

**AMBIENTE: Beni paesaggistici - Abusi - Accertamento di conformità paesaggistica - Procedimento - Parere della Soprintendenza - Decorso del termine - Silenzio - Conseguenze.**

**Tar Puglia - Lecce, Sez. I, 28 marzo 2022, n. 515**

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2, 2022, pag. 558 e ss.

*“[...] secondo il prevalente indirizzo della giurisprudenza amministrativa la circostanza che il parere della Soprintendenza pervenga oltre il termine di novanta giorni previsto come perentorio dal D.lgs. n. 42 del 2004 «non determina (...) la consumazione del potere della Soprintendenza e la conseguente illegittimità del parere, e neppure si configura come ipotesi di silenzio qualificato o significativo, ma consente all'interessato di proporre il ricorso previsto dall'art. 117 c.p.a. avverso il silenzio dell'amministrazione e comporta che, comunque, il provvedimento conclusivo del procedimento deve far riferimento motivato (...) al parere emesso dall'organo statale, sia pure dopo il superamento del termine fissato (dall'art.) 167, comma 5, del D.lgs. citato» [...]”.*

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ginosa e del Ministero della Cultura - Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per le Province di Brindisi e Lecce.

Visti gli atti della causa.

Relatore all'udienza pubblica del 23 marzo 2022 il Cons. Ettore Manca, presenti gli Avvocati di cui al relativo verbale.

**FATTO e DIRITTO**

1.- Premesso che:

- la società Gelateria Lucarelli di Lucarelli Luigi & C. è titolare dell'omonimo esercizio commerciale sito al viale Jonio della Marina di Ginosa, in una zona soggetta a vincolo paesaggistico e tipizzata dal vigente PRG come B4 di completamento.

- in data 1° settembre 2016 la società presentava al Comune di Ginosa una SCIA per l'installazione di un *dehors* - *avente una superficie di circa 56 mq, altezza media di 3 m e copertura su pilastrini* - da addossare alla facciata del locale e poggiare in parte sul marciapiede e in parte su una pedana installata sulla sede stradale.

- con nota prot. n. 33955 del 22 novembre 2016, quindi, la Lucarelli chiedeva di poter estendere il periodo di durata dell'autorizzazione fino a 5 anni e di poter derogare all'altezza massima di 3 m

fissata dal Regolamento comunale in materia (*D.C.C. n. 12 del 6 marzo 2009*), portandola fino ad una altezza media di 3,43 m.

- con deliberazione n. 13 del 26 gennaio 2017 la Giunta Comunale confermava la legittimità dell'installazione così come rappresentata negli atti allegati alla pratica edilizia, disattendendo invece sia la richiesta di deroga all'altezza massima che la domanda di mantenimento della struttura per cinque anni (*veniva in specie stabilito che la struttura potesse essere autorizzata per la "durata massima di mesi 6 (sei) nel periodo compreso dall'1 febbraio al 30 novembre nell'arco dell'anno"*).

- in data 9 aprile 2018, dopo che con nota prot. n. 7138 del 14 marzo 2018 il Responsabile dell'Area VI dell'U.T.C. aveva diffidato la Lucarelli a provvedere in via immediata alla rimozione della struttura e al ripristino dello stato dei luoghi, la società presentava quindi allo Sportello Unico per l'Edilizia una SCIA (*acquisita al prot. n. 9410*) recante un'istanza di "*accertamento di conformità secondo l'art. 37 del D.P.R. del 6 giugno 2001 n. 380, di una struttura temporanea e precaria annessa all'attività commerciale*" completa di relazione tecnica ed elaborati grafici.

- con nota prot. n. 12830 del 30 maggio 2018 la Commissione Locale per il Paesaggio esprimeva quindi parere favorevole, così che, con successiva nota prot. n. 19783 del 23 luglio 2018, il Responsabile del procedimento trasmetteva la pratica alla Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per le Province di Brindisi, Lecce e Taranto per l'acquisizione del prescritto parere.

- con nota prot. n. 15763 del 22 agosto 2018 la Soprintendenza richiedeva al Comune della documentazione integrativa e, in particolare, copia del parere paesaggistico della medesima SABAP sul progetto originario e copia dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal Comune.

- con nota prot. n. 22349 del 15 ottobre 2018 il Responsabile dell'Area VI del Comune di Ginosà riscontrava la richiesta evidenziando che "*la struttura temporanea e precaria venne installata in forza della delibera di Giunta Comunale n. 13 del 26 gennaio 2017 e della SCIA prot. n. 24360 dell'1 settembre 2016 per un periodo non superiore a gg. 120 e pertanto esente da richiesta di autorizzazione paesaggistica*".

- seguivano: il preavviso *ex art. 10-bis l. n. 241/90* prot. n. 2180 del 1° febbraio 2019 e il successivo parere negativo prot. n. 18131-P del 6 settembre 2019 da parte della SABAP, e, poi, il preavviso di diniego prot. n. 32715 del 2 dicembre 2020 e il definitivo rigetto dell'istanza prot. n. 11117 del 15 aprile 2021 da parte del Comune.

- veniva dunque proposto il presente ricorso, così articolato: a) violazione e falsa applicazione art. 167, comma 5, D.lgs. n. 42/04; violazione e falsa applicazione art. 146, comma 8 e 9 D.lgs. n. 42/04; eccesso di potere per difetto di istruttoria; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria; difetto di motivazione; b) violazione e falsa applicazione

artt. 146, 167 e 181 D.lgs. n. 42/04; travisamento; illogicità; difetto di istruttoria; violazione art. 3 l. n. 241/90; difetto di motivazione.

2.- Ritenuto, quanto al primo motivo di gravame, relativo al diniego comunale, che:

- secondo il prevalente indirizzo della giurisprudenza amministrativa la circostanza che il parere della Soprintendenza pervenga oltre il termine di novanta giorni previsto come perentorio dal D.lgs. n. 42 del 2004 *«non determina (...) la consumazione del potere della Soprintendenza e la conseguente illegittimità del parere, e neppure si configura come ipotesi di silenzio qualificato o significativo, ma consente all'interessato di proporre il ricorso previsto dall'art. 117 c.p.a. avverso il silenzio dell'amministrazione e comporta che, comunque, il provvedimento conclusivo del procedimento deve far riferimento motivato (...) al parere emesso dall'organo statale, sia pure dopo il superamento del termine fissato (dall'art.) 167, comma 5, del D.lgs. citato»* (Consiglio di Stato, II, 17 marzo 2021, n. 2296; in termini ancora più netti questa Sezione nella recentissima sentenza n. 147 del 27 gennaio 2022, secondo cui ove il parere della SABAP venga adottato *«in violazione del termine di novanta giorni di cui all'art. 167, comma 5, D.lgs. 42/2004»*, non può ad esso accordarsi rilevanza vincolante rispetto alla decisione finale di competenza dell'ente locale, risultando dunque quest'ultima illegittima ove il Comune si limiti *«a dare atto dell'emissione di tale parere (per quanto innanzi detto, non vincolante), omettendo una doverosa autonoma valutazione della compatibilità paesaggistica dell'intervento, eventualmente condividendo motivatamente il parere stesso, da valere quale semplice elemento dell'istruttoria procedimentale»*).

- nel caso in esame, appunto, per un verso il parere della SABAP, del 6 settembre 2019, interveniva oltre il termine di legge (*la pratica trasmessa dal Comune era stata ricevuta dalla Soprintendenza il 2 agosto 2018, con alcune integrazioni del 25 ottobre 2018*), e, per altro verso, tanto il preavviso di diniego formulato dall'A.c. il 2 dicembre 2020 quanto il diniego definitivo del 15 aprile 2021 venivano illegittimamente giustificati senza alcuna propria motivazione e, invece, soltanto mediante un acritico riferimento all'aver *«il MIBAC-Lecce espresso parere negativo di competenza»*.

- l'impugnazione è dunque, già sotto quest'aspetto, fondata.

3.- Ritenuto, quanto al secondo motivo di gravame, relativo al parere SABAP, che:

- il dato della mancata riconducibilità del *dehors* *«ad una delle tre casistiche riportate negli artt. 167 e 181 del D.lgs. n. 42/2004»* è del tutto indeterminato.

- ancora più vago è il passaggio motivazionale secondo cui *«la struttura che si intende condonare/sanare risulta tipologicamente incongrua»*.

- a fronte di una certa genericità della motivazione offerta dall'Amministrazione locale in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'opera, infine, mancava ogni concreta e specifica valutazione di segno contrario da parte dell'organo ministeriale.

4.- Ritenuto che:

- sulla base di quanto fin qui esposto il ricorso deve dunque essere accolto, nei sensi precisati in motivazione.

- la particolarità delle questioni trattate giustifica, eccezionalmente, la compensazione tra le parti delle spese di lite - *fermo il diritto della ricorrente alla rifusione del contributo unificato versato, alle condizioni di legge.*

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Prima di Lecce, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 967 del 2021 indicato in epigrafe, lo accoglie, nei sensi precisati in motivazione.

Spese compensate - *fermo il diritto della ricorrente 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 23 marzo 2022, con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Ettore Manca, Consigliere, Estensore

Alessandro Cappadonia, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Ettore Manca**

**IL PRESIDENTE**

**Antonio Pasca**

**IL SEGRETARIO**