



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

N.30/2008

Reg.Dec.

N. 9014 Reg.Ric.

ANNO 2006

DECISIONE

sul ricorso in appello n.9014 del 2006 proposto dal Ministero per i beni e le
attività culturali in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è per legge
domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n.12;

contro

Ser.pe.co s.r.l., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e
difesa dall'avv. Antonio Sasso, con il quale è elettivamente domiciliata in
Roma, al Lungotevere Flaminio n.46, presso il dott. Gianmarco Grez;

e nei confronti

del Comune di Torre del Greco in persona del Sindaco p.t.;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo della Campania, Napoli
Sezione III, n. 3965 del 2006, in data 4 maggio 2006, resa tra le parti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive
difese;

Visti gli atti tutti della causa;

all'udienza pubblica del 30 ottobre 2007, relatore il Consigliere Domenico Cafini, uditi l'avv. Chierroni per delega dell'avv. Sasso e l'avv. dello Stato Massarelli;

considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso depositato il 9.2.2006 al TAR per la Campania, Napoli, la società Ser.pe.co a r.l. - premesso che aveva ottenuto dal Comune di Torre del Greco l'autorizzazione n. 59/2005 per la realizzazione di un impianto di distribuzione di carburanti, con annessi servizi accessori e commerciali - impugnava il decreto del Soprintendente per i beni architettonici ed il paesaggio di Napoli e provincia del 14.11.2005, la nota del medesimo Soprintendente 15.11.2005 n. 24675, nonché la nota del dirigente del settore urbanistica del Comune di Torre del Greco 29.11.2005 n.74431/05, concernenti l'annullamento del provvedimento comunale 10.8.2005 n.59, di rilascio in favore della ricorrente dell'autorizzazione ex art.146 D.Lgs. n, 42/2004 per l'esecuzione dei lavori di realizzazione del menzionato impianto.

Nel chiedere l'annullamento degli atti anzidetti - e, in particolare, del decreto con il quale la Soprintendenza aveva annullato l'autorizzazione avanti indicata - la società ricorrente deduceva i seguenti motivi di diritto:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 e dell'art. 146 D.Lgs. n. 42/2004, atteso che il provvedimento soprintendentizio impugnato era stato adottato senza comunicare l'avviso di avvio del procedimento e senza garantire, quindi, all'interessato la partecipazione al procedimento stesso;

b) violazione e falsa applicazione art. 3 della legge n. 241/1990 e dell'art. 146 del D.Lgs. n. 42/2004, risultando il detto provvedimento “adottato in assenza di qualsivoglia motivazione ... senza alcuna concreta indicazione degli effettivi elementi di contrasto e di pregiudizio dell'opera con l'ambiente circostante nonché dei caratteri del paesaggio che si intendono violati”.

2. Con la sentenza in epigrafe specificata, il TAR adito accoglieva il ricorso, ritenendo fondata la dedotta censura di violazione dell'art. 7 L. n. 241/1990, con assorbimento degli ulteriori motivi; e ciò in quanto l'Amministrazione dei beni e le attività culturali, mentre era tenuta a comunicare all'interessato l'avvio del procedimento, onde consentirgli di valutare l'opportunità di parteciparvi e tutelare quindi le proprie posizioni giuridiche soggettive, nella specie invece non avrebbe provveduto a tale comunicazione.

3. Avverso tale sentenza è stato interposto l'odierno appello, con il quale il Ministero ricorrente ha criticato la predetta statuizione, ritenuta ingiusta e lesiva, deducendo che, nel caso specifico, la comunicazione del Comune di Torre del Greco n. 56059 in data 21.9.2005, recava, tra i destinatari, oltre alla Soprintendenza per i beni architettonici e per il paesaggio di Napoli e provincia, anche la società Ser.pe.co. e che, pertanto, l'obbligo di comunicazione era stato compiutamente assolto nel caso in esame, sulla base di quanto disposto dal Codice dei beni culturali e ambientali n.42/2004, entrato in vigore il 1°.5.2004 (e quindi prima dell'autorizzazione rilasciata dal Comune alla società interessata il 10.8.2005), che stabilisce espressamente che la Regione o il Comune

comunicchino alla Soprintendenza le autorizzazioni rilasciate e che tale comunicazione vada contestualmente inviata agli interessati e costituisca avvio del procedimento ai sensi della legge n.241/1990, ed osservando, inoltre, nel merito, che nel Comune suddetto era in vigore uno strumento vigente di pianificazione territoriale paesaggistica; approvato con D.M. 4.7.2002, per effetto del quale, ogni valutazione logico-discrezionale deve cedere il passo alla palese violazione della norma.

Nelle conclusioni l'Amministrazione per i beni e le attività culturali ha chiesto, quindi, l'accoglimento dell'appello, con conseguente annullamento della sentenza di primo grado Ricostituitosi, nell'attuale fase di giudizio, il contraddittorio, la società Ser.pe.co ha controdedotto ai motivi ex adverso svolti, rappresentando tra l'altro - in relazione al primo motivo del ricorso in appello - che la nota del Comune di Torre del Greco in data 21.9.2005, indicata nell'appello stesso, non risultava ad essa società pervenuta, nonostante che nella nota medesima venisse precisato che la si trasmetteva pure alla Ser.pe.co. s.r.l. e che tale trasmissione costituiva invio dell'avviso di procedimento, con la conseguenza che il decreto impugnato sarebbe stato dunque illegittimo, come rilevato dal TAR, per violazione dell'art.7 L. n.241/1990 nonché dell'art.146 del D.Lgs. n.42/2004.

Alla camera di Consiglio del 21.11.2006 l'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza n.6142/2006.

4. Con decisione interlocutoria n. 3091 del 2007 questa Sezione, ritenuto necessario ai fini della pronuncia definitiva, conoscere dal Comune di Torre del Greco gli estremi di comunicazione e di ricezione da parte della Ser.pe.co. s.r.l. della nota n. 56059 in data 21.9.2005 a firma del dirigente

del 6° Settore – Ambiente e territorio di detto Comune, nonché ogni ulteriore elemento o documento ritenuto utile per la pronuncia definitiva sulla controversia in esame, ha ordinato al Comune stesso di depositare presso la Segreteria della Sezione la menzionata documentazione.

Tale documentazione è stata poi depositata dall'ente locale intimato in data 16.7.2007.

5. La società appellata, con memoria successivamente depositata, ha ulteriormente argomentato le proprie tesi (alla luce anche della documentazione trasmessa in esito alla suddetta decisione interlocutoria e, in particolare, della nota 5.7.2007 n. 45673 del dirigente comunale preposto al Settore Urbanistica del Comune di Torre del Greco), insistendo per la rievazione del ricorso in esame.

La causa è stata, infine, assunta in decisione alla pubblica udienza del 30 ottobre 2007.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Come emerge dalla esposizione in fatto, la controversia odierna concerne essenzialmente la legittimità del decreto in data 14.11.2005 del Ministero per i beni e le attività culturali – Soprintendenza per i beni architettonici e per il paesaggio storico e artistico di Napoli e provincia - di annullamento dell'autorizzazione n. 59/2005 per la realizzazione di un impianto di distribuzione di carburanti, con annessi servizi accessori e commerciali rilasciata dal Comune di Torre del Greco all'odierna società appellata, sicchè la disciplina procedimentale nella specie applicabile, ai sensi dell'art. 183, comma 7, del Codice dei beni culturali e del paesaggio

(D.Lgs. 22.1. 2004, n.42), è quella stabilita dall'art. 159 del medesimo Codice, entrato in vigore appunto in data anteriore (1.5.2004).

Deve osservarsi, peraltro, che, in relazione alla disciplina riferita al regime dell'avviso di inizio del procedimento, nella fase di competenza dell'Autorità statale dopo l'avvenuto esame da parte dell'ente territoriale sub-delegato (nella specie, appunto, il Comune di Torre del Greco) della domanda della società interessata, va fatto riferimento anche al momento di adozione dei provvedimenti comunali annullati, adottati pur'essi nella vigenza della nuova normativa.

Ora, con riguardo a quanto esposto, va evidenziato che il citato art. 159 del D.Lgs. n.42/2004, dispone, al comma 1, che la comunicazione, da parte dell'ente sub-delegato competente, delle autorizzazioni rilasciate, debba essere inviata "contestualmente.....agli interessati, per i quali costituisce avviso di inizio di procedimento, ai sensi e per gli effetti della legge 7 agosto 1990, n.241".

Dal tenore di tale disposizione emerge chiaramente la scelta operata in sede legislativa nel senso di una sorta di "dualità" del procedimento riguardante l'esame complessivo della conformità paesaggistica dell'iniziativa edilizia del richiedente il provvedimento comunale in sanatoria.

Può individuarsi, infatti, nella legge stessa, da una parte, un momento iniziale di ordine autorizzatorio, di competenza dell'ente territoriale delegato, dall'altra, un momento successivo, di verifica dell'autorizzazione rilasciata, appartenente alla competenza dell'Autorità statale, con conseguente autonomia del procedimento innanzi quest'ultima e

prerogative connesse di partecipazione, attribuite specificamente al soggetto interessato, prerogative in certo senso rinnovate, rispetto a quelle della precedente fase svoltasi a seguito della sua domanda di autorizzazione innanzi all'ente territoriale delegato.

Alla stregua di siffatta scelta legislativa deve considerarsi quindi abrogato, per incompatibilità con una norma sopravvenuta di rango superiore, l'art.4, comma 1 bis del D.M 13.6.1994, n.495, come modificato dal D.M. 19.6.2002, n.165, secondo cui la comunicazione ex art.7 L. n.241/1990 non è dovuta per i procedimenti disciplinati dall'art. 151 del T.U. n.490/1999, ritenendosi così non necessaria la comunicazione di avvio del procedimento all'atto dell'invio al controllo dell'Autorità statale delle autorizzazioni paesaggistiche.

2. Tale essendo il quadro normativo di riferimento, la contestata sentenza non appare tuttavia censurabile per avere escluso la violazione dell'obbligo di comunicazione dell' avvio del procedimento di competenza dell'Autorità statale, atteso che dalla documentazione depositata agli atti di causa in data 16.7.2007 dal Comune di Torre del Greco - in adempimento alla decisione interlocutoria di questa Sezione n 3091/2007 - risulta inclusa, in particolare, la nota 5.7.2007 n. 45673, a firma del dirigente del Settore Urbanistica del Comune predetto, secondo cui agli atti di ufficio "non risultano gli estremi di ricezione della nota n. 56059 del 16.5.2005. Dal contenuto della nota e dall'assenza dei surriferiti estremi, si presume che la stessa sia stata trasmessa all'istante a mezzo di lettera ordinaria".

In relazione a ciò - poiché la Società appellata insiste nella sua dichiarazione di non avere mai ricevuto l'apposita comunicazione del

Comune e poiché la documentazione depositata non è in grado di smentire quanto dalla stessa affermato, non traendosi dai documenti acquisiti la dimostrazione della data di trasmissione e di ricezione della suddetta nota n.56059/2005 del Comune di Torre del Greco n. 56059 (recante, tra i destinatari, oltre alla Soprintendenza per i beni architettonici e per il paesaggio di Napoli e provincia, anche la società Ser.pe.co.) - il Collegio deve ritenere, diversamente da quanto sostenuto dall'Amministrazione appellante, che nella specie l'obbligo di comunicazione non sia stato compiutamente assolto sulla base di quanto disposto dal Codice dei beni culturali e ambientali n.42/2004, e che, non essendo stato provato in alcun modo il contrario, si debba dare ingresso a quanto affermato dall'appellata società circa il fatto di non avere ricevuto la comunicazione del Comune del 16.9.2005, acquisita invece dalla Soprintendenza in data 21.9.2005.

3. Ciò stante, deve convenirsi con quanto statuito nella impugnata sentenza, con la quale è stato accolto il ricorso della società Ser.pe.co., per essere stata ritenuta fondata la dedotta violazione dell'art.7 della legge n.241/1990, con assorbimento degli ulteriori motivi, in relazione alla mancata comunicazione alla società medesima dell'avvio del procedimento. Il ricorso in appello all'esame deve essere, pertanto, respinto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

Sussistono, tuttavia, giustificati motivi per disporre, tra le parti, l'integrale compensazione delle spese per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI), decidendo definitivamente sul ricorso in epigrafe specificato, lo respinge, per l'effetto,

conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 30 ottobre 2007, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Giuseppe Romeo	Consigliere
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere est.
Francesco Caringella	Consigliere

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere
DOMENICO CAFINI

Segretario
GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 7/01/2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria