

**Pubblicato il 07/03/2018**

**Sent. n. 1441/2018**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3418 del 2017, proposto dalla Imco Edil Sud Srl in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Sabato Giuseppe Perna e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Bruno Arena in Napoli, via A D'Isernia 38;

contro

Comune di Cimitile in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Maffettone e con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR di Napoli;

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento n.6503 del 20/7/2017 di diniego di rilascio del Permesso di costruire richiesto da parte ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n.1293 del 2017 di accoglimento della domanda di sospensione ai fini di un motivato riesame da parte dell'Amministrazione;

Vista la documentazione trasmessa dal Comune di Cimitile di riesame con conferma del provvedimento di rigetto ed acquisita in data 19/10/2017;

Visti i motivi aggiunti avverso il provvedimento n.8289 del 12/10/2017 di riesame con conferma del provvedimento di rigetto e la comunicazione n.7814 del 27/9/2017 inerente i motivi ostativi al rilascio del Permesso di costruire a firma del Commissario ad acta;

Vista la memoria di costituzione del Comune di Cimitile;

Vista la memoria di parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato Relatore all'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2018 il Cons. Gabriele Nunziata e uditi gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

**FATTO**

Esponde in fatto la società ricorrente di essere proprietaria di immobili in Cimitile al fl.5 p.lle 910, 1203, 912, 905, 903, 908, 917, 918, 919, 920 e 921 in zona B – sottozona Bc – Comparto R6 del vigente PUC; con altri proprietari di fondi del comparto veniva presentata istanza di Permesso di costruire convenzionato essendo la capacità edificatoria sottoposta a Permesso convenzionato. Attesa l'inerzia dell'Ente veniva presentata alla Città Metropolitana di Napoli istanza per l'esercizio dei poteri sostitutivi ex art.4 L.R. n.19/2001; il Commissario ad acta, dopo essersi insediato, comunicava i motivi ostativi all'accoglimento e, nonostante le osservazioni di parte ricorrente, ha adottato l'impugnato provvedimento di diniego.

A seguito di ordinanza cautelare del Tribunale che ha accolto la domanda di sospensione con ordine per l'Amministrazione di riesaminare il provvedimento, è stata inviata documentazione attestante la conferma – sempre ad opera del Commissario ad acta - del rigetto del titolo abilitativo in esito a procedura che avrebbe sanato il profilo della violazione dell'art.10-bis della Legge n.241/1990.

Con motivi aggiunti è stata poi proposta impugnazione avverso il provvedimento n.8289 del 12/10/2017 di riesame con conferma del rigetto e la comunicazione n.7814 del 27/9/2017 inerente i motivi ostativi al rilascio del Permesso di costruire a firma del Commissario ad acta.

Il Comune di Cimitile si è costituito in giudizio per effettuare la ricostruzione in fatto della vicenda e dedurre circa la legittimità del diniego adottato in sede di riesame e la necessità che qualsiasi intervento edilizio nel comparto R6 sia preceduto da un PUA.

Alla udienza pubblica del 23 gennaio 2018 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione come da verbale.

## **DIRITTO**

1. Con il ricorso in esame parte ricorrente deduce il difetto di motivazione non avendo il Comune adottato né il PUA né lo schema di convenzione per il rilascio del titolo edilizio convenzionato, la omessa valutazione delle osservazioni di parte ricorrente, il difetto di istruttoria, l'omessa considerazione che per il Comparto R6 vi è sovrapposibilità della scheda del PUC al progetto presentato e che, rientrandosi in zona B del PUC, doveva presumersi un sufficiente grado di urbanizzazione, formulandosi richiesta di risarcimento dei danni.

2. La Sezione ritiene in via preliminare di attestarsi su quella posizione giurisprudenziale (cfr. T.A.R. Piemonte, II, 26.9.2016, n.1165) secondo la quale la possibilità di rilascio di un permesso di costruire convenzionato, non preceduto dall'approvazione di uno strumento urbanistico di dettaglio, è stata riconosciuta in via generale con l'introduzione dell'art. 28-bis del d.P.R. n. 380 del 2001 (ad opera dell'art. 17 del D.L. n.133 del 2014), per tutte le situazioni nella quali "le esigenze di urbanizzazione possano essere soddisfatte con una modalità semplificata". La norma fissa un limite di ordine generale, finalizzato a distinguere lo spazio riservato all'istituto di nuovo conio rispetto agli spazi tuttora necessariamente riservati alla pianificazione attuativa.

Il Legislatore, recependo una prassi ampiamente diffusa ed anche sulla scorta di talune previsioni della legislazione regionale, ha introdotto una nuova figura di titolo edilizio suscettibile di trovare spazio laddove, al di fuori della pianificazione attuativa, si renda comunque necessaria la strutturazione di un rapporto giuridico tra la parte privata e l'amministrazione pubblica relativamente a profili collaterali al contenuto abilitativo del Permesso di costruire.

2.1 In definitiva ai molteplici piani attuativi previsti dall'ordinamento compete esprimere un ordine insediativo ad una scala di maggior dettaglio, in funzione di integrazione e completamento delle linee programmatiche indicate dal piano urbanistico generale, mentre il Permesso di costruire convenzionato ha la funzione di assicurare una disciplina accessoria del permesso di costruire, andando oltre la dimensione provvedimentale e consentendo di strutturare e regolare un rapporto di durata che rende più articolata la relazione giuridica tra il richiedente e l'amministrazione comunale, nonché risolvendo i problemi di disciplina che nella prassi erano inadeguatamente risolti mediante clausole unilaterali atipiche apposte al titolo edilizio.

Per i casi in cui, secondo la valutazione dell'Amministrazione, le esigenze di urbanizzazione possono essere soddisfatte con una modalità semplificata, la pianificazione di secondo livello risulterebbe ridondante e non rispettosa del principio di proporzionalità tra gli interessi pubblici da perseguire e lo strumento amministrativo utilizzato, come del resto è stato costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa riferita alle fattispecie dei lotti interclusi ricadenti in aree già urbanizzate, nelle quali l'Amministrazione comunale deve disapplicare la previsione dello strumento urbanistico generale che impone, senza sufficienti ragioni giustificative, una pianificazione attuativa che nulla potrebbe aggiungere a fronte di un sufficiente grado di urbanizzazione (cfr. Cons. Stato, IV, 7.11.2014, n.5488).

2.2 Costituisce ormai principio pacifico ed acquisito che la necessità della presentazione di un previo Piano attuativo si impone soltanto qualora si tratti di asservire per la prima volta all'edificazione, mediante la costruzione di uno o più fabbricati, aree non ancora urbanizzate che obiettivamente richiedano, per il loro armonico raccordo col preesistente aggregato abitativo, la realizzazione o il potenziamento delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria. In tal caso non può prescindersi dalla previa predisposizione di un piano esecutivo (piano di lottizzazione o piano particolareggiato) quale presupposto per il rilascio della concessione edilizia (ex multis, Cons. Stato, A.P., 20.5.1980, n. 18; 6.12.1992 n. 12 ; V, 13.11.1990, n. 776; 6.4.1991, n. 446; 7.1.1999, n.1 ; T.A.R. Campania, IV, 2.3.2000, n.596).

3. Tutto ciò premesso ai soli fini dell'inquadramento della materia che viene in rilievo nell'odierna controversia, quanto al provvedimento n.6503 del 20/7/2017 -impugnato col ricorso introduttivo- di diniego di rilascio del Permesso di costruire richiesto da parte ricorrente, la Sezione ritiene di confermare il "decisum" cautelare circa gli elementi di novità del provvedimento definitivo rispetto alla comunicazione di avvio del procedimento a seguito delle deduzioni di parte ricorrente, ovvero la violazione dell'art.10-bis della Legge n.241/1990 nella misura in cui il provvedimento definitivo si discostava dalla comunicazione di avvio del procedimento che aveva indicato quale unico motivo ostativo l'asserita difformità tra la richiesta di intervento sostitutivo e l'istanza di Permesso di costruire convenzionato. Ora è indubbio che le eventuali osservazioni di parte ricorrente avrebbero potuto condizionare in senso diverso la determinazione come adottata dal Commissario ad acta, come è pacifico che la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo costituisce non solo espressione del principio di democraticità dell'ordinamento, ma anche lo strumento per l'attuazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, ciò anche ai fini di un più adeguato esercizio del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sull'atto oggetto di contestazione. In definitiva l'istituto del cd. preavviso di rigetto ha lo scopo di far conoscere alle Amministrazioni le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti.

In altri termini, il Collegio reputa necessario che la Pubblica Amministrazione proceda, comunque, alla valutazione delle osservazioni del privato, ove le stesse vengano ritualmente proposte, come avvenuto nel caso di specie, soprattutto ove si ponga mente alla discrezionalità di cui gode l'Amministrazione e non essendo palese che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ai fini dell'applicazione della clausola di salvezza di cui all'art. 21-octies, comma 2, della Legge n.241/1990. E' tanto vero ciò che la giurisprudenza (T.A.R. Sicilia, Palermo, I, 8.9.2017, n.2137) ha affermato che il disposto del citato art.10-bis, proprio per la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, dovendosi, conseguentemente, ritenere illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui alla norma in questione in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di uno apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, III, 8.3.2012, n.520). Ancora si è statuito che "...È illegittimo il provvedimento di diniego di sanatoria edilizia ove tale provvedimento non sia stato preceduto dalla rituale comunicazione di preavviso di rigetto di cui al citato art. 10 bis l. n. 241 del 1990: nella specie non sussistono nemmeno ragioni tali da conferire al diniego quella legittimità e inattaccabilità sostanziale che, ove effettivamente riscontrabili, permetterebbero, ai sensi dell'art. 21 octies l. n. 241 cit., di superare l'omissione del preavviso: ciò perché il vizio rilevato ha carattere assorbente, avendo precluso lo sviluppo dell'indispensabile contraddittorio in sede procedimentale, sede nella quale dovevano e potevano essere istruite, approfondite e dibattute, prima che la vertenza approdasse in sede giudiziaria, le questioni prospettate nel presente giudizio" (T.A.R. Toscana, III, 17.9.2013, n. 1266).

3.1 Quanto ai motivi aggiunti come proposti avverso il provvedimento n.8289 del 12/10/2017 adottato in sede di riesame con nuovo rigetto dell'istanza del ricorrente e la comunicazione n.7814 del

27/9/2017 inerente i motivi ostativi al rilascio del Permesso di costruire a firma del Commissario ad acta, il Collegio non può esimersi dal censurare nuovi atti come adottati dal Commissario ad acta inizialmente nominato in ragione dell'inerzia del Comune, ciò sebbene fosse decaduto avendo esaurito la legittimazione derivante dal porre in essere, nei confronti dei terzi, provvedimenti propri del Comune a tutti gli effetti sostanziali e processuali. Soltanto l'Amministrazione inizialmente inadempiente - e per questo sostituita dal Commissario - avrebbe potuto prestare esecuzione all'ordinanza cautelare attraverso un motivato riesame, dal momento che ad adottare il primitivo provvedimento era stato un organo amministrativo straordinario, chiamato proprio ad esercitare il potere che dalla legge è stato attribuito all'Ente sostituito che si era reso inadempiente (Cons. Stato, V, 9.10.2006, n.5951).

Del resto l'ordinamento, nel prevedere tali poteri sostitutivi, disciplina l'esercizio di funzioni amministrative anche in capo ad organi di altro livello in caso di inerzia o di inadempimento da parte dell'ente competente, lasciandosi alla legge la previsione e la disciplina dell'esercizio di poteri sostitutivi e dei relativi presupposti sostanziali e procedurali (Corte cost., 16.7.2004, n.227). Si suole affermare che l'esercizio dei poteri sostitutivi configura un esercizio concorrente di potere tra sostituito e sostituto, ragion per cui la nomina del Commissario non produce in capo all'organo della P.A. la perdita della legittimazione ad adottare l'atto, il cui compimento è attribuito al Commissario; la posizione dell'organo straordinario non è funzionalmente difforme da quella dell'organo sostituito ed è incardinata nella struttura organizzativa dell'ente agendo con gli stessi poteri propri di quello, con la conseguenza che gli atti compiuti sono direttamente imputabili sia sul piano soggettivo che degli effetti all'ente sostituito, costituendo quasi una sorta di surroga del soggetto che sarebbe quindi un organo non dotato di propria autonomia soggettiva, con la conseguenza che non risulterebbe soggetto che formalmente adotta gli atti, cioè autorità emanante, e come tale non legittimato anche processualmente. Con tali premesse si è affermato in giurisprudenza (Cons. Stato, VI, 16.10.2002, n.5647) che il Commissario ad acta non svolge alcuna attività propria dell'Amministrazione di controllo, ma è chiamato proprio ad esercitare il potere che dalla legge è stato attribuito all'ente sostituito che, invece, si è reso inadempiente e i provvedimenti emanati devono, quindi, essere imputati direttamente ed esclusivamente all'Amministrazione sostituita.

In definitiva, la figura del Commissario va inquadrata nella categoria degli organi straordinari degli enti pubblici, per sopperire all'inadempimento o omissione di atti da parte degli stessi e quindi va inquadrata nel meccanismo della sostituzione dell'organo ordinario che, di conseguenza, viene privato della legittimazione a compierli. Al Commissario ad acta di nomina amministrativa - inviato dall'organo di vigilanza o di controllo presso le Amministrazioni i cui competenti organi ordinari omettano o ritardino il compimento di atti obbligatori - deve riconoscersi la qualifica di organo la cui funzione è quella di assicurare il buon andamento dell'Amministrazione (art.97 Cost.) e la legittimità della nomina deriva dalla legge per lo svolgimento di compiti sostitutori, tant'è che l'operato di detto funzionario introduce una controversia che, investendo una posizione di interesse legittimo, appartiene alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (Cass. Civ., SS. UU., 25.5.2005, n. 10961).

La definizione giuridica di sostituzione è quindi data dall'attribuzione di un potere ad un soggetto o ad un organo che viene legittimato ad esercitare tali poteri di un organo diverso; è, allora, corretto ritenere che il rapporto fra i due organi ha natura di alternatività, seppur limitatamente all'attività posta in essere in via sostitutiva e con la conseguenza che, attribuita la competenza straordinaria all'organo sostitutivo, tale legittimazione la perda temporaneamente l'altro organo. In tale veste esso agisce, ovviamente, in nome proprio e non in quello del sostituito, ma l'efficacia degli atti posti in essere va ricollegata all'organo sostituito, alla cui sfera giuridica vanno collegati, quindi, gli effetti dell'attività del commissario.

3.2 L'accoglimento del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti per i profili sopra accennati riveste, a parere del Collegio, profilo assorbente, in ossequio alla giurisprudenza (Cons. Stato, A.P., 27.4.2015, n.5) secondo la quale ciò che conta è l'effetto cassatorio avuto di mira, che è unico, se si

dispiega nei confronti di singoli e ben individuati atti (ciascuno espressione di autonoma volontà provvedimentale dell'amministrazione), ovvero plurimo, se aggredisce distinti provvedimenti.

Nel processo amministrativo impugnatorio, infatti, la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi - motivi si correlino strettamente a quest'ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo (cfr. Cons. Stato, IV, 26.8.2014, n. 4277; V, 27.1.2014, n. 398; V, 14.12.2011, n. 6537).

3.3 La graduazione è un ordine dato dalla parte ai vizi - motivi (o alle domande di annullamento), in funzione del proprio interesse, servendo a segnalare che l'esame e l'accoglimento di alcuni motivi (o domande di annullamento) ha, per la parte, importanza prioritaria, e che i motivi (o le domande) indicati come subordinati o graduati per ultimi hanno minore importanza e se ne chiede l'esame esclusivamente in caso di mancato accoglimento di quelli prioritari; la graduazione impedisce, pertanto, al giudice di passare all'esame dei vizi - motivi subordinati perché tale volizione equivale ad una dichiarazione di carenza di interesse alla loro coltivazione una volta accolta una o più delle preminenti doglianze.

La graduazione dei motivi o delle domande diventa allora un limite al dovere del giudice di pronunciare per intero sopra di esse, prescindendo dall'ordine logico delle medesime o dalla loro pregnanza. Tale limitazione è coerente con il canone logico di non contraddizione: come il più contiene il meno, se alla parte è dato di delimitare ineludibilmente il perimetro del thema decidendum (perché al giudice non è consentito di cercare vizi di legittimità sua sponte), così deve ammettersi che la parte possa imporre a quest'ultimo la tassonomia dell'esame dei vizi di legittimità e delle eventuali plurime correlate domande di annullamento.

Tale impostazione, che riposa su dati testuali eloquenti rinvenibili dal tenore letterale delle disposizioni codicistiche di riferimento, fa sì che nel processo amministrativo la tecnica dell'assorbimento dei motivi deve ritenersi legittima quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull'esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge, ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata. Tali conclusioni non possono estendersi alla diversa situazione in cui la parte ricorrente, nelle forme e con le modalità sancite dal codice, proponga domande diverse rispetto a quella di annullamento (ovvero di accertamento, di condanna, di adempimento, di esecuzione, di interpretazione); in tal caso, infatti, il giudice amministrativo è sempre vincolato dalla prospettazione delle parti.

4. Non vi è luogo a provvedere sulla domanda risarcitoria proposta coi motivi aggiunti, attesa la genericità della stessa e la circostanza che i provvedimenti impugnati non hanno inciso su un «bene della vita» ab origine compreso nella sfera giuridica del privato (p.e. ledendo un interesse oppositivo), bensì rientrano nella logica giuridica tipica degli atti di diniego su istanze volte al riconoscimento di interessi c.d. pretensivi relativamente ai quali il privato ha un giustificato e legittimo affidamento nel successivo sviluppo dell'attività amministrativa.

5. In conclusione, per le ragioni e nei termini esposti, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere accolti nei sensi e limiti esposti con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto anche mediante motivi aggiunti, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti oggetto di impugnazione.

Condanna il Comune di Cimitile al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate in € 2.000,00.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

La sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del giorno 23 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE

Gabriele Nunziata

IL PRESIDENTE

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO