



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

sul ricorso numero di registro generale 10138 del 2018, proposto da Ministero per i Beni e Le Attivita' Culturali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Retrogusto S.a.s. di Alessandro Carecci & C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mauro Finocchito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune Di Otranto non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 01440/2018, resa tra le parti, concernente parere contrario alla realizzazione di una struttura di copertura a servizio del ristorante Retrogusto e conseguente autorizzazione paesaggistica;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Retrogusto S.a.s. di Alessandro Carecci & C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2019 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Mauro Finocchito, l'avvocato dello Stato Paola De Nuntis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame l'odierna parte appellante impugnava la sentenza n. 1440 del 2018, redatta in forma semplificata, con cui il Tar Lecce accoglieva l'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto avverso la nota 20.4.2018 prot. n. 7294 della Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio di Lecce, contenente parere contrario alla realizzazione di una struttura di copertura di facile rimozione (dehors) in adeguamento al Regolamento Comunale dell'Arredo Urbano, a servizio del ristorante "Retrogusto", su suolo pubblico in concessione alla via Ten. Eula in Otranto, portata a conoscenza del ricorrente con nota 15\6\2018 prot. n. 4653 dell'U.T.C., nonché avverso il conseguente provvedimento comunale del 26\6\2018 di diniego dell'autorizzazione paesaggistica.

La sentenza accoglieva il ricorso sul profilo reputato assorbente del difetto di istruttoria, "non avendo le pp.aa. intimate tenuto adeguatamente conto della circostanza, dal Comune poi evidenziata con la nota appena citata - e che comunque risultava già dal 'parere istruttorio ai fini urbanistici' dell'UTC in data 27\2\2018 -, che "Via Ten. Eula, sulla quale prospetta l'esercizio pubblico della Retrogusto s.a.s. [...], ricade al di fuori del centro storico e che per tale tipo di esercizi le aree pubbliche lungo la stessa non sono assoggettate ad alcun divieto o limitazione ai sensi del combinato disposto del Piano di Commercio e dell'art. 52 del D.lgs. n. 42/2004".

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, il Ministero appellante censurava la sentenza impugnata ritenendola erronea in quanto la Soprintendenza aveva rilevato una pluralità di ragioni, in specie che l'area interessata, cioè la Via Ten Eula oltre che sottoposta a vincolo paesaggistico con D.M 20.9.1975, risultava tutelata ope legis ai sensi dell'art. 42 comma 1 lett.a) territori costieri e fiumi torrenti corsi d'acqua come risultante dal PPTR della Puglia; aveva altresì espresso parere contrario al progetto in quanto l'ubicazione, la tipologia, le dimensioni planovolumetriche (occupazione di mq 40,60 altezza interna del manufatto 2,40 metri) le soluzioni costruttive, i materiali e le finiture della struttura amovibile, proposte dalla società ricorrente, erano state regolamentate dal Comune senza il previsto coinvolgimento del Soprintendente, ai sensi del citato art 52.

La parte appellata si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo le censure di primo grado.

Con ordinanza n. 715\2019 veniva accolta la domanda cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata.

Alla pubblica udienza del 6\6\2019 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto il diniego – derivante dal parere vincolante della Soprintendenza - opposto alla progettata installazione del dehors, di cui alla narrativa in fatto.

L'originario preavviso di diniego (cfr. nota datata 15 marzo 2018) concludeva esprimendo “parere contrario al progetto in quanto l'ubicazione, la tipologia, le dimensioni planivolumetriche, le soluzioni costruttive, i materiali e le finiture della struttura amovibile proposta sono state regolamentate da Codesto Comune senza il previsto coinvolgimento del Soprintendente ai sensi del citato art. 52, finalizzato ad individuare concordemente le aree pubbliche aventi valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico nelle quali vietare o sotto-porre a condizioni particolari l'esercizio del commercio”.

Sulla scorta del parere definitivo (datato 20 aprile 2018) la difesa erariale pone a base dei motivi di appello gli ulteriori vizi ivi rilevati, concernenti in particolare la sussistenza del vincolo ex lege, in quanto l'area interessata, cioè la Via Ten Eula, risultava tutelata ope legis ai sensi dell'art. 42 comma 1 lett.a) territori costieri e fiumi torrenti corsi d'acqua come risultante dal PPTR della Puglia.

2. Con riferimento alla sussistenza del vincolo ex lege, appaiono fondate le controdeduzioni formulate dalla difesa di parte appellata, in quanto nel caso di specie assume rilievo preminente il limite dettato dalla stessa disciplina di principio invocata.

Come noto, l'art. 142, ai fini di causa, statuisce quanto segue: *“1. Sono comunque di interesse paesaggistico e sono sottoposti alle disposizioni di questo Titolo:*

a) i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare;

2. La disposizione di cui al comma 1, lettere a)...., non si applica alle aree che alla data del 6 settembre 1985:

a) erano delimitate negli strumenti urbanistici, ai sensi del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, come zone territoriali omogenee A e B;

b) erano delimitate negli strumenti urbanistici ai sensi del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, come zone territoriali omogenee diverse dalle zone A e B, limitatamente alle parti di esse ricomprese in piani pluriennali di attuazione, a condizione che le relative previsioni siano state concretamente realizzate...”.

Nel caso di specie, dall'esame nella documentazione acquisita in via istruttoria (cfr. parere istruttorio datato 27/2/2018), è specificato che “l'intervento ricade in zona destinata dal vigente P.R.G. a ‘Zona B – di completamento – viabilità pubblica’ anche se nel parere n. 7294 del 20 aprile 2018 è poi citata l'esistenza del D.M. 20/9/1975 che andrà meglio esplicitata e valutata, specie in relazione al singolo progetto, nel prosieguo dell'azione amministrativa come si dirà avanti).

3.1 Con riferimento al mancato coinvolgimento della Soprintendenza nell'esercizio dei poteri di cui all'art 52 d.lgs. 42 cit., se per un verso è pur vero che il parere

imposto dalla norma invocata risulta essere stato acquisito sulla versione originaria della disciplina (risalente al 2008), per un altro e decisivo (ai fini di causa) verso il riferimento ostativo è generico in quanto privo del necessario esame del singolo e specifico progetto.

Infatti, lungi dal contestare la consistenza e gli elementi concernenti l'oggetto della valutazione, imposta dal presunto vincolo paesaggistico, la Soprintendenza si è limitata, in definitiva e sostanzialmente, a contestare il mancato coinvolgimento a monte, in merito alla modifica della regolamentazione ex art. 52.

Peraltro, tale ultima disciplina concerne primariamente il diverso ambito della c.d. tutela indiretta (di cui finisce per costituire una delle forme) dei beni di interesse culturale, in senso lato, potendo anche poi tutelare il paesaggio mentre nel caso di specie il vincolo paesaggistico invocato ex lege non sussiste sulla scorta di quanto sopra evidenziato.

In definitiva anche l'interesse paesaggistico rileva quale fondamento del potere di cui all'art. 52 di vietare o sottoporre a condizioni particolari l'esercizio del commercio ma ovviamente trattandosi di un potere conformativo delle attività commerciali nei centri storici non può revocarsi in dubbio che il suo fulcro risieda nella tutela dei beni culturali.

La norma recita : “Con le deliberazioni previste dalla normativa in materia di riforma della disciplina relativa al settore del commercio, i comuni, sentito il soprintendente, individuano le aree pubbliche aventi valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico nelle quali vietare o sottoporre a condizioni particolari l'esercizio del commercio”.

In proposito, come noto, la norma di cui all'art. 52 cit. riconnette la disciplina di tutela dei beni aventi rilievo storico, artistico culturale ed anche paesaggistico con quella — di ordine commerciale — che presiede la regolazione delle attività di libera iniziativa economica su area pubblica. Il delicato rapporto tra protezione dell'ambiente cittadino con caratteri di rilevanza storico, artistica, culturale ed

ambientale e la disciplina della libertà di iniziativa economica è stata oggetto di diversi approfondimenti, dottrinari e giurisprudenziali, secondo i quali, nonostante la costante riduzione normativa dei limiti ai quali assoggettare la seconda, residua ancora uno specifico potere della P.A. di individuare su base territoriale ambiti e forme di protezione dell'ambiente urbano che si sostanzino in una interdizione — qualitativa o quantitativa — allo svolgimento di attività commerciali alle condizioni di legge.

In linea generale, in ordine al necessario contemperamento dei diversi compiti spettanti alle pubbliche amministrazioni coinvolte, la giurisprudenza della sezione (cfr. ad es. Consiglio di Stato , sez. VI, 7/5/2015 , n. 2302) ha avuto modo di evidenziare come, nel sistema delineato dal c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio, il ruolo degli enti territoriali (Regioni, Comuni, Città metropolitane e Province) sia individuato nel concorso, seppure con varie modulazioni di doverosità, ai compiti pubblici riguardanti il patrimonio culturale.

Ciò emerge con chiarezza già dalle «Disposizioni generali», recanti i principi di base della normativa e dell'attribuzione dei compiti, per cui gli enti territoriali insieme con lo Stato «assicurano e sostengono la conservazione del patrimonio culturale e ne favoriscono la pubblica fruizione e la valorizzazione.» (art. 1, comma 3), «cooperano con il Ministero nell'esercizio delle funzioni di tutela» (art. 5, comma 1), perseguono con il Ministero «il coordinamento, l'armonizzazione e l'integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici.» (art. 7, comma 2) e i loro beni culturali, in quanto di appartenenza pubblica, sono di per sé «destinati alla fruizione della collettività» (art. 2, comma 4).

Questa, pur differenziata e articolata, posizione è ribadita e specificata nelle norme successive del d.lg. n. 42/2004 cit. in cui si prevede la partecipazione degli enti territoriali a compiti afferenti alla tutela (come è negli artt. 14, comma 1; 17, comma 1; 18, comma 2; 24, comma 1; 46, comma 1; 52; 62), alla conservazione (articoli 30, comma 1, 40, comma 1), alla fruizione e valorizzazione (articoli 101, comma 3; 102, comma 1, 103; 112 commi 1, 4 e 5).

È in tale contesto che deve muoversi una coordinata attività amministrativa, anche in relazione all'adeguamento di strumenti fondamentali quali quelli di cui all'art. 52 citato.

3.2 Nel caso in esame, se in termini più ampi è pur vero che il coinvolgimento della Soprintendenza, imposto dalla norma predetta, non può che riguardare anche gli atti generali successivi a quelli sottoposti alla valutazione (nel caso di specie pianificazione e successivo regolamento), pena la lesione delle prerogative primarie degli organi statali in materia, in relazione alla fattispecie in contestazione viene in rilievo la specifica questione paesaggistica del progetto, in relazione alla quale la Soprintendenza, invece di svolgere uno specifico esame dell'area, del progetto e dell'impatto, ha invocato il dato procedurale del mero generico mancato coinvolgimento su di un atto di valenza più ampia.

A conferma di ciò, l'articolata motivazione del parere negativo appare, all'attento esame proprio della presente fase di merito, viziata in termini di contraddittorietà, in specie per una serie di considerazioni in ordine alle carenze istruttorie (che avrebbero dovuto essere oggetto di integrazione come quelle relative alla collocazione dell'intervento nella zona B), e di genericità, per la mancata valutazione specifica del progetto in esame.

A quest'ultimo proposito, lungi dall'approfondire i caratteri del progetto in relazione al contesto coinvolto, la p.a. si è limitata ad invocare un vincolo ex lege (peraltro non sussistente) ed il mancato coinvolgimento in attività generale in tema di vincolo indiretto, senza esaminare quanto in concreto proposto, anche in relazione al contesto esistente ed alla presenza di una pluralità di analoghe strutture positivamente assentite.

In particolare, proprio a fronte della accertata insussistenza del vincolo ex lege, in considerazione degli elementi rilevanti in termini di eccezione ex art. 142 comma 2 cit., il mero generico riferimento al mancato generale coinvolgimento sulle modifiche alla regolamentazione ex art. 52 cit. non appare sufficiente a sostenere

l'esito negativo dello specifico procedimento paesaggistico in esame.

Resta la necessità di una condivisa regolamentazione dello strumento di tutela indiretta ex art. 52 cit., avente estensione ai beni culturali in senso lato (*“Con le deliberazioni previste dalla normativa in materia di riforma della disciplina relativa al settore del commercio, i comuni, sentito il soprintendente, individuano le aree pubbliche aventi valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico nelle quali vietare o sottoporre a condizioni particolari l'esercizio del commercio”*), tale da costituire cornice chiara per tutti i progetti presentati in relazione all'area interessata.

4. Con riferimento alla valutazione della motivazione del caso di specie, in linea generale va ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in tema di determinazioni paesaggistiche, l'amministrazione è tenuta ad esternare adeguatamente l'avvenuto apprezzamento comparativo, da un lato, del contenuto del vincolo e, dall'altro, di tutte le rilevanti circostanze di fatto relative al manufatto ed al suo inserimento nel contesto protetto.

Al riguardo, come noto, la tutela del paesaggio, avente valore costituzionale e funzione di preminente interesse pubblico, è nettamente distinta da quella dell'urbanistica. In tale ottica, la funzione dell'autorizzazione paesaggistica è quella di verificare la compatibilità dell'opera edilizia che si intende realizzare con l'esigenza di conservazione dei valori paesistici protetti dal vincolo, dovendo l'autorità preposta unicamente operare un giudizio in concreto circa il rispetto da parte dell'intervento progettato delle esigenze connesse alla tutela del paesaggio stesso.

In proposito, la normativa vigente non sancisce in modo automatico l'incompatibilità di un qualunque intervento sul territorio con i valori oggetto di tutela per cui, nelle ipotesi in cui l'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo sia chiamata a valutare l'effettiva consistenza e la localizzazione dell'intervento oggetto di esame, al fine di confermare o escludere la concreta compatibilità dello stesso con i valori tutelati nello specifico contesto di riferimento, non può ritenersi

sufficiente il generico richiamo all'esistenza del vincolo, essendo al contrario necessario un apprezzamento di compatibilità da condurre sulla base di rilevazioni e di giudizi puntuali (cfr. ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2016 n. 5108).

Conseguentemente, il diniego di autorizzazione paesaggistica non può limitarsi ad esprimere valutazioni apodittiche e stereotipate, dovendo specificare le ragioni del rigetto dell'istanza ovvero esplicitare i motivi del contrasto tra le opere da realizzarsi e le ragioni di tutela dell'area interessata dall'apposizione del vincolo. Non è sufficiente, quindi, la motivazione del diniego fondata su una generica incompatibilità, non potendo l'Amministrazione limitare la sua valutazione al mero riferimento ad un pregiudizio ambientale, utilizzando espressioni vaghe e formule stereotipate (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 30 ottobre 2017, n. 5016 e sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 853).

Applicando tali coordinate al caso di specie, dall'analisi della documentazione in atti emerge la fondatezza del vizio dedotto in prime cure e posto a fondamento della sentenza appellata.

La carenza della valutazione che la p.a. avrebbe dovuto svolgere, nei termini imposti dai principi predetti, emerge anche dalla mancata valutazione del contesto, caratterizzato da diverse strutture simili, con conseguente palese rischio di disparità di trattamento. La nuova valutazione, conseguente all'annullamento di cui alla sentenza appellata, dovrà svolgersi sulla scorta dei principi predetti, del necessario approfondimento in merito ai vincoli concretamente sussistenti in loco (come quello, peraltro solo formalmente citato, del D.M. del 1975), nonché della verifica della compatibilità del progetto nel contesto predetto. Resta altresì la necessità di sottoporre al parere della Soprintendenza tutti gli atti rilevanti ai sensi del predetto art. 52 d.lgs. 42 cit..

5. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va respinto.

Sussistono giunti motivi per procedere alla compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO