai sensi dell'art. 17 bis della legge 241/90” in ordine al perfezionamento del parere favorevole della Soprintendenza.

2. In particolare, parte ricorrente ha riferito che:

- OIRAM s.r.l. ha presentato al Comune di Castellaneta richiesta di permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del T.U. Edilizia con riferimento a interventi edilizi realizzati presso la struttura balneare “Lido Sablè”;
- ciò nonostante, “il Comune di Castellaneta ha notificato ad OIRAM le ordinanze di demolizione n. 94 del 24.06.2019 e n. 139 del 23 luglio 2019”, che sono state impugnate con separato ricorso (n. 1379/2019);
- ai fini della sanatoria degli interventi, con istanza 7 agosto 2019 OIRAM s.r.l. ha chiesto altresì l'accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi degli artt. 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004;
- con nota del 20.09.2019 il Comune di Castellaneta ha trasmesso gli atti alla Soprintendenza;
- con atto del 19.11.2019 “la Soprintendenza ha chiesto al Comune alcune integrazioni e precisamente la copia dei pareri e delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate sul progetto originario e sulle successive varianti”;
- con nota del 31.01.2020 il Comune di Castellaneta “ha trasmesso alla Soprintendenza: - la nota 29 gennaio 2020 prot. n. 2377 con la quale l'Ufficio Urbanistica del Comune di Castellaneta ha comunicato “di aver riscontrato n. 13 pratiche di vario tipo, tutte carenti dei pareri paesaggistici della Soprintendenza e delle autorizzazioni Paesaggistiche rilasciate dal Comune in relazione all'immobile in oggetto”; - la relazione 10 gennaio 2020 con la quale il tecnico incaricato dalla

OIRAM s.r.l. ... ha chiarito che ... sull'area in questione non esisteva alcun vincolo paesaggistico...”;

- con nota mail del 2.3.2020 il Comune di Castellaneta “ha sollecitato la Soprintendenza al rilascio del proprio parere”;

- senonché, “con il provvedimento oggetto della presente impugnazione il Comune di Castellaneta si è determinato, del tutto illegittimamente, nel senso della improcedibilità dell’istanza, determinandone l’arresto procedimentale”, assumendo che *“a tutt’oggi non è pervenuta la documentazione da parte della Ditta OIRAM ... circa la legittimità paesaggistica dell’immobile richiesta dalla Soprintendenza, così impedendo a tale Amministrazione di adottare il prescritto parere vincolante”*.

3. Ciò premesso, parte ricorrente ha articolato le seguenti censure:

- in data 31.01.2020 il comune ha “trasmesso alla Soprintendenza tutti i chiarimenti richiesti in merito all’assenza di precedenti autorizzazioni paesaggistiche”, sicché è decorso il “termine di 90 giorni entro il quale la Soprintendenza avrebbe dovuto esprimere il proprio parere”, con conseguente formazione del silenzio assenso sulla richiesta di parere ai sensi dell’art. 17 bis della legge 241/90 (motivo sub 1.1.);

- lo stesso comune ha ritenuto gli interventi in questione suscettibili di sanatoria ai sensi delle NTA del PPTR (motivo sub 1.2.);

- il fatto che “la Commissione locale del Paesaggio avrebbe espresso parere “non favorevole” in data 9.10.2019” non è rilevante, dal momento che “la Commissione Locale del Paesaggio non ha alcuna competenza ad esprimersi sulle istanze di accertamento di compatibilità paesaggistica disciplinate dagli artt. 167 e 181 del d.lgs. 42/2004” (motivo sub 1.3.);

- “l’accertamento di compatibilità paesaggistica di cui al presente ricorso riguarda interventi bagatellari e pacificamente rientranti nel campo di applicazione dell’art. 167 e 181 del d.lgs. 42/2004” (motivo sub 1.4.);

- in via subordinata, il provvedimento impugnato è comunque illegittimo per violazione dell’art. 10 bis della l. 241/1990, oltre che degli artt. 7 e 10 della stessa legge, atteso che “la comunicazione del preavviso di diniego avrebbe consentito alla società ricorrente di evidenziare l’illegittimità del preannunciato provvedimento”.

4. Si è costituita in giudizio l’Amministrazione comunale per resistere al ricorso, chiedendone la riunione con il ricorso rubricato sub n. 1379/2019.

5. Nella udienza pubblica del 26.05.2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Innanzi tutto si osserva che nella specie non occorre disporre la riunione del presente ricorso al ricorso rubricato sub n. 1379/2019, avendo ad oggetto provvedimenti diversi e distinti.

7. Il ricorso è fondato nei termini e nei limiti appresso indicati.

7.1. Innanzi tutto si osserva che, nella specie, non sussistono i presupposti per la formazione del silenzio assenso ai fini del rilascio del parere favorevole della Soprintendenza, dal momento che il procedimento di cui all'art. 167 del d.lgs. 42/2004, non diversamente rispetto a quanto accade nella ipotesi di cui all'art. 146 del medesimo decreto, non individua un rapporto orizzontale tra amministrazioni ai fini della adozione di una decisione pluristrutturata, ma prevede il coinvolgimento della Soprintendenza in sede istruttoria a seguito della istanza del privato, ciò che esclude che possa configurarsi la fattispecie di cui all'art. 17 bis della l. 241/1990: *“Giova peraltro puntualizzare, in relazione alla doglianza di parte appellante, che ha invocato l'avvenuta formazione del silenzio assenso, in ragione della mancata formulazione del parere da parte della Soprintendenza, che "Il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'art. 17-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124, si applica esclusivamente ai rapporti fra l'amministrazione "precedente" per l'adozione di un provvedimento definitivo e quelle chiamate a rendere "assensi, concerti o nulla osta" a questo prodromici, e non anche al rapporto "interno" fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi nei confronti di un'amministrazione terza, come è nel caso della Regione e della Soprintendenza in relazione all'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42" (Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)”* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 19.04.2021 n. 3145).

7.2. Parimenti infondate sono le censure con cui parte ricorrente reclama l'accertamento dei presupposti per il rilascio del titolo, trattandosi di pretesa avente ad oggetto l'esercizio di un potere non ancora esercitato dall'Amministrazione.

7.3. E' invece fondata la doglianza, pure formulata in via subordinata, con cui le ricorrenti hanno lamentato la violazione delle garanzie partecipative di cui all'art. 10 bis della l. 241/1990, dal momento che il provvedimento impugnato vale a determinare un arresto procedimentale, che si risolve in un diniego “allo stato degli atti”, la cui adozione non poteva prescindere dalla comunicazione del relativo preavviso, onde consentire all'Amministrazione di apprezzare e valutare compiutamente le ragioni delle ricorrenti, con specifico riferimento alle contestazioni attinenti la sussistenza del vincolo.

La predetta violazione procedimentale non si esaurisce su un piano prettamente formale, ma incide sulla sostanza degli accertamenti di competenza dell'Amministrazione precedente e delle correlate

valutazioni, che non potevano essere conclusivamente formulate in mancanza del confronto istruttorio con il privato istante e senza l'acquisizione (e la pedissequa valutazione) dei suoi apporti partecipativi, in quanto potenzialmente idonei a determinare una diversa conclusione della vicenda.

7.4. Né rileva il fatto che l'art. 167 del d.lgs. 42/2004, a differenza dell'art. 146 del decreto, non preveda espressamente la comunicazione del preavviso di diniego in caso di sanatoria ambientale, dal momento che l'art. 10 bis della l. 241/1990 è espressione di un principio generale che tutela il momento partecipativo tutte le volte in cui, come è nella specie, si tratti di esprimere valutazioni di carattere non vincolato: *"Il preavviso di rigetto deve essere reso anche prima della conclusione del procedimento di c.d. minisanatoria ambientale di cui all'art. 167, comma 5, d.lg. n. 42 del 2004, trattandosi di norma di applicazione generale (salvo eccezioni che devono essere espressamente previste) e conformemente ai principi espressi nello stesso d.lg. n. 42 del 2004 che, per l'autorizzazione paesaggistica ordinaria ai sensi dell'art. 146 comma 8, prevede espressamente che tale avviso debba essere dato prima dell'adozione del parere della stessa Soprintendenza"* T.A.R. Napoli, *L'annullamento del provvedimento impugnato in primo grado, in quanto determinato da violazioni procedurali, lascia impregiudicati gli ulteriori provvedimenti adottabili nella fase di riedizione del potere, rimanendo nella competenza dell'Amministrazione l'esame e la decisione delle questioni che l'operatore economico è stato in condizione di dedurre per la prima volta soltanto in sede giurisdizionale* (T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 29/05/2020 n. 567; in senso conforme TAR Campania Napoli, Sez. III, 02/03/2018 n. 1349).

7.5. In conclusione, l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10 bis della l. 241/1990 inficia in radice il provvedimento impugnato, che pertanto deve essere annullato.

L'accoglimento del ricorso, essendo determinato dall'accoglimento di un vizio del procedimento, lascia impregiudicata la successiva fase di riedizione del potere, rimanendo nella competenza dell'Amministrazione l'esame e la decisione delle questioni che parte ricorrente non è stata posta nelle condizioni di dedurre in sede procedimentale.

8. La particolarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini e nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla il provvedimento 06.11.2020 prot. n. 24519.

Spese compensate - *fermo il diritto dei ricorrenti alla rifusione del contributo unificato versato, alle condizioni di legge.*

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Maria Luisa Rotondano, Primo Referendario

Silvio Giancaspro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Silvio Giancaspro**

**IL PRESIDENTE**

**Antonio Pasca**

**IL SEGRETARIO**