

N. 00214/2014 REG.RIC.

Publicato il 05/03/2018



N.00117 /2018 REG.PROV.COLL.
N. 00214/2014 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 per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 214 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da Edilcentro Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Di Pardo, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Crispi, N. 70/A;

contro

Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo in persona del Ministro P.T., Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici del Molise in persona del Soprintendente P.T., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Campobasso, via Garibaldi, 124;

Comune di Isernia in persona del Sindaco P.T., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Alda Colesanti, con domicilio eletto presso lo studio Tommaso Bucci Avv. in Campobasso, via Principe di Piemonte N.29;

Regione Molise in persona del Presidente P.T. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento prot. 00013547 del 17.3.2014- parere negativo n. 140077/is del

Responsabile del Servizio Pianificazione e Gestione Territoriale e Paesaggistica – Direzione IV della Regione Molise di rigetto della richiesta di autorizzazione ai sensi dell'art. 146 del D.Lgs. n. 42/2004 proposta dalla ditta Edilcentro srl; dell'allegato parere negativo vincolante della Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici del Molise MBAC-SBAP-MOL UAMB 0001643 del 5.3.2014 Cl. 34.19.07/1.851; del preavviso di provvedimento negativo della Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici del Molise MBAC-SBAP-MOL UAMB 000866 del 5.2.2014 Cl. 34.1.07/1.851; di ogni ulteriore atto preordinato consequenziale e/o comunque connesso ivi compresi, se ed in quanto necessario, il provvedimento di parere favorevole della regione Molise – Servizio Pianificazione e Gestione Territoriale e Paesaggistica - Gestione Paesaggio – Zona di Isernia prot. n. 0037328/13 del 19.12.2013; del modello per la presentazione della SCIA prestampato e predisposto dal Comune di Isernia e presentato dalla ricorrente in data 22.11-2013 nella parte in cui subordina l'avvio dei lavori all'ottenimento dell'autorizzazione paesaggistica; di tutti gli eventuali ulteriori atti preordinati, consequenziali e/o comunque connessi anche non noti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo e della Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici del Molise nonché del Comune di Isernia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2018 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha presentato al Comune di Isernia una SCIA in data

22.11.2013, prot. n. 30369 avente ad oggetto la demolizione dell'immobile sito in via Leopardi nella zona di P.R.G. B/3.2 (zone residenziali consolidate) e la realizzazione di un fabbricato per civile abitazione.

Il S.U.E. del Comune di Isernia ha trasmesso l'istanza alla Regione per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica sul presupposto dell'insistenza dell'immobile in area paesaggisticamente vincolata.

Con provvedimento prot. n. 0037328/13 del 19.12.2013, il Direttore del Servizio Pianificazione e Gestione territoriale e Paesistica – Gestione Paesaggio Zona di Isernia ha comunicato alla ricorrente che la Commissione Regionale per il Paesaggio ha espresso parere favorevole all'intervento e contestualmente ha trasmesso alla Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici del Molise l'istanza di autorizzazione ex art. 146 D.Lgs. 42/2004 e la relativa documentazione presentata da Edilcentro srl.

La Soprintendenza con nota prot. MBAC-SBAP-MOL UAMB 0001643 del 5.3.2014 Cl. 34.19.07/1.851 ha espresso parere vincolante negativo recepito dalla Regione con provvedimento prot. n. 00013547 del 17.3.2014 sul presupposto che "che il territorio del comune di Isernia è sottoposto a tutela paesaggistica ai sensi dell'art. 157 del Decreto Legislativo del 22/01/2004 n. 42 con proposta di vincolo, affissa all'Albo Pretorio del Comune di Isernia dal 15/04/2003 al 15/07/2003".

Con ricorso notificato in data 19.5.2014, la ditta Edilcentro s.r.l. ha chiesto l'annullamento, previo provvedimento di sospensione cautelare, dei predetti atti nonché l'accertamento e la declaratoria della nullità ed inefficacia, previa sospensione cautelare "del vincolo paesaggistico derivante dalla proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'intero territorio di Isernia presentata dalla Soprintendenza e pubblicata all'Albo Pretorio del Comune di Isernia dal 15.4.2003 al 15. 7.2003 ".

Tra gli altri motivi deduceva la violazione e falsa applicazione del d. lgs. 22.1.2014, n. 42 e s.m.i., art. 146, 157, assumendo che gli atti impugnati nonché l'intero procedimento di rilascio dell'autorizzazione ex art. 146 del d. Lgs. 42/2002

sarebbero fondati su un falso presupposto ovvero la sussistenza di un valido ed efficace vincolo paesaggistico. La proposta di vincolo infatti, risalente a ben 11 anni prima, dovrebbe ritenersi oramai decaduta non essendosi concluso il relativo procedimento nel termine di 180 giorni previsto dall'art. 140 d. lgs. 42 del 2004 con conseguente cessazione della misure di salvaguardia di cui all'art. 139, comma 2, a termini dell'art. 141, comma 5

Nelle more del giudizio, il Comune di Isernia ha comunicato alla ricorrente il provvedimento n. 12919 prot. 30369/3661 - s.c.i.a. a firma del Dirigente del Servizio Edilizia Privata dello sportello Unico per l'Edilizia del Comune di Isernia recante l'inibizione della SCIA che la ricorrente impugnava con motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati, articolando in via consequenziale i medesimi motivi già evidenziati con il ricorso principale in ordine agli atti presupposti di diniego dell'autorizzazione ex art. 146 D. Lgs. n. 42/2004.

Si sono costituiti in giudizio il MIBACT ed il Comune di Isernia per resistere al ricorso contestando nel merito la fondatezza delle censure di parte ricorrente.

Con ordinanza n. 71 del 2014 il collegio ha respinto la domanda cautelare.

Alla udienza pubblica del 7 febbraio 2018 la causa è stata infine trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato.

La problematica delle proposte di vincolo è stata approfondita dal collegio con sentenza n. 92 del 26 febbraio 2016 pervenendo alla conclusione della perdurante efficacia degli effetti del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore della novella al decreto legislativo n. 42/2004 (dapprima con il d.lgs. 24 marzo 2006 n. 157, e poi, segnatamente, con il d. lgs. 26 marzo 2008 n. 63), non seguite dal decreto ministeriale di conclusione del procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico

Sull'appello proposto avverso la predetta sentenza la IV sezione del Consiglio di

Stato con ordinanza 12 giugno 2017, n. 2838 ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria che con sentenza 22 dicembre 2017, n. 13 è giunta a conclusioni opposte, affermando il principio di diritto secondo cui *“Il combinato disposto – nell'ordine logico – dell'art. 157, comma 2, dell'art. 141, comma 5, dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, deve interpretarsi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo – come modificato con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 – cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni”*.

Poiché nel caso di specie il procedimento non è stato mai concluso e la proposta risale ad 11 anni prima rispetto al diniego impugnato, deve concludersi nel senso che alla data in cui l'autorizzazione paesaggistica è stata richiesta e negata il vincolo preliminare era ormai decaduto ed il bene immobile oggetto dell'intervento non più soggetto alla disciplina di tutela di cui all'art. 146 del d. lgs. 42 del 2004, come eccepito dalla ricorrente con specifico motivo di ricorso.

Ne discende che tutti gli atti impugnati sono illegittimi in quanto adottati sull'erroneo presupposto della perdurante vigenza del vincolo preliminare di tutela. Senonchè l'Adunanza Plenaria, chiamata a pronunciarsi anche sugli effetti della propria pronuncia sulle numerosissime proposte di vincolo pendenti in relazione a procedimenti mai conclusi, ha affermato l'ulteriore principio di diritto secondo cui *«Il termine di efficacia di 180 giorni del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 decorre dalla pubblicazione della presente sentenza»*; ciò sulla premessa per cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario

all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche, condizioni ritenute sussistenti nel caso di specie.

La conseguenza di tale affermazione è rappresentata dal fatto che anche la proposta di vincolo relativa al Comune di Isernia, richiamata nelle premesse giustificative del diniego di autorizzazione paesaggistica, dovrebbe ritenersi assistita dalla perdurante efficacia del vincolo preliminare sino al 22 giugno 2018 dal che discenderebbe la sussistenza del potere di autorizzazione ai sensi dell'art. 146 d. lgs. 42/2004.

Il collegio ritiene tuttavia di doversi motivatamente discostare da tale principio di diritto che, ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., vincola le sole sezioni del Consiglio di Stato ma non anche il giudice di primo grado per il quale opera il principio del libero convincimento e soprattutto quello costituzionale di soggezione "soltanto alla legge" ex art. 101 Cost..

A tale conclusione il collegio ritiene di dover pervenire proprio alla luce del principio di diritto espresso dalla successiva recentissima pronuncia della medesima Adunanza Plenaria n. 1 del 2018 la quale, disattendendo una espressa richiesta della parte appellata finalizzata a limitare *pro futuro* il principio di diritto – laddove a sè sfavorevole - ha escluso che il principio di diritto affermato possa ritenersi applicabile soltanto a rapporti futuri e non anche a quelli in corso, avendo gli enunciati giurisprudenziali natura formalmente dichiarativa, rammentando al riguardo che la diversa opinione «*finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione*» secondo quanto affermato da Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9.

La limitazione *pro futuro* degli effetti della sentenza interpretativa dell'Adunanza plenaria equivale infatti alla creazione di una norma transitoria, in funzione para

normativa che non può vincolare il giudice di primo grado, in quanto recessiva rispetto al principio costituzionale di soggezione del giudice “*soltanto alla legge*”, ex art. 101 Cost., laddove la legge, come interpretata dall’Adunanza Plenaria, è, nel caso di specie, chiaramente nel senso della cessazione del vincolo preliminare - qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni - anche per le proposte di vincolo formulate prima dell’entrata in vigore del d. lgs. n. 42/2004 qual è quella che interessa il Comune di Isernia.

Inoltre a partire da Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144 e numerose altre successive - tra cui 21 maggio 2015, n. 10453; 17 dicembre 2014, n. 26541; 4 giugno 2014, n. 12521, 13 febbraio 2014, n. 3308 e, da ultimo, Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2017, n. 21194 - si è costantemente affermato che, per configurare il c.d. *prospective overruling* e quindi per attribuire carattere innovativo, con decorrenza *ex nunc*, all’intervento nomofilattico, occorra la concomitante presenza dei seguenti tre presupposti: a) l’esesesi deve incidere su una regola del processo; b) l’esesesi deve essere imprevedibile ovvero seguire ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento; c) l’innovazione comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa.

Tale impostazione è stata sempre seguita anche dal giudice amministrativo: cfr. in termini (ma non presa in considerazione dalla decisione in esame), Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9, specie § 4, in cui si afferma esplicitamente l’impossibilità di trasformare “...una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di un *novum ius*, in sequenza ad un *vetus ius*, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice; soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell’art. 101 Cost.”); successivamente, nello stesso senso si veda Cons. Stato, sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138.

Nel caso di specie non ricorre invero alcuna delle tre condizioni per l’operatività dell’*overruling*: l’esesesi non incide infatti su norma processuale ma su una sostanziale disciplina del procedimento amministrativo; l’innovazione non comporta

effetti preclusivi del diritto di azione o di difesa; non si era formato un diritto vivente sul punto controverso (tanto che era stato necessario rimettere la questione alla Plenaria proprio per la presenza di un contrasto di giurisprudenza maturato in seno al Consiglio di Stato).

Sulla valenza inderogabilmente retroattiva della esegesi di norme di carattere sostanziale anche in presenza di un *overruling*, si veda Cass. civ., Sez. V, 18 novembre 2015, n. 23585: *“La regola secondo cui, alla luce del principio costituzionale del giusto processo, le preclusioni e le decadenze derivanti da un imprevedibile revirement giurisprudenziale non operano nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente sul precedente consolidato orientamento attiene unicamente al profilo degli effetti del mutamento di una consolidata interpretazione del giudice della nomofilachia in ordine a norme processuali. Il sopravvenuto consolidamento di un nuovo indirizzo giurisprudenziale su norme di carattere sostanziale che in astratto consentirebbero la riforma di una precedente decisione non può quindi giustificare la rimessione in termini invocata dalla parte onde superare il giudicato formale formatosi per la mancata tempestiva impugnazione di una sentenza”*.

In conclusione non possono ritenersi sussistenti le condizioni per l'operatività del *prospective overruling* secondo i principi affermati dalla giurisprudenza civile ed amministrativa del tutto maggioritaria.

Deve dunque essere ribadita la natura dichiarativa e come tale naturalmente retroattiva del principio di diritto affermato dalla Adunanza Plenaria con la sentenza 22 dicembre 2017, n. 13 con conseguente illegittimità degli atti impugnati in quanto adottati sull'erroneo presupposto della perdurante efficacia del vincolo preliminare discendente da una proposta di vincolo risalente al 2003.

Stante il carattere dirimente del presente motivo, le restanti doglianze articolate dalla ricorrente possono essere assorbite.

Il ricorso è pertanto fondato sicchè dev'essere disposto l'annullamento degli atti

impugnati.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate stante la novità dei principi di diritto affermati in motivazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO