

Sezione del sito (Intestazione)

- [Vai al menu di navigazione](#)



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

- [Vai al contenuto](#)

- [Torna alla pagina precedente](#)

Sezione del sito (Contenuto)

N. 01185/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00305/2013 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 della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 305 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Giacomo Buonocore e Bianca Apuzzo, rappresentati e difesi dall'avv. Sergio
Mascolo, con domicilio eletto presso il medesimo in Napoli, via Cuma, 28 st.
Lambiasi;

contro

Ministero per i Beni e le Attivita' Culturali - Soprintendenza Beni Architettonici, Paesaggistici, Storici Artistici EtnoAntropologici per Napoli e Provincia, in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliata in Napoli, via Diaz, 11; Comune di Agerola (n.c.);

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso introduttivo:

del parere negativo ex art. 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004 reso per conto del Soprintendente BB.AA.CC di Napoli e Provincia dal f.f. non comunicato ai ricorrenti;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

della nota del Soprintendente BB.AA.CC di Napoli e Provincia e del Responsabile del Procedimento del 10/07/2013, protocollo 19682;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero per i Beni e le Attivita' Culturali Soprintendenza Beni BB.AA.CC. per Napoli e Provincia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2014 la dott.ssa Diana Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 7 gennaio 2013 e depositato il successivo 17 gennaio i coniugi Giacomo Buonocore ed Apuzzo Bianca hanno impugnato il

parere negativo ex art. 167 e 181 del d.lgs. n. 42/2004 reso per conto del Soprintendente BB.AA.CC di Napoli e Provincia dal funzionario facente funzioni, relativo ad istanza di autorizzazione paesaggistica in sanatoria, presentata dai ricorrenti, a seguito della contestazione di un abuso edilizio, consistente nella realizzazione, sull'immobile di loro proprietà sito nel Comune di Agerola, *“di una balconata allo stato grezzo...a quota piano terra del fabbricato preesistente...nonché nella diversa opera rappresentata...dalla realizzazione nella zona sottostante alla predetta balconata di locale abusivo..mediante la costruzione di una muratura di tamponamento sul lato esterno”*.

2. A sostegno del ricorso deducono in fatto di avere, d'intesa con il Comune, provveduto a presentare istanza di accertamento di conformità ex art. 36 D.P.R. in considerazione delle possibilità edificatorie relative alla zona *de qua*, rientrante in zona territoriale 5 del P.U.T., ed istanza di autorizzazione paesaggistica in sanatoria, ex art. 167 Dlgs. 42/2004, in relazione ad un intervento che prevedesse l'eliminazione del volume sottostante la balconata, con la demolizione dei muri di tampogno e sostituzione con archi aperti, aventi la mera funzione di sostegno al balcone, al fine di rendere l'intervento compatibile con il disposto dell'art. 167 comma 4 Dlgs. 42/2004, da interpretarsi – nella prospettiva attorea - alla luce di quanto previsto nella circolare Mi.Bac. n. 33/09, nonché dei principi espressi nel Protocollo d'Intesa tra il Ministero per i Beni e le Attività Culturali e la Regione Lazio del 18/02/2007.

3. Mentre l'intervento veniva giudicato paesaggisticamente compatibile dal Responsabile del Procedimento del Comune, la Soprintendenza - disattendendo del tutto la posizione comunale (si assume) in violazione del principio di leale collaborazione nella gestione del vincolo paesaggistico - con la nota oggetto di impugnativa, esprimeva parere negativo, in considerazione del rilievo che l'istanza prevedeva la sanatoria di un grande terrazzo di m. 8,30 x 4,30 e del sottostante locale e che l'aver realizzato il soprastante terrazzo avesse di fatto determinato la

concretizzazione del volume sottostante, per cui la proposta di eliminare la parete frontale al volume, sostituendola con due archi, lasciasse sostanzialmente inalterata sia la terrazza che il volume così formato; da ciò l'impossibilità di sanatoria paesaggistica postuma, in considerazione del divieto sancito dall'art. 167 comma 4 Dlgs. per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica *ex post* in relazione ad interventi comportanti aumento di superfici utili e volumetriche.

4. Parte ricorrente, ritenendo il gravato parere illegittimo, lo ha quindi impugnato, articolando avverso il medesimo, in tre motivi di ricorso, diverse censure di violazione di legge (violazione e falsa applicazione art. 3 e 10 , bis, 21 septies l. 241/90, dell'art. 97 Cost.; degli artt. 6,7, 146 e 167 Dlgs. n. 42/2004 alla luce delle direttive espresse nella circolare ministeriale n. 33 del 2009, nonché dei principi espressi nel Protocollo d'Intesa tra il Ministero per i Beni e Le Attività Culturali e la Regione Lazio del 18/12/2007, al fine di precisare il significato da attribuire ai termini "superficie utile" e "volume") e di eccesso di potere sotto svariati profili.

5. Si è costituita l'Amministrazione statale resistente, instando per il rigetto del ricorso.

6. All'esito della camera di consiglio del 21 febbraio 2013, fissata per la trattazione dell'incidente **cautelare**, la Sezione ha accolto, con ordinanza n. 335/2013, ai fini del riesame l'istanza di sospensiva, sulla base dei seguenti rilievi *"Ritenuto che al danno rappresentato da parte ricorrente può avviarsi ordinando all'amministrazione di riprovedere, avendo riguardo all'applicabilità o meno all'ipotesi di specie della circolare Mi.Bac. n. 33 del 2009 - la quale precisa in ordine all'interpretazione da assegnare al disposto dell'art. 167 comma 4 lett. a) che per "lavori" debbono intendersi "gli interventi sui fabbricati legittimamente esistenti ovvero gli interventi strettamente connessi all'utilizzo di altri immobili ed aree che non comportino modificazioni delle caratteristiche peculiari del paesaggio, purché gli interventi siano conformi ai piani paesaggistici vigenti ed adottati"; per "superfici utili" "si intende qualunque superficie utile, qualunque sia la sua destinazione. Sono ammesse le logge e i*

balconi, nonché i portici collegati al fabbricato, aperti su tre lati contenuti entro il 25% dell'area di sedime del fabbricato stesso; per "volumi" si intende "qualsiasi manufatto costituito da parti chiuse emergente dal terreno o dalla sagoma di un fabbricato preesistente indipendentemente dalla destinazione d'uso del manufatto, ad esclusione dei volumi tecnici – nonché in ordine eventualmente alle ragioni della non condivisione dell' opzione ermeneutica recata da detta circolare".

7. All'esito del disposto **remand** la Soprintendenza ha adottato l'atto a firma del Soprintendente BB.AA.CC di Napoli e Provincia e del Responsabile del Procedimento del 16/03/2013, prot. n. 8473, depositato dalla difesa erariale insieme agli atti endoprocedimentali in data 8 ottobre 2013, con il quale, nel chiarire ulteriormente le motivazioni per le quali era stato reso il parere negativo oggetto del ricorso introduttivo, in adempimento a quanto richiesto con l'ordinanza di **remand** (sebbene l'ordinanza medesima non risulti citata) osservava inoltre *"Per quanto riguarda la Circolare n, 33 del 26/06/2009 (all. 10) che il Ministero emanò per chiarire alcuni controversi punti relativi all'applicazione dell'art. 167 del Codice, le tre definizioni calzano perfettamente allo scopo. Innanzitutto la definizione di "lavori" vale per i "fabbricati legittimamente esistenti" e per "gli interventi strettamente connessi all'utilizzo di altri immobili (.....) che non comportino modificazioni (....) del paesaggio" e "siano conformi ai piani paesaggistici vigenti e adottati", e nel nostro caso abbiamo visto che così non è. La definizione, poi, di "superfici utili", che ammette solo "logge e i balconi" o "portici collegati ai fabbricati, aperti sui tre lati entro il 25% dell'area di sedime del fabbricato stesso", come è stato dimostrato poc'anzi e come si evince dai grafici (All. 5, 6, 7, 8, e 9), il terrazzo non rientra nella superficie contemplata dal P.U.T. ed il "volume" realizzato abusivamente rimarrebbe chiuso non solo su tre lati, ma addirittura su quattro. Per quanto riguarda la definizione di "volumi" che calza perfettamente con quello dell'abuso, viene definito "qualsiasi manufatto costituito da pareti chiuse emergente dal terreno o dalla sagoma di un fabbricato preesistente indipendentemente dalla destinazione d'uso del manufatto, ad esclusione dei volumi tecnici". Nel caso di questa*

definizione, come si è già riferito, basta controllare il grafico dello stato dei luoghi (all. 5, 7 e 8), e quella di riqualificazione (all. 6 e 9) per verificare inequivocabilmente che lo spazio che forma il volume, essendo un quadrato chiuso è un volume, peraltro non è autonomo come sostiene il ricorrente, ma strettamente legato al fabbricato di cui è parte integrante. Inoltre è proprio il terrazzo a contribuire alla definizione del volume, quindi tutto l'assunto viene meno proprio perché il volume si "forma" con la realizzazione del terrazzo, e la successiva trasformazione della parete anteriore (perché quelle degli altri lati ci sono a prescindere) non cambia la sua consistenza. Per quanto invece riguarda la possibilità che questo possa essere un volume tecnico è proprio da escluderlo. Infatti, a prescindere dal fatto che generalmente un volume tecnico è molto piccolo e strettamente indispensabile a contenere macchine per il riscaldamento o per la climatizzazione, oppure per gli impianti dell'ascensore, e così via, appare rilevante quanto ha stabilito la Terza Sezione della Corte Suprema di Cassazione, dando la definizione di volume tecnico. Ha infatti stabilito che "Sono volumi tecnici i volumi - non utilizzabili né adattabili ad uso abitativo - strettamente necessari a contenere ed a consentire l'eccesso di quelle parti degli impianti tecnici che non possono, per esigenze tecniche di funzionalità degli impianti stessi, trovare collocazione all'interno della parte abitativa realizzabile nei limiti imposti dalle norme urbanistiche. Non sono, invece, volumi tecnici, i locali che assolvono funzioni complementari all'abitazione".

8. Successivamente parte ricorrente ha presentato alla Soprintendenza un nuovo progetto che prevedeva la completa rimozione della parete frontale - anziché la sostituzione con gli archi aperti - sul quale del pari la Soprintendenza ha espresso parere negativo con nota protocollo 19682 del 10/07/2013, fondata sui seguenti rilievi "Considerato che l'immobile ricade in zona territoriale 5 del P.U.T. . L.R. 35/87 e nella zona B3 del vigente P.R.G. a sua volta adeguato al piano urbanistico territoriale;

Considerato che l'istanza prevede la sanatoria di un grande terrazzo di m 8,30X4,30 e del sottostante locale;

Considerato che gli istanti hanno presentato ricorso al T.A.R. Campania;

Considerato che a seguito della sentenza del T.A.R. hanno presentato al prot. 19010 del 4/07/2013 una proposta di ripristino dello stato dei luoghi”;

Visto che tale proposta prevede il ripristino solo parziale, lasciando in essere ancora il terrazzo;

Considerato che tale proposta non solo non comporta il ripristino dello stato dei luoghi ma, per le particolari condizioni tipologiche dell'edificio, addirittura mantiene in essere anche il volume sottostante”.

9. Con ricorso notificato in data 3/10/2013 e depositato il successivo 8 ottobre i ricorrenti hanno impugnato a mezzo di motivi aggiunti il nuovo parere soprintendizio, adottato all'esito del disposto **remand**, riformulando, in considerazione della conferma operata dalla Soprintendenza del precedente parere negativo, i medesimi motivi già proposti nel secondo e terzo motivo del ricorso introduttivo, nonché una censura autonoma nel secondo motivo di ricorso ovvero:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Carta Costituzionale; violazione e falsa applicazione degli artt. 6,7, 146 e 167 del Dlgs. 42/2004; violazione delle direttive espresse nella circolare ministeriale n. 33 del 2009 nonché dei principi espressi nel protocollo d'intesa tra il Ministro per i Beni e le Attività Culturali e la Regione Lazio del 18/12/2007, al fine di precisare il significato da attribuire ai termini “superficie utile” e “volume”; eccesso di potere; sviamento; carenza e difetto di motivazione; difetto di istruttoria; irragionevolezza, sproporzionalità; violazione del principio del giusto procedimento, incompetenza.

Assume parte ricorrente che il nuovo parere deve intendersi del tutto illegittimo per i motivi indicati in rubrica, atteso che si trattava di valutare la sola sanabilità paesaggistica postuma di un balcone, anche alla luce delle posizioni espresse della giurisprudenza amministrativa su casi analoghi, avuto riguardo anche a quanto previsto nella circolare Mi.Bac n. 33/09 e nel protocollo d'intesa tra il Ministro per i Beni e le Attività Culturali e la Regione Lazio del 18/12/2007.

2) Nullità per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21 *septies* L. 241/90; violazione

dell'art. 7 del Dlgs. 42/2004; eccesso di potere: sviamento, carenza di motivazione, difetto di istruttoria, irragionevolezza, sproporzionalità, violazione del principio del giusto procedimento, incompetenza.

Sostiene parte ricorrente la nullità del parere soprintendizio, in quanto disattendendo del tutto la posizione comunale, in violazione del principio di leale collaborazione individuato dall'art. 7 del Dlgs. 42/2004, assumeva il carattere di provvedimento meramente formale e pertanto nullo ex art. 21 *septies* l. 241/90.

Deduce infine i ricorrenti, con censura autonomamente formulata avverso il nuovo parere soprintendizio, come lo stesso, in quanto non rispettoso del *dictum cautelare*, fosse ulteriormente nullo ex art. 21 *septies* L. 241/90.

10. Entrambe le parti hanno prodotto memoria difensiva in vista dell'udienza di discussione.

11. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 23 ottobre 2014.

12. In via preliminare va dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo, avendo riguardo in primo luogo alla circostanza che parte ricorrente, all'esito del disposto "*remand*" su cui la Soprintendenza si era pronunciata con la nota del 16/03/2013, prot. n. 8473 - non oggetto di impugnativa - si è autonomamente determinata alla presentazione di un nuovo progetto, diverso da quello su cui la Soprintendenza si era pronunciata con il parere oggetto di impugnativa con il ricorso introduttivo.

E' pertanto evidente che la Soprintendenza si è rideterminata all'esito di una distinta istruttoria all'adozione di un nuovo parere negativo - oggetto poi di impugnativa con il ricorso per motivi aggiunti - in grado di superare l'atto avverso con il ricorso introduttivo.

13. Peraltro, a prescindere da tali rilievi, il ricorso introduttivo sarebbe comunque improcedibile,

essendosi comunque la Soprintendenza determinata all'esito del disposto **remand** con atto da ritenersi a carattere provvedimento del 16/03/2013, prot. n. 8473 – non oggetto di impugnativa ad opera di parte ricorrente - di conferma del precedente parere negativo, e non con atto meramente confermativo.

13.1 Ed invero, secondo l'orientamento giurisprudenziale già espresso dalla Sezione (*ex multis* sent. 4339 del 28 luglio 2014) “*all'atto adottato a seguito del riesame, essendone derivato a carico dell'Amministrazione un vincolo solo procedimentale, ben può ascrivere natura provvedimento, essendo vincolato solo nell'an, ma non nel quomodo, dal disposto giudiziale e suscettibile, di essere impugnato con motivi aggiunti (in senso analogo la sentenza di questa Sezione n. 5829 del 15/12/2011).*”

E' infatti noto che al giudice in sede **cautelare** sono consentiti i più ampi poteri, ivi compresa l'adozione di misure atipiche di “**remand**”, con la sollecitazione all'esercizio in via autonoma del potere di spettanza dell'Amministrazione, eventualmente anche nell'ottica di un'integrazione e di una correzione del procedimento amministrativo.

Occorre infatti tenere presente che a seguito dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale il processo amministrativo non presenta più i connotati di giudizio sull'atto, essendo divenuto sempre più giudizio sul rapporto e giudizio sulla spettanza del bene della vita, come evincibile dal disposto dell'art. 21 octies l. 241/90, introdotto dalla legge n. 15/2005, dall'istituto dei motivi aggiunti quale configurato dalla legge n. 205/2000 e dal codice del processo amministrativo, dalla tipologia delle pronunce previste dal codice del processo amministrativo, che introduce un sistema "aperto" di tutele, in cui sono ammesse pronunce dichiarative (art. 31), costitutive (art. 29), condannatorie (art. 30), dalla configurazione del processo amministrativo data dalla stessa giurisprudenza amministrativa.

Tutto ciò porta ad individuare una circolarità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo, ravvisabile non solo all'esito dell'emissione della sentenza e dell'effetto conformativo che dalla medesima deriva nella riedizione del potere, ma anche all'esito dell'ordinanza **cautelare**, volta a sollecitare il riesercizio del potere (in tal senso la citata

sentenza di questa Sezione n. 5829/2011)”.

*Questo orientamento del resto è stato seguito anche di recente dal T.A.R. Milano, sez. I, con una pluralità di pronunce (da ultimo sentenza n. 911/2014 secondo cui “Essendo il '**remand**' una tecnica di **tutela cautelare** che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto impugnato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale, il nuovo atto, quando non meramente confermativo, costituendo (nuova) espressione di una funzione amministrativa (e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale), porta ad una pronuncia di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, ove abbia contenuto soddisfacente della pretesa azionata dal ricorrente, oppure d'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, a quest'ultimo”.*

13.2. Il ricorso introduttivo va dunque dichiarato improcedibile, essendo i nuovi atti - avente il valore di atto di conferma del precedente e di non di atto meramente confermativo - non soddisfatti della pretesa avanzata da parte ricorrente.

Ciò a maggior ragione nell'ipotesi di specie, in considerazione della circostanza che parte ricorrente, come palesato nel nuovo parere soprintendizio oggetto del ricorso per motivi aggiunti, ha, come innanzi accennato, presentato un'ulteriore proposta progettuale che prevede il mantenimento del solo balcone (qualificato quale terrazzo dalla Soprintendenza). E' pertanto evidente come anche il nuovo parere, oggetto di impugnativa con il ricorso per motivi aggiunti, sia - al pari di quello reso all'esito del **remand** - in grado di superare il parere oggetto di impugnativa con il ricorso introduttivo, avendo tra l'altro ad oggetto un distinto progetto.

14. Venendo al merito del ricorso, in considerazione del vincolo procedimentale e di motivazione creato dal disposto **remand**, in riferimento all'obbligo di riesame del precedente parere, avuto riguardo a quanto espresso nella circolare Mi.Bac. n. 33/09, il Collegio ritiene di carattere assorbente la disamina del secondo motivo di

ricorso, nella parte riferita alla nullità del nuovo parere ex art. 21 septies l. 241/90 per violazione del giudicato **cautelare**, facendo lo stesso riferimento ad un vizio più grave di quello di cui al primo motivo di ricorso e pertanto sanzionato con la nullità.

14.1. Ed invero già la giurisprudenza si è pronunciata in questo senso ritenendo, anche da ultimo che *“Anche se è vero che l'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 dispone la nullità dell'atto violativo od elusivo del giudicato e non anche della pronuncia del giudice che non abbia ancora il carattere della definitività (come una pronuncia **cautelare**), sulla base di una equivalenza tra giudicato e giudicato **cautelare**, deve riconoscersi la nullità dei provvedimenti violativi dell'ordinanza **cautelare** divenuta inoppugnabile; nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice adito, giusta il disposto di cui all'art. 31, comma 4, c. proc. amm. La questione, peraltro, ha trovato esplicita soluzione nell'art. 114, comma 4, c. proc. amm. che, alla lett. c), prevede che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice possa pronunciare l'inefficacia degli atti emessi in violazione od elusione di sentenze non passate in giudicato o di altri provvedimenti; confermandosi, quindi, la tesi della nullità derivante dalla violazione di un "giudicato" **cautelare**”* (Consiglio di Stato sez. V, 07/06/2013, n. 3133).

14.2. Tale motivo andrà quindi esaminato prioritariamente.

14.3. Il motivo è tuttavia infondato, avuto riguardo alla circostanza che la Soprintendenza all'esito del **remand** ha adottato la nota 16/03/2013, prot. n. 8473, con la quale ha dato conto delle ragioni per le quali nell'ipotesi di specie, a suo avviso, non poteva applicarsi la circolare Mi.Bac. n. 33/09, ottemperando così a quanto richiesto in sede **cautelare**.

Peraltro parte ricorrente non ha impugnato detta nota, da ritenersi alla stregua di quanto innanzi osservato, atto di conferma dell'atto gravato a mezzo del ricorso introduttivo e non atto meramente confermativo, mostrando in tal modo acquiescenza a tale atto.

14.4. Né si può ritenere sussistente il vizio di nullità, del pari dedotto nel secondo

motivo di ricorso, avuto riguardo al difetto di motivazione in merito al preparare favorevole reso in sede comunale, in *primis* avuto riguardo alla circostanza che il predetto parere comunale riguardava il progetto su cui la Soprintendenza si era pronunciata con l'atto oggetto del ricorso introduttivo e non il progetto successivo, in ordine al quale non risulta che il Comune si sia pronunciato, come palesato dall'atto soprintendizio oggetto di impugnativa con il ricorso per motivi aggiunti, che richiama la sola documentazione comunale trasmessa dal Comune di Agerola in data 1/08/2012, mentre il successivo progetto, come del pari palesato dell'atto soprintendizio, è stato presentato alla Soprintendenza in data 4/07/2013, al prot. 19010.

14.4.1. Peraltro in relazione al progetto originario la Soprintendenza nella nota di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ex art. 10 bis l. 241/90 del 13/09/2012 aveva motivatamente dato conto delle ragioni per le quali non aveva ritenuto condivisibili le argomentazioni espresse dal Comune, rappresentando che *“l'istanza prevede la sanatoria di un grande terrazzo di m. 8,30X4,30 e del sottostante locale. In particolare siccome il manufatto interessato dall'abuso ha una forma a “C”, realizzando il solaio la realizzazione del volume. Sotto l'aspetto tecnico, la successiva chiusura della parete frontale del volume è stato solo un intervento formale, in quanto il volume era già in essere al momento in cui è stato realizzato il solaio soprastante, proprio in funzione della particolare tipologia della porzione di fabbricato interessata dall'abuso. La richiesta, comunque prevede l'eliminazione della parete frontale al volume, e la sostituzione con due archi. In buona sostanza lasciando del tutto inalterata sia la terrazza (di consistenti dimensioni – mq. 36) sia il volume così formato.*

Orbene la legge nel merito della questione è molto chiara. L'art. 167 comma 4, afferma che “.....L'Autorità amministrativa competente (il Comune) accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi:

a)per i lavori realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non

abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati..”.

*Il Comune, che come la legge specifica è l’Autorità preposta all’accertamento, e quindi responsabile dell’istruttoria, nella relazione della Commissione locale per la **tutela** ambientale, benché affermi che “non risulta possibile alla luce delle vigenti disposizioni in materia paesaggistico – ambientale ottenere l’autorizzazione paesaggistica postuma per opere comportanti creazione di superfici utili e volumetrie...” riprendendo, di fatto, quanto normato dalla legge, ha ritenuto di risolvere l’istanza con un parere favorevole con alcune formali prescrizioni, giustificando tale scelta col fatto che l’immobile è ubicato in un area edificata e il terrazzo non è percepibile per le sue modeste dimensioni, che come si è sottolineato precedentemente tanto modeste non sono ed eludendo del tutto quanto prevede nello specifico la legge. Pertanto, tenuto conto che l’intervento ha creato un nuovo e consistente volume nonché una nuova e consistente terrazza, visto che la legge afferma che i volumi e le superfici utili non sono compatibili paesaggisticamente l’istanza non è accoglibile”.*

14.4.2. Le motivazioni addotte in tale nota pertanto si saldano con quelle contenute nell’atto gravato a mezzo dei motivi aggiunti, con il quale la Soprintendenza, come detto, ha espresso parere negativo sia avuto riguardo alla superficie del terrazzo, che alla sottostante volumetria, dal momento che proprio il mantenimento del terrazzo, in considerazione della conformazione a “C” del fabbricato, quale rappresentata nei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza, consentirebbe il mantenimento della volumetria sottostante, da intendersi, anche in assenza della parete frontale, di cui si propone l’abbattimento con il nuovo progetto presentato dalla ricorrente, chiusa sui restanti lati, fungendo il terrazzo da solaio di copertura di tale volume.

Pertanto si deve ritenere che la Soprintendenza, nel dare conto delle ragioni per le quali non aveva ritenuto condivisibili le prospettazioni del Comune, non abbia affatto violato il principio di leale collaborazione che deve informare i rapporti fra

enti chiamati ad intervenire nell'ambito dello stesso procedimento (principio che tanto più deve valere nell'ipotesi di specie, essendo interessati i rapporti fra enti chiamati alla cogestione del vincolo paesaggistico, in considerazione del rilievo costituzionale del Paesaggio ex art. 9 Cost), essendo stato per contro il Comune, come palesato dalla Soprintendenza, ad eludere il dettato vincolante dell'art. 167 comma 4 Dlgs. 42/2004 in merito all'insanabilità paesaggistica *ex post* di nuovi volumi e superfici, disattendendo contraddittoriamente il dato normativo pure richiamato, facendo riferimento al fatto che il fabbricato è sito in un'area completamente edificata e che il terrazzo non è visivamente percepibile, laddove, nel procedimento ex art. 167 Dlgs. 42/2004, il giudizio di compatibilità paesaggistica dell'intervento si pone come un *posterius* rispetto al giudizio relativo all'ammissibilità della sanatoria paesaggistica *ex post*, non consentita in presenza di nuovi volumi e superfici, alla luce del chiaro dettato normativo dell'art. 167 comma 4 Dlgs. 42/2004.

15. Parimenti insussistente è la censura articolata nel primo motivo di ricorso, riferita alla violazione delle prescrizioni della circolare Mi.Bac. n. 33/09 e della analoghe prescrizioni contenute nel protocollo d'intesa tra il Ministro per i Beni e le Attività Culturali e la Regione Lazio del 18/12/2007.

Al riguardo si osserva che questa Sezione si era espressa con la sentenza n. 05829 del 13/10/2011, in riferimento all'asserita violazione di altra circolare del Mi.Bac. – affermando che *“E' infatti noto che la violazione di circolari può essere sintomatica del vizio di eccesso di potere per contraddittorietà fra atti, in quanto con l'emanazioni delle circolari l'organo gerarchicamente superiore detta delle prescrizioni volte ad indirizzare l'operato degli organi gerarchicamente sottordinati in riferimento all'esercizio di potestà discrezionale.*

Dette conclusioni devono considerarsi valide anche allorquando vengano in rilievo - come nella specie - circolari di tipo interpretativo ed anche laddove il rapporto fra organi non sia propriamente assimilabile ad un rapporto di tipo strictu sensu gerarchico ma ad un rapporto di

direzione, in quanto se è vero che l'organo soggetto alla potestà di direzione può discostarsi dall'interpretazione contenuta nelle circolari, può farlo solo motivatamente, illustrando compiutamente le ragioni per le quali non ritiene condivisibile l'interpretazione contenuta nella circolare”.

In senso analogo ed in riferimento all'asserita violazione della circolare del Mi.Bac n. 33/09, invocata del pari nel caso in esame, si è espressa poi la Sezione con la successiva sentenza n. 3381 del 12/07/2012 con la quale si è così ritenuto: “*A fronte della equivocità del dettato normativo pertanto ben si inserisce il potere di indirizzo esercitato dal Mi.BAC con la circolare indicata, tra l'altro emessa dalla stessa Amministrazione di appartenenza della Soprintendenza, la quale pertanto, nel discostarsi da tale indirizzo avrebbe dovuto esplicitare le proprie ragioni, anche in considerazione del rilievo che il responsabile del procedimento sulla richiesta di accertamento di conformità ex art. 36 D.P.R.380/01, proprio facendo perno sui tale circolare, aveva espresso parere favorevole, considerando gli interventi de quibus come assentibili ai sensi dell'art. 167 comma 4 Dlgs. 42/2004.*

Pertanto il parere espresso dalla Soprintendenza e il consequenziale atto di diniego dell'accertamento di conformità emesso dal Comune, oggetto di gravame con il ricorso introduttivo, devono intendersi viziosi, anche in relazione ai balconi, per lo meno sotto il profilo del difetto di motivazione e di istruttoria, nonché sotto il profilo dell'eccesso di potere per violazione di circolare (così dovendosi riqualificare la censura articolata da parte ricorrente riferita alla violazione di circolare), vizio peraltro ricorrente in relazione a tutti gli interventi, in quanto astrattamente ammissibili secondo la cennata circolare.

Il Collegio non ignora come il vizio di eccesso di potere per violazione di circolare, secondo la giurisprudenza, sia configurabile solo rispetto all'attività discrezionale dell'Amministrazione e non anche laddove venga in rilievo un'attività di tipo vincolato.

Peraltro il Collegio ritiene che ad analoga conclusione debba pervenirsi laddove, pur vertendosi in tema di attività vincolata, come nell'ipotesi di specie, il dettato normativo si presenti ambiguo, tanto da prestarsi ad interpretazioni difformi.

In tale ipotesi si deve infatti ritenere che gli Uffici cui la circolare è rivolta siano onerati, qualora intendano discostarsi dalla circolare, da un obbligo motivazionale circa le ragioni della non condivisione degli indirizzi espressi nella circolare medesima, pena l'eccesso di potere per carenza di motivazione e per contraddittorietà fra atti.

Tale onere motivazionale, come detto, a maggior ragione si imponeva nell'ipotesi di specie, in considerazione della circostanza che il responsabile del procedimento del Comune aveva ritenuto gli interventi de quibus assentibili proprio in ragione della richiamata circolare”.

15.1. Ed invero, in aderenza al proprio cennato orientamento giurisprudenziale, la Sezione ha adottato l'ordinanza **cautelare** di **remand**, gravando la Soprintendenza di un più puntuale obbligo motivazionale, in considerazione della circolarità fra processo e procedimento amministrativo, innescata dal provvedimento **cautelare** di **remand**, alla luce di quanto innanzi evidenziato.

15.2. La Soprintendenza nell'ipotesi di specie ha tuttavia poi assolto a tale onere motivazionale in ordine alla non applicabilità nell'ipotesi di specie delle prescrizioni della circolare Mi.Bac. n. 33/09 con la nota prot. 8473 del 26/03/2013 – non oggetto, come detto di impugnativa ad opera di parte ricorrente – specificando che né la superficie del terrazzo – tra l'altro superiore a quanto previsto per la zona *de qua* dal P.U.T. e non annoverabile fra la superficie dei balconi presa in considerazione dalla citata circolare – né il volume sottostante potevano ritenersi sanabili ex post, ai sensi dell'art. 167 comma 4 Dlgs. 42/2004, come interpretato nella cennata circolare, che fa specifico riferimento ai “balconi” e ai “portici aperti su tre lati”, mentre nell'ipotesi di specie verrebbe in rilievo un volume vero e proprio, chiuso su quattro lati e creato proprio dalla realizzazione del terrazzo, fungente da solaio di copertura di tale volume.

E' evidente che tali esaurienti motivazioni in ordine alla non applicabilità nell'ipotesi di specie della circolare Mi.Bac. n. 33/09 si saldino con quelle contenute nell'atto gravato a mezzo dei motivi aggiunti con cui si specifica che

l'eliminazione della parete frontale non porterebbe all'eliminazione del volume sottostante il terrazzo, in ragione della particolare conformazione dell'edificio.

Ed invero dalle esaurienti motivazioni rese nel corso dell'intero procedimento dalla Soprintendenza, che non possono non saldarsi fra di loro in quanto il nuovo progetto prevede l'eliminazione della sola parete frontale, consentendo il permanere della volumetria sottostante il terrazzo - venutasi a creare, in ragione della particolare conformazione della parte di edificio interessata dall'abuso, proprio dalla realizzazione del terrazzo - si evince come nell'ipotesi di specie non possa trovare applicazione, neppure in riferimento al diverso progetto oggetto dell'atto impugnato con il ricorso per motivi aggiunti, la circolare Mi.Bac. n. 33/09. Ciò in quanto in materia urbanistico - edilizia il presupposto per l'esistenza di un volume edilizio è costituito dalla costruzione di un piano di base e due superfici verticali contigue, così da ottenere appunto una superficie chiusa su un minimo di tre lati (cfr. Tar Campania, Napoli, IV, 24.5.2010, n. 8342; Tar Piemonte, 12.7.2005, n. 2824; T.A.R. sez. IV, Campania, Napoli, 15/01/2015 n. 259).

Del pari non applicabili all'ipotesi di specie sono le identiche prescrizioni contenute nel protocollo d'intesa tra il Ministro per i Beni e le Attività Culturali e la Regione Lazio del 18/12/2007, volte del pari a definire i volumi e le superfici utili non rientrando gli interventi di cui è causa né tra i balconi, né tra le logge, i portici o i volumi tecnici, alla stregua delle motivate e condivisibili argomentazioni espresse dalla Soprintendenza nel corso dell'intero procedimento.

Insussistente è pertanto anche il vizio di violazione di legge, riferito all'applicazione dell'art. 167 Dlgs. 42/2004, in ragione della circostanza, che come innanzi palesato, la Soprintendenza ha dato motivatamente conto delle ragioni per le quali anche il nuovo progetto non poteva essere ammesso a sanatoria postuma ex art. 167 Dlgs. 42/2004, comportando la realizzazioni di superfici utili - non annoverabili fra i balconi e contrastanti con quanto previsto dal P.U.T. per la zona *de qua* - nonché

della volumetria sottostante il terrazzo, in contrasto con l'art. 167 comma 4 Dlgs. 42/2004.

Né l'atto oggetto di impugnativa può dirsi carente di motivazione, secondo quanto prospettato da parte ricorrente, in merito all'assenza di valutazione di compatibilità paesaggistica dell'intervento, in quanto, come innanzi osservato, il giudizio di compatibilità paesaggistica nel procedimento *ex post* di cui all'art. 167 Dlgs. 42/2004 si pone come un *posterius* rispetto alla valutazione di ammissibilità dell'intervento a sanatoria, secondo le chiare prescrizioni dell'art. 167 comma 4 Dlgs. 42/2004. Donde la non necessità di valutazione della compatibilità paesaggistica in relazione ad interventi, come nella specie, per i quali non può essere rilasciato il nulla osta paesaggistico in via postuma.

16. In conclusione il ricorso introduttivo va dichiarato improcedibile mentre il ricorso per motivi aggiunti va rigettato, in considerazione della infondatezza di tutti i motivi.

17. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo nei rapporti con l'Amministrazione statale, mentre nulla deve essere statuito nei rapporti con il Comune non costituitosi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima) pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo.

Rigetta il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite nei confronti dell'Amministrazione statale resistete liquidate in complessivi euro duemila/00 (duemila,00), oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

Nulla per le spese nei rapporti con il Comune di Agerola.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pagano, Presidente

Diana Caminiti, Primo Referendario, Estensore

Luca De Gennaro, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2015

IL SEGRETARIO

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

Sezioni del sito (piè di pagina)

- [Torna su](#)