

Pubblicato il 20/01/2021

Sent. n. 442/2021

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1768 del 2017, proposto da [omissis], rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Sarro, con domicilio digitale carlo.sarro@avvocatismcv.it e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Antonio Gramsci n. 19;

contro

Comune di Torre del Greco, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

avverso e per l'annullamento

a) del provvedimento prot. [omissis], successivamente notificato, con cui il Dirigente del VIII[^] Settore "Urbanistica" del Comune di Torre del Greco (NA) ha comunicato alla ricorrente il diniego di permesso di costruire in sanatoria di cui all'istanza prot. [omissis];

b) ove e per quanto occorra delle eventuali determinazioni istruttorie compiute dal Comune;

c) di ogni altro atto e provvedimento collegato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2020 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Parte ricorrente impugna il diniego del permesso di costruire in sanatoria di cui all'istanza presentata ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. 380, con la quale ha richiesto il cd. accertamento di doppia conformità, relativamente ad un manufatto in muratura, di altezza di circa mt. 3 e superficie lorda di 130 mq, con terrazzo di circa mq. 29.

I.1. Il provvedimento gravato risulta motivato nei termini che seguono:

"l'istanza non può essere accolta in quanto mancano tutte le componenti ai fini dell'attività istruttoria oltre al pagamento dei diritti di istruttoria.

Dal contenuto della nota, si rileva, inoltre, che l'accertamento di cui all'art. 36 del D.P.R. 380/01 richiede tassativamente la doppia conformità e che ai fini della tutela paesaggistica il volume si pone in contrasto con l'art. 167 del D.Lgs. 42/04".

Tale ultima norma, inserita nell'ambito del "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 1 della legge 6 luglio 2002, n. 137" e rubricata, "Ordine di rimessione in pristino o di versamento di

indennità pecuniaria”, dispone, per quanto di interesse, quanto all'autorizzazione paesaggistica rilasciata in sanatoria:

“4. L'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi: a) per i 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; b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; c) per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.

5. Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 4 presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni. Qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione. L'importo della sanzione pecuniaria è determinato previa perizia di stima. In caso di rigetto della domanda si applica la sanzione demolitoria di cui al comma 1. La domanda di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata ai sensi dell'articolo 181, comma 1-quater, si intende presentata anche ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma”.

II. Ciò posto, a sostegno del gravame la ricorrente deduce i seguenti motivi di ricorso:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., della legge 241/1990, del d.P.R. 380/2001 e del d.lgs. n. 42/2004;

b) eccesso di potere per carenza e difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, omissione delle garanzie partecipative, violazione del principio di leale collaborazione e travalicamento dei limiti di competenza.

III. All'udienza pubblica del 27.10.2020, fissata per la discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

IV. Il ricorso è fondato.

V. Con il primo e il secondo motivo di ricorso, la parte lamenta la violazione e falsa applicazione del d.P.R. n. 380/2001, delle norme sul giusto procedimento nonché della legge n. 241/1990, quanto all'omissione delle garanzie partecipative.

V.1. Osserva parte ricorrente che la carenza documentale della pratica inoltrata dal privato non costituirebbe, *ex se*, un valido motivo di diniego, ai sensi delle disposizioni del d.P.R. n.380/2001, posto che il Comune avrebbe dovuto interpellare la parte istante, al fine di permetterle l'integrazione della documentazione ritenuta mancante, nonché il pagamento dei diritti di istruttoria.

V.1.1. Il provvedimento reiettivo opposto dal Comune non sarebbe stato, peraltro, preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Nella specie l'omissione risulterebbe particolarmente rilevante, in ragione della motivazione del diniego impugnato, incentrata proprio su una lamentata carenza documentale.

V.2. Le censure che, per connessione logico- giuridica, possono essere trattate congiuntamente, sono fondate.

V.2.1. Ed invero, per il disposto dell'articolo 20, comma V, del suddetto Testo Unico dell'Edilizia, intitolato, “Procedimento per il rilascio del permesso di costruire”, la carenza della documentazione deve essere preventivamente comunicata al richiedente, ai fini della sua integrazione, e solo in caso di inosservanza in ordine alla richiesta di integrazione, e sempre che le carenze documentali abbiano un grado di pregiudizio tale da impedire la valutazione della congruità dell'intervento richiesto con i normali mezzi tecnici disponibili da parte degli uffici istruttori, potrà essere assunto il diniego, così motivato.

Invero, “L'art. 20, comma 5, d.P.R. n. 380/2001, riferito al rilascio del permesso di costruire, ma applicabile a tutti i titoli edilizi ..., stabilisce che l'Amministrazione è onerata di soccorso istruttorio

nei confronti dei soggetti che richiedono il rilascio di un titolo edilizio, o lo presentano, in quanto grava sull'Amministrazione l'onere di facilitare lo svolgimento dell'attività amministrativa che condizioni l'esercizio dei diritti dei cittadini. È questa una delle principali applicazioni del principio costituzionale di buon andamento dell'Amministrazione (art. 97 Cost.)” (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 30/07/2020, n. 1470).

Conseguentemente, “Con particolare riferimento alla carenza documentale, per principio generale la relativa incompletezza avrebbe dovuto costringere la Pubblica amministrazione a richiedere chiarimenti” (Cons. Stato Sez. II, 07.09.2020, n. 5392).

Nel caso all’esame, quindi, il Comune avrebbe dovuto interpellare la parte istante, al fine di permettere l’integrazione della documentazione ritenuta mancante, nonché il pagamento dei diritti di istruttoria.

Ciò posto, “il diniego del permesso di costruire in sanatoria deve essere preceduto dal preavviso di diniego di cui all’art.10bis L.n.241/90; la mancanza di tale avviso ha carattere assorbente perché preclude all’interessato lo svolgimento del necessario contraddittorio nell’ambito del relativo procedimento, non consentendogli un apporto collaborativo in grado di condurre ad una diversa conclusione della vicenda” (cfr. T.A.R. Campania Salerno, sez. I, n. 2320 del 24.10.2016).

In altri termini, “L’istituto del preavviso di rigetto, previsto dall’ art. 10 - bis, L. 241 del 1990 ,si applica anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve essere ritenuto illegittimo il provvedimento di diniego dell’istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall’invio della comunicazione, in quanto in mancanza di tale preavviso al soggetto interessato risulta preclusa la piena partecipazione al procedimento e dunque la possibilità di uno apporto collaborativo”(Cons. di St., sez. VI , 02/05/2018 , n. 2615).

“Le garanzie procedurali, tra le quali deve includersi la comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza di cui all’art. 10-bis l. n. 241/90, onde non ridurla a mero simulacro del principio del contraddittorio, deve essere intesa quale strumento idoneo a consentire un approfondimento valutativo delle questioni ed una maggiore trasparenza nell’azione amministrativa. Ne consegue che la mancata comunicazione del preavviso di rigetto da parte del Comune, lungi dall’atteggiarsi a vizio meramente formale, è tale da potenzialmente pregiudicare dal punto di vista sostanziale gli interessi delle appellanti, poiché qualora alle stesse fosse stato comunicato il preavviso di rigetto e le motivazioni su cui esso si basava, queste ultime avrebbero potuto senz’altro orientare l’Amministrazione ad adottare un provvedimento, quanto meno in linea teorica, diverso. La violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all’Amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all’esatta interpretazione delle norme da applicare” (Cons. di St., sez. VI, 01/03/2018, n.1269).

Conclusivamente, l’assenza del preavviso di rigetto pertanto determina l’illegittimità del provvedimento amministrativo per violazione delle norme sul giusto procedimento (*ex multis* T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 09.07.2020, n. 245).

Nella specie, l’omissione risulta particolarmente rilevante, in ragione della motivazione del diniego impugnato, incentrata proprio su una lamentata carenza documentale.

V.3. Con il terzo motivo di ricorso la parte lamenta la violazione e falsa applicazione della legge 241/1990, deducendo che il provvedimento impugnato difetterebbe, inoltre, di un’adeguata motivazione laddove avrebbe omissso di indicare, espressamente, sotto quali profili il manufatto non sarebbe assentibile dal punto di vista urbanistico, ovvero quali sarebbero le prescrizioni precise che si intenderebbero violate.

V.3.1. La censura è fondata.

V.3.2. Orbene, l’Amministrazione ritiene mancante il requisito della c.d. “doppia conformità” urbanistica; tale affermazione non è però seguita da alcuna specificazione di quale sarebbe il motivo di contrasto con la normativa di settore: così formulato il provvedimento non assolve al compito motivazionale di cui all’art. 3 della Legge n.241/90, non essendo rinvenibile qualsiasi ulteriore

riferimento, anche sintetico, alle norme edilizie ed urbanistiche, legislative o di Piano, che si pretendono violate.

Secondo condivisa giurisprudenza, “costituisce *ius receptum* che il provvedimento di diniego del rilascio della concessione di costruzione in sanatoria deve compiutamente motivare l'effettivo contrasto tra l'opera realizzata e gli strumenti urbanistici e tale contrasto deve essere evidenziato in maniera intelligibile, così da consentire al soggetto interessato di impugnare l'atto davanti al G.A., denunciando non solo i vizi propri della motivazione, ma anche le errate interpretazioni delle norme urbanistiche valutate col giudizio di non conformità” (T.A.R. Campania, Napoli, sezione IV, 23.03.2010, n. 1578 e sez. VIII, 07.06.2019, n. 3129).

V.4. Con il quarto motivo di ricorso, infine, la parte si duole della violazione e falsa applicazione del d.lgs. 42/2004, deducendo che non sarebbe stato rispettato l'iter procedimentale disciplinato dalla normativa di riferimento onde pervenire ad una compiuta valutazione circa la compatibilità paesaggistica dell'opera oggetto dell'istanza in sanatoria.

Il Responsabile dell'UTC del Comune di Torre del Greco che ha emanato il provvedimento di diniego edilizio si sarebbe illegittimamente sostituito alla Soprintendenza, esercitando delle potestà che non gli sono riconosciute.

V.4.1. Il motivo è fondato.

V.4.2. Ora, la Regione o l'ente sub delegato, *rectius* il Comune, rilasciano l'autorizzazione paesaggistica, previa trasmissione della documentazione alla locale Soprintendenza, organo preposto alla gestione del vincolo, che si pronuncia sulla proposta formulata dall'amministrazione competente (art. 146, comma 7), con la precisazione che la medesima trasmissione della documentazione all'organo preposto alla gestione del vincolo viene replicata anche in sede di formulazione del parere, vincolante, relativo alla compatibilità paesaggistica degli interventi da sanarsi (art. 167, comma 5, già citato, e art. 181, comma 1-quater del medesimo d.lgs. n. 42/2004).

Dispongono, infatti, rispettivamente:

a) l'art. 146, rubricato “Autorizzazione”, al comma 7, che, l'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica “effettua gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, e dà comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento e dell'avvenuta trasmissione degli atti al soprintendente, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo”;

b) l'art. 181, rubricato “Opere eseguite in assenza di autorizzazione o in difformità da essa”, al comma 1-quater: “Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 1-ter presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni”.

Da tale complessa normativa si desume, dunque, che ove il Responsabile dell'UTC di un Comune o il funzionario regionale, si sia sostituito, alla locale Soprintendenza, come, secondo asserzione non smentita, nel caso di specie, esso ha esercitato delle potestà che non gli sono riconosciute dalla griglia normativa di riferimento.

Ed infatti, quanto al generale paradigma interpretativo “il d.lgs. n. 42 del 2004 (c.d. Codice Urbani) ha totalmente ridisegnato, all'art. 146, il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, eliminando, nel sistema a regime, il potere della Soprintendenza di annullare l'autorizzazione paesaggistica già emessa dal Comune e prevedendo l'intervento della medesima Soprintendenza in sede endoprocedimentale, con facoltà di formulare un parere che risulta espressione di un potere decisorio complesso facente capo a due apparati distinti; si anticipa, quindi,

già in sede procedimentale, l'apporto partecipativo dell'autorità statale" (T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 11.01.2011, n. 53).

Ciò posto, "nel procedimento previsto dall'art. 146, d. lg. 22 gennaio 2004 n. 42, il parere della Soprintendenza, Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico, 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, lesività non superabile e perciò attuale quando l'interessato non abbia prodotto alcuna osservazione" (T.A.R. Campania, Salerno, Sezione I, 7.12.2011, n. 1955), "con la conseguenza che è impugnabile "ex se" in sede giurisdizionale 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" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 21.01.2019, n. 319).

Ed invero, "L'art. 146, comma 4, del d.lg. n. 42 del 22 gennaio 2004, delinea nettamente la autonomia del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento sotto il profilo urbanistico-edilizio, in applicazione del principio in base al quale la tutela del paesaggio, avente valore costituzionale e funzione di preminente interesse pubblico, è nettamente distinta da quella dell'urbanistica, rispondente ad esigenze diverse; è pertanto illegittimo il diniego comunale dell'istanza di compatibilità paesaggistica ai sensi dell' art. 167 del d.lg. n. 42 del 22 gennaio 2004, emesso senza il parere obbligatorio e vincolante della Soprintendenza" (T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 03/09/2019, n. 725).

Ed infatti, "L'art. 146, comma 6, d.lg. n. 42 del 2004 non è suscettibile di interpretazione restrittiva; ne consegue che la necessaria "differenziazione" tra attività amministrativa edilizia e tutela paesaggistica non risulta rispettata se un unico soggetto abbia esercitato le valutazioni di merito e le decisioni finali su entrambi i profili" (T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 03/06/2015, n.617).

V.4.3. In definitiva, un diniego del permesso di costruire in sanatoria, motivato sulla base di un giudizio di prognosi postuma di non sanabilità delle opere da un punto di vista paesaggistico in assenza del parere dell'organo preposto alla gestione del vincolo è manifestamente illegittimo, determinando un'indebita sostituzione dell'autorità competente, con conseguente violazione delle prerogative istituzionali che alla stessa riconosciute in materia di tutela dell'ambiente.

Fanno eccezione solo i casi in cui -non adeguatamente documentati, però, nel caso all'esame-, "La valutazione espressa dal Comune circa l'inammissibilità della domanda di sanatoria, in quanto avente ad oggetto un manufatto posto in zona vincolata e perché non rientrante negli abusi minori, rende inutile l'esame anche della richiesta di autorizzazione paesaggistica, la quale è nella sostanza travolta dalla non sanabilità dell'opera. E infatti il nulla osta di competenza della Soprintendenza in materia di sanatoria edilizia costituisce un presupposto di legittimità del titolo postumo, dal quale non può prescindere. Al contrario, in ossequio al principio di economicità dell'azione amministrativa, lo stesso risulta superfluo qualora a monte non vi siano i presupposti per il rilascio del permesso in sanatoria, posto che alla Soprintendenza non rimarrebbe che confermare quanto già riscontrato dall'Amministrazione Comunale" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 06/05/2020, n. 1652).

VI. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso è meritevole di accoglimento.

VII. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento gravato.

Condanna l'Amministrazione comunale resistente alla rifusione, in favore di parte ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in € 2.000,00, oltre C.P.A. ed I.V.A., da attribuirsi al difensore dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Cernese, Presidente FF

Giuseppe Esposito, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE

Vincenzo Cernese

IL SEGRETARIO