

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/02/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37798-e-illegittimo-il-parere-negativo-della-soprintendenza-b-a-p-reso-senza-la-valutazione-delle-osservazioni-formulate-dall-interessato-a-seguito-della-comunicazione-di-preavviso-di-diniego-ex-art-10>

Autore: Iride Pagano

E' illegittimo il parere negativo della Soprintendenza B.A.P. reso senza la valutazione delle osservazioni formulate dall'interessato a seguito della comunicazione di preavviso di diniego ex art. 10 bis L. n. 241/90.

E' illegittimo il parere negativo della Soprintendenza B.A.P. reso senza la valutazione delle osservazioni formulate dall'interessato a seguito della comunicazione di preavviso di diniego ex art. 10 bis L. n. 241/90.

La sentenza segnalata afferma la illegittimità di un parere negativo della Soprintendenza , in ordine a una istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica per opere eseguite in parziale difformità dal permesso di costruire , a causa della omessa considerazione delle osservazioni rese, in chiave partecipativa, dal privato dopo aver ricevuto la comunicazione di preavviso di diniego ai sensi dell'art. 10 bis L. 241/90.

Secondo tale norma, le memorie e le osservazioni prodotte dal privato nel corso del procedimento devono essere effettivamente valutate dall'Amministrazione procedente ed è necessario che di tale valutazione resti traccia nella motivazione del provvedimento finale, in quanto le finalità dell'istituto del preavviso di diniego, consistenti nella salvaguardia della partecipazione del privato alla fase costitutiva del provvedimento, reso su propria istanza, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra lo stesso e la P. A. e anche al fine di deflazionare le controversie giurisdizionali, verrebbe del tutto frustrato nel caso in cui l'Amministrazione potesse legittimamente ignorare tali osservazioni, pur se tempestivamente trasmesse.

La sentenza precisa anche che non ha carattere perentorio il termine, indicato dall'Amministrazione procedente a decorrere dal ricevimento della comunicazione ai sensi dell' art.10 bis L.n.241/90, perché il privato formuli le proprie osservazioni difensive , e che è inammissibile la impugnazione della comunicazione di motivi ostativi, atteso il suo carattere meramente endoprocedimentale e non lesivo.

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania- Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima); Presidente Amedeo Urbano; Estensore Cons. Paolo Severini.

Sentenza n° 351 del 4 febbraio 2016

sul ricorso proposto da:
***, rappresentato e difeso dagli Avv. ***;

contro

Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno, domiciliato per legge in Salerno, al Corso Vittorio Emanuele, 58; Soprintendenza B. A. P. per le Province di Salerno e Avellino e Comune di Montecorice, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- a) del parere contrario, prot. n. 6368 dell'11.03.2014, pervenuto il 14.03.2014, del Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Salerno e Avellino, a firma anche del Responsabile del procedimento, reso, ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, D. Lgs. 22.01.2004, n. 42, in ordine all'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica, per opere eseguite in parziale difformità dal permesso di costruire n. 4/2005, rilasciato dal Comune di Montecorice, ai sensi dell'art. 10 d. P. R. 380/2001, per lavori di recupero di un fabbricato rurale alla loc. Pistacchio del Comune medesimo, in C. T. al fl. n. *** e contenente l'intimazione all'Amministrazione Comunale di assumere i provvedimenti consequenziali, nel termine di 20 giorni;

- b) della nota, prot. n. 2150 del 24.01.2014, pervenuta il 7.02.2014, a firma del Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Salerno e Avellino e del responsabile del procedimento, di comunicazione, ex art. 10 bis, l. 241/90, dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza;
- c) di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali; nonché per la condanna
- d) dell'Amministrazione statale intimata, ex art. 34, comma 1, lett. c), c. p. a., al rilascio del parere favorevole, previo accertamento della fondatezza della pretesa, ai fini della compatibilità paesaggistica delle opere, oggetto della domanda d'accertamento di compatibilità paesaggistica, ai sensi dell'art. 167, comma 4, D. Lgs. n. 42/2004 e s. m. i.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2016, il dott. Paolo Severini;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue;

FATTO

Il ricorrente, proprietario (giusta atto di divisione ereditaria, per Notaio ***) di circa dodici ettari di terreno agricolo, in loc. Pistacchio del Comune di Montecorice (in C.T. al fol. ***), con rentrostante fabbricato, su due livelli, risalente all'inizio del secolo scorso, destinato a residenza dei conduttori del fondo (distinto con il mappale 77 del fl. 23), relativamente al quale immobile, "fatiscente e semidiruto", aveva presentato un progetto di recupero, mediante risanamento conservativo della muratura perimetrale e consolidamento delle fondazioni, rifacimento dei solai, rifacimento della copertura, interventi di finitura interna e esterna ed impiantistica, adeguati alle moderne esigenze abitative, ricostituzione delle due unità abitative, una al piano terra e l'altra al piano primo; e inoltre mediante realizzazione di una scala interna di collegamento del piano primo con la zona sottotetto, da destinarsi a deposito; progetto "ispirato ad una particolare cura e attenzione alle finiture e ai materiali, anche con l'impiego dello stesso pietrame originario, in una logica rigorosissima di riqualificazione e valorizzazione paesaggistica – ambientale e di recupero dell'originario organismo edilizio"; nonché "conforme alla vigente normativa urbanistica e paesaggistica di riferimento", nonché "assentito dal Comune di Montecorice con permesso di costruire, prot. n. 4/2005 del 10.02.2005, rilasciato ai sensi dell'art. 10 del d. P. R. 380/2001", "pienamente condiviso anche ai fini paesaggistico – ambientali: il Comune ha rilasciato autorizzazione ex art. 159 e 146 D. Lgs. 42/2004 (determina n. 103 del 27.09.2004), su conforme avviso della CECI (verb. 11, decisione n. 6, del 20.09.2004), e la locale Soprintendenza per i B. A. P. P. S. A. E. ha esercitato positivamente il controllo di legittimità, ex art. 159 D. Lgs. 42/2004, avendo espressamente ritenuto non sussistenti gli estremi per l'annullamento dell'autorizzazione stessa e prescrivendo, finanche, modifiche progettuali per la migliore tutela del sito (cfr. nota, prot. n. 34536 del 18.11.2004)"; rappresentava che i lavori assentiti erano stati iniziati, ed erano proseguiti regolarmente, e che il fabbricato si presentava ultimato nelle strutture e nella copertura, necessitando del solo completamento interno, mentre erano ancora a farsi le opere di sistemazione esterna; che, nel corso dei lavori, erano state eseguite alcune modifiche, in parziale difformità dai titoli abilitativi, consistite nell'aggiunta di un volume tecnico, non accessibile, nel sottotetto (camera d'aria per il migliore isolamento termico), nella minore pendenza della falda del tetto, funzionale all'inserimento del predetto volume tecnico, con conseguente maggiore altezza della linea di gronda, nella diversa distribuzione delle aperture esterne, dovuta ad esigenze di staticità del fabbricato oppure per

migliorare l'illuminazione interna (ovvero, a suo avviso, "modestissime modifiche, che non hanno comportato creazione di superfici utili o di volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati, non essendo computabili né sul piano urbanistico né paesaggistico i "volumi tecnici", come espressamente precisato dallo stesso Mi. B. A. C., con Circolare n. 33 del 26.06.2009"); segnalava, inoltre, che, al fine di regolarizzare tali "modestissime difformità", aveva presentato domanda d'accertamento di compatibilità paesaggistica (acquisita al prot. com., con il n. 4413 del 20.08.2013); che, relativamente alla stessa, l'Ente Parco aveva reso il parere favorevole di competenza, di compatibilità con la destinazione di zona - "B1" - del Piano del Parco (parere, prot. n. 643 del 18.01.2014): che ben diverso era stato peraltro l'esito, negativo, nel quale era sfociato l'iter della pratica, presso la Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Salerno e Avellino, cui era stata trasmessa, dal Comune, per il parere di competenza, ex art. 167, comma 5, D. Lgs. 42/2004, con nota del 21.10.2014, ricevuta il 28.10.2014; lamentava, in particolare, che "dopo ben ottantotto giorni dal ricevimento della documentazione completa, e, quindi, a evidenti fini dilatori, interruttivi del termine legale di 90 giorni, per l'adozione del parere di competenza, il Soprintendente, con nota n. 2150 del 24.01.2014, pervenuta, poi, solo il successivo 7.02.2014, ha comunicato all'interessato e al responsabile del procedimento del Comune di Montecorice i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, ex art. 10 bis, l. 241/90"; che aveva trasmesso, allora, "motivate osservazioni, corredate anche di elaborati grafici dello stato di fatto e di progetto, con nota del 13.02.2014 (al protocollo comunale, n. 971 del 14.02.2014)"; peraltro, in data 14.03.2014, "ignorato del tutto l'apporto procedimentale del privato", era pervenuto il parere contrario, prot. n. 6368 dell'11.03.2014, del Soprintendente per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Salerno e Avellino, a firma anche del Responsabile del Procedimento, reso, ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, D. Lgs. 22.01.2004 n. 42, in ordine all'istanza di cui sopra, contenente anche l'intimazione, all'Amministrazione Comunale, d'assumere i provvedimenti consequenziali, nel termine di venti giorni; premesso quanto sopra, avverso i suddetti atti articolava le seguenti censure:

- I) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 D. LGS. 42/2004, ANCHE IN RELAZIONE AGLI ARTT. 146, 149 E 159 D. LGS. 42/2004 E ALL'ART. 3, COMMA 1, LETT. C) E D), D. P. R. 380/2001; ART. 3 L. 241/90 - ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÀ - DIFETTO ASSOLUTO E, COMUNQUE, ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI - TRAVISAMENTO - DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - CONTRADDITTORIETÀ - PERPLESSITÀ - SVIAMENTO) - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, ADEGUATEZZA E RAGIONEVOLEZZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA E VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST.: premesso che, ai sensi dell'art. 167, IV comma, D. Lgs. 42/2004, l'Autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica nei seguenti casi: - per i lavori, realizzati in assenza o in difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o di volumi, ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; - per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; - per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'art. 3 d. P. R. 380/2001; e che si trattava pertanto di procedimento a valutazione vincolata, osservava come nella specie "le opere oggetto della domanda d'accertamento di compatibilità paesaggistica non hanno determinato creazione di superfici utili o di volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati, in forza del p. c. n. 4/2005 (assentito previa autorizzazione paesaggistica, favorevolmente valutata anche dalla Soprintendenza con nota, prot. n. 34536 del 18.11.2004)"; le stesse, pertanto, andavano sicuramente assentite, ex art. 167, comma 4, D. Lgs. 42/2004 e s. m. i.; le parziali difformità dal p. c. n. 4/2005 e, quindi, dall'autorizzazione paesaggistica già rilasciata, consistevano infatti, esclusivamente, in un volume tecnico, non accessibile, nel sottotetto non abitabile (camera d'aria per isolare la parte residenziale dal sottotetto non abitabile), in una conseguente maggiore altezza del tetto alla linea di gronda e nella diversa distribuzione delle

aperture esterne, ovvero in difformità “insignificanti, sotto il profilo quantitativo”, “irrilevanti sul piano urbanistico e paesaggistico” e che non mutavano “le caratteristiche essenziali del fabbricato”, assentito con suddetto p. di c. 4/2005; in particolare, il vuoto tecnico, posto tra il primo piano ed il sottotetto non abitabile, inaccessibile perché chiuso su tutti i lati e non collegato da alcuna scala, così come la maggiore altezza alla linea di gronda, conseguente alla mutata pendenza della falda del tetto non abitabile, erano “sicuramente inidonei a precludere l’accertamento di compatibilità paesaggistica”, trattandosi di “volumi tecnici e, cioè, di opere prive di autonomia funzionale e destinate esclusivamente a soddisfare esigenze meramente tecniche e solo strumentali alla più idonea utilizzazione abitativa dei locali legittimamente assentiti come unità immobiliari”; ne conseguiva l’assentibilità, ex post, di tali interventi, “anche alla stregua di quanto fissato nella circolare del Segretario generale del Mi. B. A. C. n. 33 del 26.06.2009 (era citata giurisprudenza, anche della Sezione, a conforto); inoltre, il ricorrente osservava che, poiché l’art. 167, comma 4, lett. c), D. Lgs. n. 42/2004 consente di sanare i “lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell’art. 3 d. P. R. 380/2001”, faceva riferimento anche ad opere che, quantunque generassero volumi e superfici utili, fossero configurabili come di manutenzione straordinaria; sicché “la sanabilità postuma degli interventi manutentivi è svincolata dalla rilevanza quantitativa dei volumi e/o delle superfici”; del resto, diversamente opinando, la previsione dell’art. 167, comma 4, D. Lgs. n. 42/2004 cit. sarebbe “pleonastica ed inutilmente ridondante, atteso che per gli interventi edilizi “minori” l’autorizzazione paesaggistica non è richiesta neanche ex ante (art. 149 D. Lgs. n. 42/2004)”; e, nella specie, gli interventi, oggetto della domanda d’accertamento di compatibilità paesaggistica, erano “sicuramente di carattere manutentivo” (diversa distribuzione delle aperture esterne, variazione della pendenza delle falde di copertura e volume tecnico non accessibile), consistendo “in accorgimenti di carattere tecnico, rispondenti ad esigenze meramente funzionali di migliore fruibilità del manufatto (isolamento termico) o di maggiore sicurezza statica (diverso posizionamento di alcune aperture)”, “tali da non mutare le caratteristiche essenziali dell’intervento assentito con il p. c. n. 4/2005 né da incidere in maniera diversa sui carichi insediativi, urbanistici e paesaggistici già considerati con il rilascio del titolo abilitativo”; laddove il Soprintendente e il Responsabile del Procedimento avevano fondato il proprio negativo convincimento, “sull’erroneo inquadramento dell’intervento, oggetto dell’istanza di accertamento di conformità, come di <ristrutturazione edilizia>”, laddove tale tipologia edilizia poteva attagliarsi ai lavori, oggetto del p. c. n. 4/2005, non a quelli di cui era stato chiesto l’accertamento postumo di compatibilità paesaggistica;

- II) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 D. LGS. 42/2004, ANCHE IN RELAZIONE AGLI ARTT. 146, 149 E 159 D. LGS. 42/2004 E ALL’ART. 3, COMMA 1, LETT. C) E D), D. P. R. 380/2001; ART. 3 L. 241/90) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO E, COMUNQUE, ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI – TRAVISAMENTO – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – CONTRADDITTORIETÀ – PERPLESSITÀ – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, ADEGUATEZZA E RAGIONEVOLEZZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA E VIOLAZIONE DELL’ART. 97 COST.: era posta in risalto l’erroneità delle ragioni, poste a fondamento del provvedimento impugnato; il Soprintendente aveva, altresì, fondato il proprio parere contrario sull’affermazione che “il permesso di costruire n. 4/2005 autorizzava il recupero del fabbricato, in contrasto con quanto realizzato (ristrutturazione edilizia integrata)”; a tal riguardo, il ricorrente osservava come, in primo luogo, fosse “immotivata, e, quindi, incomprensibile, l’assolutistica qualificazione in negativo dell’intervento, come di <ristrutturazione edilizia>”, mentre, nella specie, le difformità da assentire in via postuma erano “talmente modeste, quantitativamente e qualitativamente, come detto, da non “sconfinare” nella ristrutturazione edilizia, anche perché non idonee a trasformare il fabbricato in un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello assentito”; era evidente, secondo il ricorrente, “che il Soprintendente

ha preso in considerazione, quale oggetto delle sue valutazioni, non le mere difformità oggetto della domanda di accertamento di compatibilità (diversa distribuzione delle aperture esterne, variazione della pendenza delle falde di copertura e volume tecnico non accessibile), bensì i lavori complessivamente realizzati e, quindi, anche quelli assentiti con il p. c. 4/2005 e già dotati di apposita autorizzazione paesaggistica”, ipotizzando una “ristrutturazione integrale”, ma facendo riferimento, quale stato preesistente del manufatto, a quello antecedente l’intervento, assentito con il, più volte citato, permesso di costruire; in ogni caso, non sarebbe stata condivisibile la tesi, secondo cui l’intervento eseguito eccedeva dai limiti del recupero già assentito, avendo determinato una volumetria maggiore di quella del preesistente corpo edilizio, e tanto per le ragioni innanzi illustrate, “non potendosi riconnettere alcuna rilevanza innovativa del preesistente alle modeste difformità oggetto dell’accertamento postumo di compatibilità”;

- III) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 D. LGS. 42/2004, ANCHE IN RELAZIONE AGLI ARTT. 146, 149 E 159 D. LGS. 42/2004 E ALL’ART. 3, COMMA 1, LETT. C) E D), D.P.R. 380/2001; ART. 3 L. 241/90) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA – MOTIVAZIONE APPARENTE – CONTRADDITTORIETÀ – PERPLESSITÀ – IRRAGIONEVOLEZZA – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, ADEGUATEZZA E RAGIONEVOLEZZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA E VIOLAZIONE DELL’ART. 97 COST.: il parere contrario, oggetto di gravame, sarebbe stato, ancora, illegittimo, perché “immotivatamente ed irragionevolmente contraddittorio, rispetto all’avviso favorevole della stessa Soprintendenza reso in ordine all’autorizzazione paesaggistica (determinazione n. 103/2004) assentita per il rilascio del p. c. n. 4/2005”, ovvero rispetto “a una situazione già vagliata positivamente e che non è sostanzialmente modificata nei suoi tratti essenziali”; sicché detto “mutamento di rotta” poteva trovare spiegazione, solo in un “difetto assoluto di istruttoria”; tra l’altro, il Soprintendente, in violazione dell’art. 10 bis l. 241/90, aveva radicato il proprio parere negativo “sull’erronea affermazione che non erano pervenute osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti entro il termine di 10 giorni”, laddove il ricorrente aveva, invece, trasmesso tempestivamente (in data 14.02.2014) le proprie osservazioni, in uno agli elaborati grafici dello stato di fatto, oggetto dell’accertamento di compatibilità paesaggistica, e di quello di progetto; ma il Soprintendente non aveva affatto motivato, circa le ragioni, per le quali non potevano ritenersi superabili i motivi ostativi, comunicati con nota n. 2150 del 24.01.2014; sicché, da un canto, in violazione dell’art. 10 bis l. 241/90, l’Amministrazione aveva reso la propria determinazione negativa, richiamando integralmente il tenore della comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza e non tenendo conto delle osservazioni del ricorrente; d’altro canto, era stato ampiamente dimostrato che il contenuto del parere “avrebbe potuto essere diverso, da quello in concreto adottato”;

- IV) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 167 D. LGS. 42/2004; ART. 3 L. 241/90) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI – MOTIVAZIONE APPARENTE – ARBITRARIETÀ – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ, ADEGUATEZZA E RAGIONEVOLEZZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA E VIOLAZIONE DELL’ART. 97 COST.: il parere impugnato si connotava, del resto, come “arbitrario e sviato”, essendo in esso richiamate, “con voluta enfaticizzazione, le disposizioni contenute nelle parti terza e quarta del D. Lgs. 42/2004, in base alle quali l’area interessata dall’intervento in oggetto è sottoposta a tutela paesaggistica”; laddove l’accertamento di compatibilità paesaggistica, ex art. 167 D. Lgs. 42/2004, “non implica l’esercizio di un potere discrezionale, bensì una valutazione oggettiva e vincolata di sussistenza dei presupposti fissati dalla stessa norma”;

- V) VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 1, 3, 10 BIS, 21 SEPTIES L. 7.8.1990 N. 241 E S. M. I., IN RELAZIONE ALL’ART. 167 D. LGS. 22.1.2004 N. 42 E S. M. I. – ART. 97 COST.) – ECCESSO DI

POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – TRAVISAMENTO – ABNORMITÀ = ERRONEITÀ – INCONGRUITÀ – ILLOGICITÀ – PERPLESSITÀ – CONTRADDITTORIETÀ – ARBITRARIETÀ – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, CORRETTEZZA E BUON ANDAMENTO DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI DELL’ORDINAMENTO COMUNITARIO (RAGIONEVOLEZZA – PROPORZIONALITÀ – CORRETTEZZA E COERENZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA): il parere contrario era, infine, secondo il ricorrente, “irrimediabilmente tardivo, e, dunque, va annullato, giacché rilasciato in macroscopica violazione del termine perentorio disciplinato dalla disposizione tassativa dell’art. 167 D. Lgs. 42/2004 e s. m. i.”; il comma 5 di tale norma prevede espressamente che “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”; nella specie, la Soprintendenza aveva ricevuto, in data 28.10.2013, la nota, prot. n. 5443 (acquisita con prot. n. 29511), con la quale il Comune aveva richiesto il previsto atto consultivo, in ordine al predetto procedimento accertativo, attivato su istanza del ricorrente; senonché, la stessa Soprintendenza aveva reso l’impugnato parere contrario, soltanto in data 11.03.2014, a distanza di quasi cinque mesi dal ricevimento della pratica; a “tale abnorme dilatazione temporale” si era pervenuti “perché la Soprintendenza, in data 24.01.2014, allorquando erano trascorsi ben 88 giorni dalla richiesta di parere, ha comunicato, con nota prot. n. 2150, i motivi ostativi ex art. 10 bis l. 241/1990 e s. m. i.”; e tale adempimento s’atteggiava, nella specie, “a mezzo non consentito per eludere il termine perentorio di 90 giorni fissato dall’art. 167, comma 5, D. Lgs. 42/2004 e s. m. i.” (posto che la comunicazione, ex art. 10 bis l. 241/1990 e s. m. i., aveva valore interruttivo dei termini per la conclusione del procedimento amministrativo, i quali iniziavano nuovamente a decorrere dal ricevimento delle osservazioni del privato, ovvero dalla scadenza dei 10 giorni concessi allo stesso interessato per esercitare il diritto partecipativo); insomma, secondo il ricorrente, “nella specie, la nota prot. n. 2150 del 24.1.2014, inviata quasi allo spirare dei 90 giorni previsti per l’emissione del parere” si qualificava “di per se intempestiva” e s’atteggiava “a mezzo, non consentito, di abuso del diritto”;

- SULL’ISTANZA DI CONDANNA EX ART. 34, COMMA 1, LETT. C), C. P. A.: a fronte dei motivi di ricorso, sussistevano “le condizioni per richiedere al T. A. R. la condanna dell’Amministrazione statale intimata a rendere il parere favorevole, in ossequio al principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale”, e ai sensi di quanto stabilito dall’art. 34, comma 1, lett. c), c. p. a., ov’è previsto che: “L’azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all’art. 31, comma 3, contestualmente all’azione di annullamento del provvedimento di diniego; nonché dall’art. 31, comma 3, c. p. a., ove è statuito che: “Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’amministrazione”; ciò, in quanto, ai sensi dell’art. 167, comma 4, D. Lgs. n. 42/2004, si verteva in tema di procedimento, a valutazione vincolata (l’autorità competente “accerta” la compatibilità paesaggistica, sulla base dei presupposti fissati dalla norma).

Si costituiva in giudizio il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, dapprima con atto di forma, e quindi depositando rapporto amministrativo, a firma del Soprintendente di Salerno, con allegati, e memoria difensiva; nell’interesse del ricorrente erano quindi prodotti ulteriori documenti, una relazione di perizia di parte asseverata e una memoria di replica.

All’esito dell’udienza pubblica del 2 aprile 2015, il Tribunale rilevava preliminarmente come, dalla documentazione prodotta, dal ricorrente, in data 16.06.2014, e segnatamente dal documento sub 4), si ricavasse che, in data 14 febbraio 2014, lo stesso aveva depositato, presso il

Comune di Montecorice, le osservazioni al preavviso di diniego, ex art. 10 bis l. 241/90, preavviso ricevuto, da parte della Soprintendenza B. A. P. di Salerno e Avellino, in data 7 febbraio 2014 (cfr. la documentazione, allegata all'atto introduttivo del giudizio); tanto premesso, ai fini di una corretta delibazione della censura, sub III) del ricorso, il Tribunale ordinava al Comune di Montecorice di depositare in Segreteria una relazione documentata di chiarimenti, circa l'eventuale avvenuta trasmissione delle predette osservazioni del ricorrente alla Soprintendenza B. A. P. di Salerno e Avellino, e circa la data, e il mezzo, con cui detta trasmissione era avvenuta; e, correlativamente, ordinava alla Soprintendenza B. A. P. di Salerno e Avellino di trasmettere una documentata relazione di chiarimenti, circa l'eventuale avvenuta ricezione di dette osservazioni, naturalmente ove trasmesse, e circa la data di ricezione delle medesime; tanto, nel termine di giorni trenta, decorrente dalla comunicazione in via amministrativa, ovvero, se anteriore, dalla notificazione, a cura di parte, della detta ordinanza, restando riservata ogni decisione, in rito, merito e sulle spese.

L'incombente istruttorio era riscontrato dalla sola Soprintendenza B. A. P. di Salerno e Avellino, che in data 1.07.2015 trasmetteva relazione esplicativa a firma del funzionario di zona, con allegata documentazione, dalla cui lettura si ricava che con nota del 24.01.2014, prot. n. 2150, la Soprintendenza aveva comunicato, al ricorrente, i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di accertamento della compatibilità paesaggistica, in oggetto; che quest'ultimo aveva ricevuto la raccomandata, in cui detta comunicazione era contenuta, in data 2.02.2014; che da verifiche effettuate presso il protocollo generale dell'Ufficio, dalla data di notifica dell'avviso, ex art. 10 bis l. 241/90, al ricorrente (2.02.2014), fino alla data del parere contrario, espresso con nota, prot. 6368 dell'11.03.2014, non risultavano pervenute le osservazioni difensive del privato.

Alla pubblica udienza del 26.01.2016, il ricorso era trattenuto in decisione.

DIRITTO

Rileva il Tribunale che il ricorso è fondato.

Carattere preliminare e dirimente, con assorbimento d'ogni altra doglianza, riveste la considerazione della censura, rubricata sub III), con cui il ricorrente ha, tra l'altro, lamentato che il parere contrario della Soprintendenza B. A. P. di Salerno e Avellino, circa l'istanza d'accertamento di compatibilità paesaggistica di cui in narrativa, era stato reso, senza che fossero prese in esame, e, quindi, confutate, le osservazioni difensive, dallo stesso depositate, in chiave partecipativa, in data 14.02.2014, presso il Comune di Montecorice (il quale avrebbe dovuto trasmetterle, a sua volta, alla Soprintendenza, perché quest'ultima ne tenesse conto, ai fini dell'adozione dell'atto consultivo di sua competenza).

La circostanza è stata oggetto d'approfondimento istruttorio da parte del Tribunale, volto a comprendere se le suddette osservazioni difensive fossero state, o meno, trasmesse dal Comune di Montecorice alla Soprintendenza B. A. P. di Salerno; il risultato di tale accertamento, fondato sulla risposta fornita dal solo organo periferico dell'Amministrazione per i Beni Culturali di Salerno (laddove il Comune di Montecorice è rimasto inerte), è che le suddette osservazioni non sono mai state spedite, dal Comune di Montecorice, alla Soprintendenza; ciò in quanto, dalla data di ricezione da parte del ricorrente dell'avviso, ex art. 10 bis l. 241/90 (2.02.2014), alla data in cui il parere contrario è stato licenziato (11.03.2014), non risulta, al protocollo in entrata della stessa Soprintendenza, la ricezione delle medesime.

Vero è che esiste anche un'altra possibilità, almeno teorica, vale a dire che le osservazioni predette siano state trasmesse dal Comune di Montecorice, ma che le stesse non siano mai pervenute alla Soprintendenza di Salerno, per un disguido postale o di altra natura: peraltro tale possibilità avrebbe richiesto, per essere comprovata, che il Comune di Montecorice ne dimostrasse l'avvenuta spedizione verso l'Ufficio destinatario, il che, come sopra riferito, non s'è verificato; sicché la verità processuale è nel senso che le stesse osservazioni non sia state affatto spedite da parte del Comune (il quale avrebbe avuto, evidentemente, tutto l'interesse a provare il contrario).

Va rilevato, altresì, che nell'atto introduttivo del giudizio, il ricorrente ha affermato di aver ricevuto la comunicazione dei motivi ostativi, ex art. 10 bis l. 241/90, in data 7.02.2014, e di aver quindi esternato le proprie osservazioni partecipative, mediante deposito al protocollo comunale, in data 14.02.2014; laddove, come asserito dalla Soprintendenza, mercé il deposito di copia dell'avviso di ricevimento della raccomandata postale, con cui il preavviso di diniego è stato notificato al ricorrente, quest'ultimo avrebbe ricevuto il medesimo, in data 2.02.2014, anziché in data 7.02.2014.

Tale data, evincibile con chiarezza dall'avviso di ricevimento in questione, sarebbe peraltro in contrasto con il timbro datario dell'Ufficio Postale di Santa Maria di Castellabate, apposto sia sulla busta con cui la raccomandata in questione è stata spedita (allegata al ricorso), sia sullo stesso avviso di ricevimento in questione, dal quale timbro parrebbe ricavarsi la data del 7.02.2014 (ma potrebbe anche trattarsi dell'1.02.2014: il timbro in questione non brilla per chiarezza).

La circostanza, peraltro, non è rilevante, ai fini della decisione, posto che il termine di dieci giorni dal ricevimento dell'avviso ex art. 10 bis, stabilito nel medesimo, perché il privato licenzi le proprie osservazioni in chiave difensiva, non può ritenersi perentorio (in tal senso: T. A. R. Sardegna, sez. II, 7/03/2012, n. 248); e, in ogni caso, il parere contrario è stato espresso, dalla Soprintendenza, in data 11.03.2014: e rispetto a tale data, la trasmissione delle controdeduzioni, da parte del privato, era stata senz'altro tempestiva (lo stesso le ha depositate, presso il Comune di Montecorice, in data 14.02.2014).

Fatto sta, peraltro, che tali controdeduzioni non sono mai pervenute alla Soprintendenza, perché – giusta quanto sopra osservato – non trasmesse, da parte del Comune di Montecorice.

Il problema che si pone consiste, quindi, nello stabilire, in un caso siffatto, quale sia la sorte del provvedimento gravato, reso senza che fossero esaminate le osservazioni difensive, che pure il privato aveva tempestivamente licenziato; ma senza alcuna responsabilità, al riguardo, della Soprintendenza, che tali osservazioni non aveva mai ricevuto (perché mai trasmesse dal Comune di Montecorice).

Orbene, ritiene il Tribunale che la soluzione a tale quesito debba partire dall'orientamento, secondo il quale l'omessa considerazione delle osservazioni rese, in chiave partecipativa, dal privato, dopo aver ricevuto la comunicazione, ex art. 10 bis l. 241/90, vizia irrimediabilmente il provvedimento conclusivo del procedimento (cfr., *ex multis*, la massima seguente: "Ai sensi dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, le memorie e le osservazioni prodotte dal privato nel corso del procedimento devono essere effettivamente valutate dall'Amministrazione ed è necessario che di tale valutazione resti traccia nella motivazione del provvedimento finale" – T. A. R. Roma (Lazio), Sez. II, 16/11/2011, n. 8915): ciò, in quanto le finalità dell'istituto del preavviso di diniego, consistenti nella salvaguardia della partecipazione del privato alla fase costitutiva del provvedimento, reso su propria istanza, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra lo stesso e la P. A., e anche al fine di deflazionare le controversie giurisdizionali, verrebbe del tutto frustrato, ove tali osservazioni, pur tempestivamente trasmesse, l'Amministrazione potesse legittimamente ignorare.

Stabilito ciò, e quindi che il ricorso va accolto, con conseguente annullamento, per tale dirimente ragione, del provvedimento impugnato, non può peraltro sottacersi che tanto è avvenuto, senza alcuna evidente responsabilità dell'Amministrazione dei Beni Culturali, che ha reso il provvedimento in questione, senza affatto ricevere le prefate osservazioni, perché mai spedite dal Comune di Montecorice, presso cui erano state depositate.

La circostanza, peraltro, non può, in contrasto con la logica, indurre il Collegio a ritenere legittimo il parere contrario, reso dalla Soprintendenza; essa opera, piuttosto, su un piano diverso, e segnatamente su quello, del riparto delle spese di lite, come si dirà *infra*.

Ovviamente, osserva il Tribunale, della comunicazione di motivi ostativi, impugnata sub b), atteso il suo chiaro carattere endoprocedimentale e non lesivo (cfr. da ultimo, in termini, T. A. R.

Molise, Sez. I, 17/04/2015, n. 151) non può pronunciarsi l'annullamento, palesandosi il relativo gravame come inammissibile.

Va, poi, precisato che la presente decisione, per la sua natura formale e preliminare, nonché assorbente d'ogni altra questione, e per il contenuto dell'obbligo conformativo che da essa discende, consistente nella necessità che l'Amministrazione dei Beni Culturali si ridetermini sull'istanza d'accertamento di compatibilità paesaggistica *de qua*, ma questa volta tenendo conto delle osservazioni, ex art. 10 bis l. 241/90, puntualmente licenziate dal privato, nel corso del medesimo procedimento (in precedenza, tuttavia, non pervenute alla Soprintendenza), implica che non può darsi ingresso alla richiesta del ricorrente, di condanna dell'Amministrazione statale intimata, ex art. 34, comma 1, lett. c), c. p. a., al rilascio del parere favorevole, previo accertamento della fondatezza della propria pretesa.

Quanto al profilo della condanna alle spese di giudizio (e al rimborso del contributo unificato), le stesse, giusta quanto rilevato in precedenza, nonché in applicazione della regola della soccombenza, vanno poste a carico del Comune di Montecorice, il quale non ha trasmesso le osservazioni difensive del ricorrente alla Soprintendenza B. A. P. di Salerno e Avellino, e vengono liquidate come in dispositivo; laddove, per le stesse ragioni, sussistono eccezionali motivi per compensarle integralmente, quanto al Ministero B. A. C., e alla stessa Soprintendenza di Salerno.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, l'accoglie, nei sensi di cui in parte motiva, e per l'effetto annulla il provvedimento, sub a) dell'epigrafe;

dichiara inammissibile, nei sensi di cui in parte motiva, l'impugnativa della comunicazione dei motivi ostativi, sub b) dell'epigrafe;

rigetta, nei sensi di cui in parte motiva, la domanda del ricorrente, sub d) dell'epigrafe;

condanna il Comune di Montecorice, in persona del l. r. p. t., al pagamento, in favore del ricorrente, di spese e compensi di lite, che liquida complessivamente in € 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA e CPA, come per legge, e lo condanna, inoltre, al rimborso, in favore del medesimo ricorrente, del contributo unificato, versato nella misura di € 650,00 (seicentocinquanta/00);

compensa ogni altra spesa di giudizio;

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

Così deciso, in Salerno, nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Francesco Gaudieri, Consigliere

Paolo Severini, Consigliere, Estensore