

Accesso libero	Abbonamenti Standard	Abbonamenti Premium	Contatti	Abbonamenti
----------------	----------------------	---------------------	----------	-------------



**TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. VIII - sentenza 26 giugno 2014 n. 3592** - Pres. Minichini, Est. Ianigro - S.T.D. Lisieux Srl (Avv.ti A. ed E. Romano) c. Comune di Aversa (Avv. Nerone) - (accoglie).

**Edilizia ed urbanistica - Permesso di costruire - Diniego di rilascio - Omessa comunicazione all'interessato del c.d. preavviso di rigetto ex art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 - Illegittimità - Deduzione da parte della P.A., in sede giudiziale, delle ragioni del diniego - Inammissibilità.**

E' illegittimo il provvedimento con il quale un Comune ha espresso un diniego in merito ad una istanza tendente ad ottenere il rilascio del permesso di costruire (nella specie, per la realizzazione di una residenza assistita per anziani con relativi servizi), che non sia stato preceduto dalla comunicazione, nei confronti del richiedente il rilascio dell'atto di assenso edificatorio, del c.d. preavviso di rigetto ex art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, a nulla rilevando che, in sede giudiziale, l'Ente locale abbia dedotto nuove e differenti motivazioni militanti a favore della legittimità del diniego di rilascio del titolo edilizio. Tali circostanze ostative, ulteriori e diverse da quelle poste a base dell'originario diniego, finiscono per integrare un'inammissibile motivazione postuma del provvedimento gravato; infatti, la violazione della regola procedimentale dell'art. 10 bis, della l. n. 241 del 1990 sotto il profilo dell'indicazione nella motivazione del provvedimento finale delle ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni rese dalla parte interessata - che valorizza il momento del contraddittorio fra privato e P.A. ed incide anche sul contenuto dell'atto finale indicando un contenuto necessario della motivazione - non può essere sanata in via postuma in sede processuale con integrazione negli atti difensivi della motivazione di rigetto della domanda (1).

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. VI 22 maggio 2007 n. 2596 in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/71/cds6\\_2007-05-22-2.htm](http://www.lexitalia.it/p/71/cds6_2007-05-22-2.htm)

N. 03592/2014 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5075 del 2013, proposto da:

S.T.D. Lisieux Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Romano, Eduardo Romano, ed Alessandro Romano, con domicilio eletto presso Antonio Romano in Napoli, p.zza Trieste e Trento, 48;

***contro***

Comune di Aversa, in persona del Sindaco p.t. rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Nerone, con domicilio eletto presso Giuseppe Nerone in Napoli, via Cesario Console,3;

***per l'annullamento***

del provvedimento n. 2590 del 03/10/2013 adottato dal Settore Edilizia Privata del Comune di Aversa, con cui è stato negato il permesso di costruire richiesto per la costruzione di una residenza assistita per anziani con relativi servizi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Aversa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2014 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso iscritto al n. 5075/2013 la S.T.D. Lisieux s.r.l., quale proprietaria di un suolo sito nel Comune di Aversa in catasto al fg n. 07 p.lla n. 5438 zona "G" del piano regolatore generale, destinato a servizi di interesse urbano e di quartiere, impugnava, chiedendone l'annullamento, il provvedimento prot.n. 2590 del 3.10.2013 con cui il Comune respingeva l'istanza di permesso di costruire prot.n. 21811 dell'11.07.2013 inoltrata per la realizzazione di una residenza assistita per anziani con relativi servizi.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 56 delle n.t.a. del p.r.g. del Comune di Aversa, carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti, travisamento.

Il Diniego impugnato risulta motivato esclusivamente per la carenza di apposita convenzione con l'amministrazione comunale, mentre dall'attestazione prot. n. 2790 del 22.10.2013 del Dirigente del Settore Edilizia si ricava che la società richiedente, in allegato alla domanda, aveva prodotto lo schema di convenzione a stipularsi con l'amministrazione comunale.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990, vizio del procedimento;

Il Comune di Aversa si è determinato negativamente senza consentire alla società richiedente di presentare le sue osservazioni, essendo mancata la previa comunicazione del preavviso di rigetto.

Non osta al caso di specie la previsione di cui all'art. 21 octies atteso che il contraddittorio anticipato avrebbe consentito alla società ricorrente di richiamare l'attenzione dell'ufficio sull'esistenza agli atti dello schema di convenzione proposto, e di concordare anche eventuali integrazioni e

modifiche ritenute dall'amministrazione utili prima della stipula.

Concludeva quindi per l'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza cautelare n. 9 dell'8.01.2014 veniva accolta l'istanza di sospensione cautelare ai fini del riesame.

Il Comune di Aversa si costituiva per opporsi al ricorso chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza di discussione del 4.06.2014 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. Il ricorso è fondato sotto il preliminare ed assorbente profilo della violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990 e merita quindi accoglimento entro i termini di seguito esposti.

Con riferimento all'operatività della invocata violazione dell'art. 10 bis cit. va innanzitutto chiarito che la giurisprudenza prevalente condivisa dal Collegio ritiene che, a fronte di un procedimento avviato con istanza di parte, con l'applicazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, l'interesse da tutelare è quello di far conoscere le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza per sollecitare la formazione del contraddittorio fra Amministrazione e soggetto interessato, onde evitare che le questioni connesse con l'emanazione del provvedimento siano rimesse alla sola onerosa tutela giudiziaria, anche nelle ipotesi di atti vincolati. Ed infatti, se si prescinde da una interpretazione rigidamente formalistica delle norme degli art. 7 e 10 bis della citata legge si deve convenire che tali disposizioni, che garantiscono il contraddittorio procedimentale, mirano a consentire agli interessati di interloquire con la Pubblica Amministrazione per conseguire gli obiettivi desiderati e meglio perseguire il loro interesse (cfr. Consiglio di Stato Sez. VI, n. 2379 del 23 aprile 2012).

La giurisprudenza ha altresì affermato che l'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 deve essere letto in combinato disposto con il successivo art. 21 octies della medesima legge; conseguentemente in ipotesi di atto vincolato la censura di mancata comunicazione di preavviso di rigetto non inficia la legittimità del provvedimento in applicazione dell'art. 21 octies, comma 2, primo periodo, della legge n. 241 del 1990 in quanto il contenuto dispositivo del provvedimento oggetto di gravame non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato Sez. V n. 2550 del 3 maggio 2012, Consiglio di Stato Sez. IV, n. 3377 del 7 giugno 2012).

3. Tanto premesso in diritto, analizzando la fattispecie oggetto di gravame alla luce di tali coordinate ermeneutiche, è pacifico in atti che il Comune di Aversa non ha inviato il preavviso di rigetto, per cui deve ritenersi fondata la censura di violazione del giusto procedimento specie tenuto conto della nota prot. n. 1860 del 16.07.2013 con cui il Comune, lungi dal preannunciare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, si è limitato a comunicare il nominativo del responsabile del procedimento, ed a far presente che la documentazione a corredo dell'istanza era conforme a quanto prescritto dal regolamento edilizio vigente, e che, nei termini di cui ai commi 3 e 6 dell'art. 20 del d.p.r. n. 380/2001, sarebbe stato comunicato il provvedimento finale adottato. Tenuto conto di tale comunicazione, deve necessariamente considerarsi che, seppure il permesso di costruire deve ritenersi un provvedimento di natura vincolata e, quindi, sarebbe astrattamente applicabile l'art. 21 octies, il Comune di Aversa, nel caso di specie, avrebbe dovuto comunque inviare il preavviso di rigetto, tenuto conto della *ratio* della norma di cui all'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, così come interpretata dalla richiamata giurisprudenza, quale norma volta a prevenire che le questioni connesse con l'emanazione del provvedimento siano rimesse alla sola onerosa tutela giudiziaria.

Il Comune resistente ha replicato, con memoria del 27.11.2013, che l'intervento richiesto non sarebbe assentibile poiché non rientra tra quelli annoverati nell'ambito delle zone "G", l'area interessata dalla richiesta di permesso di costruire ricade in una zona "G" con destinazione non specificata per cui, come prescritto dal regolamento edilizio e della norme tecniche di attuazione del p.r.g.(art.56), spetta al Consiglio Comunale l'individuazione, in sede di sottospecificazione, della destinazione compresa tra quelle determinate ex ante, ed inoltre necessita una preliminare

convenzione di disciplina dei servizi urbani.

Tali circostanze, non possono essere addotte quali elementi onde comprovare che l'esito del procedimento non poteva essere diverso, dal momento che la prova che incombe sul Comune ai sensi dell'art. 21 octies deve essere riferita agli elementi che parte ricorrente avrebbe introdotto ove fosse stata assicurata la garanzia partecipativa omessa.

Nemmeno può il Comune invocare, quale precedente, la pronuncia di questa sez. VIII n.2050/2014 non applicabile nella fattispecie in quanto relativa ad una fattispecie analoga ma non identica, in cui il diniego del permesso di costruire per la zona "G" relativo ad opera con diversa destinazione, era basato non, come nella specie, sulla assenza della convenzione, ma sulla non compatibilità con la destinazione di zona della realizzazione di "strutture private" ed il contenuto del provvedimento è risultato allo scrutinio del giudice immune dai vizi sostanziali lamentati .

Nella specie, come si è innanzi chiarito, l'unica ragione opposta dal Comune quale motivo di diniego risale alla asserita necessità della previa stipula di una convenzione per la realizzazione dei servizi di interesse urbano e di quartiere previsti dallo strumento urbanistico vigente, mentre nel giudizio il Comune ha introdotto ulteriori ragioni ostative relative alla disciplina di zona.

Diversamente, la ragione del diniego relativa alla omessa stipula della convenzione è stata decisamente contestata da parte ricorrente che ha allegato di aver prodotto, unitamente all'istanza, lo schema di convenzione, e tale circostanza non è stata peraltro contestata dal Comune, per cui si ha per acquisita, anche in ragione della accertata completezza documentale dell'iter riconosciuta dalla citata nota istruttoria.

A ben vedere le argomentazioni addotte dal Comune in sede di costituzione hanno ad oggetto circostanze ostative ulteriori e diverse da quelle poste a base del diniego, che finiscono per integrare un' inammissibile motivazione postuma del provvedimento gravato. Ed infatti:"La violazione della regola procedimentale dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 sotto il profilo dell'indicazione nella motivazione del provvedimento finale delle ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni rese dalla parte interessata - che valorizza il momento del contraddittorio fra privato e p.a. ed incide anche sul contenuto dell'atto finale indicando un contenuto necessario della motivazione - non può essere sanata in via postuma in sede processuale con integrazione negli atti difensivi della motivazione di rigetto della domanda (C.d.S. sez. VI 22.05.2007 n.2596).

In definitiva per le argomentazioni esposte il ricorso merita accoglimento, conseguendone l'annullamento del gravato diniego con onere dell'amministrazione di riattivare il procedimento.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato nei termini di cui in motivazione, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione;

condanna il Comune di Aversa al rimborso delle spese processuali sostenute da parte ricorrente nella misura di € 1500,00 (millecinquecento,00)

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

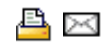
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Ferdinando Minichini, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Gianluca Di Vita, Primo Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 27/06/2014.



\* Inizio pagina