

N. 04339/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00760/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 760 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Nicolina Michitto, rappresentata e difesa dall'avv. Arturo Testa, con domicilio eletto
presso il medesimo in Napoli, via Santa Lucia n.15;

contro

Comune di Caserta in Persona del Sindaco pro tempore (n.c.);
Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali, Soprintendenza Beni Archit. e Paes. e
Patrim. Stor. art. e Etno. Prov. di Ce,Bn, in persona dei rispettivi legali rappresentanti
pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato,
domiciliata in Napoli, via Diaz 11;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso introduttivo:

della disposizione dirigenziale del Comune di Caserta n. 89879 del 19/11/2012,
notificata il 27/11/2012, con la quale si dichiara la non procedibilità della D.I.A., per
diniego di autorizzazione paesaggistica, della richiesta di installazione di un impianto
fotovoltaico presso il fabbricato di proprietà della ricorrente in Caserta, via san Vito, n.

15 e dei relativi atti presupposti, ivi compresa la comunicazione ex art. 10 bis del parere negativo della Soprintendenza ed il conseguente parere negativo, non comunicato alla ricorrente e conosciuto in quanto richiamato nel provvedimento del Comune di Caserta;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

del parere negativo nuovamente espresso dal Ministero per Beni e le Attività Culturali – Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici storici artistici per le province di Caserta e Benevento, notificato il 17 giugno 2013;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soprintendenza Beni Archit. e Paes. e Patrim. Stor. art. e Etno. Prov. di Caserta, Benevento e di Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2014 la dott.ssa Diana Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 24-25 gennaio 2013 e depositato il successivo 15 febbraio Nicolina Michito ha impugnato la disposizione dirigenziale del Comune di Caserta n. 89879 del 19/11/2012, notificata il 27/11/2012 con la quale si dichiara la non procedibilità per diniego di autorizzazione paesaggistica della richiesta di installazione di un impianto fotovoltaico presso il fabbricato di proprietà della ricorrente in Caserta, via san Vito, n. 15 e i relativi atti presupposti, ivi compresa la comunicazione ex art. 10 bis del parere negativo della Soprintendenza ed il conseguente parere negativo, non comunicato alla ricorrente e conosciuto in quanto richiamato nel provvedimento del Comune di Caserta.

2. Il vincolante parere negativo della Soprintendenza, posto a base del conseguenziale diniego di autorizzazione paesaggistica del Comune di Caserta e della conseguente declaratoria di non procedibilità della D.I.A., è basato sul rilievo che l'intervento proposto, come preannunciato nella comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza:

- “è ubicato nel tessuto edilizio storico della frazione di Eercole ubicato nelle immediate vicinanze del Palazzo Reale e del Bosco di San Silvestro, interessa un fabbricato che prospetta sulla strada principale;

- interessa una falda di copertura con manto in coppi antichi, che costituisce un connotato tipico dell'edilizia tradizionale locale, che riveste interesse paesaggistico delle vedute fruibili dai punti di vista panoramici ubicati a monte e dagli assi viari storici;

- prevede l'istallazione di sovrastrutture di effetto riflettente che comporterebbero un impatto negativo sull'assetto estetico dell'edificio e del contesto circostante” ;

nonché sulla considerazione che:

“le osservazioni prodotte dal proponente in data 20/09/2012 non sono significative, in quanto non contengono documentazione fotografica o simulazioni utili a modificare la valutazione negativa dell'impatto percettivo della trasformazione in esame effettuata da quest'Ufficio, e non sono pertinenti, riferendosi ad installazioni presenti su altri edifici;

considerato che, pertanto, l'attuazione della trasformazione proposta comporterebbe la cancellazione dei tratti distintivi del paesaggio protetto in contrasto con il regime di tutela istituito dalla disposizione legislativa indicata in oggetto;

esprime parere negativo in merito alla pratica in esame ai sensi dell'art. 146 del Dlgs. 42/2004”.

3. A sostegno del ricorso deduce in punto di fatto di avere ricevuto comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza con nota della Soprintendenza del 6 settembre 2012, comunicata in data 11 settembre, e di avere pertanto prodotto delle controdeduzioni con nota del 19 settembre 2012, con cui evidenziava che l'impianto di cui si richiedeva l'istallazione non era visibile né da Palazzo Reale né dal Bosco di San Silvestro, essendo peraltro questo distante ben oltre 1 Km in linea d'aria dal fabbricato di cui è causa, che la falda oggetto di istallazione, diversamente da quanto ritenuto dalla Soprintendenza, non presentava un manto di coppi antichi, bensì di tegole risalenti agli anni '80 e che infine non era possibile avere un impatto percettivo negativo nell'assetto estetico del fabbricato e del paesaggio circostante in quanto la falda oggetto di istallazione non prospettava su nessuna delle strade principali.

3.1 A sostegno di tali deduzioni produceva documentazione fotografica dalla quale, nella prospettazione di parte ricorrente, risultava l'avvenuta autorizzazione di opere similari su fabbricati posti nelle immediate vicinanze di quello oggetto della richiesta e ben visibili dalla strada e la impercettibilità dell'intervento richiesto da alcun punto di visuale esistente.

4. Seguiva l'impugnato parere soprintendizio, avverso il quale parte ricorrente ha formulato in un unico motivo di ricorso, le seguenti censure:

1) Eccesso di potere. Inesistenza dei presupposti; travisamento, contraddittorietà, illogicità, difetto di istruttoria, sviamento, difetto assoluto di motivazione, perplessità.

Assume la ricorrente che il parere negativo della Soprintendenza deve intendersi frutto di un'erronea istruttoria oltre che di carente motivazione.

Ciò avuto riguardo alle seguenti considerazioni:

che la falda oggetto di installazione non prospetta su nessuna delle strade principali limitrofe essendo coperta da un'altra falda più alta che nasconde totalmente la visuale dell'impianto, come emergente della relazione tecnica depositata in allegato al ricorso e dalla documentazione fotografica allegata alla domanda, dalla quale emergeva che l'installazione dell'impianto non sarebbe stata visibile, se non in minima parte, dalla strada privata di proprietà della ricorrente di accesso al fabbricato, non essendo per contro visibile né dalla Reggia di Caserta (posta a quota più bassa rispetto al fabbricato della ricorrente) , né dal Bosco di San Silvestro (in considerazione della presenza di vegetazione del bosco e dell'interposizione di altri fabbricati);

che la Soprintendenza aveva autorizzato nella stessa zona analoghe installazioni peraltro, a differenza di quella della ricorrente, visibili dalla pubblica via;

che il tetto ricoperto non era di coppi antichi ma di semplici tegole risalenti agli anni '80.

Assume inoltre la ricorrente che non veritiera era la considerazione contenuta nel parere negativo della Soprintendenza relativa all'assenza di rilievi fotografici e di simulazioni, essendo state allegati sin nell'originaria domanda della ricorrente rappresentazioni fotografiche e simulazioni dell'area (*rendering*) e che comunque generica doveva intendersi la conclusione della Soprintendenza in merito "*alla cancellazione dei tratti distinti del paesaggio*".

Assume inoltre la ricorrente che la motivazione non terrebbe conto del favor riconosciuto agli impianti fotovoltaici, che aiutano a ridurre l'inquinamento atmosferico e che la stessa contrasterebbe con il concetto di rilevanza paesaggistica, come consacrata nella "Convenzione Europea del Paesaggio" adottata nel 2000, da cui si evincerebbe che è possibile ipotizzare una rilevanza paesaggistica solo ed esclusivamente degli interventi rilevabili dall'esterno.

5. Si è costituita l'Amministrazione resistente, con deposito di documenti e di memoria difensiva, instando per il rigetto del ricorso, sulla base del rilievo che la ricorrente a seguito della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza si era limitata a allegare documentazione fotografica afferente la presenza di edifici con pannelli solari analoghi ma che gli stessi afferivano a fabbricati non posti nelle immediate vicinanze del fabbricato della ricorrente.

6. All'esito della camera di consiglio del 21 marzo 2013 la Sezione ha adottato l'ordinanza cautelare n. 00547 del 22 marzo 2013, con la quale - ritenendo che al danno prospettato da parte ricorrente potesse ovviarsi, ordinando alla Soprintendenza di rivedere il proprio parere in merito al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, in relazione ai profili afferenti i presupposti di fatto su cui è fondato il parere gravato, alla

luce di quanto evidenziato dalla ricorrente in sede di controdeduzioni all'esito della comunicazione ex art. 10 bis l. 241/90, nonché nell'odierno ricorso, avuto riguardo anche alla documentazione fotografica prodotta nell'odierna sede - ha accolto ai fini del riesame l'istanza cautelare.

7. La Soprintendenza in esito alla richiamata ordinanza cautelare propulsiva ha quindi adottato, con nota notificata alla ricorrente in data 17 giugno 2013, atto di conferma del precedente parere negativo, così motivato:

- *“considerato che le osservazioni prodotte dal proponente in data 20 settembre 2012 non contenevano elementi utili a modificare le valutazioni effettuate da questo Ufficio in quanto:*

non è stata prodotta documentazione fotografica in grado di dimostrare l'assenza di impatto percettivo negativo sull'assetto delle vedute fruibili dai principali luoghi di accessibilità e dai punti di vista panoramici fruibili dai versanti collinari circostanti il Parco Reale;

il manto di copertura dell'edificio in questione è costituito da doppio strato di coppi tradizionali in argilla e , ancorché eventualmente integrati con elementi nuovo degli anni Ottanta, presentano l'aspetto esteriore tipico dell'edilizia storica;

le fotografie prodotte si riferiscono ad installazioni realizzate su edifici di costruzione recente ed ubicati all'esterno del tessuto urbano storico del borgo di Ercole e pertanto non sono pertinenti;

considerato che pertanto, l'attuazione della trasformazione proposta comporterebbe la cancellazione dei tratti distintivi del paesaggio protetto in contrasto con il regime di tutela istituito dalla disposizione legislativa indicata in oggetto;

si conferma il parere negativo in merito alla pratica in esame ai sensi dell'art. 146 Dlgs. 42/2004”.

7.1. La ricorrente ha quindi impugnato, a mezzo di motivi aggiunti, notificati in data 1-2 luglio 2013 e depositati il successivo 12 luglio, il nuovo atto soprintenziale, articolando avvero lo stesso, in due motivi di ricorso, le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 21 septies l. 241/90. Elusione del giudicato cautelare. Violazione dei principi sulla tutela giurisdizionale.

Sostiene la ricorrente che il nuovo parere soprintenziale sarebbe viziato in primo luogo in quanto, disattendendo il *dictum* cautelare, avrebbe confermato il precedente parere senza esaminare i documenti indicati nell'ordinanza cautelare, ovvero gli atti allegati alle controdeduzioni presentate ai sensi dell'art. 10 bis l. 241/90 e i documenti prodotti in giudizio, ivi compresa la perizia giurata.

Da ciò la violazione del disposto dell'art. 21 septies l. 241/90, avendo la Soprintendenza reiterato, sulla base dei medesimi presupposti, il giudizio già censurato con il *dictum* cautelare.

2) Eccesso di potere. Inesistenza dei presupposti; travisamento; contraddittorietà; illogicità; difetto di istruttoria; sviamento; difetto assoluto di motivazione; perplessità.

Con tale motivo parte ricorrente reitera le medesime censure contenute nel ricorso introduttivo, sulla base del rilievo che il nuovo parere soprintendizio, nel confermare il precedente, sarebbe affetto dai medesimi vizi di difetto di istruttoria e di travisamento.

Assume inoltre parte ricorrente che la nuova motivazione espressa in riferimento al manto di copertura con coppi in argilla, sebbene diversa dalla precedente, sarebbe fondata su una mancata valutazione della perizia depositata in atti, in considerazione del rilievo, che come in essa attestato, il manto di copertura in questione non sarebbe visibile da alcuna strada pubblica e comunque né dalla Reggia di Caserta, né dal Bosco di San Silvestro, essendo tra l'altra coperta da una falda più alta.

In ogni caso, nella prospettazione attorea, alcun pregio dovrebbe avere la valutazione della Soprintendenza, cui è rimessa la tutela del patrimonio paesaggistico e culturale, circa la somiglianza del tetto in argilla risalente agli anni '80 con i tetti antichi.

Del pari la disamina della documentazione fotografica prodotta in atti sarebbe stata completamente omessa dalla Soprintendenza.

Erronea sarebbe in ogni caso, nella prospettazione attorea, la considerazione della Soprintendenza relativa alle installazioni di impianti simili relative ad altri edifici, dal momento che gli stessi, al contrario dell'edificio di cui è causa, sarebbero più vicini sia rispetto alla Reggia di Caserta sia da San Leucio.

Assume inoltre che anche la nuova valutazione non terrebbe in alcun modo conto del favor per la realizzazione degli impianti fotovoltaici, nonché del fatto che l'impianto *de quo* non sarebbe in alcun modo visibile da punti prospettici pubblici, laddove la percepibilità della modifica dell'aspetto esteriore costituirebbe un prerequisito dell'autorizzazione ex art. 146 Dlgs. 42/2004.

8. In vista dell'udienza di discussione parte ricorrente ha prodotto relazione tecnica nonché nuove fotografie descrittive dello stato dei luoghi e memoria difensiva, con la quale ha tra l'altro richiesto l'ammissione di C.T.U. per la verifica della visibilità del manto di copertura interessato dal realizzando impianto dai punti panoramici richiamati, ovvero dalla strada pubblica.

9. In esito all'udienza camerale del 24 ottobre 2013, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare presentata con i motivi aggiunti, la Sezione ha adottato l'ordinanza collegiale n. 4769 del 2013 con la quale ha fissato a breve l'udienza di discussione nel merito, ai sensi dell'art. 55 comma 10, rinviando all'udienza pubblica del 22 maggio 2014.

10. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito di tale udienza, nella cui sede parte ricorrente ha rilevato la tardività della memoria difensiva prodotta dal Ministero resistente in data 29 aprile 2014, in vista dell'udienza di discussione

DIRITTO

11. In via preliminare va deliberata l'eccezione sollevata da parte ricorrente circa la tardività della memoria prodotta in giudizio dall'Amministrazione resistente.

11.1 La stessa è fondata, atteso che la suddetta memoria è stata prodotta in data 29 aprile 2014 e quindi oltre il termine di trenta giorni liberi prima dell'udienza di discussione, fissato dall'art. 73 comma 1 c.p.a. per la produzione di memorie difensive, non potendo l'Amministrazione avvalersi del termine per la presentazione di memorie di replica, laddove la parte ricorrente, come nella specie, non abbia prodotto alcuna memoria in vista dell'udienza di discussione.

11. 2. Ed invero parte ricorrente ha prodotto memoria difensiva in data 8 ottobre 2013, in vista dell'udienza camerale del 24 ottobre 2013 fissata per la trattazione dell'istanza cautelare sui motivi aggiunti, mentre non ha inteso produrre alcuna memoria in vista dell'udienza di discussione.

Peraltro, anche avendo riguardo al contenuto della memoria prodotta dall'Amministrazione, la stessa non può in alcun modo considerarsi come memoria di replica alla memoria prodotta – in vista dell'udienza camerale – da parte ricorrente, essendo per contro diretta a contestare le censure poste a base del ricorso per motivi aggiunti, laddove con la indicata memoria parte ricorrente aveva richiesto, in considerazione dell'erroneità del giudizio espresso dalla Soprintendenza, l'effettuazione di C.T.U.

11.3 Pertanto il Collegio non può al riguardo che applicare il proprio costante orientamento giurisprudenziale circa l'irrilevanza delle memorie prodotte oltre i termini di cui all'art. 73 comma 1 c.p.a. da considerarsi perentori.

Come chiarito anche di recente dalla giurisprudenza infatti *“i termini fissati dall'art. 73 comma 1, c.p.a. per il deposito di memorie difensive e documenti hanno carattere perentorio in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice; sicché la loro violazione conduce all'inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, che vanno considerati tamquam non essent”* (Consiglio di Stato sez. III, 25 marzo 2013, n. 1640).

Già questa Sezione si è invero più volte pronunciata in questo senso (ex multis sent. 4544 del 09/11/2012) ritenendo che detti termini devono considerarsi perentori e sottratti alla disponibilità delle parti, qualora non sussistano i presupposti di cui all'art. 54 comma 1 c.p.a., sia pure nella formulazione attuale risultante dalla modifica apportata dal art. 1 lett m), dlgs 15 novembre 2011 n. 195, ovvero la difficoltà di produzione nel termine di legge e che dette conclusioni sono avvalorate anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi ancora prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, che ha configurato come perentori i termini per il deposito di documenti e memorie difensive, in quanto posti a salvaguardia non solo del diritto al contraddittorio ma anche del corretto svolgimento del processo (cfr Consiglio Stato, sez.

IV, 09 luglio 2010, n. 4462, secondo cui “nel processo amministrativo non si può tener conto delle memorie o della documentazione depositate dalla parte dopo la scadenza del termine previsto per tali adempimenti dall'art. 23, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, applicabile anche al giudizio d'appello, essendo espressione del generale principio di rispetto del contraddittorio, a sua volta riconducibile al principio dell'equo processo di cui all'art. 6, conv. europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955 n. 848; Consiglio Stato, sez. V, 17 novembre 2009, n. 7166, secondo cui “nel giudizio amministrativo, il termine assegnato alle parti per il deposito delle memorie è perentorio e non può subire deroghe nemmeno con il consenso delle parti, essendo esso previsto non solo a tutela del contraddittorio, ma anche a garanzia del corretto svolgimento del processo e dell'adeguata e tempestiva conoscenza degli atti di causa da parte del collegio giudicante”).

12. Venendo alla disamina dei ricorsi oggetto del presente giudizio, il Collegio non può che rilevare come l'atto confermativo adottato dalla Soprintendenza in esito all'ordinanza cautelare emessa in corso di causa, in quanto fondato su una distinta disamina, provocata solo nell'*an* dal *dictum* cautelare, senza alcun vincolo di contenuto, debba considerarsi come atto a valenza provvedimentale e pertanto autonomamente lesivo della posizione di parte ricorrente, avendo il T.A.R. inteso solo stimolare il riesercizio del potere.

Infatti all'atto adottato a seguito del riesame, essendone derivato a carico dell'Amministrazione un vincolo solo procedimentale, ben può ascriversi natura provvedimentale, essendo vincolato solo nell'*an*, ma non nel *quomodo*, dal disposto giudiziale e suscettibile, come avvenuto nella specie, di essere impugnato con motivi aggiunti (in senso analogo la sentenza di questa Sezione n. 5829 del 15/12/2011).

E' infatti noto che al giudice in sede cautelare sono consentiti i più ampi poteri, ivi compresa l'adozione di misure atipiche di “**remand**”, con la sollecitazione all'esercizio in via autonoma del potere di spettanza dell'Amministrazione, eventualmente anche nell'ottica di un'integrazione e di una correzione del procedimento amministrativo.

12.1 Occorre infatti tenere presente che a seguito dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale il processo amministrativo non presenta più i connotati di giudizio sull'atto, essendo divenuto sempre più giudizio sul rapporto e giudizio sulla spettanza del bene della vita, come evincibile dal disposto dell'art. 21 octies l. 241/90, introdotto dalla legge n. 15/2005, dall'istituto dei motivi aggiunti quale configurato dalla legge n. 205/2000 e dal codice del processo amministrativo, dalla tipologia delle pronunce previste dal codice del processo amministrativo, che introduce un sistema "aperto" di tutele, in cui sono ammesse pronunce dichiarative (art. 31), costitutive (art. 29), condannatorie (art. 30), dalla configurazione del processo amministrativo data dalla stessa giurisprudenza amministrativa.

Tutto ciò porta ad individuare una circolarità fra procedimento amministrativo e processo amministrativo, ravvisabile non solo all'esito dell'emissione della sentenza e dell'effetto conformativo che dalla medesima deriva nella riedizione del potere, ma anche

all'esito dell'ordinanza cautelare, volta a sollecitare il riesercizio del potere (in tal senso la citata sentenza di questa Sezione n. 5829/2011).

12.2 In questo senso si è espresso del resto il T.A.R. Lombardia Milano, con la sentenza sez. III - 8 giugno 2011 n. 1428 la quale si è sottolineato come *“il comune obiettivo delle successive tendenze legislative e giurisprudenziali sia stato quello di far convergere nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita. Prima dell'entrata in vigore del codice del processo, vanno citati almeno i seguenti sviluppi: - la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere hanno consentito di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere; - è divenuta pacifica la possibilità per il giudice di spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, nella convinzione che quella degli apprezzamenti tecnici non sia un'area istituzionalmente "riservata" alla pubblica amministrazione, giacché ciò che è precluso al giudice amministrativo è soltanto il giudizio di valore e di scelta che "specializza" la funzione amministrativa, mentre l'interpretazione e l'accertamento dei presupposti della fattispecie di cui il potere è effetto spetta al giudice; - le nuove tecniche di sindacato, punto di emersione della "amministrazione di risultato" e della acquisita centralità che il bene della vita assume nella struttura dell'interesse legittimo, hanno indotto il giudice ad un vaglio di ragionevolezza più penetrante rispetto al mero riscontro di illogicità formale, in cui la qualificazione di invalidità dipende, più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere della Autorità; - nella stessa prospettiva si colloca la regola per cui il provvedimento è valido (o, comunque secondo altra prospettiva, non è annullabile) quando la difformità dal diritto obiettivo non abbia inciso sulla adeguata sistemazione degli interessi da esso operata (art. 21 octies, II comma, L. 241/90, che attribuisce alla p.a. la possibilità di introdurre nel processo anche fatti non dedotti nell'atto o versati nel procedimento per dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso); - l'art. 10 bis della legge sul procedimento, nel caso di procedimenti ad istanza di parte, imponendo alla p.a. di preavvisare il privato di tutti i possibili motivi di reiezione dell'istanza, ha consentito al processo di giovare della estensione del contraddittorio procedimentale a tutti i profili della disciplina del rapporto; - l'iscrizione tra i valori giuridici ordinanti del principio di concentrazione e di ragionevole durata (art. 111 cost.) osta a che una controversia sulla medesima pretesa sostanziale possa essere frazionata in più giudizi di merito in spregio al diritto di difesa ed alle esigenze di efficiente impiego delle risorse della giustizia; - la codificata possibilità per il giudice amministrativo di accertare la fondatezza dell'istanza del privato nell'ambito del giudizio sul silenzio è stata salutata come una conferma delle ricerche più avanzate su oggetto e ruolo del processo (l'art. 2 comma 5 della l. 241/1990, ribadito dall'art. 31 c.p.a.)”*.

Inoltre *“spetta al codice del processo amministrativo il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa, e di aver consolidato lo spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione (così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 marzo 2011 n. 3; ma alle medesime conclusioni era pervenuta anche una consistente parte della dottrina amministrativistica)*.

E', in primo luogo, significativo che, alla formula per la quale la cognizione non poteva esaurire tutti i profili del potere amministrativo (stante la salvezza degli ulteriori atti dell'autorità amministrativa: artt. 45 R.D. 1054/1924 e 26 L. 1043/1971), il codice abbia sostituito il ben diverso divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2), volto soltanto ad impedire la tutela anticipata dell'interesse legittimo".

12.3 Con la cennata pronuncia peraltro il T.A.R. Milano, nell'ottica di circolarità e di interazione fra procedimento amministrativo e processo amministrativo, ravvisabile nell'ambito dello stesso giudizio di cognizione, estende l'orientamento giurisprudenziale secondo cui va imposto all'Amministrazione "dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati (cfr. Cons. Stato, V, 134/99; Cons. Stato, VI, 7858/04)" anche all'ipotesi in cui l'amministrazione, come nel caso di specie, venga reinvestita della questione a seguito di "**remand**" (tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale), con la conseguenza che il giudice ben può adottare, ove l'Amministrazione con il secondo atto illegittimo abbia esaurito la propria potestà discrezionale, una pronuncia di adempimento all'adozione di un determinato atto satisfattivo degli interessi di parte ricorrente, non potendo più ripronunciarsi sulla medesima questione per la terza volta.

12.4 Conseguentemente, in tale ottica, che assegnando valore provvedimentale all'atto adottato in seguito a "**remand**" (al pari dell'atto adottato a seguito di annullamento giurisprudenziale, che non perde valenza provvedimentale solo perché adottato all'esito di un *dictum* giurisprudenziale e tenuto al rispetto del vincolo conformativo dal medesimo derivante) non può non ritenersi che lo stesso abbia effetto sostitutivo rispetto a quello adottato "*ab origine*".

Né a tale ricostruzione può ostare la valenza meramente strumentale della misura cautelare laddove la stessa consista - come nella specie - in un mero **remand**, senza vincolo di contenuto, volta a sollecitare il riesercizio del potere (in tal senso la richiamata pronuncia della Sezione n. 5829/2011).

12.5 Ciò tanto più ove, come nell'ipotesi di specie, l'atto adottato a seguito del riesame non si presenti satisfattivo dell'interesse del ricorrente ma come "confermativo" (ma non "meramente confermativo", come palesato dall'affermazione di aver compiuto il riesame della pratica) dell'atto impugnato con il ricorso introduttivo, con la conseguenza che non risulta comunque aggirato - nell'ottica della visione strumentale della misura cautelare - il giudizio sulla fondatezza del ricorso introduttivo.

Ed invero laddove l'atto adottato a seguito del **remand** sia confermativo dell'atto impugnato con il ricorso introduttivo, lo stesso non può che assumere il valore di provvedimento sopravvenuto, sostitutivo del precedente, in grado di spostare in avanti

l'interesse a ricorrere, con il conseguente onere per il ricorrente di impugnare l'atto medesimo.

Infatti mentre l'atto meramente confermativo si limita a richiamare il precedente provvedimento e non ha perciò alcuna valenza costitutiva, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse del ricorso proposto avverso di esso e non avverso il provvedimento originario, l'atto di conferma è autonomamente impugnabile, in quanto da un lato presuppone un completo riesame della fattispecie e dall'altro si sostituisce, pur avendo identico dispositivo, all'atto confermato (ex multis Consiglio Stato , sez. IV, 10 dicembre 2009 , n. 7732; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 23 dicembre 2010 , n. 28009).

12.6. Ne consegue che il parere soprintenziale adottato dopo il disposto riesame debba intendersi come atto di conferma e non come atto meramente confermativo del precedente parere oggetto del ricorso introduttivo.

12.7 Da ciò per un verso la piena ammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e per altro verso l'improcedibilità del ricorso introduttivo, dovendo ritenersi che l'interesse a ricorrere si sia traslato avverso il nuovo atto.

13. Il ricorso introduttivo va dunque dichiarato improcedibile.

14. Il ricorso per motivi aggiunti va per contro dichiarato ammissibile, in quanto avente ad oggetto un atto a contenuto provvedimentale ed autonomamente lesivo della posizione di parte ricorrente.

Ciò anche sulla base della considerazione che da un lato, essendo il parere soprintenziale vincolante per il Comune, ai sensi dell'art. 146 Dlgs. n. 42/2004 nel rilascio del nulla osta paesaggistico, il provvedimento del Comune, atteso il nuovo parere negativo della Soprintendenza, non potrebbe che risolversi in un atto di diniego, come peraltro palesato dal provvedimento di diniego adottato all'esito del primo parere soprintenziale, oggetto di impugnativa con il ricorso introduttivo unitamente al parere medesimo.

14.1. In secondo luogo in quanto il parere della Soprintendenza, proprio perchè vincolante per il Comune, si presenta come atto di arresto procedimentale immediatamente impugnabile da parte ricorrente (cfr., *ex multis*, oltre alla copiosa giurisprudenza di questa sezione da ultimo T.A.R. Perugia Umbria sez. I, 16 gennaio 2013, n. 11 secondo cui "Il parere della Soprintendenza ai beni culturali, previsto dall'art. 146, d.lg. 22 gennaio 2004 n. 42, ha natura obbligatoria e vincolante e, quindi, assume una connotazione non solamente consultiva, ma tale da possedere un'autonoma capacità lesiva della sfera giuridica del destinatario, con la conseguenza che è impugnabile *ex se* in sede giurisdizionale") – che infatti lo ha impugnato nell'odierna sede – per cui alcuna utilità potrebbe derivare a parte ricorrente dall'impugnativa anche del connesso atto di diniego comunale, che non potrebbe che essere ancorato al parere negativo espresso dalla Soprintendenza (cfr in tal senso T.A.R. Cagliari Sardegna sez. II, 15 gennaio 2013, n. 33 secondo cui "Il procedimento di autorizzazione paesaggistica, come delineato

dall'art. 146, d.lg. n. 42 del 22 gennaio 2004 (quanto meno a partire dalla versione introdotta dall'art. 2 comma 1 lett. s), d.lg. 26 marzo 2008 n. 63) e dall'art. 3, l.reg. sarda n. 28 del 12 agosto 1998, contempla un parere vincolante della Soprintendenza ed il formale recepimento dello stesso in un atto finale dell'ente (comunale o regionale) competente a rilascio del nullaosta paesaggistico, per cui il potere decisionale è nella sostanza attribuito alla Soprintendenza”).

15. Ciò posto, il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti, con cui parte ricorrente lamenta la violazione del giudicato cautelare, non può trovare accoglimento.

15.1 Infatti come già rilevato da questa Sezione con la sentenza n. 5348/2013 resa nel giudizio promosso da parte ricorrente ai sensi dell'art. 112 c.p.a. <<nell'ordinanza n. 547/2013 questa Sezione ha affermato che “ al danno prospettato da parte ricorrente può avviarsi, ordinando alla Soprintendenza di rivedere il proprio parere in merito al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, in relazione ai profili afferenti i presupposti di fatto su cui è fondato il parere gravato, alla luce di quanto evidenziato dalla ricorrente in sede di controdeduzioni all'esito della comunicazione ex art. 10 bis l. 241/90, nonché nell'odierno ricorso, avuto riguardo anche alla documentazione fotografica prodotta nell'odierna sede”;

- che, sebbene sia indubbio il favor per la concentrazione nell'alveo del giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che sorgono dopo un giudicato (di merito o cautelare) e che siano afferenti alla sua esecuzione, tale favor non pare possa spingersi fino al punto di affermare che qualsiasi provvedimento adottato dopo un giudicato, e in conseguenza di esso, e che non sia satisfattivo della pretesa del ricorrente vittorioso, debba essere portato davanti al solo giudice dell'ottemperanza (cfr. in termini Adunanza Plenaria n. 2 del 15.1.2013);

- che, infatti, ove il nuovo atto successivo al giudicato non sia elusivo o in violazione del giudicato, ma autonomamente lesivo, poiché copre spazi lasciati vuoti dal giudicato, l'azione corretta da intraprendere è un ricorso ordinario di cognizione (cfr. Cons. Stato, VI, 15.11.2010 n. 8053);

-che nel caso di specie la Soprintendenza con il provvedimento prot. n. 36591 del 7.5.2013, riesaminando la pratica a seguito della citata ordinanza n. 547/2013 – espressamente richiamata sia nell'epigrafe che nella parte motiva -, ha ritenuto che “ le osservazioni prodotte dal proponente in data 20.9.2012” non contenessero elementi utili a modificare la valutazione effettuata in quanto: a) “ non è stata prodotta documentazione fotografica in grado di dimostrare l'impatto percettivo nelle vedute fruibili dai principali luoghi di accessibilità e dai punti di vista panoramici fruibili dai versanti collinari circostanti al parco Reale”; b) il manto della copertura dell'edificio in questione è costituito da doppio stato di coppi tradizionali in argilla che costituiscono testimonianza di cultural materiale locale e, ancorché eventualmente integrati con elementi nuovi negli anni ottanta, presentano l'aspetto esteriore tipico dell'edilizia storica”; c) “le fotografie prodotte si riferiscono ad installazioni realizzate su edifici di costruzione recente ed ubicati all'esterno del tessuto urbano storico del borgo di Ercole e pertanto non sono pertinenti”.

- che nel caso di specie la ricorrente non contesta, a ben vedere, la difformità dell'atto di esecuzione rispetto all'obbligo di riesercitare il potere, come disposto dall'ordinanza n. 547/2013, essendo piuttosto lamentata la modalità di riesercizio di quel potere, come dimostrato anche dalla richiesta istruttoria di

disporre C.T.U. al fine di accertare l'effettiva visibilità e l'impatto dell'intervento oggetto della richiesta di autorizzazione".

- che, pertanto, si tratta di sollevare autonomi vizi di legittimità estranei al contenuto della precedente decisione in quanto la Soprintendenza si è rideterminata, come disposto da questo Tribunale, ma, ad avviso della ricorrente, incorrendo nei medesimi e presumibilmente anche in nuovi vizi di legittimità, avendo preso in considerazione espressamente sia le sue controdeduzioni che la documentazione fotografica allegata: motivo questo per cui non è proponibile il ricorso per ottemperanza ma soltanto quello generale di annullamento (cfr. TAR Puglia, Lecce, I 16.4.2010, n. 929)".

- che, a tale ultimo proposito, peraltro, anche a voler convertire il presente rito da giudizio di ottemperanza a giudizio ordinario di legittimità, va evidenziato che la stessa ricorrente ha già proposto ricorso per motivi aggiunti nel fascicolo recante il numero R.G. 760/2013 e che, pertanto, la conversione della presente procedura sarebbe del tutto inutiliterdata";

15.2 Ed invero, vi è da osservare che il nuovo parere espresso dalla Soprintendenza, per quanto non preceduto da un'attenta disamina della documentazione prodotta nell'odierno giudizio ed in particolare delle fotografie in atti, non può considerarsi come completamente reiterativo della precedente valutazione, e pertanto come violativo ed elusivo del giudicato cautelare, come desumibile dalla motivazione contenuta in relazione alle controdeduzioni prodotte ex art. 10 bis ed in particolare dalla motivazione circa il manto di copertura del tetto su cui dovrebbe realizzarsi l'impianto di cui è causa, con la quale si riconosce valore alla deduzione, contenuta nell'odierno giudizio, oltre che nelle osservazioni ex art. 10 bis l. 241/90, relativa alla risalenza agli anni 80 dei coppi di detto manto.

15.2.1. Si deve pertanto ritenere che, in considerazione della diversa motivazione contenuta nel nuovo parere soprintenziale, lo stesso non possa considerarsi come violativo od elusivo del giudicato cautelare, ma, come in merito allo stesso, parte ricorrente possa far valere, come in effetti ha fatto con la proposizione del secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti, il difetto di istruttoria e di motivazione.

16. Le restanti censure di cui al secondo motivo di ricorso, in quanto fondate sui medesimi presupposti oggettivi, ovvero sul difetto di istruttoria e di motivazione in relazione all'accertamento dello stato dei luoghi ed in relazione alla valutazione di compatibilità paesaggistica, atteso anche il favor legislativo sotteso alla realizzazione di impianti di energia alternativa, nell'ottica di sinteticità della sentenza, possono essere esaminati congiuntamente.

17. Come osservato da attenta giurisprudenza, in relazione al rilascio di autorizzazione paesaggistiche per impianti di energia alternativa (*ex multis* sentenza T.a.r. Sicilia Palermo, 4/05/2007 n. 1252, resa in relazione ad impianto eolico, nonché la sentenza di questa Sezione n. 3707 del 17 aprile 2013 resa proprio in relazione ad impianto fotovoltaico) "la competenza in relazione a tale autorizzazione preventiva comporta una valutazione complessa, di natura tecnico-discrezionale, che, nel sistema costituzionale delle tutele territoriali, deve tenere conto di due variabili: sul piano tecnico-scientifico, la

compatibilità va accertata sulla base di parametri obiettivi (e, come tali, suscettibili di sindacato), e non già in relazione ad arbitrari e subiettivi convincimenti disancorati da un attendibile e sicuro riferimento a convinzioni scientifiche sufficientemente condivise; sul piano puramente amministrativo, la ponderazione comparativa degli interessi che l'amministrazione deve operare nel negare o concedere l'autorizzazione, deve tenere necessariamente conto del carattere pluralistico che la Costituzione repubblicana ha impresso all'esercizio della funzione amministrativa, e segnatamente al carattere relativo della tutela paesaggistica rispetto ad altri valori od interessi pure costituzionalmente tutelati (Corte costituzionale, sentenza n. 196 del 2004).

In ogni caso tale valutazione deve fondarsi su un'attenta disamina dello stato dei luoghi e non su mere affermazioni apodittiche relative al vulnus creato al contesto paesaggistico circostante.

In altre parole, se un elemento di valutazione tecnica certamente esiste nell'attività amministrativa in esame, per un verso esso implica il riferimento a criteri che tengano adeguato conto degli obiettivi sviluppi della disciplina di riferimento (e dunque, anche del fatto che la nozione di paesaggio, oggetto di tutela costituzionale e dei poteri amministrativi in esame, almeno a partire dal Congresso di geografia di Amsterdam del 1938, implica l'inclusione dei processi di antropizzazione fra i fattori che contribuiscono a plasmare la forma del territorio); e, per altro verso, tale elemento di valutazione tecnica, correttamente inteso, assume carattere propedeutico rispetto ad una valutazione discrezionale degli interessi in gioco, da condursi alla stregua del parametro normativo (vale a dire, alla stregua della misura della tutela che l'ordinamento riconosce a ciascuno di tali interessi”).

17.1 In relazione al primo di tali aspetti, va disatteso l'orientamento dottrinario che sottolinea il carattere puramente tecnico della valutazione propedeutica al rilascio dell'autorizzazione, con l'effetto di rendere la stessa sostanzialmente insindacabile, il quale non considera che i più moderni sviluppi del dibattito giurisprudenziale hanno da tempo chiarito come il peculiare scrutinio giurisdizionale di tali valutazioni è ambito diverso da un anacronistico privilegio riservato all'amministrazione (o a certi settori dell'amministrazione), dovendosi per contro ritenere “che l'effettività della tutela giurisdizionale sia garantita solo attraverso un sindacato, anche sull'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, che non sia meramente estrinseco, limitato ad una verifica dell'assenza di palesi travisamenti o di manifeste illogicità. Infatti, svanita l'equazione discrezionalità tecnica – merito insindacabile a partire dalla sentenza n. 601/99 della IV Sezione del Consiglio di Stato, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.A. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, potendo il giudice utilizzare per tale controllo sia il tradizionale strumento della verifica, che la CTU (Cons. Stato, VI, n. 2001/2006)”: Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 9 novembre 2006 n. 6607.

17.1.2. Peraltro, appare evidente nell'ipotesi di specie, senza il ricorso a verifica o C.T.U., come la motivazione del provvedimento impugnato non superi già il preliminare stadio del "controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa", non avendo la Soprintendenza adeguatamente valutato l'inserimento paesaggistico del progettato impianto nella zona in questione, alla luce non solo delle controdeduzioni prodotte da parte ricorrente a seguito della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ma anche nell'odierna sede, in cui parte ricorrente ha prodotto copiosa documentazione fotografica, idonea a sconfessare le conclusioni della Soprintendenza circa la visibilità dell'impianto di cui è causa dai punti panoramici, ed in particolare dai siti tutelati della Reggia di Caserta e del Bosco di San Silvestro.

Inoltre parte ricorrente ha prodotto, peraltro in data successiva al parere espresso dalla Soprintendenza, ovvero in data 3 ottobre 2013, relazione peritale nonché ulteriore documentazione fotografica per asseverare che la falda interessata dall'intervento non sarebbe visibile né dalla strada pubblica, essendo tra l'altro coperta da altra falda posizionata più in alto, né da alcuno degli indicati punti panoramici, in quanto distanti dal progettato intervento e caratterizzati dall'interposizione di vegetazione e di altri fabbricati.

La mancanza di percepibilità *ab externo* del progettato intervento - affermata da parte ricorrente e non sconfessata dalla resistente amministrazione, che si è limitata a dedurre la carenza della documentazione fotografica prodotta in sede di controdeduzioni ex art. 10 bis l. 241/90, senza analizzare la documentazione prodotta in giudizio - non può che escludere a monte qualunque capacità lesiva del progettato intervento sul contesto paesaggistico tutelato.

Come già evidenziato dalla Sezione con la sentenza del 5 maggio 2011 n. 2463 infatti la percepibilità della modificazione dell'aspetto esteriore del bene protetto costituisce un requisito di rilevanza paesaggistica delle opere eseguite, con la conseguenza che ove gli interventi non siano percepibili all'esterno viene a mancare a monte la rilevanza paesaggistica dei medesimi, con la conseguente riferibilità degli stessi all'ambito applicativo dell'art. 149 del Dlgs. 42/2004 (ovverosia all'area degli interventi non soggetti ad autorizzazione) anziché a quella dell'art. 146.

L'art. 146 comma 1 ("I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione") riferisce infatti, ad attente lettura, l'obbligo autorizzativo esclusivamente a quegli interventi capaci di recare pregiudizio ai valori paesaggistici protetti.

17.2. Pertanto, anche seguendo il più restrittivo orientamento giurisprudenziale, che afferma l'esistenza di un sindacato giurisdizionale di tipo "debole" sulle valutazioni tecnico-discrezionali (Consiglio di Stato, VI, 1° ottobre 2002, n. 5156), deve ritenersi che, allorché il giudizio dell'amministrazione, in punto di ricognizione dei presupposti di

fatto di una fattispecie, sia ancorato a valutazioni tecnico-scientifiche afferenti una delle cc.dd. scienze inesatte, la naturale pluralità di soluzioni, tutte parimenti plausibili e coerenti sul piano della logica e della ragionevolezza, non consente, in presenza del rispetto degli standard di logicità e di coerenza della decisione, una mera sostituzione di valutazioni soggettive - tutte in tesi rispondenti a detti criteri, che condurrebbe non alla sostituzione di una scelta illegittima con una scelta legittima, ma alla semplice preferenza accordata in sede giurisdizionale ad una delle varie, possibili soluzioni, tutte collocate nell'area della legittimità provvedimentoale - ma presuppone comunque che il giudizio espresso avvenga nel rispetto delle leggi scientifiche di settore e con un attenta ricognizione dei presupposti di fatto.

Per contro la Soprintendenza con il nuovo parere, lungi dall'analizzare i presupposti di fatto evidenziati in sede di controdeduzioni ex art. 10 bis l. 241/90 e nell'odierna sede, anche con la produzione di copiosa documentazione fotografica, si è limitata ad affermare l'insufficienza della documentazione fotografica prodotta in sede di controdeduzioni ex art. 10 bis, senza valutare se l'intervento progettato fosse visibile ab externo e, in particolare, dalla strada pubblica e dai punti panoramici protetti prospettati.

Né, in difetto di tale attenta disamina, stimolata con l'indicato *dictum* cautelare nella cennata ottica di circolarità fra procedimento e processo amministrativo, in vista dell'efficacia della tutela giurisdizionale, può attribuirsi rilievo alla motivazione, diversa dalla precedente, circa la somiglianza dei coppi del tetto del manto di copertura oggetto del progettato intervento, risalenti, - secondo quanto documentato da parte ricorrente anche con la produzione del provvedimento di condono - agli anni '80, con i coppi antichi.

18. Alla stregua di tali rilievi il ricorso per motivi aggiunti va accolto.

19. Le spese di lite seguono la soccombenza nei rapporti fra ricorrente e Ministero BB.AA.CC. e si liquidano come da dispositivo, mentre possono essere compensate nei rapporti con il Comune, essendo l'atto adottato dal medesimo ed oggetto del ricorso introduttivo meramente consequenziale rispetto al vincolante parere soprintendenziale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima) pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo.

Accoglie il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla il parere negativo nuovamente espresso dal Ministero per Beni e le Attività Culturali – Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici storici artistici per le province di Caserta e Benevento notificato il 17 giugno 2013.

Condanna il Ministero resistente alla refusione delle spese di lite nei confronti di parte ricorrente, liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre ad oneri accessori, se dovuti, come per legge.

Compensa le spese di lite nei confronti del Comune resistente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pagano, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Diana Caminiti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2014

IL SEGRETARIO

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