

AI SOPRINTENDENTI PER I BENI ARCHITETTONICI
E PER IL PAESAGGIO
LORO SEDI

Prot. N. SG/106/ 9996 / 2001

del 2/agosto/2001

OGGETTO: articolo 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 – autorizzazione ex post di interventi realizzati in area vincolata.

e.p.c.

AI SOPRINTENDENTI REGIONALI
LORO SEDI

AI SOPRINTENDENTI PER I BENI
ARCHEOLOGICI
LORO SEDI

ALLE AVVOCATURE DISTRETTUALI
LORO SEDI

ALL'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
Via dei Portoghesi, 12
00186 ROMA
(rif. Nota n. 67783 del 08.06.2001 – CT 40156/0)

ALLA DIREZIONE GENERALE
PER I BENI ARCHEOLOGICI
Via S. Michele, 22
153 ROMA

OGGETTO: articolo 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 – autorizzazione ex post di interventi realizzati in area vincolata.

PREMESSE

Come è noto, in merito alla applicazione dell'articolo 13 della Legge 28 febbraio 1985 n. 47, in conformità al parere formulato dal Consiglio di Stato, Sez. II, n. 28/89 del 05/02/1989, ed a quello espresso dall'Avvocatura Generale dello Stato n. 89775 del 01/12/1990 (ct. 7197/90 – 154) è stata emessa la circolare n. 1795 II G del 08/07/1991, nella quale si stabiliva che: "...gli enti delegati o subdelegati non possono rilasciare autorizzazioni in sanatoria" ex art. 7 Legge 29/06/1939 n. 1497, ma dovranno procedere all'adozione delle sanzioni previste dai già citati artt. 7,9 e 10 della legge 28/02/1986 n. 47, nonché a quelle previste dall'art. 15 della Legge 29/06/1939 n. 1497, [ora articolo 164 del Testo Unico] che dovranno essere applicate anche nelle ipotesi in cui non si evidenzia un danno ambientale. Il Ministero aveva cioè sostenuto che per gli interventi abusivi in area vincolata non riconducibile alle due diverse ipotesi di condono indicate dalla citata Legge n. 47 del 1985 e dalla successiva legge 23 dicembre 1994, n. 724, la procedura da seguirsi è quella prevista dalla stessa legge 47 ed è di competenza esclusivamente urbanistica. Coerentemente pertanto, a partire dalla circolare richiamata, il Ministero ha provveduto ad annullare tutti i provvedimenti che autorizzavano ai sensi dell'articolo 7 della Legge n. 1497 del 1939, ed ora dell'articolo 151 del Testo Unico, opere realizzate abusivamente, rientranti nella fattispecie dell'articolo 13 della Legge n. 47/1985. A riguardo si evidenzia che molte Regioni e Comuni subdelegati alle competenze paesistiche si sono allineati alla circolare, astenendosi dal rilasciare simili autorizzazioni. La scelta è stata rafforzata dalla giurisprudenza consolidata del Consiglio del Stato che ha chiarito come per gli ambiti vincolanti "ordinariamente non à ammessa alcuna forma di legittimazione postuma a sanatoria..." (cfr. Comm. Spec. 09/05/1977, n. 5/77; li, 09/02/1994, n. 1101/93, 29/10/1997, n. 2065 e n. 2066/97; 10/12/1997, n. 2999; 20/01/1999 n. 1768; 31/03/1999, n. 267/99; 16/06/1999, n. 856/99.09/02/2000, n. 2330/99) e cioè come non sia contemplata dalla normativa vigente " l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria ", elemento questo confermato anche in Adunanza Generale (cfr. 25/01/1996, n. 21/96). E pari avviso è stato espresso dalla

OGGETTO: articolo 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47- autorizzazione ex post di interventi realizzati in area vincolata.

Cassazione (30 marzo 1992 Melone; sez. 3: 27 giugno 1992, n. 7576; 2 febbraio 1994, n. 1216; 23 giugno 1994, n. 7275; 2 luglio 1994, n. 7541; , 30 maggio 1996, n. 5404; 9 luglio 1996, n. 6943; 11 febbraio 1998, n. 1658; 28 ottobre 1998, n. 11301).

NUOVO ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA

Deve peraltro rilevarsi, che la VI sezione del Consiglio di Stato con le recenti decisioni nn. 421/2000, nn. 5373/2000, 5386/2000, 5392/2000, 5393/2000, 5394/2000 del 09/10/2000, nn. 5851/2000, 5852/2000, 58453/2000, 5854/2000, 5855/2000, 5856/2000, 5857/2000, 5858/2000, 5859/2000, 5860/2000, 5861/2000, 5862/2000, 5863/2000, 5864/2000, 5865/2000, 5866/2000, 5867/2000 del 31/10/2000, n. 912/2001 e 913/2001 del 21/10/2001, ha invece sostenuto la tesi contraria, riconoscendo la legittimità del rilascio dell'autorizzazione " ex post " ai fini ambientali per gli abusi che rientrano nella fattispecie dell'art. 13 della Legge n. 47 del 1985 e che ricadano in aree vincolate. (cfr. sentenze accluse ad esemplificazione in allegato 1, 2 e 3). Ciò posto, rilevando il contrasto giurisprudenziale sul punto, in data 13 dicembre 2000 è stato richiesto l'avviso dell'Avvocatura Generale evidenziando:

- La difficoltà obiettiva di coniugare le disposizioni del Testo unico e la concessione della primarietà del paesaggio costantemente affermata dalla Corte Costituzionale con la previsione dell'autorizzazione postuma ai fini ambientali;
- La possibile lettura di tale previsione quale reintroduzione, o meglio introduzione d'una sanatoria ordinaria e generalizzata, legittimante a tutti i fini interventi realizzati in aree vincolate;
- Il presumibile esito negativo del contenzioso, per lo meno di fronte alla sezione VI del Consiglio di Stato, promosso avverso i provvedimenti ministeriali di annullamento che neghino in radice la legittimità dell'autorizzazione ex post ai fini ambientali per interventi abusivi ex articolo 13 della Legge 47/85;

OGGETTO: articolo 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 – autorizzazione ex post di interventi realizzati in area vincolata.

In caso di adeguamento alla citata giurisprudenza della VI sezione del Consiglio di Stato, la necessità di rinvenire elementi idonei a sorreggere i provvedimenti di annullamento.

CONCLUSIONE

L'avvocatura Generale ha fornito il proprio avviso con la acclusa nota n. 67783 del 8 giugno 2001 , qui pervenuta in data 25 giugno 2001 (allegato 4).
del contenuto delle decisioni predette. Nel parere reso l'Avvocatura ha compiuto un'ampia disamina della questione e Si evidenziano di seguito, sinteticamente, i passi salienti del parere stesso.

- L'orientamento ripetutamente espresso dalla VI sezione può essere accettato, anche perché è improbabile un nuovo mutamento della giurisprudenza;
- Il rilascio dell'autorizzazione ex post lascia integro il potere statale di annullamento;
- L'autorizzazione postuma ha effetti ex nunc, cioè dalla data del provvedimento, e non dalla data di inizio dell'abuso, pertanto il comportamento del responsabile dell'abuso stesso rimane illecito e sanzionabile;
- L'autorizzazione postuma non costituisce equipollente perfetto dell'autorizzazione ex articolo 151 ed è pertanto obbligatorio per la Regione o per il Comune subdelegato applicare l'articolo 164 del Testo Unico;
- È onere dell'interessato di produrre la documentazione relativa allo stato dei luoghi prima della realizzazione dell'intervento;
- La mancata produzione della documentazione o l'aver accertato, dalla stessa documentazione prodotta, che il bene protetto è stato cancellato dall'intervento abusivo, sono entrambi elementi idonei a fondare un giudizio negativo;
- Le autorizzazioni ex post hanno la necessità di una ancor più accurata ed esauriente motivazione;

OGGETTO: articolo 13 della legge 28 febbraio 1985, n° 47 ex post di interventi realizzati in area vincolata.

- Né l'abusivo " fatto compiuto ", né la sensibilità agli effetti urbanistici possono in alcun modo influenzare l'apprezzamento tecnico-discrezionale sulle opere eseguite;
- La potestà statale di annullamento può essere esercitata sul quantum della sanzione pecuniaria irrogata ex articolo 164 del Testo unico;
- L'annullamento può fondarsi sulla carenza nell'autorizzazione di puntuali prescrizioni sull'intervento già eseguito, prescrizioni imposte in relazione ad opere per le quali l'incompatibilità con il vincolo esistente derivi solo da particolari costruttivi e da connotati morfologici non essenziali.

Ciò posto, si ritiene opportuno fornire di seguito indicazioni utili all'esercizio delle competenze proprie della SS.LL.

Laddove la Regione o il Comune subdelegato rilascino autorizzazioni ex post e le trasmettano alle Soprintendenze per i beni architettonici e per il paesaggio, si dovrà procedere alla valutazione delle stesse ai sensi dell'art. 151 del Testo unico, ed All'eventuale annullamento per vizi di legittimità. Nella predisposizione del provvedimenti di annullamento si dovrà naturalmente tenere conto delle indicazioni fornite dall'Avvocatura Generale. Ed infatti, alla luce dell'orientamento manifestato dalla VI sezione del Consiglio di Stato, non sembra più ipotizzabile fondare i decreti di annullamento negando in radice che possa essere rilasciata un'autorizzazione postuma ai fini ambientali. Parimenti, nelle premesse dei provvedimenti non si potrà più fare riferimento alla circolare n. 1795 del 8 luglio 1991, al parere favorevole formulato dal Consiglio di Stato, sez. II n. 28/89 del 15/02/1989, ed a quello espresso dall'Avvocatura Generale dello Stato n. 89775 del 01/12/1990 (cf 7197/90-154).

Si suggerisce invece di citare le decisioni della VI sezione del Consiglio di Stato sopraindicate nelle quali è stata sostenuta la legittimità dell'autorizzazione ex post ed il parere dell'Avvocatura Generale qui accluso.

I Soprintendenti sono invitati a voler curare la massima diffusione della presente fra il personale tecnico e amministrativo.

OGGETTO: articolo 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 – autorizzazione ex post di interventi realizzati in area vincolata.

Questa Direzione provvederà in seguito ad informare gli Enti territorialmente competenti con atto separato.

Tanto si comunica per opportuna conoscenza alla Avvocatura distrettuale, anche in riferimento ai ricorsi “ pendenti “ avverso provvedimenti di annullamento o dinieghi di autorizzazione ex post, emanati in conformità al precedente giurisprudenziale ed alla circolare n. 1795 del 8 luglio 1991

Il Direttore Generale

OGGETTO: prot. N. 50/113/5927/2001

Autorizzazione ex articolo 151 del testo unico D.lgs. 29/10/1999 n. 490 – art. 13 della legge 28/02/1985 n. 47 – autorizzazione postuma – controversi s.p.a. Clinica Medica Madonna del Tubo (Rocca di Papa)

AL MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI

UFFICIO CENTRALE BENI AMBIENTALI E PAESAGGISTICI

ROMA

(risposta a nota 13/12/2000 n. 277610e 15/12/2000 n. 27967)

Con le note a riferimento codesta amministrazione ha posto il seguente quesito se l'amministrazione preposta alla tutela di bene " ambientale " (nell'accezione datano dall'articolo 138 del t.u. menzionato in oggetto), possa emettere, nel caso l'alterazione dello stato dei luoghi sia già abusivamente avvenuta, provvedimento positivo di autorizzazione ex articolo 151 del predetto t. u.. Il quesito è posto con specifico riferimento al caso in cui il responsabile dell'abuso abbia chiesto ed ottenuto (o sia nelle condizioni di ottenere) concessione o autorizzazione edilizia in sanatoria ai sensi delle disposizioni " a regime " cioè per condono edilizio) contenuta nell'articolo 13 della legge 28/02/1985 n. 47; e però esso (quesito) ha portata più ampia.

Giova premettere che detto articolo 13 consente il rilascio di concessione e autorizzazione edilizia soltanto quanto " l'opera eseguita...è conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati e non in contrasto (per misura di salvaguardia) con quelli adottati ..." non ne è dunque consentito il rilascio in assenza (anche per annullamento) di strumenti urbanistici o in difformità da essi, poiché l'art. 7 della legge urbanistica 17/08/1942 n. 1180 dispone che ciascun P.R.G. deve indicare anche (e prioritariamente) i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico – disposizione questa sostanzialmente confermata o recepita dalle leggi regionali in materia urbanistica – dovrebbe in concreto essere non realizzabile il caso di opera eseguita in conformità agli strumenti approvati (o anche solo adottati) e, al tempo stesso, in area sottoposta a vincolo comportante inedificabilità assoluta.

Come noto, discostandosi da orientamento in precedenza emerso in sede consultiva (II Sezione), e confermando pronunce del TAR Lazio, il Consiglio di Stato (VI Sezione) ha in numerose decisioni rese nel corso del 2000 ed anche

recentemente (dec. N. 913 del 2001) affermato che l'abusiva esecuzione di opera (e in genere l'abusiva alterazione dello stato dei luoghi) di per sé non impedisce all'amministrazione preposta alla tutela del bene ambientale di emettere provvedimenti di autorizzazione, ancorché “ postuma “ dell'opera (o alterazione) eseguita nella sua interezza ovvero soltanto parte di essa.

La VI Sezione è pervenuta a tale affermazione dapprima passando attraverso una interpretazione dell'art. 15 della legge 29/06/1939 n. 1497 (trasfuso nell'art. 164 del citato t.u.), ove è previsto che l'amministrazione possa, in esito a suo apprezzamento tecnico discrezionale, sanzionare l'illecito paesistico con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria , alternativa alla rimessione in pristino; poiché la irrogazione della sola sanzione amministrativa pecuniaria comporta non – demolizione, constaterrebbe con il criterio di “ economia dei mezzi giuridici “ eseguire una rimessione in pristino finalizzata unicamente al rientro nella legalità ambientale da conseguirsi poi mediante rituale richiesta di autorizzazione ex art. 151 del t.u. citato. La VI Sezione ha in decisioni successive affinato le sue argomentazioni, e puntualizzato condizioni e limiti di una risposta positiva a richiesta “ postuma “ di autorizzazione ambientale.

E' stato così affermato.

- a) che la valutazione circa l'assentibilità o meno della alterazione dello stato dei luoghi “ non muta in relazione al fatto che l'opera sia stata realizzata o meno “, in altre parole, detta valutazione deve essere effettuata come se l'alterazione dello stato dei luoghi non fosse già avvenuta e cioè considerando soltanto l'anteriore stato dei luoghi.
- b) Che costituisce onere dell'interesse, in tale evenienza, dimostrare l'assenza di impatto negativo attraverso la produzione della documentazione relativa alla condizione dei luoghi anteatta e, per l'effetto , consentire la disanima comparativa tra lo stato antecedente e quello posteriore all'edificazione; il giudizio dovrà essere conseguentemente negativo, con correlativa possibilità di demolire le opere, laddove detto raffronto non si rilevi possibile, stante il mancato assolvimento del descritto onere da parte del privato, così come nel caso in cui la realizzazione dell'opera abbia cancellato il bene sottoposto a tutela;
- c) Che l'autorizzazione postuma “ non costituisce un equipollente perfetto dell'autorizzazione preventiva, in quanto, pur precludendo la possibilità di pervenire alla demolizione dell'edificio, essa lascia intatto in testa alla competente amministrazione il potere – dovere di infliggere la sanzione pecuniaria di cui l'art. 15 della legge n. 1497 del 1939+, fermi gli ulteriori profili di responsabilità delineati dall'ordinamento “.

Reputa questa Avvocatura generale che l'orientamento orma ripetutamente espresso dalla VI Sezione possa essere accettato anche perché improbabile appare un nuovo mutamento della giurisprudenza amministrativa. Del resto, l'orientamento giurisprudenziale riferito può trovare fondamento, prima e più che nell'art. 164 del t.u. (come tra breve si dirà), in considerazione di teoria generale delle autorizzazioni amministrative.

L'esito positivo di un procedimento amministrativo di autorizzazione (alias, il rilascio della richiesta autorizzazione) rimuove un limite posto dalla legge alle altrimenti libero esplicarsi di una attività privata. E' appena il caso di rammentare che moltissime attività sono sottoposte a regime autorizzatorio (ad esempio, la somministrazione di bevande alcoliche, la guida di autoveicoli, l'esercizio di una vasta gamma di attività commerciali). Il comportamento di fatto del privato il quale abusivamente svolga senza autorizzazione attività per le quali avrebbe dovuto ottenere autorizzazione in linea di principio – cioè in assenza di norma specifica che diversamente disponga – non è sanzionato anche con l'interdizione dal richiedere per il futuro l'autorizzazione, non fa venir meno la potestà amministrativa di autorizzare e non impedire il normale esercizio di detta potestà. Pertanto, l'autorizzazione è in linea di principio rilasciata “ ex nunc “, ossia con effetto dalla data di inizio dell'anzidetto abusivo comportamento; quindi è la locuzione gergale autorizzazione in sanatoria. Il comportamento posto in essere dal responsabile dell'abuso prima della autorizzazione rimane illecito e sanzionabile (quando previsto, anche penalmente); la sopravvenuta autorizzazione rileva soltanto se e per quanto essa in concreto contraddica il tipo di sanzione prevista (ad esempio, la rimessione in pristino mediante demolizione) e quindi ne impedisca la irrogazione.

Per contro, poco soddisfacente (e forse anche erroneo) appare il basare l'interpretazione soltanto o prevalentemente sull'art. 164 del t.u. : la lettera della norma non consente di ravvisare un inespresso limite alla scelta tecnico – discrezionale tra le due sanzioni alternative nel senso che la rimessione in pristino possa essere disposta solo in caso di non compatibilità dell'opera (o alterazione) con i valori ambientali tutelati dal vincolo, e solo nel caso opposto sia irrogabile la sanzione amministrativa pecuniaria. Del resto, quest'ultima sanzione rimane la pratica l'unica irrogabile allorquando l'opera (o l'alterazione) abbia prodotto l'irreversibile distruzione del bene dell'ambiente.

Questa Avvocatura generale condivide con codesta amministrazione le preoccupazioni per atteggiamenti eventualmente poco rigorosi delle amministrazioni locali o regionali preposte alla tutela di beni ambientali; anche se, a livello di atti amministrativi formali, nessuna compressione deriva al potere statale e di annullamento dalla circostanza di fatto dell' essere l'autorizzazione stata rilasciata dopo l'alterazione dello stato dei luoghi.

Per prevenire o quanto meno ridurre gli ipotizzati pericoli di una lettura non rigorosa del riferito orientamento giurisprudenziale appare opportuno rivolgere alle Regioni suggerimenti ed indirizzi, affinché esse e/o gli enti locali si attengano scrupolosamente alle indicazioni sopra riportate sub a) b) e c). In particolare è bene sia ribadito che l'abusivo “fatto compiuto” non soltanto non deve in alcun modo

influenzare l'apprezzamento del tecnico – discrezionale da esprimersi sulla base dello stato dei luoghi quale era prima della abusiva alterazione in risposta alla richiesta “postuma” di autorizzazione, ma impone una ancor più accurata ed esauriente motivazione dei provvedimenti positivi di autorizzazione; e, ad integrazione della indicazione sub a), gioverebbe aggiungere che neppure la “sanabilità” dell’abuso agli effetti urbanistici (ex art. 13 citato) può in alcun modo influenzare l’anzidetto apprezzamento. Inoltre, ad integrazione della indicazione sub b), è bene sia suggerito di subordinare l’avvio e/o l’espletamento della istruttoria sulla richiesta “postuma” di autorizzazione alla esibizione, a cura del richiedente, di una adeguata documentazione circa lo stato dei luoghi anteriore all’esecuzione dell’opera (o dell’alterazione).

Parrebbe utile altresì rammentare che la potestà statale di annullamento può essere esercitata, oltre che sul “se” autorizzazione sia nella vicenda concreta rilasciabile, anche sul “quantum” dell’irrogata alternativa sanzione amministrativa pecuniaria. L’art. 164 del t.u. pone parametri la cui inosservanza costituisce vizio di legittimità; per di più, una indebita minimizzazione del “danno arrecato” può risultare strumentale ad omessa irrogazione della rimessione in pristino.

All’irrogazione della sanzione pecuniaria non osta il rilascio (ripetesi, con effetti “ex nunc”) della autorizzazione. In proposito, il Consiglio di Stato ha giustamente affermato quanto segue: “circostanza che l’amministrazione, esercitando un potere nella sostanza conferito dallo stesso articolo 15 (ora art. 161 del t.u.), abbia verificato la compatibilità ambientale in via postuma, se, da un lato, esclude la compromissione sostanziale dell’integrità paesaggistica, dall’altro, non cancella la violazione dell’obbligo, discendente dall’art. 7 (ora art. 151 del t.u.), di conseguire in via preventiva il titolo di assenso necessario per la realizzazione dell’intervento modificativo dell’assetto territoriale”.

La sanzione pecuniaria di cui all’art. 164 del t.u., per importo da questo non più denominato “indennità”, quando autorizzazione postuma è rilasciata e quindi quando l’opera (o l’alterazione) eseguita è valutata compatibile con le esigenze di tutela è irrogata per punire l’abuso anteriormente commesso. Abuso che la sopravvenuta autorizzazione non elimina (solo impedisce di sanzionare con la rimessione in pristino). Inesattamente, qualche decisione giurisprudenziale parla di “illecito formale”, in realtà l’illecito non pare possa così definirsi neppure quando “ex post” non è ravvisato danno ambientale.

Quanto sin qui scritto non esaurisce la risposta al quesito posto. Si è dianzi accennato ad autorizzazione per parte soltanto – strutturalmente separabile – del manufatto edificato; in tal caso, per la parte residua dovrà perseguirsi la rimessione in pristino ad opera e, qualora non si abbia ottemperanza, a spese del responsabile dell’abuso.

Più complesso il caso, probabilmente frequente, di opere la cui compatibilità con i valori ambientali è pregiudicata soltanto da non essenziali connotati morfologici, o particolari costruttivi, od altre similari ragioni, rispetto alle quali la rimessione in pristino potrebbe essere reputata sanzione eccessiva. La Scrivente sarebbe orientata a ritenere che, in tal caso, l’amministrazione preposta alla tutela dei

beni ambientali possa legittimamente subordinare la efficacia o addirittura il rilascio dell'autorizzazione all'ottemperanza a puntuali "precisazioni" indicate da detta amministrazione; anche qualora tali "precisazioni" manchino potrebbe aversi l'intervento di annullamento ex art. 151 comma 4 del t.u. citato si intende solo per non – legittimità, dell'organo statale competente.

Palesè la delicatezza di quest'ultimo argomento: a differenza di quanto accade allorquando l'autorizzazione è chiesta prima dello inizio dei lavori, nel caso ora considerato l'ottemperanza alle "prescrizioni" comporta costi aggiuntivi eventualmente cospicui. Si fa comunque riserva di tornare sul punto in occasione di vicende concrete.

Agli altri posti nelle note a riferimento sarà data risposta con separata nota.

Il presente parere è stato esaminato dal Comitato consultivo di questa Avvocatura, il quale il 09/05/2001 si è espresso in conformità.

L'Avvocato generale