

Cons. Stato Sez. IV, Sent., n. 2330
Data pubblicazione: 18 aprile 2018

[omissis]

Con la sentenza in epigrafe impugnata n. 1240 del 14 giugno 2016 il Tribunale amministrativo regionale per la xxx - Sede xxx - ha parzialmente accolto il ricorso proposto dalla odierna parte appellata Signora xxx., volto ad ottenere l'annullamento del Provv. n. 42582 del 18 maggio 2015 con cui il Dirigente del Settore Edilizia Privata e Sue del comune di xxx aveva rigettato la richiesta di permesso a costruire avanzata dalla predetta originaria ricorrente, nonché per l'accertamento del diritto della stessa ad ottenere il permesso di costruire, nonché per la condanna del comune di xxx ad adottare il permesso di costruire in favore della medesima originaria ricorrente.

2. L'odierna parte appellata aveva impugnato i detti provvedimenti prospettando censure di violazione di legge ed eccesso di potere (in particolare, per violazione dell'art. 10-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241 e per travisamento dei fatti) e facendo presente che il diniego di rilascio di permesso di costruire opposto dal Comune di xxx, ai fini della realizzazione di civili abitazioni in località xxx, su un terreno identificato al foglio di mappa n. (...), particelle n. (...), (...) e (...) era stato motivato dall'assenza di adeguate opere di urbanizzazione: tale prospettazione reiettiva era però contraddetta da una certificazione rilasciata dallo stesso comune intimato, in data 24 novembre 2015, la quale attestava l'esistenza di opere di urbanizzazione sufficienti a consentire l'edificazione negata.

3. Il comune di xxx si era costituito chiedendo la declaratoria di inammissibilità del ricorso, ovvero il rigetto del medesimo, in quanto infondato.

4. Il T.a.r., con la sentenza impugnata, ha accolto il ricorso (quanto al profilo relativo alla violazione dell'art. 10-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241) deducendo che:

a) il preavviso di rigetto risultava argomentato sulla scorta della previa necessità di un piano di lottizzazione, in ragione delle disposizioni urbanistiche vigenti in zona;

b) tuttavia, a seguito delle controdeduzioni della parte appellata, con le quali era stato sostenuto che la lottizzazione sarebbe stata richiesta dal PRG in relazione ad altre zone, la motivazione dell'atto finale di diniego era stata "traslata" sul diverso aspetto dell'assenza di adeguate opere di urbanizzazione;

c) v'era quindi una rilevante discrepanza che aveva impedito alla parte istante di prospettare le proprie difese nella pertinente sede infraprocedimentale, il che comportava l'annullamento del diniego, con conseguente obbligo del comune di ripronunciarsi sull'istanza.

4.1. Nell'ultima parte della sentenza il T.a.r. ha scrutinato - e dichiarato inammissibili - le ulteriori domande proposte dalla odierna appellata, deducendo che le consequenziali domande di accertamento del diritto a costruire e conseguente condanna del Comune al rilascio dell'atto non erano favorevolmente delibabili, posto che, avverso un esplicito provvedimento di diniego, era possibile proporre esclusivamente azione nell'ambito della giurisdizione ordinaria di legittimità, con esclusione di ogni domanda volta all'accertamento della fondatezza della sottostante domanda di permesso di costruire.

5. Il comune di xxx, originario resistente rimasto soccombente, ha impugnato la detta decisione chiedendone la riforma e deducendo che la sentenza si era soffermata su considerazioni di natura meramente formale, in quanto:

a) trattavasi di un imponente lotto vergine (in quanto in esso non esistevano costruzioni, né specifiche relative opere infrastrutturali);

b) nel preavviso di rigetto era stata negata la assentibilità con permesso di costruire diretto (ossia senza previo strumento di dettaglio - piano di lottizzazione), argomentando che tale strumento era

espressamente previsto dalla stessa specifica normativa costituita da un piano attuativo prevedente appunto la lottizzazione, ovviamente con le conseguenti necessarie opere infrastrutturali;

c) inoltre era stato aggiunto l'ulteriore argomento ostativo secondo cui "le unità destinate al pernottamento non rientrano tra quelle ammesse dall'art.62 dalle N.T.A del vigente P.R.G.";

d) posto che le deduzioni infraprocedimentali non avevano introdotto elementi decisivi circa l'inesattezza di tali elementi ostativi, il diniego era stato nella sostanza conforme al preavviso di rigetto, in quanto:

I) ivi era stato ribadito che l'intervento era subordinato "a preventivo Piano di Lottizzazione in quanto l'intervento, complesso e plurimo, ricadeva in zona "totalmente inediticata" ed era stato altresì specificato, in relazione alla tesi espressa nelle osservazioni circa la asserita non necessità di piano di lottizzazione che "inoltre, a prescindere dall'efficacia del Piano Attuativo in variante al Piano Regolatore Generale -Zona G- Comparto tra fiume Alli e Quartiere xxx", ai sensi dell'art.12 del D.P.R. n. 380 del 2001 e s.m.i., l'area oggetto dell'intervento, non essendo urbanizzata, non possedeva i requisiti necessari per proporre l'intervento diretto mediante richiesta di Permesso di costruire";

e) era quindi errato affermare che la originaria motivazione reiettiva contenuta nel preavviso fosse stata abbandonata: essa semmai, era stata "doppiata".

f) doveva quindi essere considerato il richiamo contenuto nello stesso provvedimento impugnato all'art.12 del D.P.R. n. 380 del 2001 (che vietava il rilascio di permesso di costruire in zona inurbanizzata priva delle infrastrutture).

6. In data 8.10.2016 la odierna appellata Signora xxx si è costituita depositando una memoria, chiedendo la reiezione dell'appello principale in quanto infondato; in seno alla memoria ha proposto un articolato appello incidentale, chiedendo la riforma della sentenza impugnata, nella parte in cui:

a) non aveva annullato l'impugnato diniego anche per omessa "risposta" alle controdeduzioni prospettate in sede di contraddittorio infraprocedimentale al preavviso di rigetto (era incontestabile che il comune aveva tenuto in non cale tutte le osservazioni proposte senza soffermarsi sulle medesime);

b) non aveva annullato l'impugnato diniego anche per violazione dell'art.12 del D.P.R. n. 380 del 2001 e per difetto di motivazione;

c) non aveva proceduto all'accertamento del diritto dell'appellata a costruire sull'area senza previa necessità di predisporre un piano attuativo, tenuto conto che nella zona esistevano le opere di urbanizzazione;

d) ciò in quanto, la zona G5 ove insistevano i terreni dell'appellata, non era compresa nel piano attuativo, che riguardava soltanto al zona G1 (e comunque quest'ultimo era scaduto e divenuto inefficace);

e) la illegittimità dell'azione amministrativa spiegata dal comune era, peraltro, dimostrata dalla circostanza che in area limitrofa a quella per cui è causa erano stati rilasciati a più riprese permessi di costruire (quattro, per l'esattezza) senza che fosse stato previamente imposta la predisposizione di un piano di lottizzazione: in tale situazione si sarebbe potuto da parte del T.a.r. applicare il disposto di cui all'art. 30 del c.p.a. e condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento abilitativo (Ad.Plen. n. 3/2011).

7. In data 21.10.2016 il Comune ha depositato una memoria, facendo presente che:

a) il piano attuativo era stato esteso anche alla zona G5;

b) la attestazione del comune prodotta dalla appellata faceva riferimento ad alcune opere di urbanizzazione: ma ciò non implicava che la zona fosse urbanizzata, sì da consentire il diretto

rilascio del permesso di costruire: al contrario, poteva affermarsi che non esistevano opere di urbanizzazione.

8. In data 26.10.2016 l'appellata ha depositato una memoria puntualizzando le proprie difese e facendo presente che la produzione documentale del comune era tardiva.

9. Alla camera di consiglio del 27 ottobre 2016 fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, su richiesta di tutte le parti è stato disposto il differimento dell'esame delle domande cautelari all'udienza pubblica di merito.

10. In data 24.1. 2018 l'appellante amministrazione comunale ha depositato una memoria ribadendo le proprie difese, e facendo presente che:

- a) la parte appellata aveva insistito per l'ottemperanza alla sentenza di primo grado, non sospesa;
- b) era stato emesso un nuovo provvedimento reiettivo (tuttavia il nuovo esame era stato effettuato in esecuzione della sentenza impugnata, il che non implicava la improcedibilità dell'appello);
- c) l'appellata lo aveva impugnato innanzi al T.a.r., che aveva disposto una consulenza in ordine alla esistenza - o meno - delle opere di urbanizzazione.

11. In data 25.1.2018 l'appellata ha depositato una memoria, deducendo che:

- a) il comune di xxx aveva tardivamente prodotto dinanzi il Consiglio di Stato la nota prot. n. (...) del 23/9/2016 del Settore Edilizia Privata: in ogni caso, essa era priva di valore probatorio, riferendosi ad altri terreni;
- b) l'appello era infondato, ed era invece fondato il proprio appello incidentale;
- c) in un giudizio identico al presente, pendente dinanzi al T.a.r. di xxx, con

RG.N. 483/2017 (avente ad oggetto un terreno adiacente a quello per cui è causa, e, pertanto, con le stesse caratteristiche e con le stesse opere di urbanizzazione del terreno oggetto del presente giudizio) la CTU disposta dal Tar, aveva affermato l'esistenza delle opere di urbanizzazione e la legittimità della pretesa della originaria ricorrente.

12. In data 5.2.2018 l'appellata ha depositato una ulteriore memoria, puntualizzando le proprie difese.

13. In data 8.2.2018 il Comune di xxx ha depositato una ulteriore memoria ribadendo le proprie difese.

14. Alla odierna pubblica udienza dell'1 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

1. L'appello principale è infondato e deve essere respinto e del pari deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile l'appello incidentale. La sentenza merita pertanto integrale conferma, il che consente di prescindere dalla disamina delle eccezioni processuali concernenti la tardività del deposito documentale da parte del comune.

2. Con riferimento alla centrale doglianza contenuta nell'appello principale, il Collegio concorda, in via di principio con la tesi consolidata in giurisprudenza (ex aliis Consiglio di Stato, sez. IV, 24/10/2016, n. 4421) secondo cui l'art. 10-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'art. 6, L. 11 febbraio 2005, n. 15, che stabilisce l'obbligo per l'Amministrazione pubblica, nei procedimenti ad istanza di parte, di inviare il c.d. "preavviso di rigetto", non impone nel provvedimento finale la puntuale e analitica confutazione delle singole argomentazioni svolte dalla parte privata, essendo sufficiente ai fini della sua giustificazione una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso.". Il Collegio condivide altresì, però, la consolidata giurisprudenza secondo

cui, seppur non debba sussistere un rapporto di identità tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, né una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra il contenuto dei due atti, ben potendo la pubblica amministrazione ritenere, nel provvedimento finale, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche, deve recisamente escludersi la possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove, non enucleabili dalla motivazione dell'atto endoprocedimentale (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, III, 15 dicembre 2014, n. 3037; T.A.R. Campania, Salerno, II, 14 dicembre 2011, n. 1992, e soprattutto Consiglio di Stato, sez. III, 29/07/2014, n. 4021: "si deve ritenere precluso alla p.a. fondare il provvedimento conclusivo del procedimento su ragioni del tutto nuove rispetto a quelle rappresentate nella comunicazione ex art. 10 bis L. n. 241 del 1990, pena la violazione del diritto dell'interessato di effettiva partecipazione al procedimento, che si estrinseca nella possibilità di presentare le proprie controdeduzioni utili all'assunzione della determinazione conclusiva dell'ufficio").

3. Ora, nel caso di specie, si può fondatamente ritenere che la decisione finale rappresenti una sorpresa per la società originaria ricorrente, che non ha avuto la possibilità di interloquire nella sostanza su tutti gli aspetti più rilevanti della questione. Tale conclusione appare coerente anche con gli approdi della giurisprudenza prima citata, ed emerge dalla circostanza che:

a) il preavviso di rigetto risultava argomentato sulla scorta della previa necessità di un piano di lottizzazione, in ragione delle disposizioni urbanistiche vigenti in zona;

b) il diniego finale, pone in secondo piano tale aspetto (ricorrendo all'espressione "a prescindere", mercè la quale non si ribadisce la asserita valenza ostativa della argomentazione reiettiva preconizzata nell'atto emesso ex art. 10-bis della L. n. 241 del 1990) e reca una motivazione "diversa" (comunque in sé preclusiva della possibilità di assentire l'intervento richiesto) affermando che l'area oggetto dell'intervento, non essendo urbanizzata, non possedeva i requisiti necessari per proporre l'intervento diretto mediante richiesta di Permesso di Costruire;

c) è evidente che non sia neppure il caso di questionare in ordine alla circostanza se tale caposaldo reiettivo abbia "sostituito" la precedente motivazione ostativa, o si sia alla medesima aggiunto (come ritiene il comune, che si è lungamente soffermato su tale aspetto): rileva invece che trattasi di un profilo autonomo, idoneo, anche isolatamente considerato, ad escludere la fattibilità dell'intervento auspicato, e che pertanto doveva essere comunicato tempestivamente per consentire una adeguata difesa infraprocedimentale; di conseguenza il provvedimento reiettivo finale è illegittimo ed il comune si dovrà ripronunciare sull'istanza, motivando su tutti i profili che, asseritamente, ostano all'intervento.

4. L'appello principale va pertanto respinto.

5. Quanto all'appello incidentale, si osserva che:

a) la originaria ricorrente non soltanto non ha interesse a vedere accolte ulteriori censure avverso il provvedimento finale, sotto l'angolo prospettico dei rapporti di quest'ultimo con il preavviso di rigetto, ma neppure ciò sarebbe possibile: una volta confermata la statuizione demolitoria sotto il profilo della illegittima allegazione di profili ostativi non precedentemente menzionati ex art. 10-bis della L. n. 241 del 1990, e dovendo il Comune comunque rinnovare l'intera fase conclusiva del procedimento ove intenda riprovedere, è evidente che ciò risulta assorbente rispetto alla omessa motivazione sulle proprie deduzioni (né poteva la predetta originaria ricorrente controdedurre con riferimento alla sussistenza delle opere di urbanizzazione, in quanto tale profilo asseritamente ostativo non era stato previamente comunicato);

b) anche le censure incentrate sul difetto di motivazione restano ricomprese nella statuizione demolitoria già confermata dal Collegio;

c) quanto alle altre censure, "di merito" incidentalmente riproposte (supposta violazione dell'art. 12 del D.P.R. n. 380 del 2001, esistenza delle opere di urbanizzazione, etc.) le considerazioni del T.a.r. sono fondate: l'accoglimento della censura infraprocedimentale comporta la

regressione del procedimento: per altro verso, a fronte di un diniego, ove questo sia annullato il Giudice non può soffermarsi sulla spettanza del bene della vita, ma deve restituire all'amministrazione il potere di provvedere, affinché questa si ridetermini, seppure con il vincolo conformativo del giudicato formatosi: la sentenza va pertanto, anche in parte qua confermata sotto tali assorbenti profili, e da ciò discende che il comune dovrà nuovamente soffermarsi sull'istanza evidenziando, ove sussistano e con il necessario atto di preavviso, tutti gli eventuali profili ostativi alla realizzabilità dell'intervento in esame.

Alla stregua delle superiori affermazioni, è quindi del tutto priva di refluenza nel presente giudizio la documentazione prodotta e relativa al procedimento r.g.n. 483/2017 incardinato innanzi al T.a.r., in quanto relativa ad altro immobile.

6. Conclusivamente, l'appello principale va respinto, e l'appello incidentale va in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile.

7. Le spese processuali del grado vanno compensate tra le parti, stante la reciproca, parziale, soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale, ed in parte respinge ed in parte dichiara improcedibile l'appello incidentale, e per l'effetto conferma integralmente la sentenza impugnata.

Spese processuali del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2018.