

Pubblicato il 23/06/2022

Sent. n. 1776/2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 792 del 2016, proposto da: [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via Ss. Martiri Salernitani, 31; [omissis], nella qualità di erede della [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via Ss Martiri Salernitani n. 31;

contro

Comune di Positano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio; Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliata *ex lege* in Salerno, corso Vittorio Emanuele n.58;

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Positano, prot.n. [omissis] del [omissis].16, avente ad oggetto " diniego della richiesta di accertamento di conformità urbanistica ai sensi dell'art. 36 del dpr 380/2001 relativa alla realizzazione dell'immobile adibito ad abitazione colonica di pertinenza del fondo agricolo sito in via [omissis] riviviscenza dell'ingiunzione alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi n. [omissis].2014";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 17 giugno 2022 la dott.ssa Gaetana Marena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

La ricorrente in epigrafe è titolare di un'area sita nel Comune di Positano, catastalmente identificata al foglio [omissis], particella n. [omissis].

Il [omissis].2014, il Comune di Positano emetteva l'ordinanza, n. [omissis], recante l'ingiunzione demolitoria di una serie di opere abusive.

Il [omissis].2014, [omissis] presentava, con nota n. [omissis]2, istanza di accertamento di conformità, ex art. 36 DPR 380/2001.

Con provvedimento del [omissis].2016, n. [omissis], il Comune rigettava l'istanza de qua.

Avverso il suddetto atto insorge la proprietaria in epigrafe, proponendo gravame di annullamento, mediante ricorso RG [omissis], notificato il [omissis].2016 e depositato il [omissis].2016, assistito da una serie di censure di illegittimità, variamente scandite nei diversi motivi di gravame e così di seguito sintetizzate:

Con riferimento al diniego di accertamento di conformità,

1)VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 D.LGS. 42/2004)-VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO-ECESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO-ARBITRARIETA'- TRAVISAMENTO-SVIAMENTO).

Secondo l'assunto attoreo, il provvedimento impugnato sarebbe inficiato di illegittimità, in ragione della pretermissione del parere della Soprintendenza ex art. 167 D.Lgs. 42/2004.

2)VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 36 DPR 380/2001- ART. 167 D.LGS. 42/2004 IN RELAZIONE ALL'ART. 10 BIS L. 241/1990)-VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO-ECESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO-ARBITRARIETA'- TRAVISAMENTO-SVIAMENTO).

La parte ricorrente si duole dell'illegittimità dell'atto gravato, per violazione dell'art. 10 bis L. 241/1990.

3)VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 D.LGS. 42/2004)-VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO-ECESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO-ARBITRARIETA'- TRAVISAMENTO-SVIAMENTO).

La parte ricorrente si duole dell'illegittimità dell'atto gravato, in ragione di una carenza di istruttoria, atteso che, a suo dire, le opere, oggetto della richiesta di sanatoria, attengono ad un intervento di ultimazione di una volumetria preesistente.

Con riferimento alla disposta reviviscenza dell'ordinanza di demolizione n. 14 del 2014.

4)VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 36 DPR 380/2001)-ECESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO-ARBITRARIETA'- TRAVISAMENTO-SVIAMENTO).

La parte ricorrente rimarca che, in ragione dell'avvenuta presentazione dell'istanza di sanatoria, l'atto gravato sarebbe illegittimo, stante la sopravvenuta inefficacia dell'ordinanza demolitoria.

Non resiste in giudizio il Comune intimato.

Con ordinanza collegiale del 24.05.2016, n. 295, era accolta l'istanza cautelare, con la seguente motivazione:

“Ritenuto sussistenti sia il fumus boni iuris che il danno grave ed irreparabile”.

Nell'udienza pubblica di smaltimento del 17 giugno 2022, la causa è introitata per la decisione.

Il gravame è accolto.

Si controverte della legittimità del provvedimento gravato.

Ed invero, sulla base della documentazione in atti, il provvedimento, oggetto del presente gravame, si appalesa al Collegio illegittimo, stante i riscontrati vizi assorbenti di violazione sia dell'art. 10 bis L. 241/1990 sia dell'art. 167 D. Lgs. 42/2004.

Colgono nel segno, infatti, le censure di illegittimità, profilate nei primi due motivi di ricorso.

Lo stato degli atti è chiaro in tal senso.

Il diniego di sanatoria impugnato è stato, anzitutto, adottato, senza l'attivazione del subprocedimento consultivo dinnanzi alla Soprintendenza.

E, sul punto, già questa Sezione si era pronunciata espressamente, con sentenza del 7.03.2022, n. 630, così statuente: si appalesa in primis fondata, con portata assorbente, la censura, con cui viene dedotta l'illegittimità dell'ivi impugnato provvedimento di diniego di sanatoria, in quanto l'amministrazione, alterando il doveroso ossequio alla sequenza procedimentale normativamente descritta, pur pronunciandosi in ordine ai profili di compatibilità paesaggistica, ha ommesso di richiedere e valutare l'apporto consultivo dell'organo specificamente preposto alla valutazione dell'aspetto vincolistico”.

Ergo, in mancanza della preventiva acquisizione del parere soprintendizio, l'adozione di qualsivoglia provvedimento successivo è evidentemente inficiata nei termini di illegittimità.

Appaiono, pertanto, meritevoli di apprezzamento le considerazioni profilate dalla ricorrente, nel suo gravame.

Il diniego di sanatoria è, poi, illegittimo, anche per il vizio di violazione dell'art. 10 bis L. 241/1990. E' evidentemente carente il preavviso di rigetto, normativamente tipizzato.

La giurisprudenza è, peraltro, rigorosa in merito.

Ritiene illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10- bis della legge n. 241 del 1990 in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e, dunque, della possibilità di un apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda (T.A.R. Salerno, sez. II, 03/03/2022, n.610).

Assume, altresì, che l'applicazione adeguata dell'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo esige non solo l'enunciazione nel preavviso di provvedimento negativo delle ragioni che si intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le stesse siano integrate, nella determinazione conclusiva ancora negativa, con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle ragioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione (Consiglio di Stato, Sez. V, 15/03/2019, n. 1705). Traslando le coordinate normative ed ermeneutiche nella fattispecie in esame, è incontestabile l'inosservanza dell'art. 10 bis L. 241/1990.

Come ben rimarca la parte ricorrente, il substrato motivazionale dell'atto impugnato fa riferimento soltanto ad una richiesta integrativa del [omissis].2014, n. [omissis] e non ad un'espressa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, nei termini rigorosamente scanditi dall'art. 10 bis.

E tanto basta al Collegio.

La natura dirimente dei due vizi di illegittimità riscontrati consente di reputare assorbita qualsivoglia altra deduzione profilata.

La peculiarità della fattispecie consente di compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania- Sezione Staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento del [omissis].2016, n. [omissis].

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Olindo Di Popolo, Consigliere

Gaetanaarena, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Gaetanaarena

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO