



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 7729 del 2013, proposto dal Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

la signora Imelde Sello, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Como, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Roma, via G. Antonelli, 49;

nei confronti di

Comune di Cellole, A.s.l. - Caserta 2, Regione Campania, non costituiti in giudizio nel presente grado;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI, SEZIONE VII, n. 1099/2013, resa tra le parti e concernente: diniego di permesso di costruire a seguito di parere soprintendentizio negativo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata Imelde Sello;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2013, il Cons. Bernhard Lageder e uditi, per le parti, l'avvocato dello Stato Aiello e l'avvocato D'Angiolella, quest'ultimo per delega dell'avvocato Como;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con la sentenza in epigrafe, il T.a.r. per la Campania accoglieva il ricorso n. 4721 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla signora Imelde Sello – quale comproprietaria di un albergo denominato *Hotel La Baia* in località Baia Domitia, nel Comune di Cellole, e titolare di due concessioni demaniali relative all'arenile antistante la struttura alberghiera – avverso i seguenti atti:

(i) il provvedimento del Comune di Cellole n. 9771 del 10 settembre 2012, con il quale, con richiamo all'esito della conferenza di servizi tenutasi il 5 giugno 2012, era stata respinta l'istanza volta al rilascio del permesso di costruire presentata dalla ricorrente (pratica edilizia n. 18/2012), nella parte relativa alla progettata realizzazione di una piscina sull'area demaniale marittima;

(ii) il presupposto verbale della conferenza di servizi, nel cui ambito la Soprintendenza preposta alla tutela paesaggistica aveva espresso parere negativo fondato sul testuale rilievo che *«l'intervento proposto è ubicato in zona di rilevante interesse paesaggistico per l'assenza di modifiche antropiche sostanziali dei caratteri naturali caratterizzati dall'ecosistema, composta da macchia mediterranea che preserva l'equilibrio vegetazionale tra le varie essenze (...) e che, pertanto, l'attuazione della trasformazione proposta comporterebbe la cancellazione dei tratti distintivi del paesaggio protetto, in contrasto con il regime di tutela istituito dalla disposizione legislativa in vigore»*

1.1. In particolare, il T.a.r. accoglieva sia il quarto motivo di ricorso – con il quale era stata dedotta la violazione dell'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 sull'assunto che la struttura in oggetto (piscina) non comporterebbe alterazione alcuna dei valori paesaggistici –, rilevando testualmente che *«per giurisprudenza pressoché costante anche di questa sezione, le piscine interrato non possono alterare i valori paesaggistici, perché non suscettibili di verticalizzazione con pregiudizio di visuali e visioni prospettiche»*, sia il terzo motivo di ricorso – con il quale era stato dedotto il vizio di eccesso di potere per erroneità dei presupposti per l'assenza di qualsiasi alterazione della macchia mediterranea –, sulla base del testuale rilievo che *«secondo quanto sufficientemente dimostrato in giudizio dalla parte ricorrente (anche mediante produzione di materiale fotografico nonché di apposita relazione tecnica) l'eventuale realizzazione della struttura in questione non comporterebbe la compromissione dei suddetti valori ambientali, senza che sul punto la difesa dell'amministrazione statale abbia opposto specifiche contestazioni, con ogni conseguenza in merito all'applicazione dell'art. 64, comma 2, c.p.a.»*.

1.2. Il T.a.r. dichiarava assorbiti i residui motivi, annullava gli atti impugnati e condannava la resistente Amministrazione statale a rifondere alla ricorrente le spese di causa.

2. Avverso tale sentenza interponeva appello l'Amministrazione soccombente, deducendo i seguenti motivi:

a) la violazione dei limiti del sindacato giurisdizionale, essendosi il T.a.r. sostituito all'Amministrazione nella valutazione di merito sulla compatibilità paesaggistica dell'intervento in questione;

b) l'insufficienza motivazionale attorno alla compatibilità paesaggistica nel caso concreto, essendosi il T.a.r. limitato ad un'affermazione di compatibilità, in astratto, con riguardo a piscine interrato, nonché, in ogni caso, l'erroneità di siffatta affermazione, nella sua assolutezza;

c) l'erroneità della sentenza con riguardo al ravvisato vizio di eccesso di potere nella valutazione del pregiudizio alla vegetazione mediterranea caratterizzante l'area in questione, nonché l'erronea applicazione dell'art. 64, comma 2, cod. proc. amm.. L'Amministrazione appellante chiedeva dunque, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'appellata sentenza e in sua riforma, la reiezione del ricorso di primo grado.

3. Sebbene ritualmente evocate in giudizio, le altre Amministrazioni coinvolte nel procedimento autorizzatorio (Comune, A.S.L., Regione) non si sono costituite nel presente grado, mentre si costituiva in giudizio l'originaria ricorrente, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione, nonché riproponendo espressamente i motivi assorbiti in primo grado. In linea di fatto, l'appellata rilevava che l'opera, nelle more, era stata terminata, sicché l'avversaria istanza di sospensiva doveva ritenersi ormai superata.

4. All'odierna udienza camerale, fissata per la trattazione dell'istanza di sospensiva, le parti comparse venivano avvisate della possibilità dell'emanazione di una sentenza in forma semplificata, al che la causa veniva trattenuta in decisione.

5. Premesso che sussistono i presupposti per la pronuncia di una sentenza in forma semplificata, si osserva che l'appello è fondato.

5.1. Dai sopra (*sub* 1.1.) riportati passaggi motivazionali centrali dell'appellata sentenza emerge in modo palese che il T.a.r. ha travalicato i limiti del sindacato proprio della giurisdizione di legittimità ed è entrato nel merito dell'atto amministrativo, sostituendosi all'Amministrazione preposta alla gestione del vincolo nella valutazione, di natura tecnico-discrezionale, della compatibilità paesaggistica dell'intervento in questione.

L'area *de qua* ricade in area sottoposta a tutela con d.m. 28 marzo 1985 (pubblicato nel S.O. alla G.U. n. 98 del 26 aprile 1985), ai sensi della l. 29 giugno 1939, n. 1497, in un tratto di arenile di pineta e duna sottoposta a regime di conservazione

integrale ai sensi del Piano territoriale paesistico del Litorale Domitio (la cui fascia sabbiosa é caratterizzata dai rilievi della duna con la flora e la fauna mediterranee, tipiche di questo *habitat*).

Il T.A.R. è incorso nella violazione dei principi della separazione dei poteri e della tassatività delle ipotesi di giurisdizione di merito delineate dall'art. 134 cod. proc. amm., da cui esula la fattispecie *sub iudice*, non solo perché ha sostituito la propria valutazione a quella tecnico-discrezionale rientrante nell'ambito dei poteri dell'amministrazione, ma anche perché ha affermato in modo apodittico che «*le piscine interrato non possono alterare i valori paesaggistici, perché non suscettibili di verticalizzazione con pregiudizi di visuali e visioni prospettiche*», senza correlativa valutazione della fattispecie concreta, con conseguente manifesta insufficienza motivazionale.

Del resto, per la giurisprudenza di questo Consiglio, hanno una indubbia rilevanza paesaggistica tutte le opere realizzate sull'area sottoposta a vincolo, anche se non vi è un volume da computare sotto il profilo edilizio (pur se si tratti di volumi tecnici: Sez. VI, 20 giugno 2012, n. 3578), anche se si tratta di una piscina (Sez. VI, 2 marzo 2011, n. 1300), poiché le esigenze di tutela dell'area sottoposta a vincolo paesaggistico possono anche esigere l'immodificabilità dello stato dei luoghi (ovvero precludere una ulteriore modifica).

Nel caso di specie, la Soprintendenza ha motivatamente rilevato l'esigenza di conservazione delle dune ancora esistenti e oggetto del progetto, con osservazioni puntuali e ragionevoli, mentre la sentenza impugnata ha dato una erronea lettura della normativa di tutela dei beni paesaggistici, che consente (e impone) all'autorità preposta alla tutela del vincolo di valutare non solo l'incidenza delle 'verticalizzazioni' su 'visuali e visioni prospettiche', ma anche di ogni opera che modifichi i tratti naturalistici dell'area, oltre che di quanto può emergere dall'alto (dal momento che per loro natura le aree sottoposte a vincolo sono oggetto di

visione, esame e studio anche dall'alto, quale elemento decisivo per la loro descrizione e per la valutazione della loro maggiore o minore integrità).

Ne deriva la fondatezza dei motivi d'appello *sub* 2.a) e 2.b) e, *in parte qua*, anche del motivo *sub* 2.c).

5.2. Quanto al secondo profilo di censura dedotto col motivo *sub* 2.c), è, altresì, fondata la censura della Amministrazione statale, che ha lamentato come il TAR – non correttamente interpretando l'art. 64, comma 2, cod. proc. amm. – ha rilevato che essa, nel corso del procedimento, non avrebbe assolto all'onere di contestare in modo specifico i fatti allegati dalla ricorrente e suffragati dalla relazione tecnica con allegata documentazione fotografica prodotta in giudizio (asseritamente escludenti la stessa presenza e, dunque, la compromissione, nell'area interessata dall'intervento, delle essenze arboree tipiche della macchia mediterranea).

Invero, le caratteristiche della zona, che hanno giustificato l'imposizione del vincolo paesaggistico sul litorale domitio, tra cui la peculiare vegetazione mediterranea connotata da fitte macchie verdeggianti, costituiscono elementi di fatto qualificati normativamente dai provvedimenti impositivi del vincolo, peraltro non impugnati, assurgendo a parametri di valutazione della compatibilità paesaggistica dei singoli interventi edilizi e, dunque, ponendosi su un piano diverso dai fatti, principali e/o secondari, costituenti l'oggetto del *thema probandum* ed, in ipotesi, suscettibili di non contestazione ai sensi della citata disposizione processuale, di cui l'appellata sentenza ha, pertanto, fatto erronea applicazione, confondendo il piano normativo/valutativo con il piano processuale dell'individuazione dei fatti controversi e della distribuzione dell'onere della prova.

Peraltro, la circostanza ripetutamente emergente dalle stesse deduzioni di parte – secondo cui nel corso del tempo atti o comportamenti omissivi hanno portato al degrado, o addirittura alla cancellazione, di ampie aree un tempo caratterizzate dalle dune sabbiose del litorale domitio – rende del tutto ragionevole e legittima la

valutazione sulla non assentibilità di opere che ulteriormente riducano la presenza delle dune, e sull'esercizio in un senso rigoroso dei poteri tecnico-discrezionali, volti alla salvaguardia delle relative aree.

5.3. L'accoglimento dei motivi d'appello impone l'esame dei motivi di ricorso di primo grado (compresi i motivi aggiunti), dichiarati assorbiti dal T.a.r. ed espressamente riproposti dall'originaria ricorrente ed odierna appellata.

In reiezione di tali motivi, la Sezione osserva che:

- non è ravvisabile la dedotta violazione dell'art. 10-*bis* l. n. 241 del 1990 per omessa comunicazione dell'avviso di rigetto, in quanto dalla documentazione acquisita al giudizio emerge che il tecnico di fiducia dell'originaria ricorrente, il quale aveva elaborato il progetto e redatto la relazione tecnica allegati all'istanza di permesso di costruire, era stato invitato alla conferenza di servizi del 5 giugno 2012 e vi aveva partecipato (v. il verbale della conferenza di servizi, in atti), con conseguente piena osservanza delle garanzie partecipative procedurali;
- la motivazione posta dalla Soprintendenza a base del parere negativo si sottrae alla dedotta censura di eccesso di potere per motivazione insufficiente, carenza d'istruttoria, falsità dei presupposti di fatto e contraddittorietà dell'azione amministrativa, risultando la valutazione dell'incompatibilità (in concreto) della piscina con le caratteristiche paesaggistiche della zona sottoposta a vincolo sorretta da adeguato impianto motivazionale ed istruttorio, all'esito di una verifica tecnica della compatibilità, o meno, rispetto alle ragioni che avevano condotto l'assoggettamento della zona al vincolo paesaggistico, peraltro affatto smentita, nei presupposti fattuali, dalla documentazione fotografica e planimetrica prodotta dall'odierna appellata, dovendosi aver riguardo alla fascia di arenile vincolata (connotata dalla peculiare vegetazione mediterranea a fitte macchie verdeggianti) nel suo insieme, e non alla sola, ristretta, superficie interessata dall'intervento;

- l'apparente ridotta consistenza morfologica dell'intervento in esame, evidenziata nella perizia prodotta dall'odierna appellata, non costituisce circostanza idonea ad escludere *ab imis* ogni impatto sull'assetto paesistico, essendo l'Autorità preposta alla tutela chiamata a valutare anche la potenziale incidenza pregiudizievole che all'armonica configurazione d'insieme della fascia costiera possa essere arrecata da una pluralità di interventi analoghi, di cui ciascuno atomisticamente considerato di ridotta consistenza, ma nella loro sommatoria idonei ad alterare il quadro paesistico complessivo (infatti, la motivazione dell'impugnato parere negativo è incentrata sul rilievo dell'incompatibilità dell'intervento con i «*tratti distintivi del passaggio protetto*»);

- infine, destituita di fondamento è la censura di violazione dell'art. 1, comma 4, l. reg. 10 maggio 2012, n. 10 – secondo cui, per incentivare le attività turistico-balneari del litorale della Regione Campania ed incrementare i livelli occupazionali (comma 1), «*ferme restando le competenze statali di cui al decreto legislativo 42/2004, sono ammesse, per i titolari di concessioni demaniali marittime, anche la realizzazione o il ripristino di piscine rimovibili, purché integrate e coerenti con il contesto paesaggistico secondo la valutazione delle autorità preposte al vincolo*» –, poiché la citata disposizione di legge non autorizza i titolari di concessioni demaniali marittime a realizzare piscine in modo indiscriminato, ma fa espressamente salva la verifica della compatibilità paesaggistica dell'intervento singolo e concreto, a cura dell'Autorità investita della gestione del vincolo.

5.4. Per le esposte ragioni, in accoglimento dell'appello e in riforma dell'appellata sentenza, il ricorso di primo grado (compresi i motivi aggiunti) deve essere disatteso, con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisori.

6. In applicazione del criterio della soccombenza, le spese del doppio grado di giudizio, come liquidate nella parte dispositiva, devono essere poste a carico dell'originaria ricorrente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 7729 del 2013), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado (ricorso n. 4721 del 2012 T.a.r. Campania); condanna l'originaria ricorrente a rifondere all'Amministrazione appellante le spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre agli accessori di legge (di cui 1.000 euro per il primo grado e 1.500 per il secondo).

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2013, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Carella, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2014

IL SEGRETARIO

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