

Pubblicato il 29/03/2021

Sent. n. 801/2021

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 235 del 2020, proposto da: [omissis], rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Maggio e Vincenzina Cappelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per le Province di Salerno e Avellino, Ministero per i Beni Culturali ed Ambientali - Roma, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliata *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

Comune di Vibonati, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio; per l'annullamento,

della nota di diniego prot. [omissis];

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per le Province di Salerno e Avellino e del Ministero per i Beni Culturali ed Ambientali - Roma;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto, mediante Teams, ai sensi dell'art. 25 DL 137/2020, la dott.ssa Gaetana Marena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

Il titolare della struttura ricettiva sita nel Comune di Vibonati, catastalmente identificata al [omissis], vertente in area gravata da vincolo paesaggistico ai sensi dell'art. 142 comma 1 lett. a) D. Lgs. 42 del 2004, in quanto ricompresa nella fascia di m. 300 dalla linea di battigia, realizza, in assenza di titolo abilitativo, una tettoia aperta su tre lati, di circa 120 mq, composta da una struttura metallica bullonata alla pavimentazione esterna. Al fine di regolarizzare l'intervento, presenta, in data [omissis], un'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi degli artt. 167 e 181 del D. Lgs. 42 del 2004. L'Amministrazione comunale, valutato favorevolmente l'inserimento paesaggistico dell'opera, trasmette, in data [omissis], il parere alla Soprintendenza, la quale, in data [omissis], comunica i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ed il [omissis]adotta il parere negativo, n. [omissis], cui segue il diniego comunale n. [omissis]. Avverso i suddetti atti, il titolare epigrafato

propone gravame di annullamento, mediante ricorso notificato in data 01.02.2020 e depositato il 15.02.2020, assistito dalle seguenti censure di illegittimità:

1. VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 E 181 D. LGS. 42 DEL 2004) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 LEGGE N. 241 DEL 1990 – DIFETTO DI MOTIVAZIONE) – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI GERARCHIA DELLE FONTI - ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÁ – ILLOGICITÁ – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA – DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – TRAVISAMENTO - IRRAGIONEVOLEZZA).

La parte ricorrente si duole dell'illegittimità del parere negativo, atteso che la Soprintendenza non avrebbe, a suo dire, adeguatamente motivato in merito al concreto impatto dell'opera sul circostante scenario paesaggistico ed avendo, per contro, fondato la sua decisione finale unicamente sullo sfioramento del limite percentuale fissato nella circolare ministeriale n. 33 del 2009.

2. VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 E 181 D. LGS. 42 DEL 2004) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 LEGGE N. 241 DEL 1990) — VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 10 BIS LEGGE N. 241 DEL 1990) - ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÁ – ILLOGICITÁ – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA – DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – TRAVISAMENTO - IRRAGIONEVOLEZZA).

La parte ricorrente si duole del fatto che il provvedimento gravato ha pretermesso una congrua motivazione con riguardo alle osservazioni al preavviso di rigetto depositate dal ricorrente, ex art. 10 *bis* L. 241/1990.

3. SUL DINIEGO RESO DAL COMUNE DI VIBONATI: VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 E 181 D. LGS. 42 DEL 2004) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 LEGGE N. 241 DEL 1990) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 2 LEGGE N. 241 DEL 1990) – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEI TERMINI PER LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO - ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÁ – ILLOGICITÁ – DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – TRAVISAMENTO IRRAGIONEVOLEZZA).

La parte ricorrente si lamenta dell'illegittimità del diniego comunale, che, in ragione della tardività del parere reso dalla Soprintendenza, reso ben oltre il termine perentorio di 90 giorni previsto dall'art. 167 del D. Lgs. 42 del 2004, avrebbe dovuto esplicitare una propria autonoma e motivata valutazione. In data 20.02.2020 si costituisce in giudizio la Soprintendenza, depositando documenti e memoria, nella quale, controdeducendo alle avverse prospettazioni di parte ricorrente, conclude per il rigetto del ricorso.

Nell'udienza pubblica del 24 marzo 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto, mediante Teams, la causa è introitata per la decisione.

Il ricorso è rigettato.

Vanno disattese, in quanto prive di pregio, tutte le censure, articolate dalla parte ricorrente, nei tre motivi di gravame, che si scrutano insieme per affinità contenutistica.

La materia del contendere verte sulla sanabilità postuma di una tettoia esterna in tubolari in acciaio con copertura a pannelli coibentati di finto cotto antichizzato adiacente alla sala ristorante dell'hotel per una superficie di mq 120.

La Soprintendenza, con parere del 3 dicembre, oggetto del presente gravame, così stabilisce: “considerato che non è possibile dar corso all'istanza, in quanto, vista la circolare n. 33 del 26.06.2009 del Segretario Generale del Ministero per i Beni e le Attività Culturali...considerato che tali condizioni non sono riscontrabili nell'intervento proposto...considerato che dalle controdeduzioni ai motivi ostativi non emergono motivazioni che ne consentano l'accoglimento”.

E' legittimo il parere negativo di insanabilità postuma del manufatto, atteso che la tettoia, oggetto dell'istanza, in quanto di notevole dimensioni, è qualificabile come intervento di nuova costruzione, che, perciò solo, inibisce l'operatività dell'art. 167 D.Lgs. 42/2004.

Com'è noto, i commi 4 e 5 dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004 sanciscono, in linea di principio, la regola della non sanabilità *ex post* degli abusi, sia sostanziali che formali, aventi rilevanza paesaggistica; la ratio è quella di precludere qualsiasi forma di legittimazione del "fatto compiuto", in quanto l'esame di compatibilità paesaggistica deve sempre precedere la realizzazione dell'intervento. Il rigore del

predetto precetto è ridimensionato da poche eccezioni tassative, tutte relative ad interventi privi di impatto sull'assetto del bene vincolato. Sono suscettibili di accertamento postumo di compatibilità paesaggistica gli interventi realizzati in assenza o difformità dell'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; l'impiego di materiali diversi da quelli prescritti dall'autorizzazione paesaggistica; i lavori configurabili come interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi della disciplina edilizia (Cons. Stato, sez. VI, 06.02.2019; T.A.R. Milano, sez. III, 05/08/2019, n.1821). L'art. 167 comma 4, lett. a), d.lgs. n. 42 del 2004 riguarda qualsiasi incremento volumetrico, finanche interrato, aggiungendosi che esulano dal concetto solo le opere aventi funzione servente e prive di funzionalità autonoma (T.A.R. Napoli, sez. III, 01/04/2019, n.1783). Peraltro, in ambito paesaggistico la nozione di "superficie utile" di cui all'art. 167 d. lgs. n. 42 del 2004 deve essere intesa in senso ampio e finalistico, ossia non limitata agli spazi chiusi o agli interventi capaci di provocare un aggravio del carico urbanistico, quanto piuttosto considerando l'impatto dell'intervento sull'originario assetto del territorio e, quindi, l'idoneità della nuova superficie, qualunque sia la sua destinazione, a modificare stabilmente la vincolata conformazione originaria del territorio, sicché di superficie utile deve parlarsi in presenza di qualsiasi opera edilizia calpestable o che può essere sfruttata per qualunque uso, atteso che il concetto di utilità ha un significato differente nella normativa in materia di tutela del paesaggio rispetto alla disciplina edilizia (TAR Milano, sez. II, 08/05/2019, n.1033).

Va poi aggiunto che il D.P.R. 31/2017, – Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata, nell'allegato B, disciplinante i casi di procedimento autorizzatorio semplificato, al punto B.17 statuisce che è sottoposta a tale procedimento "la realizzazione di tettoie, porticati, chioschi da giardino di natura permanente e manufatti consimili aperti su più lati, aventi una superficie non superiore a 30 mq o di manufatti accessori o volumi tecnici con volume emergente fuori terra non superiore a 30 mc".

Calando le coordinate normative ed ermeneutiche nella fattispecie sottoposta allo scrutinio del Collegio, il parere dell'Autorità Tutoria si appalesa legittimo, atteso che la tettoia in contestazione ha una dimensione strutturale di mq 120, suscettibile di arrecare un apprezzabile impatto volumetrico sul territorio, con conseguente aggravio del carico insediativo e, come tale, assentibile con permesso di costruire (T.A.R. Salerno, Sez. II, 18/04/2019, n.642).

Com'è noto, è dominante in giurisprudenza la considerazione per cui non è necessario che l'alterazione dell'assetto urbano avvenga mediante realizzazione di opere murarie; le opere preordinate a soddisfare esigenze non precarie sotto il profilo funzionale, incidenti sul tessuto urbanistico ed edilizio, a prescindere dal materiale impiegato – sia esso metallo, laminato di plastica, legno o altro materiale – sono subordinate al rilascio del titolo edilizio (Consiglio di Stato sez. II, 25/05/2020, n.3329). Gli interventi consistenti nell'installazione di tettoie o di altre strutture analoghe che siano comunque apposte a parti di preesistenti edifici come strutture accessorie di protezione o di riparo di spazi liberi, cioè non compresi entro coperture volumetriche previste in un progetto assentito, possono ritenersi sottratti al regime del permesso di costruire solo ove la loro conformazione e le loro ridotte dimensioni rendono evidente e riconoscibile la loro finalità di arredo o di riparo e protezione (anche da agenti atmosferici) dell'immobile cui accedono; tali strutture necessitano del permesso di costruire quando le loro dimensioni sono di entità tale da arrecare una visibile alterazione dell'edificio e alle parti dello stesso su cui vengono inserite o, comunque, una durevole trasformazione del territorio con correlato aumento del carico urbanistico. Alle condizioni descritte, infatti, la tettoia costituisce una nuova costruzione assoggettata al regime del permesso di costruire (T.A.R. Napoli, sez. IV, 14/05/2020, n.1802), ove, per la cospicua estensione spaziale e funzionale, non si limiti ad essere una copertura di mera protezione (cfr. TAR, Liguria, Genova, sez. I, 10 aprile 2018, n. 310).

E tanto basta a reputare inconferenti tutte le doglianze formulate dalla parte ricorrente, sul difetto motivazionale circa l'impatto negativo del manufatto nello scenario circostante, atteso che, a fronte di un nuovo volume (come nel caso in esame, pari a mq 120), il parere negativo assurge ad atto

dovuto, stante l'incontestabile preclusione dell'art. 167 D.Lgs. 42/2004, a nulla rilevando, peraltro, il richiamo, esplicitato nel substrato argomentativo, alla circolare del 2009.

Va chiarito, infatti, che, come suffragato da granitica giurisprudenza, le circolari costituiscono criteri di riferimento interpretativo a carattere interno finalizzate a garantire un'uniforme applicazione delle norme di legge, risultando tuttavia quasi pleonastico evidenziare che la circolare interpretativa non possa legittimare l'inosservanza di principi direttamente e chiaramente stabiliti dalla legge, dovendosi conseguentemente disattendere le circolari sulla base del principio di prevalenza del dettato legislativo (TAR BARI Sez. II, 14/09/2012, n. 1660; TAR SALERNO Sez. I, 13/01/2016, n. 17); ne discende che una circolare, in un'ottica gerarchica delle fonti del diritto, non può assurgere, in alcun caso, a strumento integrativo di un precetto normativo. Questo implica che il limite percentuale del 25% dell'area di sedime del fabbricato, scandito nella circolare del 2009 e richiamato dalla Soprintendenza, può valere come mero criterio orientativo, ma non come elemento fondante, in chiave di esclusività, un giudizio valutativo, che, nella sua portata tecnica, implica sempre e comunque una disamina analitica del concreto impatto dell'opera in contestazione sull'ambiente.

E' chiaro, però, che nel caso in esame, la presenza di un nuovo volume vale ad esonerare l'Ente consultivo da qualsivoglia ulteriore profilo argomentativo in merito, nei termini su esposti.

Quanto premesso porta poi a disattendere anche l'altro rilievo formulato nel secondo motivo di ricorso, circa la violazione dell'art. 10 bis L. 241/1990, atteso che la parte ricorrente, nelle sue deduzioni, si limita semplicemente a contestare la non operatività della circolare citata, rimarcando la natura pertinenziale della tettoia. La consistenza dimensionale dell'opera in contestazione basta a reputare assolto ogni onere motivazionale ed escluderne la sanabilità postuma.

Non coglie nel segno il rilievo formulato nel terzo motivo di ricorso, circa l'illegittimità del diniego comunale, per carenza motivazionale.

Ed invero, sulla base della documentazione versata in atti, il Collegio riscontra la tardività del parere, emesso ben oltre il termine dei 90 giorni legalmente stabiliti, avendo l'Amministrazione Comunale trasmesso la richiesta di parere, in data [omissis], alla Soprintendenza, la quale, il [omissis], comunica i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ed il [omissis] adotta il parere negativo, n. [omissis], cui segue il diniego comunale n. [omissis]. Il parere negativo dell'Autorità consultiva, ancorchè tardivamente adottato, rimane valido, ma perde la sua vincolatività, con la conseguenza, almeno in linea di principio, per cui il Comune avrebbe dovuto fornire una puntuale e più analitica motivazione nell'atto del suo recepimento (Cons. Stato, Sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3561). Nel caso di specie, è incontestabile che, stante l'acclarata insanabilità postuma dell'opera contestata, nei termini su esposti, il contenuto del provvedimento comunale, ove rieditato, non avrebbe potuto essere diverso.

Per quanto premesso, il ricorso è rigettato.

Stante la complessità della vicenda, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania- Sezione Staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Olindo Di Popolo, Consigliere

Gaetana Marena, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Gaetana Marena

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO