

Pubblicato il 24/04/2018

N. 00949/2018 REG.PROV.COLL.

N. 03561/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3561 del 2016, proposto da:
Farmacia Inglese di Maria Agata Perricone & C. S.a.s., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè, Enzo
Puccio e Tiziana Pellegrino, con domicilio eletto presso il loro studio sito in
Palermo, via Caltanissetta n. 2/D;

contro

Comune di Palermo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Caterina Grasso, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale del
Comune sito in Palermo, piazza Marina n. 39;
Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, in persona del legale rappresentante p.t.,
non costituito;

nei confronti

Ordine dei Farmacisti della Provincia di Palermo, in persona del legale
rappresentante p.t., non costituito;

Farmacia Bonsignore del Dott. Roberto Tobia, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Luigi Matta e Ermenegildo Mangiapane, con domicilio eletto presso lo studio del primo sito in Palermo, piazza Verdi n. 6;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 1766274 del 21 ottobre 2016, con il quale il Comune di Palermo, Area della Pianificazione del Territorio, Ufficio Amministrativo, ha rigettato l'istanza, acquisita al protocollo n. 934028 del 17 novembre 2014, con la quale l'odierna ricorrente ha richiesto ai sensi dell'art. 5, comma 2, della L. n. 362/1991, il trasferimento della propria sede farmaceutica - oggi collocata in Via Mariano Stabile nn. 175/177, zona sovranumeraria - nei locali siti nella zona "Uditore- Passo di Rigano" ed esattamente nella Via Uditore nn.4/D-4/E-4/F;

NONCHE'

degli atti appresso indicati, in quanta richiamati nel predetto provvedimento prot. 1766274/2016 e conosciuti dalla odierna ricorrente a seguito di istanza di accesso agli atti trasmessa al Comune di Palermo il 7 novembre 2016, ed in particolare:

- della relazione redatta dai tecnici dell'Ufficio della Pianificazione del Territorio in data 20 ottobre 2016, nella parte in cui afferma che l'area interessata dal trasferimento non può essere considerata zona di nuovo insediamento abitativo sulla base dello strumento urbanistico vigente che la classifica come Zona territoriale omogenea B;

- della nota prot. n. 168524 del 1 marzo 2016 dell'Ufficio Statistica, a firma del Vice Capo di Gabinetto, avente ad oggetto "Istanza ex art. 5 comma 2 della legge n. 362/1991 Farmacia Inglese della Dr.ssa Maria Agata Perricone & C. S.a.s. - Richiesta di parere" nella parte in cui afferma che la zona individuata dalla ricorrente non può essere considerata nuovo insediamento abitativo ai sensi del comma 2 dell'art. 5 L. n. 362/1991;

- della nota prot. n. 1732866 del 12 ottobre 2016 dell'Ufficio Statistica nella quale vengono riportati i dati demografici della popolazione residente nel quartiere Uditore-Passo di Rigano al 31 dicembre 2015;
- della nota prot. n. 3043/DF del 23 marzo 2016 con la quale l'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo ha espresso parere non favorevole alla istanza di trasferimento presentata dalla odierna ricorrente;
- della nota prot. 201600272 dell'aprile 2016 dell'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Palermo con la quale viene espresso parere non favorevole alla istanza di trasferimento presentata dalla odierna ricorrente;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo e della Farmacia Bonsignore del Dott. Roberto Tobia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 aprile 2018 il cons. Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 23 dicembre 2016, e depositato il successivo 30 dicembre, la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe articolando le censure di: I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 *bis* della

legge regionale n. 10/91 (art. 10 *bis* della l. n. 241/1990) - difetto di motivazione difetto di istruttoria - violazione dei principi di buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa; II) Illegittimità propria e derivata per violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 2, della l. n. 362/1991- violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del D.L. n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012 - violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 475/1968 - difetto e/o erroneità dell'istruttoria - eccesso di potere per travisamento dei presupposti - difetto di motivazione - sviamento dal pubblico interesse.

Sostiene la società ricorrente che il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo in quanto, nel procedimento da cui è venuto in essere, non sono state rispettate le garanzie di partecipazione procedimentale previste dall'art. 11 *bis* della legge reg. n. 10/1991 (art. 10 *bis* della legge n. 241/1990); inoltre sarebbe illegittimo in quanto fondato su un'errata interpretazione del concetto di "nuovo insediamento abitativo" ex art. 5 legge n. 362/1991 e su dati demografici errati o comunque fuorvianti; infine il provvedimento impugnato sarebbe fondato su pareri viziati da difetto di motivazione e di istruttoria.

Si è costituito il comune di Palermo e il sig. Tobia (controinteressato) che con rispettive memorie hanno replicato alle argomentazioni sviluppate in ricorso e chiesto il suo rigetto.

Alla pubblica udienza di discussione il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato, nei termini che verranno precisati.

Si prescinde da qualsiasi valutazione delle censure articolate con il secondo motivo di ricorso - concernenti i presupposti per l'autorizzazione del trasferimento richiesto dalla ricorrente - considerata la fondatezza del primo motivo, relativo alla pregiudiziale questione del mancato rispetto delle garanzie di partecipazione procedimentale, previste per legge.

E' incontestato tra le parti che il diniego impugnato con il presente ricorso non è stato preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di trasferimento, inoltrata dalla ricorrente, prevista dall'art. 11 *bis* della legge reg. n. 10/1991, nonché dall'art. 10 *bis* della legge n. 241/1990.

Ritiene il collegio che tale previa comunicazione fosse doverosa - al fine di consentire alla ricorrente la piena partecipazione al procedimento riguardante la propria istanza, secondo le modalità previste per legge - dato il carattere certamente discrezionale del provvedimento finale adottato.

Non condivisibile, in quanto avulsa della disposizioni di legge che regolano l'esercizio del relativo potere, è la diversa ricostruzione della difesa del Comune di Palermo, secondo la quale il provvedimento adottato avrebbe natura vincolata; mentre è evidentemente irrilevante la circostanza che il nuovo procedimento del Comune di Palermo è stato disposto in conseguenza di una precedente pronuncia giurisdizionale, rispetto alle finalità di garanzia di partecipazione procedimentale perseguite dalla disposizione violata.

In conclusione il ricorso è fondato - in ragione della fondatezza del primo motivo - e deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, con salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Ritiene il collegio che sussistano gli estremi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla l'atto impugnato, fatti salvi i successivi provvedimenti dell'amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Calogero Commandatore, Referendario

L'ESTENSORE

Nicola Maisano

IL PRESIDENTE

Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO