



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 della Campania**

**sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2499 del 2015, proposto da:  
(...) s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Lodovico Visone, Tiziana Tortora e  
Lorenzo Lentini, con domicilio eletto in Salerno, via Dogana Vecchia n. 40;

***contro***

Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, rappresentato e difeso  
per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno, domiciliato in Salerno,  
corso Vittorio Emanuele n. 58;  
Comune di Salerno, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Mea e Maria Grazia  
Graziani, con domicilio eletto in Salerno, presso la Casa Comunale, in via Roma;

***nei confronti di***

(...) , rappresentato e difeso dall'avv. Aristide De Vivo, con domicilio eletto in  
Salerno, via Marietta Gaudiosi n. 6;

***e con l'intervento di***

ad

opponendum:

(...) , (...) e Gaetano De Vita, rappresentati e difesi dall'avv. Gianfranco Mobilio, con domicilio eletto in Salerno, via Cantarella n. 7;

*per l'annullamento*

della nota della Soprintendenza prot. n. 16872 del 19.10.2015, recante la revoca in autotutela del parere prot. n. 3365 del 7.5.2015, di tutti gli atti connessi e presupposti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, del Comune di Salerno, di (...) , (...) , (...) e Gaetano De Vita;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2016 il dott. Ezio Fedullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorso in esame ha ad oggetto il provvedimento con il quale la Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio di Salerno e Avellino ha disposto la revoca del parere favorevole da essa precedentemente reso (con atto n. 3365 del 7.5.2015) nell'ambito del procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica, ex artt. 167 e 181 d.lvo n. 42/2004, concernente opere realizzate in difformità dai titoli abilitativi presso l'immobile sito alla via dei Pioppi n. 10 (f. 22, p.lla 242, sub 1, 2, 3 e 4), di pertinenza della ricorrente società “(...) s.r.l.”.

Espone in particolare la parte ricorrente che, nel corso della realizzazione di un intervento di recupero urbano assistito da regolare titolo edilizio, è stata inoltrata

una istanza di accertamento di conformità, *ex art.* 36 d.P.R. n. 380/2001, con riferimento ad alcune modeste varianti distributive dei “comodi” dei vari livelli (piscine-giardini), e che in relazione ad essa, acquisito il parere favorevole della Commissione Locale per il Paesaggio, è anche intervenuto il parere favorevole della Soprintendenza del 7.5.2015.

Nel dolersi, quindi, del sopravvenuto provvedimento di revoca del suindicato parere positivo, successivamente adottato dalla medesima Soprintendenza, la società ricorrente articola, a fondamento della relativa domanda di annullamento, le censure che possono riassumersi nei seguenti principali profili di dedotta illegittimità:

- il parere rilasciato in materia paesaggistica della Soprintendenza non è suscettibile di revoca, avendo carattere vincolato ed iscrivendosi nell’ambito del procedimento, tipizzato dal legislatore, teso al rilascio, da parte del Comune, del titolo edilizio in sanatoria;
- il potere di revoca è stato nella specie esercitato al di fuori di una attribuzione normativa espressa e dell’ipotesi procedimentalizzata di revoca di cui all’art. 12, comma 1 *bis*, d.l. n. 83/2014, incidendo esso sulla determinazione confermativa tacita formatasi ai sensi della norma citata, peraltro del tutto pretermettendo il termine di dieci giorni da quella previsto per l’esercizio del potere di autotutela;
- la Soprintendenza ha violato anche la tempistica cui si era auto-vincolata: in primo luogo, infatti, ha disposto per due volte la proroga del termine originariamente fissato, adducendo di non aver ottenuto l’autorizzazione della Procura per accedere al cantiere, la quale è stata tuttavia richiesta solo in data 28.8.2015, mentre il procedimento di revoca era già stato avviato in data 8.7.2015; inoltre, mentre il termine prorogato scadeva il 17.10.2015, il provvedimento impugnato è stato adottato solo in data 19.10.2015;

- benché il procedimento di autotutela sia speculare a quello conclusosi con l'atto revocato, la Soprintendenza ha forgiato un procedimento atipico, senza indicare la fonte del potere esercitato, né ha fornito alcuna indicazione sull'interesse pubblico giustificativo della rimozione dell'atto, avendo inteso in realtà non già esercitare il potere di autotutela, ma riappropriarsi di una potestà decisoria già irrimediabilmente consumata;
- nemmeno era consentita la costituzione di una commissione ad hoc, la quale ha predisposto atti estranei alla pratica da esaminare, eludendo anche la funzione ed i compiti propri del Responsabile del Procedimento;
- la Soprintendenza non ha operato alcuna autonoma valutazione circa l'operato della commissione da essa nominata, rimettendosi alla relazione da quella redatta;
- benché il parere originario fosse stato adottato dalla Soprintendente, dal R.d.P. e dal R.d.I., il provvedimento di revoca è stato adottato dalla sola Soprintendente, la quale ha in tal modo inciso sulle prerogative proprie dei firmatari dell'atto originario, che sono stati esautorati nelle loro competenze istruttorie e decisorie, in conclamata violazione della regola del *contrarius actus*;
- poiché il R.d.P. ha la responsabilità esclusiva dell'istruttoria procedimentale, l'organo competente all'adozione del provvedimento finale, ove diverso, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria da quello condotta, se non indicandone le ragioni: non vi era quindi spazio per la nomina di una commissione apposita, potendo la Soprintendente, ove non avesse condiviso la relazione istruttoria del R.d.P., discostarsene motivatamente, non rientrando nei suoi poteri i compiti riservati al R.d.P., che solo avrebbe potuto rivendicare un momento istruttorio diverso e di carattere integrativo;
- l'atto finale omette finanche di menzionare la relazione istruttoria prot. n. 11587 del 7.8.2015 (di cui la società ricorrente richiede l'acquisizione da parte del

Tribunale), con la quale viene illustrata la piena coerenza e correttezza del parere (revocato) del 7.5.2015;

- i fatti posti a fondamento del parere del 7.5.2015 non sono diversi da quelli assunti a presupposto dell'atto di revoca, con particolare riferimento ai volumi "tombati", che sono stati correttamente ritenuti rientranti in occasione del rilascio del primo, ai sensi dell'art. 6, lett. c) d.P.R. n. 380/2001, nell'attività edilizia libera, senza che la natura delle cose cambi ove si discorra, come fa la Soprintendente, di "volume tecnico tombato", dal momento che un locale "tombato" è per sua natura dissimile da un "volume tecnico", che a differenza del primo è accessibile e fruibile;

- l'assunto della Soprintendente è anche in contrasto con le valutazioni della commissione da essa nominata e che non ha mai fatto alcun riferimento a "volumi tecnici", ma sempre a "locali tombati";

- anche l'affermazione secondo cui il Comune di Salerno non avrebbe considerato alcuni dati è falsa, ed anzi la pretesa di operare una valutazione autonoma, sulla scorta di atti non presi in esame dal Comune, integra un ulteriore motivo di illegittimità dell'atto impugnato, essendo precluso alla Soprintendenza operare un riesame complessivo delle valutazioni compiute dall'Ente locale, in violazione delle competenze decisionali disegnate dal legislatore;

- le misure considerate dalla Soprintendente sono sempre le stesse tenute presenti dalla commissione da essa nominata, per cui definire i mq. 242,68 - che corrispondono al piano di fondazione del fabbricato, pareggiato nella forma utile alla lavorazione di impianto e poi "tombato" - come un volume tecnico costituisce un'operazione valutativa scorretta;

- non è dato comprendere come la Soprintendente, che pure aveva precisato che le attività libere non hanno rilevanza ai fini paesaggistici, abbia potuto concludere diversamente, immutata la verifica di fatto, discostandosi dalle acquisizioni

istruttorie della commissione, la quale aveva rilevato che il piano interrato risulta “tombato”;

- all’atto del sopralluogo dell’8.10.2015 erano in corso lavori di ottemperanza ad una ordinanza del Comune di Salerno, in chiave riduttiva di alcune marginali opere, tra i quali era prevista la completa tombatura del piano interrato, che è stata quindi interamente completata;

- anche in ragione dello stato *in itinere* della costruzione, non sono configurabili aumenti della superficie e dei volumi;

- il provvedimento impugnato è sviato perché finalizzato a sostenere la tesi dei vicini denuncianti;

- esso è anche perplesso, perché basato sull’uso del condizionale;

- è in particolare erronea la tesi secondo cui “la maggiore altezza della struttura produrrebbe un ulteriore incremento di volume se l’edificio fosse completato secondo la stereometria prevista in progetto”, atteso che allo stato alcun incremento di volumi vi è stato, né può disporsi la revoca in base ad una futura ed ipotetica attività progettuale;

- non sarebbe possibile alcun incremento di superfici e di volumi in relazione all’incremento di altezza di cm. 0,58, essendo questo determinato dallo ispessimento dei quattro solai nell’ambito della sagoma architettonica, come richiesto dalla normativa sul risparmio energetico, per cui a costruzione ultimata vi sarà parità se non riduzione dei volumi assentiti; in ogni caso, tale dato era stato rappresentato nel progetto esaminato dal Comune e posto a base del parere positivo del 7.5.2015; del resto, la stessa commissione ha rilevato sul punto che l’altezza complessiva dell’edificio corrisponde, con una differenza di cm. 3, a quella riportata nei grafici;

- quanto all’assunto secondo cui “quanto graficizzato ai fini della richiesta della compatibilità paesaggistica non corrisponde allo stato dei luoghi né a quelli che

assumeranno al termine di lavori ordinati dal Tribunale di Salerno”, esso dimostra lo sviamento in cui è incorsa la Soprintendenza, non essendo comprensibile dove siano stati realizzati e quali siano gli incrementi di superficie e volumi asseritamente insanabili;

- poiché le risultanze istruttorie della commissione non differiscono in nulla da quanto rappresentato nella documentazione tecnica allegata all’istanza di accertamento di conformità, logica avrebbe voluto che, eseguito il controllo in loco e verificata la rispondenza di quanto realizzato con quanto rappresentato, il procedimento si concludesse in modo positivo: al contrario, per motivi diversi da quelli indicati nella comunicazione di avvio, la Soprintendente ha disposto la revoca del parere favorevole originario;

- contrariamente a quanto affermato dalla Soprintendente, il Comune di Salerno ha correttamente valutato e qualificato le evenienze documentali, senza che queste siano risultate smentite dagli accertamenti postumi della Soprintendente;

- le modifiche apportate al progetto approvato non introducono significative modificazioni a quanto assentito sotto il profilo paesaggistico, come rilevato nel parere della C.L.P., mentre, per controdedurre al parere del Comune, la Soprintendenza introduce non già fatti provati, ma diverse qualificazioni di istituti, senza che nessuno dei rilievi formulati con l’atto impugnato dimostri il preteso incremento di superfici e volumi;

- la commissione nominata dalla Soprintendenza ha rilevato in contraddittorio che il locale “tombato” è sito al piano interrato, per cui non si comprende come la Soprintendente possa affermare il contrario;

- per quanto concerne le ulteriori difformità riscontrate, la relativa contestazione è inficiata dalla incertezza rappresentativa e comunque erronea, atteso che, quanto ai “vani ubicati nel lato valle in prolungamento del fabbricato, chiusi perimetralmente con strutture in c.a. provviste di un’apertura nel solaio di copertura,

presumibilmente realizzati in difformità ad un volume di sottopiscina riportato nel progetto assentito”, deve osservarsi che gli impianti tecnologici della piscina, che secondo il p.d.c. n. 69/2013 avrebbero dovuto essere realizzati al di sotto della stessa, sono stati realizzati nel sottosuolo in fregio ad essa, ma le dimensioni dell’ingombro sono sostanzialmente identiche, essendo cambiata solo l’allocazione nel sottosuolo, per cui nessun incremento di volumi si è realizzato, ma semmai una diminuzione di circa mq. 1; del resto, la stessa predetta commissione ha rilevato che, per tale lavorazione, non è configurabile alcun ipotetico volume;

- per quanto attiene invece alle “difformità nella piastra di fondazione del fabbricato, le cui misure non corrispondono al progetto assentito né a quello presentato ai fini della compatibilità paesaggistica”, a parte che non può comprendersi come tale lavorazione possa generare un aumento di volume e/o di superficie, il progetto assentito non recava l’elaborato grafico della piastra di fondazione, in quanto non richiesto perché estraneo alla valutazione paesaggistica ed urbanistico-edilizia, mentre esso è stato depositato agli atti del Genio Civile e rispecchia fedelmente la lavorazione eseguita;

- quanto alle opere in corso in esecuzione dell’ordinanza del Tribunale, non si comprende né viene esplicitato come le stesse possano rilevare ai fini della revoca, fermo restando che ci si trova in presenza di una struttura in corso d’opera, la cui conformità va valutata a lavori ultimati;

- è insomma errato sostenere che l’accertamento della commissione avrebbe posto in evidenza incrementi di superfici e di volumi non sanabili, in difformità da quanto originariamente rappresentato, avendo essa affermato, per contro, che “risulta una sostanziale corrispondenza con i dati di progetto”;

- non è stata effettuata alcuna valutazione comparativa dei contrapposti interessi, alla luce dell’affidamento maturato in capo al soggetto privato;



- è stato inoltre violato il principio di proporzionalità, come emerge dalla relazione istruttoria del R.d.P., che è stata del tutto ignorata, laddove afferma che “le minimali variazioni assolutamente non percepibili all'esterno...non ostacolano la positiva conclusione dell'accertamento di compatibilità paesaggistica”;

- poiché le opere contestate non sono visivamente percepibili, è stata violata la circolare ministeriale n. 33/2009, avente valore vincolante per gli uffici periferici, anche con riguardo alla rilevanza paesaggistica dei “volumi tecnici”, come la Soprintendenza ha riqualificato i “locali tombati”, né questa ha motivato in ordine al dissenso manifestato rispetto alle risultanze della Commissione, che a quella circolare si era rifatta;

- l'art. 167, comma IV, lett. c), d.lvo n. 42/2004 ammette a compatibilità paesaggistica i lavori di manutenzione, ordinaria e straordinaria, di cui all'art. 3 d.P.R. n. 380/2001, sempre che non alterino la volumetria complessiva dell'edificio, come nella specie riscontrato, atteso che il volume complessivo dell'edificio non solo non è stato alterato, ma non è stato nemmeno ancora realizzato: ne consegue che sono riconducibili alla suddetta previsione le ipotesi ascrivibili all'attività edilizia libera, atteso il rinvio che le norme in tema di paesaggio operano a quelle urbanistico-edilizie.

Si sono costituiti in giudizio, oltre all'amministrazione statale intimata ed al Comune di Salerno, l'ing. (...), proprietario di un immobile a confine con quello sito al viale dei Pioppi n. 10, oggetto di controversia, il quale eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, perché teso al conseguimento di un bene antigiusuridico, ed in particolare alla “legittimazione giudiziale di un intervento edilizio che ha non solo ecceduto il prescritto limite legale di ampliamento, ma altresì realizzato una serie di opere difformi da quelle assentite sotto il profilo urbanistico e paesaggistico, dando luogo ad un immobile del tutto diverso, per sagoma e tipologia, (d)all'immobile preesistente con aumento in pianta e in altezza

e con la conseguente creazione di superfici utili e di volumi, insanabili giacché ricadenti in area vincolata”; nel merito, il citato controinteressato si oppone all'accoglimento del ricorso.

Sempre *ad opponendum* si sono altresì costituiti i sigg.ri (...), (...) e (...), proprietari anch'essi di immobili allocati nelle immediate vicinanze di quello oggetto di controversia.

Con l'ordinanza n. 472 del 26.2.2016, il Tribunale ha disposto incumbenti istruttori, che sono stati evasi dall'amministrazione incaricata con la relazione depositata in data 11.3.2016.

Il carattere parziale della produzione documentale effettuata dal Comune di Salerno ha indotto il Tribunale a richiederne, con l'ordinanza n. 1032 del 19.4.2016, l'integrazione, che è stata eseguita in data 22.4.2016.

Il ricorso quindi, dopo la discussione delle parti, è stato trattenuto dal collegio per la decisione di merito.

## DIRITTO

E' contestata, con il ricorso in esame, la legittimità dell'intervento in autotutela attuato dall'amministrazione (Soprintendenza) intimata nei confronti del parere favorevole da essa precedentemente espresso in relazione all'istanza di compatibilità paesaggistica presentata dalla società ricorrente, *ex artt.* 167 e 181 d.lvo n. 42/2004, con riferimento ad alcune opere realizzate in difformità dai preesistenti titoli abilitativi presso l'immobile sito alla via dei Pioppi n. 10 (f. 22, p.lla 242, sub 1, 2, 3 e 4), di sua pertinenza: intervento in autotutela discendente principalmente (ma non esclusivamente) dalla rilevata sussistenza di circostanze ostative all'ammissibilità dell'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica, connesse alla creazione, per effetto delle opere abusivamente eseguite, di incrementi volumetrici e di superfici utili, con particolare riguardo ai volumi

realizzati al piano interrato del fabbricato multipiano di cui si tratta, per una superficie complessiva di mq. 242,68.

Ed invero, mentre il parere favorevole oggetto di successiva revoca (*rectius* annullamento, atteso che l'illegittimità originariamente inficiante il parere ritirato, posteriormente rilevata dall'amministrazione, induce a rilevare l'erroneità del *nomen iuris* utilizzato dall'amministrazione) faceva riferimento alla sanabilità delle opere *de quibus* perché "parzialmente interrate, ma totalmente inaccessibili in quanto tombate", all'uopo invocando anche il disposto dell'art. 6, comma 2, lett. c) d.P.R. n. 380/2001, che annovera siffatta tipologia di lavori nell'ambito dell'"attività edilizia libera", il provvedimento di autotutela fa leva sulla "copiosa giurisprudenza" che qualifica i "volumi tecnici" come rilevanti (in senso ostativo) ai fini della verifica preliminare di ammissibilità dell'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica.

Tanto sinteticamente premesso, non può essere accolta, in primo luogo, l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dal controinteressato ing. (...), sulla scorta della dedotta finalizzazione del gravame al conseguimento di un bene antiggiuridico.

Premesso infatti che l'oggetto della presente controversia deve essere necessariamente circoscritto ai motivi posti dalla Soprintendenza a fondamento dell'impugnato provvedimento di autotutela, ovvero alle opere che ne hanno determinato l'adozione in quanto confliggenti con i limiti posti dall'ordinamento all'ammissibilità dell'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica (senza che possano assumere rilievo, nella misura in cui trascendono l'oggetto della controversia come poc'anzi delineato, le ulteriori modifiche planovolumetriche e di sagoma, rispetto al progetto assentito con il permesso di costruire n. 69/2013, menzionate dal controinteressato anche con la successiva memoria del 9.1.2016 e minuziosamente descritte dal geom. Emiliano Romano con la relazione tecnica

giurata depositata in giudizio in data 23.12.2015: modifiche in ordine alle quali quindi, per la loro estraneità al *thema decidendum*, non può nemmeno procedersi agli approfondimenti istruttori invocati dal medesimo ing. Vitolo), deve osservarsi, a dimostrazione della infondatezza dell'eccezione in esame, che il ricorso si propone appunto di ottenere l'accertamento giurisdizionale della sanabilità paesaggistica delle opere suindicate, *ergo* della non irrimediabile anti giuridicità delle stesse, la quale quindi non potrebbe assurgere ad ostacolo, rilevabile *a priori*, allo svolgimento dell'instaurato processo, costituendone invece l'oggetto.

Venendo al merito del ricorso, poiché, nell'economia motivazionale del provvedimento di autotutela impugnato, il summenzionato incremento volumetrico assume come si è detto rilevanza centrale (a fronte degli ulteriori rilievi, inerenti ad esempio alla riscontrata maggiore altezza, per m. 0,58, del fabbricato oggetto di sanatoria ed alla incompleta rappresentazione grafica dello stato attuale del manufatto), l'analisi del Tribunale sarà primariamente dedicata alle censure intese a contestarne l'esistenza nonché, prima ancora, alle censure attinenti alla legittimità, dal punto di vista dell'*an* del suo esercizio, del potere di autotutela di cui costituisce espressione il provvedimento impugnato.

Sotto questo profilo, non è fondata, in primo luogo, la censura intesa a sostenere la carenza in capo all'amministrazione intimata del potere di intervenire in autotutela sul parere paesaggistico precedentemente espresso in senso favorevole, sia alla luce del disposto dell'art. 12, comma 1 *bis*, d.l. n. 83 del 31 maggio 2014, inserito dalla legge di conversione n. 106 del 29 luglio 2014, sia, più in generale, in considerazione della natura consultiva di cui l'atto oggetto di annullamento d'ufficio costituisce espressione.

Quanto al primo aspetto, infatti, la norma citata (il cui testo è opportuno riportare: "al fine di assicurare l'imparzialità e il buon andamento dei procedimenti autorizzatori in materia di beni culturali e paesaggistici, i pareri, nulla osta o altri

atti di assenso comunque denominati, rilasciati dagli organi periferici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, possono essere riesaminati, d'ufficio o su segnalazione delle altre amministrazioni coinvolte nel procedimento, da apposite commissioni di garanzia per la tutela del patrimonio culturale (...). Le commissioni di garanzia possono riesaminare la decisione entro il termine perentorio di dieci giorni dalla ricezione dell'atto, che è trasmesso per via telematica dai competenti organi periferici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, contestualmente alla sua adozione, alle commissioni e alle altre amministrazioni coinvolte nel procedimento; queste ultime possono chiedere il riesame dell'atto entro tre giorni dalla sua ricezione. Decorso inutilmente il termine di dieci giorni di cui al precedente periodo, l'atto si intende confermato”) non configura espressamente in chiave di esclusività la speciale competenza da essa delineata, non consentendo quindi di ritenere assorbita in essa la generale potestà di autotutela spettante all'amministrazione titolare della competenza primaria: senza trascurare che la norma citata contempla un potere di “riesame” del parere, rivolto evidentemente a rivalutare il merito della valutazione paesaggistica effettuata dall'amministrazione, mentre nella specie viene in rilievo la diversa ipotesi di annullamento d'ufficio del parere di compatibilità paesaggistica, sulla scorta della assenza, successivamente rilevata, degli stessi presupposti legittimanti l'attivazione del procedimento di sanatoria paesaggistica.

Quanto poi alla dedotta incidenza del provvedimento impugnato sul provvedimento confermativo tacitamente formatosi ai sensi della norma citata, deve solo osservarsi che proprio la diversità dei due poteri (quello speciale di riesame contemplato dalla norma citata e quello generale di autotutela nella specie esercitato), così come degli organi ai quali sono rispettivamente imputati, non consente di ravvisare alcun profilo di contraddittorietà tra i relativi esiti provvedimentali, ove di segno difforme: ciò a prescindere dal fatto che non risulta

agli atti che il procedimento di riesame contemplato dalla norma summenzionata sia stato effettivamente attivato, nella specie, mediante l'invio del parere originario alla competente commissione di garanzia.

Quanto al secondo aspetto oggetto di censura, deve rilevarsi che l'ammissibilità, su di un piano generale, del potere di autotutela avente ad oggetto atti espressivi di attività consultiva, con particolare riguardo a quella espletata dalla Soprintendenza nell'ambito del procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica, oltre che trovare un indiretto fondamento normativo nella disposizione innanzi citata, si correla al carattere vincolante del parere espresso nei confronti dell'amministrazione titolare della competenza autorizzatoria, ai sensi dell'art. 167, comma 5, d.lvo n. 42/2004, tale da conferirgli veste formalmente consultiva ma sostanziale natura provvedimentoale.

A tanto deve aggiungersi che la stessa giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1260 del 1° marzo 2002), sebbene in tempi non recenti e con riguardo ad una materia affine, ha avuto modo di evidenziare che “i dettami generali in tema di autotutela non escludono la possibilità di una rivisitazione della valutazione tecnica effettuata in sede di rilascio dell'atto autorizzatorio *ex art.* 11 della legge 1 giugno 1939, n. 1039, essendo necessario e sufficiente il rispetto dei limiti generali che circoscrivono l'esercizio del potere di ritiro a tutela dell'interesse pubblico e dell'affidamento ingenerato: con maggiore impegno esplicativo, va disatteso l'assunto secondo cui difetta in capo all'amministrazione preposta ai sensi del citato art. 11 alla tutela del vincolo il potere di far luogo alla sostanziale caducazione del parere favorevole già rilasciato, con l'ovvia precisazione, peraltro, per cui l'esercizio dello *jus poenitendi* deve essere accompagnato dall'evidenziazione degli errori inficianti l'originario parere di compatibilità, oltre che da un'attenta valutazione comparativa degli interessi di segno contrario, militanti in favore della

conservazione dell'autorizzazione già rilasciata (in termini, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 gennaio 2000, n. 27)”.

Lo stesso Consiglio di Stato, in sede consultiva (cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, n. 1179 del 18 settembre 2010), ha avuto modo di chiarire, con specifico riferimento al procedimento di decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato ma esprimendo principi aventi portata generale, che “la richiesta di riesame del parere deve, in linea di massima, essere considerata inammissibile, considerato che tale possibilità non è contemplata dalla vigente legislazione in tema di ricorso straordinario, che il potere consultivo si consuma una volta esercitato in relazione alla singola fattispecie, che l'autotutela è istituito proprio dell'amministrazione attiva e non degli organi di consulenza, anche se in posizione di particolare terzietà, tuttavia esistono taluni casi specifici in cui la richiesta di riesame può essere ritenuta ammissibile, come nel caso in cui vi sia un irrimediabile contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati, ovvero una evidente ed obiettiva non conformità a legge, specie in caso di *ius superveniens*, ovvero, infine, nel caso in cui l'interessato appare legittimato a richiedere la revocazione dell'emanando decreto decisorio del ricorso straordinario”: ebbene, applicando i principi esposti al caso di specie, viene appunto in rilievo, a giustificare l'esercizio del potere di autotutela, l'ipotesi di “irrimediabile contrasto con indirizzi giurisprudenziali consolidati”, quale si evince dalla motivazione del provvedimento impugnato.

Infondata, altresì, è la censura con la quale viene lamentato che l'amministrazione intimata non ha rispettato il limite temporale posto dalla norma citata all'esercizio del potere di secondo grado da essa contemplato: la già evidenziata diversità dello schema procedimentale da essa configurato, rispetto a quello attuato dall'amministrazione intimata, non consente infatti di estendere al secondo i limiti temporali che riguardano il primo.

Insuscettibile di riflettersi in chiave invalidante sul provvedimento impugnato è anche il lamentato mancato rispetto della tempistica prefigurata dalla stessa amministrazione intimata allorché ha instaurato il procedimento di autotutela, nessuna norma conferendo ad essa carattere perentorio o ricollegando alla sua violazione alcuna sanzione decadenziale.

Ugualmente infondata, a prescindere dalla sua rilevanza meramente procedimentale, è la censura con la quale viene lamentata la atipicità del procedimento osservato dalla Soprintendenza, in relazione soprattutto alla nomina da essa disposta di una commissione *ad hoc* con compiti istruttori: deve invero osservarsi che l'amministrazione gode di ampia discrezionalità nella individuazione dei mezzi istruttori necessari alla ricostruzione della realtà fattuale, né la nomina di una commissione apposita si rivela tale da comportare un indebito aggravamento del procedimento nella sua fase istruttoria, rispondendo alla finalità di garantire un accertamento dei fatti conforme ai principi di trasparenza ed imparzialità.

Nemmeno condivisibile appare poi la deduzione attorea secondo cui la predetta commissione avrebbe esautorato le funzioni del responsabile del procedimento, laddove la Soprintendente, ove non avesse condiviso le risultanze dell'istruttoria da esso condotta così come trasfuse nella relativa relazione, avrebbe potuto soltanto discostarsene motivatamente, spettando eventualmente al medesimo responsabile del procedimento di procedere ad eventuali integrazioni istruttorie.

In primo luogo, infatti, il responsabile del procedimento, nella persona dell'arch. Giovanni Villani, non è stato affatto esautorato, ma chiamato a comporre la suddetta commissione istruttoria, con la conseguenza che i suoi compiti si sono integrati con quelli collegialmente demandati alla stessa.

In secondo luogo, non risulta che il responsabile del procedimento abbia espresso una posizione dissenziente rispetto alle conclusioni della commissione, avendo sottoscritto la relazione conclusiva di quest'ultima anche laddove afferma che



l'”eventuale completamento del fabbricato, da seguirsi secondo il progetto architettonico approvato e con l'attuale configurazione della struttura, determina incremento di volume rispetto al progetto originariamente approvato”: alla stregua della medesima relazione, infatti, il dissenso è stato espresso dal responsabile del procedimento solo in merito alla possibilità di determinare la volumetria di un fabbricato privo allo stato di chiusure perimetrali.

Quanto alla lamentata omessa valutazione della relazione istruttoria prot. n. 11587 del 7.8.2015, prodotta dalla parte ricorrente in data 14.12.2015 (con l'effetto di superare la relativa richiesta istruttoria formulata al Tribunale), deve osservarsi che il provvedimento impugnato illustra esaurientemente, come si vedrà, le ragioni della sua adozione, le quali consentono anche di enucleare, sebbene implicitamente ed *a contrario*, i motivi del mancato recepimento della citata relazione istruttoria, con particolare riguardo alla valutazione della rilevanza volumetrica dei cd. “locali tombati”.

In ogni caso, deve osservarsi che la relazione prot. n. 11587 del 7.8.2015 non ha carattere conclusivo dell'istruttoria, collocandosi temporalmente nella fase di avvio del procedimento di autotutela, ciò che da solo impedisce di invocare il disposto dell'art. 6, comma 1, lett. e) l. n. 241/1990, ai sensi del quale “l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale”.

Ugualmente infondata è la tesi attorea secondo cui la Soprintendente non avrebbe operato alcuna autonoma valutazione delle risultanze della commissione: emerge infatti che le stesse sono state criticamente esaminate e recepite nel provvedimento di autotutela, che le ha anche rielaborate e riorganizzate al fine di integrare il proprio corredo motivazionale.

Quanto poi alla lamentata violazione del principio del cd. *contrarius actus*, promanando il provvedimento impugnato dalla sola Soprintendente, a fronte della sottoscrizione congiunta - del Soprintendente e del responsabile del procedimento - del parere favorevole oggetto di autotutela, deve osservarsi, da un lato, che non è dimostrato che il secondo fosse competente anche all'adozione del provvedimento finale (sì da rendere indeclinabile la sua sottoscrizione anche dell'atto di autotutela), dall'altro lato, che il Dirigente della Soprintendenza, competente "ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale" (*ex art. 5, comma 1, l. n. 241/1990*), ben poteva revocare la suddetta assegnazione, ciò che sarebbe insito nell'adozione solitaria del provvedimento conclusivo di autotutela.

Infondata è anche la censura intesa a lamentare la divergenza tra le risultanze del lavoro della commissione, così come trasfuse nella relazione prot. n. 16027 del 13.10.2015, ed il provvedimento impugnato, rilevandosi per contro piena conformità tra gli stessi, con particolare riguardo alla rilevanza volumetrica dei cd. "locali tombati".

Non condivisibile è poi la censura con la quale viene dedotto che la Soprintendente non ha indicato l'interesse pubblico giustificativo della rimozione del parere originario, avendo inteso in realtà non già esercitare il potere di autotutela, ma riappropriarsi di una potestà decisoria già irrimediabilmente consumata: deve invero osservarsi che il brevissimo lasso temporale intercorso tra la data di adozione del parere oggetto di revoca (7.5.2015) e la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela (8.7.2015) non giustifica il consolidamento di alcuna posizione di affidamento in capo alla parte ricorrente, la cui vanificazione avrebbe imposto all'amministrazione l'onere motivazionale di cui viene predicato il mancato assolvimento.

Infondata è anche la censura con la quale viene contestata l'affermazione, asseritamente contenuta nel provvedimento impugnato, secondo cui il Comune di Salerno non avrebbe considerato alcuni dati, laddove sarebbe precluso alla Soprintendenza operare una valutazione autonoma rispetto a quella comunale e sulla scorta di atti non presi in esame dal Comune.

In primo luogo, infatti, non si evince dal provvedimento impugnato alcuna affermazione concernente la pretesa lacunosità dell'istruttoria comunale.

In ogni caso, l'autonomia del potere provvedimentale della Soprintendenza, rispetto a quello spettante al Comune, non consente di affermare il carattere accessorio e dipendente, dal punto di vista istruttorio e valutativo, del primo rispetto al secondo, dovendo per contro rilevarsi che proprio la rilevanza centrale attribuita dal legislatore al potere consultivo della Soprintendenza nell'ambito del procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica, derivante dal suo carattere vincolante nei confronti delle determinazioni comunali, impone che il suo esercizio sia improntato ai principi di massima completezza istruttoria e indipendenza valutativa, che sono i corollari di quelli di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa di matrice costituzionale.

Venendo adesso all'esame delle censure attinenti più specificamente alle ragioni poste a fondamento dell'impugnato provvedimento di autotutela, si impone preliminarmente la riproduzione dei suoi principali passaggi motivazionali, enucleabili nei termini che seguono:

- premesso che il parere favorevole prot. n. 3365 del 7.5.2015 è stato espresso “sulla base della documentazione tecnica e degli atti istruttori trasmessi”;
- premesso ancora che, a seguito della nota prot. n. 6713 del 12.6.2015 a firma dell'ing. (...) , proprietario confinante, con la quale veniva evidenziato che le difformità non sarebbero state suscettibili di sanatoria, in quanto integranti incremento di volume e di superficie rispetto a quanto assentito, è stato dato avvio

al procedimento di autotutela, nominando una apposita commissione ai fini della istruttoria del procedimento, di cui hanno fatto parte i due firmatari del parere favorevole (in qualità rispettivamente di istruttore e di responsabile del procedimento) oltre che da due geometri, un architetto ed un ingegnere, la quale ha trasmesso una puntuale relazione sui riscontri effettuati tanto sulla documentazione in possesso dell'Ufficio quanto in occasione dei controlli eseguiti in cantiere;

- rilevato che dai suddetti controlli si evince che:

- 1) la struttura in costruzione presenta un'altezza maggiore di quella assentita di m. 0.58;
- 2) a livello seminterrato è stata riscontrata una maggiore superficie rispetto a quella assentita (di mq. 110), pari a mq. 242,68, corrispondente ad un "volume tecnico tombato", la cui presenza non è stata considerata nell'istruttoria comunale quale motivo ostativo all'ammissibilità dell'accertamento di compatibilità paesaggistica;
- 3) è stata rilevata la presenza di alcuni vani ubicati nel lato valle in prolungamento del fabbricato, chiusi perimetralmente con strutture in c.a. provviste di un'apertura nel solaio di copertura, presumibilmente realizzati in difformità ad un volume di sottopiscina riportato nel progetto assentito, nonché altre difformità nella piastra di fondazione del fabbricato, le cui misure non corrispondono al progetto assentito né a quello presentato ai fini della compatibilità paesaggistica;
- 4) nel corso del sopralluogo erano in corso lavorazioni consistenti nel "taglio" di porzioni di solaio nelle zone estreme di sud-est e sud-ovest, la cui esecuzione sarebbe avvenuta in adempimento di un'ordinanza del Tribunale di Salerno afferente ad altro procedimento.

- considerato, alla luce di quanto rilevato, che:

- 1) le difformità rispetto al progetto assentito hanno effettivamente prodotto volumi e superfici utili;

2) la maggiore altezza della struttura rispetto all'assentito, quantificata in m. 0.58 complessivi e m. 0,26 rispetto al punto 0 a livello della quota stradale, produrrebbe un ulteriore incremento di volume se l'edificio fosse completato secondo la stereometria prevista in progetto;

3) quanto graficizzato ai fini della richiesta di compatibilità paesaggistica non corrisponde né allo stato effettivo dei luoghi al momento della sua presentazione, né a quello che i luoghi assumeranno al termine delle lavorazioni ordinate dal Tribunale di Salerno.

Su tali premesse, quindi, l'intimata Soprintendenza ha disposto la revoca del precedente parere favorevole, pur evidenziando che "non è preclusa la possibilità di presentare una nuova richiesta di compatibilità paesaggistica che, risolte le criticità che si pongono in contrasto con l'art. 167, comma 4, d.lvo n. 42/2004, aderisca al nuovo stato dei luoghi e renda possibile una compensazione tra i volumi e le superfici utili realizzati illegittimamente (ancorché pertinenti a volumi tecnici) e la mancata realizzazione della stessa quantità di volumi e superfici assentite".

Come si è detto in precedenza, quindi, la ragione principale dell'adozione del provvedimento impugnato è connessa alla affermata realizzazione di incrementi volumetrici e di superficie al piano "interrato" del fabbricato, con particolare riguardo al "volume tecnico tombato" avente la superficie di mq. 242,68.

In relazione a tale opera, come anticipato, l'amministrazione, mediante l'annullato parere favorevole prot. n. 3365 del 7.5.2015 - richiamata la nota comunale di trasmissione della richiesta di accertamento di compatibilità paesaggistica, con la quale si evidenziava che la C.L.P. aveva ritenuto ricorrere l'ipotesi di cui all'art. 167, comma IV, lett. a) d.lvo n. 142/2004 "in quanto le superfici dei piani, dal primo livello alla copertura, sono complessivamente inferiori di circa mq. 10 rispetto all'assentito, mentre, per quanto concerne il "livello interrato", la

documentazione definisce la superficie corrispondente a tale livello come “tombata e inaccessibile” e non si configurano aumenti volumetrici rispetto a quanto assentito”, rilevato altresì che “dalla documentazione in possesso di questo Ufficio risulta che nella realizzazione delle opere eseguite in difformità dal permesso di costruire n. 69/2013 non si sono riscontrati aumenti di volumetria o di superfici utili, anzi si dà atto che le superfici complessive risultano inferiori di circa mq. 10 rispetto a quanto preventivato”, evidenziato altresì che “le volumetrie come da istruttoria risultano parzialmente interrato, ma totalmente inaccessibili in quanto “tombate” così come si evince dalla relazione del responsabile tecnico del Comune di Salerno”, visto anche “il disposto dell’art. 6, comma 2, lett. c) d.P.R. n. 380/2001 che annovera fra le attività edilizie libere anche quelle tombate e atteso che i vani tombati non hanno rilevanza ai fini paesaggistici” - aveva espresso parere favorevole al richiesto accertamento di compatibilità paesaggistica.

E’ altresì significativo osservare, sempre in via preliminare, che la “tombatura” dei locali oggetto di controversia risulta eseguita in ottemperanza dell’ordinanza comunale di demolizione n. 27 dell’8.6.2015, come emerge dal provvedimento di accertamento di avvenuta ottemperanza della predetta ordinanza prot. n. U N. 0170362 del 13.11.2015, laddove fa riferimento, tra le opere eseguite, alla “tombatura, ovvero chiusura totale con muratura, che ha reso inaccessibili i vani ubicati al piano interrato”.

Tanto premesso, assume carattere preliminare, ai fini della verifica concernente la effettiva sussistenza dei presupposti ostativi all’accertamento di compatibilità paesaggistica ravvisati dall’intimata Soprintendenza con il provvedimento di autotutela impugnato, l’esatta individuazione delle opere oggetto di controversia, delle loro caratteristiche strutturali e funzionali, sia nell’attualità che nel loro divenire, nonché dei nessi di interrelazione con il bene-paesaggio, costituente

l'oggetto primario dei poteri attribuiti dall'ordinamento all'amministrazione intimata.

Siffatta verifica sarà condotta avvalendosi, essenzialmente, della relazione di c.t.u. acquisita nell'ambito del procedimento penale R.G.N.R. n. 4934/2014 e della relazione di verifica acquisita agli atti del presente giudizio e redatta dal Dirigente del Settore Trasformazioni Urbanistiche del Comune di Salerno.

Relativamente a quest'ultima, alla luce dei rilievi critici mossi dal controinteressato in ordine alla scelta del verificatore, deve evidenziarsi che il Tribunale ha ritenuto di demandare l'attività di verifica (peraltro con facoltà di subdelega) all'organo pubblico che già aveva esercitato in relazione alla presente vicenda i suoi poteri accertativi e sanzionatori (avendone già, quindi, adeguata cognizione) e la cui obiettività di giudizio trovava sufficiente garanzia nella derivazione da altra amministrazione del provvedimento oggetto di controversia.

Inoltre, l'oggetto dell'incarico è stato limitato alla rilevazione di dati fattuali privi di elementi di spiccata complessità, pur tecnicamente caratterizzati, la cui attendibilità, peraltro, è suscettibile di essere utilmente verificata alla luce della documentazione allegata alla relazione trasmessa in esecuzione dell'ordine istruttorio.

In ordine a tale aspetto, per concludere, non resta che dichiarare l'inammissibilità dell'istanza di ricusazione del verificatore formulata dall'Avvocatura dello Stato con memoria del 21.5.2016, essendo sufficiente evidenziare, a tacer d'altro, che la stessa parte che la propone afferma contraddittoriamente che "la questione sulla quale si controverte non costituisce materia per un'istanza di ricusazione".

Quanto invece alla relazione tecnica giurata prodotta dalla parte controinteressata, deve ribadirsi che essa afferisce prevalentemente a profili (quali l'erroneità dei piani di quota utilizzati dal progettista, la maggiore altezza del fabbricato rispetto ai fabbricati circostanti, il maggiore ingombro prospettico dello stesso) esulanti dall'oggetto della controversia, così come delimitata dalle ragioni poste a

fondamento del provvedimento impugnato, sulle quali coerentemente si appuntano le censure attoree.

Tanto premesso, dalla citata relazione di verifica sono estrapolabili, per quanto rileva ai fini del decidere, le seguenti affermazioni:

- il “piano interrato” del fabbricato *de quo*, in corrispondenza del quale si trovano i “locali tombati”, nella conformazione assunta prima dell’esecuzione dei lavori che hanno dato luogo alle opere oggetto di accertamento di compatibilità paesaggistica, ed in particolare nello stato di fatto assunto a presupposto del rilascio del permesso di costruire n. 69/2013, si caratterizzava, da un punto di vista percettivo, per la presenza di un “basamento” e, da un punto di vista strutturale, per la presenza di un “volume tecnico”, avente le dimensioni di m. 13,25 x m. 5,71-5,72 (cfr. pagg. 2 – 3 della relazione di verifica);

- il suddetto “piano interrato”, già nella suddetta preesistente conformazione, era tale solo per tre lati, fuoriuscendo dal terreno, per l’intero suo sviluppo lineare, sul lato mare del fabbricato in discorso;

- il medesimo “piano interrato”, ed in particolare il “basamento/locale tecnico” di cui sopra, si presenta dimensionalmente (per la previsione di una “appendice”, corrispondente al vano scale e ad un corridoio di collegamento) e formalmente (per la previsione di due aperture) modificato nello stato di progetto assentito con il permesso di costruire n. 69/2013: permane comunque anche in tale diversa configurazione, sul lato mare, l’emersione del “piano interrato” rispetto al piano di campagna (cfr. pag. 3 della relazione di verifica);

- sempre nello stato di progetto assentito con il p.d.c. n. 69/2013, il suddetto “paramento murario” con retrostante il volume tecnico prosegue, sui due lati dello stesso e fino ai limiti del lotto, con due muri di contenimento di uguale altezza del medesimo (cfr. pag. 8 della relazione di verifica);



- il maggior volume realizzato al “piano interrato” rispetto a quello assentito, costituente quindi oggetto dell’istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica, è pari a mq. 242,68 e si sviluppa all’interno del terrapieno, in parte dietro il “volume tecnico” preesistente ed in parte dietro il muro di contenimento previsto ed approvato con il permesso di costruire n. 69/2013, con la conseguenza che non sono rilevabili significative differenze, da un punto di vista visivo, tra quanto previsto, relativamente al “piano interrato”, in base al progetto assentito con il permesso di costruire n. 69/2013 e quanto rappresentato con l’istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica (cfr. pag. 8 della relazione di verifica);

- le differenze rilevabili nel “piano interrato”, con particolare riguardo al prospetto lato mare dello stesso, attengono essenzialmente alle modalità di “sistemazione artificiale”, rappresentate nel progetto assentito con il permesso di costruire n. 69/2013 da un “paramento murario” dietro il quale era posizionato l’originario “volume tecnico” e, nel progetto allegato all’istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica, da un muro in tufo di “tombamento” dei retrostanti locali (cfr. pag. 9 della relazione di verifica).

Dalla relazione di c.t.u. sono invece enucleabili i seguenti passaggi, pertinenti all’oggetto della controversia:

- il progetto sottoposto all’accertamento di compatibilità paesaggistica prevede la realizzazione, negli spazi corrispondenti al “piano interrato”, di sette cantinole (cfr. pag. 108 della relazione di c.t.u.);

- i suddetti locali sono facilmente raggiungibili dai collegamenti verticali e, pertanto, non possono definirsi effettivamente “tombati ed inaccessibili” (cfr. pag. 221 della relazione di c.t.u.);

- “la maggiore superficie di solaio realizzata al cd. livello interrato, peraltro panoramico al pari dei livelli soprastanti oltre che collegato ai piani superiori

dall'unica cassa scala/ascensore, ha consentito di definire spazi che per caratteristiche tecniche, geometriche e funzionali possono essere certamente idonei alla realizzazione di volumi edilizi da computarsi ai fini urbanistici” (cfr. pagg. 235-236 della relazione di c.t.u.).

Venendo adesso alle valutazioni del Tribunale, deve subito chiarirsi che non rileva, ai fini dell'ammissibilità dell'accertamento di compatibilità paesaggistica richiesto dalla parte ricorrente, il grado di difficoltà (in relazione, soprattutto, alla distanza del punto di osservazione) che presenta la “visibilità” del livello in questione, così come indicata dall'organo verificatore, dal momento che, anche ammesso che essa integri un “pre-requisito di rilevanza paesaggistica” dell'intervento oggetto di sanatoria (secondo la definizione datane nell'ormai noto parere dell'Ufficio Legislativo del Ministero intimato prot. n. 16721 del 13.9.2010, richiamato in ricorso ma da considerarsi superato dalla più recente giurisprudenza, come si dirà *infra*), la maggiore o minore comodità di visuale pubblica dell'intervento può incidere sulle valutazioni discrezionali di compatibilità paesaggistica, demandate all'amministrazione competente, non certo sulla necessità di quelle valutazioni, e del parere in cui trovano espressione, ai fini della positiva definizione del procedimento di sanatoria urbanistica e paesaggistica.

Né potrebbe farsi leva, ai fini della determinazione dei cd. pre-requisiti di rilevanza paesaggistica dell'intervento, sul fatto che “l'ampliamento eseguito si sviluppa all'interno del terrapieno” e che “sotto il profilo dell'aspetto visivo non emergono sostanziali differenze tra quanto previsto secondo il PdC n. 69/2013 e quanto richiesto in sede di accertamento di conformità”, per cui “qualora le opere fossero state realizzate conformemente al progetto approvato con il PdC n. 69/2013 e relativa autorizzazione paesaggistica, la configurazione strutturale e l'aspetto visivo rilevabile dall'esterno del piano interrato, con particolare riguardo alla superficie di mq. 242,68 eccedente quella assentita, sarebbero state analoghe a quelle realizzate”

(cfr., in questi termini, le pagg. 8-9 della citata relazione di verifica, in riscontro ad uno specifico quesito del Tribunale).

In primo luogo, infatti, lo stesso verificatore fa leva su concetti - “sostanziali differenze”, “analoghe” - non coincidenti con quello di “identità”, al quale unicamente potrebbe aversi riguardo al fine di stabilire se un’opera sia bisognevole o meno, ai fini della sua piena regolarizzazione giuridica, di una preventiva valutazione di compatibilità paesaggistica (previa verifica di ammissibilità della stessa): in particolare, la circostanza (evidenziata dal verificatore) per la quale, sia nel progetto assentito che in quello sottoposto ad accertamento di compatibilità paesaggistica, sarebbe prevista una “sistemazione artificiale” del fronte del fabbricato, all’altezza del “piano interrato”, non consente di obliterare quella, decisiva, secondo cui, mentre la sistemazione originaria è caratterizzata dalla realizzazione di un muro di contenimento (almeno relativamente alla parte del “locale tombato” che si trova al lato, e non dietro, il preesistente ed assentito “volume tecnico”), quella effettivamente realizzata è costituita da un muro di “tombamento”, ovvero da opere aventi una ben distinta connotazione funzionale nonché strutturale: ciò senza trascurare che la verifica della rilevanza paesaggistica dell’intervento eseguito *sine titulo* non può essere condotta, nella specie, assumendo a riferimento comparativo lo stato di progetto assentito con il permesso di costruire n. 69/2013, quanto piuttosto il relativo stato di fatto preesistente all’intervento abusivo, avendo quest’ultimo superato e surrogato quello regolarmente autorizzato ma di fatto non eseguito.

In ogni caso, a prescindere dalle considerazioni svolte, l’irrilevanza della visibilità dell’intervento, e del grado di pregiudizio che esso arreca al paesaggio, al fine di verificare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica, così come indicate dall’art. 167, comma 4, d.lvo n. 42/2004, è stata sancita dalla giurisprudenza formatasi con

riguardo ai volumi cd. interrati (sui quali si dirà meglio *infra*), che pure sono caratterizzati dalla assenza di alterazioni visibili *ab externo*: basti richiamare, in proposito, quanto statuito da Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3289 del 2 luglio 2015, nel senso che “il vigente art. 167, comma 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio preclude il rilascio di autorizzazioni in sanatoria, quando siano stati realizzati volumi di qualsiasi natura (anche “interrati”): il divieto di incremento dei volumi esistenti, imposto ai fini di tutela del paesaggio, si riferisce infatti a qualsiasi nuova edificazione comportante creazione di volume, senza che sia possibile distinguere tra volume tecnico ed altro tipo di volume, sia esso interrato o meno. (...) Del resto, avvalorata questa conclusione la stessa lettera della norma in discorso che, nel consentire l'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica, si riferisce esclusivamente ai "lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati": non è quindi consentito all'interprete ampliare la portata di tale norma, che costituisce eccezione al principio generale delle necessità del previo assenso codificato dal precedente art. 146, per ammettere fattispecie letteralmente, e senza distinzione alcuna, escluse”.

Sgombrato quindi il campo dalla questione della “visibilità” dell'intervento, come cd. pre-requisito di rilevanza paesaggistica dello stesso, deve, con maggiore aderenza al dettato normativo, laddove descrive, appunto, i presupposti di ammissibilità dell'accertamento di compatibilità paesaggistica, verificarsi la sussistenza di quello relativo alla assenza di incrementi di volume e di superficie utile, in considerazione del carattere “interrato” e “tombato” dei volumi oggetto di controversia.

Ebbene, deve in primo luogo osservarsi che non è predicabile, come dedotto dalla parte ricorrente, il carattere “interrato” dei locali di cui si discute: la relazione

istruttoria trasmessa dal Comune di Salerno in ottemperanza all'ordinanza n. 472/2016 e la relazione del c.t.u. ing. Paolo Grazioso, acquisita in sede penale, sono infatti concordi nel precisare che il piano *de quo* presenta almeno un lato (quello, più esattamente, rivolto verso il mare) fuori terra, ovvero esterno alla linea del piano di campagna (in proposito, in particolare, la menzionata relazione di c.t.u. - cfr. pagg. 235 ss - precisa che il cd. livello interrato “viene definito impropriamente” tale, “poiché esso si presenta addirittura panoramico sul fronte sud al pari dei livelli soprastanti”).

Ugualmente ininfluyente sulla qualificazione dei locali in questione, sotto il profilo suindicato (del loro interrimento o meno), è la collocazione degli stessi in area retrostante rispetto agli altri volumi “tecnici” assentiti con il permesso di costruire n. 69/2013, atteso che il carattere interrato deve essere verificato senza considerarli isolati, ma parte integrante del livello sul quale insistono, al quale quindi, nella sua complessità, quella qualificazione propriamente deve essere riferita (e nella specie, per quanto detto, esclusa).

Quanto invece alla qualificabilità come “volumi tecnici” dei locali in questione, deve osservarsi che la stessa giurisprudenza che si è dimostrata favorevole ad una valutazione di ammissibilità della sanatoria per i cd. volumi tecnici (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5932 del 1° dicembre 2014), sulla scorta della ritenuta non divisibilità dell'impostazione che fonda l'interpretazione dell'art. 167 d.lvo n. 42/2004 sulla “separatezza delle nozioni tecniche di "superfici utili" e "volumi tecnici" a seconda della loro diversa applicazione nel campo urbanistico o in ambito paesaggistico nel quale ogni modificazione alla realtà preesistente determina "di per sé vulnus" agli interessi superiori di tutela del paesaggio”, ha precisato che "la nozione di 'volume tecnico', non computabile nella volumetria ai fini in questione, corrisponde a un'opera priva di qualsivoglia autonomia funzionale, anche solo potenziale, perché è destinata a solo contenere, senza

possibilità di alternative e comunque per una consistenza volumetrica del tutto contenuta, impianti serventi di una costruzione principale per essenziali esigenze tecnico-funzionali della medesima. In sostanza, si tratta di impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione che non possono essere in alcun modo ubicati all'interno di questa, come possono essere - e sempre in difetto dell'alternativa - quelli connessi alla condotta idrica, termica o all'ascensore e simili, i quali si risolvono in semplici interventi di trasformazione senza generare aumento alcuno di carico territoriale o di impatto visivo".

Ebbene, fanno difetto nella specie i due presupposti essenziali ai fini del riconoscimento di un "volume tecnico", così come delineati dalla citata giurisprudenza, ovvero, da un lato, la strumentalità dello stesso rispetto all'alloggiamento di opere impiantistiche, dall'altro lato, le dimensioni "del tutto contenute" del volume (e della superficie) che viene in considerazione.

Con specifico riguardo al primo aspetto, a prescindere dai rilievi del c.t.u., che ha evidenziato la destinazione a "cantinole" dei locali in discorso, non può non richiamarsi il provvedimento comunale n. 14 del 10.6.2014, avente ad oggetto il diniego di assenso alla variante al permesso di costruire n. 69/2013 presentata dalla parte ricorrente (cfr. pag. 93 della relazione di c.t.u.), laddove evidenzia la non riconducibilità dei volumi realizzati *sine titulo* al "livello interrato" alla fattispecie dei "volumi tecnici", così come delineata dall'art. 27.02 del R.U.E.C., secondo cui devono intendersi tali "quelli strettamente necessari a contenere serbatoi idrici, l'extracorsa degli elevatori, i vasi di espansione dell'impianto di termosifone, le canne fumarie e di ventilazione, il vano scala al di sopra della linea di gronda, i sottotetti non accessibili asserviti alla costruzione quale spazio vuoto utile all'isolamento termico ecc."

Venendo adesso alla connotazione come "tombati" dei volumi in discorso, addotta dalla parte ricorrente a giustificazione della ammissibilità dell'accertamento di

compatibilità paesaggistica, anche alla luce del disposto dell'art. 6, comma 2, lett. c) d.P.R. n. 380/2001, richiamato anche dal parere paesaggistico oggetto di autotutela, deve in primo luogo sottolinearsi, come già evidenziato, che il “tombamento” è stato nella specie operato *a posteriori* e per ottemperare all'ordinanza di demolizione n. 27/2013: ebbene, già tale circostanza induce a porre seriamente in dubbio il ricorrere della *ratio* che fa da sfondo al regime di liberalizzazione introdotto dal legislatore con riguardo ai veri e propri “locali tombati”.

Invero, anche a non voler aderire all'orientamento più rigoroso, basato anche sulla definizione che ne danno i più accreditati dizionari, secondo cui il “tombamento” consiste nel “colmamento dei vuoti di uno scavo, livellamento delle depressioni di un terreno o riempimento del letto di un corso d'acqua con materiali solidi” (per tale rigorosa accezione si veda anche T.A.R. Campania, Sezione di Salerno, Sez. II, n. 1588 del 15 luglio 2013), ritenendo quindi sufficiente che un locale sia interamente “chiuso” per potersi definire come “tombato”, deve osservarsi che i locali “tombati”, per essere tali, ovvero per beneficiare del predetto regime di *favor*, devono perseguire *ab initio* una loro autonoma funzione di carattere edilizio (quale potrebbe essere anche quella di rispondere ad una specifica esigenza di carattere strutturale): funzionalizzazione che finisce per conformarli anche strutturalmente, se si considera che la relativa dimensione non può che essere rapportata alla (e contenuta in ragione della) funzione per la quale sono realizzati.

L'esistenza di una specifica funzione del locale “tombato” in quanto tale (e non divenuto tale successivamente, anche in forza, come nella specie, di un *factum principis*) costituisce anche la garanzia della sua duratura finalizzazione ad uno scopo meramente strumentale, *ergo* incompatibile con la sua autonoma utilizzazione (che, ove riscontrabile, darebbe luogo ad un volume *tout court*), in

modo da escludere che la “tombatura” sia stata solo opportunisticamente realizzata, per sottrarre le opere ad un più rigoroso regime edilizio e paesaggistico.

Nella specie, per contro, la parte ricorrente non comprova alcuna intrinseca funzione del “locale tombato” in discorso: essa, infatti, si limita genericamente ad allegare che i mq. 242,68 oggetto di contestazione “corrispondono al piano di fondazione del fabbricato, pareggiato nella forma utile alla lavorazione di impianto e poi tombato”, senza fornire alcun elemento a dimostrazione dell’assunto.

Ebbene, tale “neutralità” funzionale dei locali in questione induce a ritenere che essi erano originariamente destinati ad una finalità che, per effetto del tombamento imposto dal Comune di Salerno, non può più essere perseguita: con il rischio immanente, tuttavia, che, per realizzarla nuovamente, si dia luogo alla reversibilità del tombamento, paventata dallo stesso c.t.u. nominato in sede penale.

Se poi si considera che, come evidenziato dal medesimo c.t.u., i “locali tombati” in discorso sono destinati, in base agli stessi grafici allegati all’istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica, alla allocazione di “cantinole”, emerge un ulteriore concreto motivo per escludere la pertinenza della suddetta qualificazione.

Alla conclusione esposta, nel senso della necessità che i “locali tombati” siano tali perché destinati ad assolvere *ab origine* ad una specifica funzione, coerente con la loro natura, e non perché divenuti (eventualmente) tali, come nella specie, per *factum principis*, è dato del resto pervenire anche alla luce della *ratio*, di impronta marcatamente dissuasiva e, mutuando una terminologia penalistica, general-preventiva, dell’art. 167, comma 4, d.lvo n. 42/2004.

Invero, sia che essa si identifichi nella volontà legislativa di incidere sul movente dell’attività edilizia lesiva dei valori paesaggistici (il quale è più forte e spiccato, evidentemente, per gli interventi generatori di incrementi di volume o di superficie), sia che il legislatore abbia avuto presenti soprattutto gli effetti della stessa (secondo un principio di regolarità statistica che individua nelle opere



volumetricamente rilevanti quelle portatrici di maggiore disvalore paesaggistico), non vi è dubbio che i “locali tombati” in questione, proprio perché divenuti tali in un momento successivo alla realizzazione dell’abuso e per effetto di una volontà esterna al suo autore, non sfuggono alla ragione del divieto di sanatoria, come poc’anzi individuato: quanto al primo aspetto, infatti, ricorre anche nella fattispecie in esame una tipologia di illecito paesaggistico presumibilmente ispirato da una finalità di carattere speculativo (nel senso dell’accrescimento del valore dell’immobile mediante la realizzazione di una volumetria aggiuntiva ed autonomamente utilizzabile), mentre, quanto al secondo profilo, è evidente che anche un “volume tombato”, specialmente se privo di connessioni con una specifica funzione atta anche a delimitarne la consistenza dimensionale, è suscettibile di arrecare, almeno su un piano astratto, quel particolare *vulnus* alla tutela del paesaggio che il legislatore ha inteso sanzionare (escludendone la sanabilità paesaggistica).

Le conclusioni raggiunte, in termini di inammissibilità dell’accertamento di compatibilità paesaggistica richiesto dalla parte ricorrente, consentono di prescindere da ulteriori considerazioni, che finirebbero per rafforzarle e che pure trovano negli atti di causa un sufficiente fondamento, come quella attinente alla effettiva condizione di inaccessibilità che connota i locali oggetto di controversia: sul punto, peraltro, non può omettersi di accennare nuovamente al fatto che la relazione di c.t.u. dell’ing. Paolo Grazioso esclude decisamente la suddetta inaccessibilità, evidenziando che il suddetto livello è facilmente raggiungibile dai collegamenti verticali (cfr. pag. 107 della relazione di c.t.u.).

I rilievi svolti consentono quindi di affermare complessivamente l’infondatezza delle censure attoree intese a contestare la rilevanza volumetrica dei “locali tombati”: in ogni caso, alcune ulteriori brevi considerazioni devono essere svolte in relazione alle stesse.

In particolare, quella secondo cui un “locale tombato”, riconducibile alla previsione di cui all’art. 6, comma 2, lett. c) d.P.R. n. 380/2001, è per sua natura dissimile da un “volume tecnico”, che a differenza del primo è accessibile e fruibile, non inficia la legittimità del provvedimento impugnato, atteso che, come si è detto, i locali in discorso non sono riconducibili alla previsione liberalizzatrice suindicata, con le relative conseguenze anche sul piano della ammissibilità della relativa valutazione di compatibilità paesaggistica.

Infondata è anche la censura con la quale viene lamentato che l’assunto della Soprintendenza è in contrasto, sul punto, con le valutazioni della commissione da essa nominata: si evince infatti dalla relativa relazione, per contro, che il “volume tombato” è considerato idoneo a dare luogo ad un inammissibile incremento volumetrico.

Infondata è anche la deduzione attorea secondo cui, in ragione dello stato *in itinere* della costruzione, non sono configurabili aumenti della superficie e dei volumi: il provvedimento impugnato si fonda infatti sulla qualificazione, in senso volumetrico, di una entità la cui esistenza fisica non è contestata dalle parti, tanto da costituire oggetto dell’istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica presentata dalla parte ricorrente.

Infondata è altresì la censura con la quale viene dedotto che, poiché le risultanze istruttorie della commissione non differiscono in nulla da quanto rappresentato nella documentazione tecnica allegata all’istanza di accertamento di conformità e da quanto accertato dal Comune di Salerno, e poiché, in occasione del controllo *in loco*, è stata verificata la rispondenza di quanto realizzato con quanto rappresentato, sarebbe stato logico che il procedimento si concludesse in modo positivo.

Deve infatti osservarsi che il provvedimento impugnato non si fonda su una diversa ricostruzione fattuale dello stato dei luoghi rispetto a quella operata dall’amministrazione comunale, né sulla rilevazione di un contrasto (almeno

relativamente ai “locali tombati”) tra quanto realizzato e quanto graficizzato dalla parte ricorrente, ma sulla diversa valutazione giuridica del “volume tombato”, ai fini della verifica di ammissibilità dell’istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica.

Infondata è anche la censura secondo cui l’atto di autotutela sarebbe fondato su motivi diversi da quelli indicati nella comunicazione di avvio: questa fa appunto riferimento alla necessità di accertare la veridicità di quanto segnalato dall’ing. Vitolo in ordine ad un asserito incremento volumetrico, insuscettibile in quanto tale di accertamento di compatibilità paesaggistica.

Non condivisibile è anche la censura di sviamento formulata dalla parte ricorrente, assumendo quest’ultima che il provvedimento impugnato sarebbe finalizzato a sostenere la tesi dei vicini denuncianti, nonché quella di perplessità, basandosi esso sull’uso del condizionale: è infatti emersa, dai rilievi in precedenza svolti, la fondatezza oggettiva dei motivi sui quali si basa il provvedimento impugnato, atta ad escludere la rilevanza invalidante di qualunque profilo di incertezza semantica e/o di indizio di eccesso di potere.

Ad analoga conclusione, infine, deve pervenirsi anche in relazione alla censura intesa a lamentare la violazione del principio di proporzionalità, atteso il carattere “minimale” e la non “percepibilità all’esterno” delle opere *de quibus*, insuscettibili di introdurre significative modificazioni a quanto già assentito sotto il profilo paesaggistico.

In proposito, nel richiamare le considerazioni in precedenza formulate, deve osservarsi che questo Tribunale è consapevole che l’interpretazione delle norme attributive di poteri alla P.A. debba essere coerente con lo scopo che queste si prefiggono di perseguire, individuabile nell’esigenza di tutelare lo specifico interesse pubblico di volta in volta affidato alla sue cure e rappresentato, nella specie, dalla conservazione dei valori paesaggistici meritevoli di protezione.

Il giudicante è altresì consapevole che l'applicazione della norma di divieto (dell'accertamento di compatibilità paesaggistica) di cui all'art. 167, comma 4, lett. a) d.lvo n. 42/2004 anche a fattispecie, come quella in esame, in cui le opere da sanare non siano suscettibili di arrecare alcun concreto *vulnus* alla tutela del paesaggio (trovandosi le stesse allocate in parte nell'area retrostante un "volume tecnico" regolarmente assentito ed in parte dietro una struttura muraria di per sé atta già a determinare una alterazione dei tratti paesaggistici del territorio), possa dare luogo ad una intrinseca tensione tra lo scopo della norma, come dianzi individuato, e la sua concreta applicazione.

Tuttavia, le conclusioni raggiunte, oltre che accreditate dalla prevalente giurisprudenza, sono le sole coerenti con le norme vigenti, essendo esclusivamente compito del legislatore, ove ritenuto compatibile con le linee di politica legislativa concretamente perseguite, apportare al sistema normativo gli eventuali correttivi.

Vengono in rilievo, al riguardo, le seguenti disposizioni di legge:

- l'art. 167, comma 4, lett. a) d.lvo n. 42/2004, già menzionato, il quale àncora l'accesso all'accertamento di compatibilità paesaggistica a due presupposti: a) la necessità di acquisire, in vista della regolare esecuzione dei lavori, la preventiva autorizzazione paesaggistica; b) il fatto che gli stessi non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati;

- l'art. 149, comma 1, lett. a) d.lvo n. 42/2004, il quale, a sua volta, esclude la necessità dell'autorizzazione paesaggistica "per gli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici".

In siffatto rigido contesto normativo, l'assenza di uno specifico *vulnus* paesaggistico assume rilievo (al fine di escludere la necessità dell'autorizzazione paesaggistica e, di riflesso, ammettere la sanatoria paesaggistica, o meglio sancirne la superfluità ai

fini della regolarizzazione delle opere abusivamente realizzate) solo in correlazione con la riconducibilità dell'intervento ad una delle categorie edilizie "minori" tassativamente indicate dalla norma appena citata: riconducibilità che resta tuttavia esclusa, nella fattispecie in esame, in forza dell'evidenziata insussistenza, nei locali *de quibus*, dei requisiti per qualificarli, alternativamente o cumulativamente, come "interrati", "tombati" o "tecnici", nei sensi predicati dalla parte ricorrente.

Le osservazioni svolte, atteso il carattere autosufficiente del motivo dell'impugnato provvedimento di autotutela incentrato sulla rilevanza volumetrica del "volume tombato", consentono da soli di decretare il rigetto del ricorso e di prescindere dall'esame delle censure afferenti agli ulteriori profili di inammissibilità dell'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica evidenziati dall'amministrazione intimata, relativi:

- alla maggiore altezza della struttura, con il relativo ulteriore incremento di volume "se l'edificio fosse completato secondo la stereometria prevista in progetto" (peraltro, in ordine a tale profilo, lo stesso c.t.u. ha affermato che sulla maggiore altezza di cm. 60 - m. 15,50 contro m. 16,10 - rispetto al progetto assentito con il permesso di costruire n. 69/2013 "non è possibile fare alcuna considerazione conclusiva in mancanza del completamento della sovrastruttura dei solai" (pag. 144 della relazione di c.t.u.);
- all'assunto secondo cui "quanto graficizzato ai fini della richiesta della compatibilità paesaggistica non corrisponde allo stato dei luoghi né a quelli che assumeranno al termine di lavori ordinati dal Tribunale di Salerno";
- alla presenza di difformità non rappresentate, come quella relativa ai "vani ubicati nel lato valle in prolungamento del fabbricato, chiusi perimetralmente con strutture in c.a. provviste di un'apertura nel solaio di copertura, presumibilmente realizzati in difformità ad un volume di sottopiscina riportato nel progetto assentito", alle "difformità nella piastra di fondazione del fabbricato, le cui misure

non corrispondono al progetto assentito né a quello presentato ai fini della compatibilità paesaggistica” ed alle opere in corso in esecuzione dell’ordinanza del Tribunale.

Il ricorso, in conclusione, deve essere respinto: deve solo evidenziarsi che i rilievi svolti non precludono la reiterabilità dell’istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica, la quale, oltre ad estendersi, ove ritenuto dalla parte ricorrente, agli ulteriori profili di difformità ed alle incongruenze evidenziate dall’amministrazione intimata e poc’anzi richiamate, preveda (o presupponga) l’eliminazione dei volumi oggetto di controversia, mediante il loro integrale riempimento, dal momento che questo darebbe luogo, ove realizzato, al sostanziale ripristino dello *status quo ante*, caratterizzato dalla presenza del terrapieno il cui illecito svuotamento ha dato luogo alla creazione dei volumi in discorso.

Infine, la peculiarità dell’oggetto della controversia giustifica la statuizione di compensazione delle spese di giudizio sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2499/2015, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Paolo Severini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2016

IL SEGRETARIO

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