

Consiglio di Stato, Sezione 5
Sentenza 28 dicembre 2018, n. 7292

Massima redazionale

Interventi edilizi - Stabilimento balneare - Area protetta - Riserva naturale - Area di tutela - Individuazione - Valutazione di compatibilità con il vincolo cui l'area è assoggettata e verifica del suo impatto

La realizzazione sull'area in concessione dello stabilimento balneare di un nuovo corpo di fabbrica da destinare ad ufficio informazioni, bar, servizi igienici e solarium non è assentibile se parte dell'area interessata dall'ampliamento ricade, anche se in parte, nel perimetro della riserva naturale protetta. In presenza di tale dato di fatto, certo ed obiettivo, infatti, da un lato non è consentito l'esercizio di un potere discrezionale escludente la tutela ambientale sebbene minima, dall'altro la libertà di iniziativa economica è limitata dalla protezione che è accordata dalla Costituzione al principio di precauzione ambientale.

Integrale

Interventi edilizi - Stabilimento balneare - Area protetta - Riserva naturale - Area di tutela - Individuazione - Valutazione di compatibilità con il vincolo cui l'area è assoggettata e verifica del suo impatto

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Quinta

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3937 del 2017, proposto da:

Ente Riserve Naturali Regionali Foce Sele Tanagro e Monti Eremita Marzano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato En. De Vi., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ca. De Vi. in Roma, via (...);

contro

Società Li. Me. di Le. Ma. & C. s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ma. Fo., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sa. Di Cu. in Roma, via (...);

nei confronti

Comune di (comune) e Regione Campania, non costituiti in giudizio.

Comune di (omissis) e Regione Campania, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania, sezione staccata di Salerno, Sezione I, n. 00510/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Li. Me. di Le. Ma. & C. s.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2018 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Cr., in dichiarata delega dell'avvocato En. De Vi., e, su delega dell'avv. Ma. Fo., l'avv. Pe.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Società Li. Me. di Le. Ma. & C. s.a.s. (di seguito "Li. Me."), proprietaria di uno stabilimento balneare denominato "Li. Me." nel territorio del Comune di (omissis)- località (omissis), impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania - Sezione Staccata di Salerno - il decreto n. 6/2016 del 13 maggio 2016 dell'Ente Riserve Naturali Regionali Foce Sele Tanagro e Monti Eremita Marzano (di seguito "Ente Riserve"), recante il diniego di nulla osta ambientale per un intervento di ampliamento del predetto stabilimento, consistente nella realizzazione, sull'area in concessione, di un nuovo corpo di fabbrica (avente superficie di 146,97 mq e volumetria di mc 396,81) da destinare ad ufficio informazioni, bar, servizi igienici e solarium.

1.1. Esponeva la ricorrente di avere presentato al Comune di (omissis) ("il Comune") un progetto di manutenzione straordinaria ed ampliamento dello stabilimento balneare, successivamente trasmesso dallo Sportello Unico comunale all'Ente Riserve, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. n. 380 del 2001, per il conseguimento del necessario nulla osta ambientale, in quanto, come emerso nell'istruttoria, parte dell'area interessata dall'ampliamento sarebbe stata ricompresa nel perimetro della Riserva Naturale Foce Sele -Tanagro.

1.2. Nonostante la rimodulazione del progetto da parte della società ricorrente e l'acquisizione dei pareri favorevoli della Soprintendenza e della Regione Campania, l'Ente di tutela aveva, tuttavia, assentito le sole opere di manutenzione straordinaria, ma non quelle di ampliamento, ritenendole in contrasto con le Norme di Salvaguardia della Riserva e, in particolare, con il punto 2.0.10. che esclude, per tutte le zone ricomprese nel perimetro della Riserva, interventi comportanti incrementi delle volumetrie esistenti.

2. A sostegno dell'impugnazione la Società Li. Me. deduceva: 1) il difetto del presupposto per l'adozione del provvedimento, in quanto le opere in ampliamento ricadrebbero all'esterno del perimetro della Riserva (come si evincerebbe dalla sovrapposizione delle opere progettate con la cartografia ufficiale della Regione Campania di cui al Numero Speciale del B.U.R.C. del 27.5.2004); 2) il difetto di motivazione sulle osservazioni endoprocedimentali prodotte in riscontro alla comunicazione di motivi ostativi, in violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, avendo la ricorrente dimostrato, anche mediante la relazione tecnica di progetto, la collocazione dell'area interessata dall'ampliamento al di fuori di quella sottoposta al regime vincolistico della Riserva naturale; 3) l'adozione del diniego malgrado sull'istanza del ricorrente si fosse già formato il silenzio - assenso ex art. 13, comma 1, l. n. 394 del 1991 e l'impossibilità che il provvedimento impugnato valesse quale legittima espressione del potere di autotutela.

2.1. Nel giudizio di primo grado si costituiva l'Ente Riserve, contestando le deduzioni della ricorrente e chiedendone il rigetto a motivo della loro infondatezza. In particolare l'Ente evidenziava di aver adeguatamente esternato le ragioni del diniego, non avendo la società offerto, in sede di osservazioni, elementi idonei a confutare le valutazioni rese; lamentava, inoltre, l'inesattezza della linea di confine tracciata dalla ricorrente, in quanto difforme da quella riportata sulla cartografia ufficiale della Riserva i cui confini erano identificati da una fascia perimetrale inglobante l'intera spiaggia.

2.2. Con ordinanza istruttoria n. 2485/2016 il tribunale disponeva una consulenza tecnica d'ufficio, al fine di accertare "se le opere in ampliamento, in relazione alle quali l'Ente Riserva ha espresso il diniego di nulla-osta, ricadano o meno all'interno del territorio della Riserva, così come perimetrata nella cartografia allegata al relativo decreto istitutivo".

2.3. Il consulente tecnico nominato depositava relazione dalla quale emergeva che, per un verso, la rappresentazione cartografica della perimetrazione della Riserva aveva natura provvisoria e, per altro verso, che l'area di sedime del realizzando ampliamento, per quanto ciò fosse verificato in maniera empirica e pur con le riserve circa l'esattezza di una siffatta misurazione e i rischi di errore insiti nel livello di rappresentazione dell'elaborato cartografico, ricadeva per una superficie di 20,35 mq (circa 60 mc, corrispondente al 13,85% del totale) nel

perimetro della Riserva e, dunque, nel regime di divieto previsto dalle relative norme di salvaguardia ambientale.

2.4. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso rilevando, da un lato, che non fosse a ciò ostativo la circostanza che una minima parte del manufatto in ampliamento ricadesse all'interno dell'area di tutela, dall'altro che i profili di incertezza nella delimitazione dell'area di tutela dovessero risolversi a favore della ricorrente che, in assenza di impedimenti normativi univocamente riscontrabili, non poteva subire un'ingiusta lesione della sua libertà di iniziativa economica in quanto valore tutelato dalla Costituzione (art. 41 Cost.)

3. Per la riforma della sentenza ha proposto appello Ente Riserve deducendone l'erroneità e ingiustizia alla stregua dei seguenti motivi di diritto: "I) Error in iudicando- Difetto ed erroneità della motivazione (violazione artt. 9, 41 e 117 Cost.) - in relazione al regime di salvaguardia della Riserva stabilito dalle Norme Generali di Salvaguardia di cui all'Allegato "6" "B" pubblicato sul B.U.R.C. del 27 maggio 2004- artt. 3 e 88 del c.p.a. - Violazione e falsa applicazione del principio di precauzione ambientale- Error in procedendo (violazione artt. 63 e 67 c.p.a.); II) Error in iudicando - illogicità, contraddittorietà ed erroneità della motivazione (violazione artt.9, 41 e 117 Cost.) in relazione al regime di salvaguardia della Riserva stabilito dalle Norme generali di salvaguardia di cui all'Allegato "6" "B" pubblicato sul B.U.R.C. del 27 maggio 2004- artt. 3 e 88 del c.p.a. - Violazione e falsa applicazione del principio di precauzione ambientale; III) Error in iudicando- Difetto ed erroneità della motivazione (violazione artt.9, 41 e 117 Cost.) in relazione al regime di salvaguardia della Riserva stabilito dalle Norme generali di salvaguardia di cui all'allegato "6" "B" pubblicato sul B.U.R.C. del 27.05.2004- artt. 3 e 88 del c.p.a.-Violazione e falsa applicazione del principio di precauzione ambientale".

L'appellante ha depositato in giudizio anche una propria perizia da cui risulta che una parte dell'intervento realizzando (variabile da 5/6 metri a circa 1 metro) rientra effettivamente nell'area della Riserva.

3.1. Si è costituita in resistenza l'originaria ricorrente la quale, con deposito di memorie, ha argomentato le proprie tesi, chiedendo il rigetto dell'appello proposto in quanto infondato in fatto e in diritto.

3.2. Accolta la domanda cautelare incidentalmente formulata dall'appellante (ordinanza n. 3463/2017 resa alla Camera di Consiglio del 31 agosto 2017), in considerazione del mancato rilascio del titolo edilizio e della conseguente necessità di evitare la modifica dello stato dei luoghi, con ordinanza collegiale n. 1918/2018 del 27 marzo 2018 la Sezione ha disposto una verifica affidandone l'espletamento al Direttore dell'Agenzia del Demanio, Direzione Territoriale della Campania, con facoltà di delega a idoneo funzionario dello stesso ufficio, al fine di accertare con tutti i più aggiornati metodi, compresa la georeferenziazione, quale sia l'esatta perimetrazione dell'area di tutela, individuando con precisione i confini della Riserva, in modo da determinare, previa esatta descrizione dei luoghi, l'esatta incidenza delle opere di ampliamento previste nel progetto presentato per il conseguimento del nulla-osta ambientale.

3.3. Il verificatore ha adempiuto all'incarico depositando dapprima, in data 19 giugno 2018, una bozza di relazione per consentire alle parti di formulare le proprie osservazioni e, all'esito, in data 31 luglio 2018, la relazione definitiva di verifica.

3.4. All'udienza pubblica del 18 ottobre 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. L'appello è fondato.

4.1. Deve, in primo luogo, evidenziarsi come non si sia formato nella fattispecie in esame alcun silenzio assenso ai sensi dell'art. 13 legge 6 dicembre 1991, n. 394 - Legge quadro sulle aree protette (norma da non ritenersi colpita da abrogazione implicita, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 20 della legge n. 241 del 2005 novellato dalla legge n. 80 del 2005, come chiarito da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 17 del 27 luglio 2016), in base al quale "il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell'Ente parco. Il nulla osta verifica la conformità tra le disposizioni del piano e del regolamento e l'intervento ed è reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso inutilmente tale termine il nulla osta si intende rilasciato".

Infatti, a seguito della trasmissione del progetto da parte dello Sportello Unico del Comune in data 10 febbraio 2016, la Commissione consultiva dell'Ente Riserve, nella seduta del 3 marzo 2016, già esprimeva parere favorevole per il solo intervento manutentivo ed il Responsabile dell'Area Tecnica il successivo 10 marzo formalizzava il preavviso di diniego ex art. 10 bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 per le opere di ampliamento: dal che consegue la piena operatività del provvedimento di diniego successivamente adottato che, non essendosi formato il silenzio-assenso sulla richiesta di nulla osta ambientale, non è, dunque, espressione di un illegittimo esercizio del potere di autotutela.

4.2. Ciò premesso, la Sezione rileva come, al fine di dirimere la questione principale della presente controversia, vale a dire l'esistenza di un'effettiva violazione del regime vincolistico della Riserva naturale, il Tribunale amministrativo correttamente ha ritenuto che fosse essenziale accertare l'esatta collocazione delle opere proposte, essendo controverso tra le parti se il progettato ampliamento rientrasse o meno all'interno del perimetro dell'area oggetto di tutela: l'ausiliario, allo scopo nominato, ha evidenziato, nella sua relazione scritta, l'incertezza dei confini del Parco e dell'area di tutela, non avendo l'Ente Riserve provveduto alla relativa perimetrazione, e la conseguente necessità di fare riferimento, a tal fine, alle indicazioni desumibili dalla cartografia cartacea ufficiale (ed in particolare alla "linea di confine" come evincibile dalla citata cartografia),

concludendo che, sulla base di detto metodo e di dette indicazioni, solo una piccola parte dell'ampliamento (pari a 20,35 mq corrispondente al 13,85% del totale) ricadrebbe nell'area di tutela.

4.3. Sulla base degli accertamenti svolti dal consulente il Tribunale ha ritenuto, per un verso, che, ricadendo solo una piccola parte della realizzanda costruzione nell'area protetta, non fossero in concreto compromessi i beni tutelati dalle norme di salvaguardia ambientale; per altro verso che, in difetto di univoca certezza sull'effettiva incidenza sull'area interessata, non sarebbe possibile comprimere le facoltà edificatorie del privato, dovendosi riconoscere prevalenza, nella comparazione dei contrapposti interessi in gioco, alla libertà di iniziativa economica, non sacrificabile in assenza di limiti normativi e per di più in una situazione di incertezza determinata dallo stesso Ente Riserve che, a distanza di anni dalla sua istituzione, di fatto non ha mai provveduto ad una perimetrazione, come pure richiesto dalla legge e dallo Statuto.

4.4. Le motivazioni della sentenza impugnata, di accoglimento del ricorso di primo grado anche sulla base delle conclusioni dell'ausiliario, sono censurate dall'Ente Riserve che ha contestato, peraltro, la correttezza del metodo utilizzato dal consulente per l'individuazione degli esatti confini dell'area, assumendo che l'impiego di una più appropriata metodologia (quale la georeferenziazione) ai fini della perimetrazione avrebbe condotto ad esiti diversi, consentendo di ottenere un livello di approssimazione più attendibile rispetto ai metodi empirici utilizzati nella consulenza espletata in primo grado e così accertare che una parte ben più consistente dell'ampliamento da assentire ricadrebbe all'interno dell'area di tutela.

Sotto altro profilo l'Ente appellante ha lamentato che la sentenza di prime cure avrebbe del tutto obliterato il prevalente principio di precauzione ambientale che non è affatto recessivo rispetto alla libertà di iniziativa economica; ha dedotto, infine, che anche la fascia di litorale sabbiosa ricadrebbe all'interno del perimetro tutelato.

5. Le tesi dell'appellante sono fondate.

5.1. La verifica disposta dalla Sezione e affidata all'Agenzia del Demanio, al fine di accertare con la maggior precisione possibile il posizionamento del manufatto da erigere rispetto ai confini del Parco, espletata mediante l'utilizzo dei metodi più aggiornati (sebbene non sia stato possibile effettuare la georeferenziazione della cartografia), ha formulato due ipotesi di lavoro, in base alle quali rispettivamente: a) l'ampliamento ricade in area tutelata per il 55 per cento della sua intera consistenza; b) l'ampliamento vi ricade per il 34 per cento, pari a circa 50 mq (questa essendo l'ipotesi più attendibile).

5.2. Pertanto, sebbene sia criticabile la condotta dell'Ente Riserve, in quanto non conforme al principio di buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost., per non aver provveduto a stabilire, trascorsi molti anni dalla sua istituzione, l'esatta perimetrazione dei confini mediante l'adozione del c.d. Piano Territoriale dell'Ente Riserva, in modo da consentire di stabilire con esattezza l'area di tutela, è tuttavia evidente come, all'esito della verifica, sia venuto meno il presupposto di fatto sul quale il tribunale ha, in parte, fondato l'annullamento del diniego di nulla osta ambientale, vale a dire che solo una porzione veramente irrisoria del progettato ampliamento ricadrebbe nell'area tutelata: invero, anche a voler dare per buona l'ipotesi di cui al punto b), ad ogni modo il manufatto da realizzare ricade per oltre un terzo (e, dunque, in misura significativa) all'interno della perimetrazione dell'area, sicché è innegabile che l'intervento da assentire, in quanto idoneo per la sua consistenza a vulnerare il bene protetto dalle norme di salvaguardia ambientale, sia assoggettato a limiti vincolistici.

5.3. Sotto altro profilo, la Sezione rileva come in ogni caso anche la ricomprensione di una minima porzione del manufatto da costruire all'interno dell'area di protezione avrebbe implicato l'obbligo di assoggettamento dell'intero intervento alla valutazione di compatibilità con il vincolo cui l'area è assoggettata e alla concreta verifica del suo impatto, unitariamente considerato, sul contesto ambientale nel quale dovrebbe inserirsi: non può infatti ammettersi l'esistenza di un potere discrezionale che, in presenza di un dato di fatto certo e obiettivo, cioè il ricadere di una certa superficie all'interno di un'area protetta, possa considerare determinante ai fini dell'assoggettamento alla tutela l'estensione dell'area stessa, escludendone la tutela se minima; tanto meno un simile potere può essere riconosciuto al giudice amministrativo.

5.4. Alla stregua di tali considerazioni, non è allora neppure condivisibile l'assunto del Tribunale amministrativo sull'incomprimibilità della libertà di iniziativa economica, non essendo questa illimitata, ben potendo tale diritto essere soggetto a vincoli e restrizioni, purché nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, specie nella misura in cui il suo esercizio concreto si traduca in una lesione di beni aventi valore preminente e anch'essi costituzionalmente tutelati, quali l'ambiente e il paesaggio, con particolare riguardo alle aree protette.

5.5. Né coglie nel segno l'argomento in base al quale l'area di litorale sabbioso, per il solo fatto che sia soggetta a modificazioni tali da renderne incerto il confine, non rientri nell'area di tutela: ciò è smentito dalla Relazione dell'Assessorato all'Urbanistica della Regione Campania allegata alla delibera istitutiva dell'Ente ove si afferma che "il litorale della Piana del Sele si presenta come una fascia sabbiosa senza soluzione di continuità", aggiungendo inoltre che "questa area si definisce per la omogeneità delle caratteristiche geomorfologiche e per la omogeneità economica produttiva che interessa tutto il litorale".

E' fondato pertanto il rilievo dell'Ente appellante in base al quale i confini della Riserva sono identificati da una fascia perimetrale che ingloba l'intera spiaggia, interamente oggetto di tutela e ricompresa nell'area vincolata. Ad ogni modo, poi, anche a voler considerare, come fa il tribunale, l'intero litorale sabbioso, ricompreso nella fascia perimetrale, come "area contigua" e perciò come zona che, pur esterna alla riserva, costituisce una

sorta di "cuscinetto" tra l'area protetta e il restante territorio, non è condivisibile l'assunto di recessività del principio di precauzione ambientale rispetto all'iniziativa economica privata di cui alle statuizioni impugnate. A ciò si aggiunga che tale interpretazione, volta ad includere nel perimetro della Riserva solo una parte del litorale sabbioso e ad escludere il resto dagli obiettivi di tutela, consentirebbe, proprio nella zona più prossima alla battigia, l'edificazione di nuovi manufatti edilizi, in contrasto con le finalità sottese all'istituzione della riserva naturale, ovvero quelli di consentire "una maggiore attenzione alla tutela ambientale naturale del comprensorio", di "scongiurare ed evitare l'alterazione del paesaggio e promuovere un modello di agricoltura a più basso impatto di ambientale" e, infine, di promuovere la "riqualificazione e salvaguardia del patrimonio naturalistico, ambientale, archeologico e storico, attraverso la difesa e la ricostruzione degli equilibri idraulici e idrogeologici".

5.6. Non convincono neppure gli argomenti spesi dalla società appellata nella memoria di replica da ultimo depositata in atti, non potendo certamente la situazione di incertezza nella perimetrazione dei confini essere risolta a vantaggio della società, specie a fronte di un dato incontrovertibilmente accertato, sul quale sia il consulente sia il verificatore convengono: ovvero che l'ampliamento progettato, sia pure con differenti percentuali di incidenza, ricade senz'altro all'interno del perimetro della Riserva. A ciò si aggiunga poi che, nonostante le innegabili difficoltà di individuare con certezza i confini dell'area di protezione (come riconosciuto dallo stesso verificatore), ciò non si è però tradotto in un'impossibilità assoluta, ma nell'elaborazione di due distinte ipotesi di lavoro.

6. In conclusione, la presenza di una situazione di incertezza (in parte addebitabile anche alla negligenza dell'Ente di tutela) nella perimetrazione della Riserva, nella cui area senza dubbio si colloca l'ampliamento da assentire, non può risolversi in danno dell'integrità ambientale e della conservazione delle aree protette o, comunque, nella dequotazione di tali beni, aventi valore preminente, a vantaggio di interessi meramente speculativi ed edificatori del privato.

7. L'appello va, dunque, accolto a ciò conseguendo, in riforma della sentenza impugnata, la reiezione del ricorso di prime cure.

8. Sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità tecnica della controversia, dell'incertezza della situazione di fatto esistente, determinata anche dalla condotta dell'Ente appellante, per compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado giudizio; vanno poste a carico di entrambe le parti, nella misura della metà per ciascuna, le spese del compenso del verificatore, da liquidarsi con separata ordinanza quando ne verrà fatta richiesta.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Dispone compensarsi tra le parti le spese di giudizio, ponendo a carico di entrambe le parti costituite, nella misura della metà per ciascuna, le somme dovute al verificatore a titolo di compenso, da liquidarsi con separata ordinanza allorché il verificatore ne faccia domanda.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 18 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli - Presidente

Claudio Contessa - Consigliere

Paolo Giovanni Nicolò Lotti - Consigliere

Raffaele Prosperi - Consigliere

Angela Rotondano - Consigliere, Estensore