

**Pubblicato il 11/10/2021**

**Sent. n. 6376/2021**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3771 del 2021, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dagli Avv.ti Aniello Mele e Domenico Marrazzo, con domicilio eletto in Napoli al Corso Umberto I n. 75 e con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia dei suoi difensori;

contro

COMUNE DI AFRAGOLA, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Rosa Balsamo e Francesco Affinito dell'Avvocatura Municipale, con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia dei suoi difensori;

per l'annullamento

a) della determinazione dirigenziale del Comune di Afragola prot. n. [omissis], recante il diniego dell'istanza di permesso di costruire presentata dal ricorrente il [omissis], finalizzata alla realizzazione di un intervento di sostituzione edilizia in relazione all'immobile sito nel territorio comunale alla Via [omissis];

b) della relazione istruttoria prot. n. [omissis], richiamata nella suddetta determinazione;

c) di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, collegato, connesso e conseguente, comunque lesivo degli interessi del ricorrente;

e per la declaratoria

dell'avvenuta formazione del silenzio assenso sulla suddetta istanza di permesso di costruire, nonché per la condanna del Comune di Afragola al risarcimento dei danni ingiusti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2021 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che sussistono le condizioni, nella presente sede cautelare, per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata;

Premesso che:

- il ricorrente espone di essere proprietario di un immobile dismesso ad uso deposito sito in Afragola alla Via [omissis], in relazione al quale presentava, in data [omissis], istanza di permesso di costruire finalizzata alla realizzazione di un intervento di sostituzione edilizia ai sensi dell'art. 7, comma 5, della legge regionale n. 19/2009 (cd. legge piano casa);

- tale istanza è stata rigettata dal Comune di Afragola con determinazione dirigenziale prot. n. [omissis], la quale, nel recepire i rilievi contenuti nella relazione istruttoria prot. n. [omissis] di pari data, ha ritenuto il progettato intervento di sostituzione edilizia non conforme alla speciale normativa regionale sotto una serie di profili, tra i quali assumono peculiare rilevanza, nell'ottica comunale, la mancanza del requisito della dismissione dell'immobile e l'inosservanza dell'art. 7 del d.m. n. 1444/1968 quanto al rispetto del limite massimo di densità fondiaria;

- parte ricorrente impugna la suddetta negativa determinazione e la presupposta relazione istruttoria, instando anche per la declaratoria del perfezionamento del silenzio assenso sull'istanza di permesso di costruire e per la condanna dell'amministrazione comunale al risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità degli atti impugnati;

Rilevato che:

- in via preliminare, l'oggetto della presente indagine va circoscritto alla sola determinazione dirigenziale prot. n. [omissis], giacché sull'altro atto impugnato, ossia sulla relazione istruttoria prot. n. [omissis], non può intervenire alcuna pronuncia di merito, essendo la relativa impugnativa inammissibile per carenza di interesse: infatti, nella specie si tratta di un mero atto endoprocedimentale, destinato ad essere assorbito dal provvedimento finale di diniego, e, quindi, di un atto privo di autonoma lesività;

- nel merito, prima di affrontare il cuore delle questioni sollevate in gravame, è opportuno chiarire, per una migliore ricostruzione del quadro normativo di insieme, che l'intervento di sostituzione edilizia di cui all'art. 7, comma 5, della legge piano casa rimane assoggettato all'iter autorizzativo previsto dall'art. 14 del d.P.R. n. 380/2001, ossia al percorso procedimentale finalizzato al rilascio del permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici, percorso che, a differenza di quello ordinario interamente demandato alle competenze della struttura dirigenziale, è caratterizzato dal coinvolgimento in fase decisionale del consiglio comunale. Tanto lo si evince dal chiaro tenore letterale del succitato art. 7, comma 5, laddove consente gli interventi di sostituzione edilizia degli immobili dismessi (anche con cambio di destinazione d'uso) "in deroga agli strumenti urbanistici generali e ai parametri edilizi", purché tali interventi siano posti in essere "nel rispetto delle procedure vigenti": è ovvio, infatti, che per "procedure vigenti" debbano intendersi quelle previste dalla legge per assentire opere non immediatamente compatibili con la disciplina urbanistica di riferimento, ossia le procedure regolate appositamente dall'art. 14 del d.P.R. n. 380/2001. Vale anche aggiungere, per completezza di esposizione, che l'istituto del permesso di costruire in deroga, applicabile nella specie in forza dell'esaminato ordito normativo, si colloca in posizione di eccezionalità rispetto all'ordinario titolo edilizio e rappresenta l'espressione di un potere ampiamente discrezionale che si concretizza in una decisione di natura urbanistica, da cui trova giustificazione la necessità di una previa delibera del consiglio comunale. In tale procedimento il consiglio comunale è chiamato ad operare una comparazione tra l'interesse pubblico al rispetto della pianificazione urbanistica e quello del privato ad attuare l'interesse costruttivo e, come ogni altra scelta pianificatoria, la valutazione di interesse pubblico alla realizzazione di un intervento in deroga alle previsioni dello strumento urbanistico è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui l'amministrazione dispone in materia e dalla quale discende la sua sindacabilità in sede giurisdizionale solo nei ristretti limiti costituiti dalla manifesta illogicità e dall'evidente travisamento dei fatti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 agosto 2020 n. 4898; Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 ottobre 2019 n. 7228);

- con i primi due motivi di gravame, il ricorrente contesta il diniego di permesso di costruire sostenendo, in sostanza, che l'amministrazione comunale aveva esaurito il suo potere di intervenire sulla vicenda perché, da un lato, sull'istanza di permesso di costruire si sarebbe formato il provvedimento silenzioso di assenso, ricorrendone tutte le condizioni previste dall'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001, e perché, dall'altro, sarebbe subentrato in sua vece il commissario ad acta della Città Metropolitana di Napoli, nominato ai sensi dell'art. 4 della legge regionale n. 19/2001 con decreto sindacale n. 250 del 4 giugno 2021, il quale si sarebbe insediato il 17 giugno 2021 proprio per provvedere in via sostitutiva sull'istanza di permesso di costruire in questione;

Considerato che:

- entrambe le prefate censure meritano di essere disattese;
- quanto alla prima, si osserva che, secondo i consolidati principi giurisprudenziali, la generale regola del silenzio assenso, prevista per il procedimento di rilascio del permesso di costruire dall'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380/2001, non si attaglia all'istituto del permesso di costruire in deroga (come visto, applicabile nel caso specifico). Invero, detta tipologia di permesso è caratterizzata da una fattispecie a formazione progressiva che si snoda, a seguito della domanda dell'interessato, dapprima nella delibera consiliare e poi nel concreto rilascio del titolo edilizio da parte degli uffici amministrativi, mentre l'art. 20, comma 8, cit. riconnette la formazione del provvedimento tacito solo alla domanda di permesso di costruire, senza quindi richiamare il (diverso) istituto del permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici, come definito dal precedente art. 14. Inoltre, non è superfluo notare che il provvedimento silenzioso di assenso può perfezionarsi solo quando l'istanza di permesso di costruire è conforme agli strumenti urbanistici; viceversa, è escluso che possa verificarsi siffatta evenienza in presenza di una richiesta di permesso di costruire in deroga, dal momento che in tal caso l'amministrazione comunale, lungi dal limitarsi ad accertare la mera conformità del progetto edilizio allo strumento urbanistico, è tenuta a valutare, innovativamente e con amplissima discrezionalità, la sussistenza dei presupposti di interesse pubblico per introdurre deroghe puntuali alla disciplina urbanistica vigente e alle destinazioni d'uso dalla stessa consentite. In sintesi, va ribadita l'inapplicabilità del silenzio assenso all'istituto del permesso di costruire in deroga di cui all'art. 14 del d.P.R. n. 380/2001 e, per derivazione, all'istanza di permesso di costruire contemplata dall'art. 7, comma 5, della legge piano casa;
- discende da quanto esposto che va rigettata, per evidente mancanza dei presupposti di legge, la connessa domanda di accertamento dell'avvenuta formazione del silenzio assenso sull'istanza di permesso di costruire in parola;
- infine, con riguardo alla seconda censura, è sufficiente replicare, in adesione alla pertinente obiezione della difesa comunale, che il diniego di permesso di costruire è pacificamente intervenuto quando il commissario ad acta non si era ancora insediato nelle sue funzioni, con la conseguenza che non appare predicabile alcuna lesione della sua esclusiva competenza, sopravvivendo sempre il potere dell'amministrazione comunale rimasta inerte di provvedere fino al suo insediamento (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. II, 25 maggio 2020 n. 1980). Si applica, al riguardo, il consolidato principio secondo il quale il mero decorso del termine fissato nel provvedimento di diffida dell'autorità preposta ad intervenire in via sostitutiva, non è sufficiente a determinare la perdita del relativo potere da parte dell'amministrazione, restandone questa titolare fino all'insediamento del commissario ad acta, in quanto soltanto in tale momento avviene un definitivo trasferimento di poteri, in conseguenza del quale gli atti compiuti dall'amministrazione diventano addirittura nulli (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 5 giugno 2018 n. 3378; TAR Campania Napoli, Sez. II, 9 febbraio 2016 n. 693);
- va, invece, condiviso il terzo motivo di gravame, con cui parte ricorrente lamenta il mancato invio del preavviso di rigetto, in violazione degli artt. 10-bis e 21-octies della legge n. 241/1990, non essendo "ipotizzabile nella specie l'applicazione della c.d. sanatoria processuale, sia per la natura discrezionale del potere esercitato in concreto, sia soprattutto perché (...) le ragioni poste a base del rigetto sono assolutamente errate e potevano essere superate mediante l'acquisizione dell'apporto partecipativo del ricorrente";
- infatti, nello stesso diniego di permesso di costruire si dà atto dell'omissione di tale adempimento;
- ebbene, osserva il Collegio che, trattandosi della specie di procedimento connotato da discrezionalità, era doverosa la trasmissione al diretto interessato del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della legge n. 241/1990, stante anche il chiaro dettato normativo (art. 21-octies, comma 2, della medesima legge), come di recente novellato, che esclude espressamente la cd. sanatoria processuale o per raggiungimento dello scopo – cioè la sanatoria per non incidenza dell'omissione procedimentale sul contenuto del provvedimento finale – nel caso della comunicazione dei motivi ostativi che si innesti in un procedimento a carattere discrezionale; vale, per l'appunto, riportare il testo del succitato comma 2 dell'art. 21-octies, nella versione risultante a seguito della modifica introdotta dall'art. 12, comma 1, lett. i), del decreto legge n. 76/2020, convertito nella legge n. 120/2020: "Non è annullabile

il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10-bis.”;

- ebbene, dal complessivo tenore del suddetto comma e, soprattutto, dal collegamento tra il secondo periodo del medesimo, evidentemente dedicato ai soli provvedimenti a contenuto discrezionale, ed il terzo periodo, introdotto con la novella del 2020, si ricava la regola dell'imprescindibilità del preavviso di rigetto nei procedimenti a carattere discrezionale, restando preclusa, ai fini di un'eventuale sanatoria dell'atto impugnato, qualsiasi valutazione circa il contenuto che quest'ultimo avrebbe potuto/dovuto avere (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. I, 9 marzo 2021 n. 2861);

- per converso, perde ogni consistenza l'eccezione della difesa comunale con cui si deduce che, trattandosi nella specie di un provvedimento vincolato involgente meri accertamenti tecnici, l'eventuale intervento del preavviso di rigetto non avrebbe comunque determinato un contenuto dispositivo diverso da quello adottato in concreto, secondo quanto previsto dallo stesso art. 21-octies della legge n. 241/1990;

- infatti, è sufficiente ribadire che il gravato diniego di permesso di costruire, essendo la risultante di un procedimento a carattere discrezionale e non vincolato, è escluso, quanto all'omissione del preavviso di rigetto, dalla sanatoria processuale di cui all'art. 21-octies cit.;

- e ciò senza contare che comunque, anche alla luce della documentazione prodotta in atti dal ricorrente (cfr. in particolare la perizia tecnica dell'Arch. [omissis] e la documentazione fotografica sullo stato del fabbricato) avrebbero meritato adeguato approfondimento nel contraddittorio procedimentale gli aspetti della contestata dismissione dell'immobile e del superamento del limite di densità fondiaria, che costituiscono l'architrave su cui poggia l'impugnata determinazione denegatoria;

Ritenuto, in conclusione, che:

- ribadite le suesposte considerazioni, il gravato diniego di permesso di costruire si palesa illegittimo per omissione del preavviso di rigetto previsto dall'art. 10-bis della legge n. 241/1990, con la conseguenza che merita di essere annullato sotto tale assorbente profilo (rivelandosi superfluo ogni ulteriore esame) e con la precisazione che è fatto obbligo all'amministrazione comunale di pronunciarsi nuovamente sull'istanza del privato con una decisione scevra dal vizio procedimentale individuato in questa sede;

- viceversa, va disattesa l'istanza risarcitoria parimenti avanzata dal ricorrente, sia perché non risulta dimostrata la sicura spettanza del titolo edificatorio, sia perché non è assistita da alcun elemento di prova circa l'an e il quantum dei danni asseritamente subiti;

- pertanto, l'odierno ricorso va accolto nei limiti sopra precisati, mentre le spese processuali devono essere addebitate alla soccombente amministrazione comunale, nella misura liquidata in dispositivo.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti precisati in motivazione e, per l'effetto, annulla la gravata determinazione dirigenziale prot. n. 31726 del 16 giugno 2021.

Condanna il Comune di Afragola a rifondere le spese processuali, che si liquidano in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA, CPA ed importo del contributo unificato come per legge, disponendosi l'attribuzione in favore dei difensori di parte ricorrente, dichiaratisi antistatari.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente  
Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore  
Antonella Lariccia, Primo Referendario

L'ESTENSORE  
Carlo Dell'Olio

IL PRESIDENTE  
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO