

Esercizio del potere di autotutela ed applicabilità dell'art. 21-octies, co. 2 (considerato in diritto, par. 6.2)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - SENTENZA 27 febbraio 2012, n.1081 - Pres. Severini – est. Contessa

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10228 del 2006, proposto da Carini Rolando Marco, rappresentato e difeso dagli avvocati Luisa Gracili e Carolina Picchiotti, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Comune di Castiglione della Pescaia, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Iaria, Simone Nocentini e Daniele Falagiani, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12; Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Siena e Grosseto; Consorzio Santa Maria, Edilizia Arezzo s.r.l., Soc. Coop. Ed. Arezzo Chiana, Rosellana s.c.a.r.l., Soc. coop. ed. il Cantone, Stelma s.r.l., Carini Roberto, Carini Cristina, Carini Laura, Addobbati Giovanni, Innocenti Patrizia, Thema Immobiliare s.r.l.;

sul ricorso numero di registro generale 10432 del 2006, proposto dalla Cooperativa edilizia La Fenice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Gulina e Francesco Gulina, con domicilio eletto presso Giulio Lais in Roma, via C. Monteverdi, 20;

contro

Comune di Castiglione della Pescaia, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Iaria, Simone Nocentini e Daniele Falagiani, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Ministero per i beni e le attività culturali – Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Siena e Grosseto;

sul ricorso numero di registro generale 10459 del 2006, proposto da Edil Rosellana s.c.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Righi, con domicilio eletto presso Roberto Righi in Roma, via G.Carducci, 4; Carini Roberto, Carini Cristina;

contro

Ministero per i beni e le attività culturali, Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici di Siena e Grosseto, Consorzio S. Maria, Società coop. ed. Arezzo Chiana; Comune di Castiglione della Pescaia, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Iaria, Simone Nocentini e Daniele Falagiani, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Società coop. edilizia Arezzo Uno s.r.l., Carini Marco Rolando, Società coop. ed. il Cantone, Società Stelma s.r.l., Addobbati Giovanni, Innocenti Patrizia, Società Thema Immobiliare;

sul ricorso numero di registro generale 10556 del 2006, proposto da Società cooperativa edilizia a responsabilità limitata 'il Cantone', in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino e Massimiliano Quercetani, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180; Telma s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Lupis, con domicilio eletto presso Stefano Lupis in Roma, viale Mazzini 6;

contro

Comune di Castiglione della Pescaia, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Iaria, Simone Nocentini e Daniele Falagiani, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18; Ministero per i beni e le attività culturali, Soprintendenza per Beni Architettonici e il Paesaggio di Siena e Grosseto;

per la riforma

quanto ai ricorsi nn. 10228 del 2006, 10459 del 2006 e 10556 del 2006:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana – Firenze, Sezione III, n. 2395/2006;

quanto al ricorso n. 10432 del 2006:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana – Firenze, Sezione III, n. 3077/2006

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2011 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Giannoni per delega dell'avvocato Gracili l'avvocato dello Stato Varone, nonché gli avvocati Gulina, Righi, Quercetani e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le vicende all'origine dei fatti di causa prendono le mosse dall'approvazione, da parte della Regione Toscana, del Piano regolatore generale del Comune di Castiglione della Pescaia (delibera di Giunta regionale 19 marzo 1980, n. 2394), nel cui ambito era contenuta una previsione di insediamento residenziale nell'ambito del comparto denominato '*Santa Maria*'.

Conformemente alle previsioni di piano, nel corso del 1983, fu presentato un progetto di Piano di lottizzazione, che fu adottato dal Comune con delibera consiliare 23 dicembre 1994, n. 121 e infine approvato con delibera 11 dicembre 1995, n. 82.

Con delibera del Commissario straordinario 4 giugno 1996, n. 12 fu apportata una rettifica alle N.T.A. del Piano di lottizzazione in questione.

Nel luglio del 1996 veniva stipulata la Convenzione di lottizzazione (che teneva conto delle richiamate modifiche intervenute in relazione alle N.T.A.).

Nel corso del successivo agosto venivano presentate le domande di concessioni edilizie che, per quanto concerne i lotti nn. 3 e 4, venivano rilasciate in data 9 luglio 1999.

Nell'agosto del 2002, quando la lottizzazione era già in fase di esecuzione, il Comune di Castiglione della Pescaia acquisiva la perizia dell'Ingegnere Savelli e dell'Architetto Vincenzoni, volta a verificare l'effettiva volumetria realizzata nel comparto e la legittimità delle concessioni edilizie rilasciate.

La perizia Savelli/Vincenzoni concludeva che la volumetria in concreto realizzata eccedeva quella consentita in base alla corretta applicazione del Piano di lottizzazione.

Ai fini della presente decisione, mette conto osservare che, con delibera consiliare 13 agosto 2002, n. 54, il Comune appellato aveva approvato le nuove tavole progettuali relative al Piano di lottizzazione per cui è causa e l'atto integrativo dell'originaria Convenzione.

Tuttavia, le modifiche non furono trasfuse in concrete modificazioni della Convenzione, stante l'indisponibilità dei lottizzatori a sottoscrivere una convenzione integrativa di quella a suo tempo conclusa.

Nel dicembre del 2003 il Comune di Castiglione della Pescaia comunicava agli interessati l'avvio del procedimento volto all'annullamento delle concessioni edilizie ritenute illegittime sulla base delle risultanze della perizia Savelli/Vincenzoni.

All'esito dell'interlocuzione procedimentale in contraddittorio con gli interessati, il Comune appellato adottava i provvedimenti in data 25 gennaio 2005 e 7 febbraio 2005, di annullamento delle concessioni edilizie per plurimi profili di illegittimità.

In particolare, il Comune riteneva che le concessioni in questione fossero illegittime:

- per violazione degli articoli 3 e 5 della Convenzione urbanistica attuativa del Piano di lottizzazione, a causa della ritenuta difformità fra il contenuto delle concessioni rilasciate e lo schema organizzativo e distributivo di cui alle tavole 2 e 5 della convenzione urbanistica (espressamente richiamate dall'art. 3 delle N.T.A. alla convenzione urbanistica);
- per violazione delle disposizioni del Piano di lottizzazione per ciò che attiene le volumetrie massime concedibili. Al riguardo il Comune osservava che, pur dovendosi ritenere la conformità fra quanto assentito e le modifiche apportate alle N.T.A. del Piano di lottizzazione con la delibera commissariale n. 12/1996, era tale ultima delibera a palesarsi come illegittima, in quanto viziata per un *error in procedendo* relativo all'*iter* di adozione. Pertanto, non potendosi tenere in considerazione le (maggiori) volumetrie assentibili in base alla richiamata delibera commissariale, quelle in concreto concesse risultavano in contrasto con le pertinenti previsioni di cui all'originaria formulazione delle NTA al Piano di lottizzazione.

Per quanto concerne l'interesse concreto ed attuale all'adozione dell'atto di autotutela, il Comune di Castiglione della Pescaia ne riteneva la sussistenza, dato che le richiamate difformità progettuali e realizzative avevano comportato uno sviluppo dell'edificazione in senso verticale (anziché in senso parallelo e adagiato alle curve di livello), in una zona collinare di elevato pregio paesistico, in tal modo compromettendo l'interesse pubblico al mantenimento dei tratti estetici, ambientali e paesaggistici della zona.

I provvedimenti venivano impugnati al Tribunale amministrativo regionale della Toscana da numerosi soggetti interessati dalle concessioni relative ai lotti nn. 3 e 4, oggetto di annullamento (fra i quali il signor Rolando Marco Carini – appellante nell'ambito del ricorso n. 10228/2006 -, la società cooperativa edilizia Rosellana, il sig. Roberto Carini e la signora Cristina Carini – appellanti nell'ambito del ricorso n. 10459/2006 -, nonché la società cooperativa edilizia 'Il Cantone' e la società Telma s.r.l. - appellanti nell'ambito del ricorso n. 10556/2006 -).

Con la sentenza 19 maggio 2006, n. 2395, il Tribunale amministrativo in parte dichiarava inammissibile e in parte respingeva i ricorsi.

La sentenza è stata impugnata in appello dal signor Rolando Marco Carini, il quale ne ha chiesto l'integrale riforma per i seguenti motivi:

1) Erroneità, illogicità e contraddittorietà – Difetto e/o insufficienza della motivazione della sentenza in ordine alla insussistenza del contrasto fra le concessioni edilizie annullate n. 6267/99 e 6268/99 con le previsioni del piano di lottizzazione e con la vigente pianificazione urbanistica comunale – Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 5 e 9 delle N.T.A. al Piano di lottizzazione approvato con deliberazione n. 121 del 23 dicembre 1994 – Difetto di istruttoria e irragionevolezza (terzo motivo di ricorso in primo grado).

Il primo giudice ha erroneamente ommesso di considerare che il provvedimento comunale di annullamento era viziato per erronea applicazione delle previsioni di cui all'art. 5 delle N.T.A. alla convenzione urbanistica. Al contrario, la corretta interpretazione della disposizione era che, in sede di progettazione esecutiva, fossero vincolanti le sole previsioni di cui alla tavola allegata n. 2 (in tema di indicazioni planovolumetriche, con particolare riguardo alle sagome di massimo ingombro) e di cui alla tavola allegata n. 5 (ma solo limitatamente allo schema distributivo ed organizzativo dei diversi tipi edilizi ammessi, con particolare riguardo alle modalità aggregative delle unità residenziali/turistiche). Invece, in sede di progettazione esecutiva risultavano meramente indicative (e potevano, quindi, essere derogate) le ulteriori previsioni di cui alla tavola allegata n. 5, come – ad esempio – quelle in tema di tipologie abitative ammesse. Allo stesso modo, risultavano meramente indicative le previsioni di piano circa il carattere parallelo oppure ortogonale rispetto al terreno dei fabbricati, il quale avrebbe potuto essere rimesso a una libera scelta dei progettisti.

Ad ogni modo, il Comune (e, in seguito, il giudice) hanno ommesso di considerare che la progettazione risultava comunque conforme al contenuto della delibera comunale n. 54 del 2002, recante 'integrazioni alla Convenzione per la lottizzazione Santa Maria' e ai nuovi elaborati grafici in tale occasione approvati.

Per quanto concerne la maggiore volumetria in concreto realizzata rispetto a quella assentibile ai sensi del Piano di lottizzazione, la sentenza ha erroneamente ritenuto la sostanziale inefficacia della delibera commissariale n. 12 del 1996 (che, al contrario, era ad ogni effetto valida ed efficace, in quanto mai annullata dal Comune).

Ad ogni modo, l'esubero volumetrico (pari a 311 mc.) è estremamente ridotto, se rapportato ai 42.500 mc. circa assentiti e ai 44.055 mc. realizzabili (sotto tale aspetto, i maggiori valori numerici contenuti nella perizia Savelli/Vincenzoni derivano dall'aver erroneamente computato anche i volumi delle cantine e delle scale a giorno, che andavano esclusi).

2) Erroneità e contraddittorietà della sentenza in ordine all'interesse pubblico sotteso all'annullamento delle concessioni edilizie

La sentenza ha ommesso di rilevare l'illegittimità del provvedimento comunale, in quanto privo dell'individuazione di un interesse pubblico effettivo, concreto ed attuale all'adozione dell'atto di ritiro (non essendo sufficiente la mera intenzione di ripristinare la legalità asseritamente violata).

Al contrario, il giudice doveva considerare che lo stesso Comune aveva nel corso della vicenda adottato atti contraddittori, alcuni dei quali mossi dall'evidente fine di confermare la correttezza dell'edificazione (in particolare, la delibera consiliare n. 54 del 2002).

Per quanto concerne l'interesse pubblico alla salvaguardia del paesaggio, il giudice ha dovuto valutare il carattere minimale dell'incremento contestato (pari a 311 mc.), in relazione alla complessiva volumetria comunque assentita (superiore a 40mila mc.).

3) Erroneità e contraddittorietà della sentenza in ordine alla violazione degli articoli 1, 2, 3 e 7 della legge n. 241 del 1990 – Violazione e falsa applicazione dell'articolo 1, comma 136 della

legge n. 311 del 2004 – Violazione del giusto procedimento e dei principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 97, Cost. – Violazione e falsa applicazione della legge n. 47 del 1985 e dell'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001

La sentenza ha omesso di rilevare l'illegittimità del provvedimento comunale sotto i seguenti profili:

- violazione del termine ragionevole per l'esercizio del potere di annullamento;
- violazione delle disposizioni in tema di autotutela di cui al comma 136 dell'articolo 1 della l. 311 del 2004;
- violazione del principio c.d. del *contrarius actus* (per non essere stato rispettato, in sede di adozione del provvedimento di annullamento, il medesimo *iter* dell'adozione dell'atto concessorio);
- violazione dei principi di partecipazione procedimentale e di leale collaborazione.

Per quanto concerne l'appello n. 10459/2006 (proposto dalla società cooperativa Edil Rosellana, dal signor Roberto Carini e dalla signora Cristina Carini), si osserva:

Con il ricorso in appello è stata chiesta la riforma della sentenza n. 2395/2006 (la stessa già impugnata con l'appello n. 10228/2006) per i seguenti motivi.

1) Violazione dei principi desumibili dagli articoli 3 e 97, Cost. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 – Violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 5 e 9 delle N.T.A. del Piano di lottizzazione approvato con delibera del Comune di Castiglione della Pescaia, n.121 del 23 dicembre 1994 – Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

Il motivo è simile, per molti aspetti, al primo dei motivi articolati con l'appello n. 10228/2006.

In particolare, gli appellanti lamentano che:

- il Comune e il Tribunale amministrativo regionale erroneamente hanno ravvisato una discrasia fra il contenuto della convenzione di lottizzazione. In particolare, la sentenza è erronea laddove ha ravvisato una violazione degli articoli 3 e 5 della convenzione, che limitano le possibili modifiche alle dimensioni del corpo di fabbrica e alla distribuzione interna, "*fermo restando lo schema organizzativo e distributivo indicato nei tipi edilizi e l'ambito di sviluppo dell'edificio determinato dalle sagome di massimo ingombro*". L'erroneità riguarda il punto in cui è stato ritenuto che la modifica organizzativa degli edifici di cui alle concessioni rilasciate (da uno sviluppo lineare a uno verticale) comporterebbe la violazione della convenzione urbanistica;
- la corretta lettura e interpretazione delle N.T.A. alla convenzione di lottizzazione (articoli 3 e 5), in relazione alle tavole 2 e 5 allegate, ha reso evidente che i progetti assentiti non contrastavano con le prescrizioni planivolumetriche, non violando in alcun modo la convenzione urbanistica;
- il convincimento del giudice (che ha rilevato una discrasia fra le concessioni rilasciate da una parte e il contenuto vincolante della convenzione urbanistica dall'altro) è fondato sull'errore nell'individuazione delle parti vincolanti della convenzione. Contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza, infatti, la tavola 2 allegata alla convenzione era vincolante solo per le sagome di massimo ingombro (sagome che erano state in concreto rispettate), mentre la tavola 5 era vincolante solo per l'individuazione dei tipi edilizi, e non anche per le sezioni. Conseguentemente, le discrasie riguardavano aspetti dei manufatti realizzati in relazione ai quali le previsioni della convenzione urbanistica assumevano valenza meramente indicativa, inidonea a supportare un giudizio di illegittimità;
- il giudice ha omesso di considerare che la conformità delle concessioni non andava misurata in relazione al verso della giacitura sul terreno degli edifici (verticale piuttosto che orizzontale), bensì in relazione al fatto (pacifico) che i fabbricati erano racchiusi tridimensionalmente all'interno delle

sagome di massimo ingombro, intese come massima estensione possibile del complesso degli edifici (ben potendosi configurare liberamente la concreta giacitura degli edifici all'interno di questa sagoma-limite);

- il giudice ha ommesso di considerare che le tavole allegate nn. 3 e 4 (che si limitavano ad ipotizzare una possibile soluzione progettuale in punto di assetto degli edifici) non fornivano contenuti normativi vincolanti per l'esecuzione del progetto e si limitavano a fornire una mera illustrazione in relazione alla soluzione mostrata, non vincolante;

- il giudice ha erroneamente ritenuto corrette le determinazioni comunali relative al presunto incremento di volumetria rispetto alla misura massima assentibile. Sotto tale aspetto, il giudice ha ommesso di considerare: a) che la delibera commissariale n. 12/2006 (di modifica alle NTA al Piano di lottizzazione anche in relazione alle volumetrie) era, al momento dei fatti, ancora valida ed efficace e che non era passibile di disapplicazione; b) che il contenuto della delibera era stato nel corso degli anni sostanzialmente confermato con le delibere consiliari nn. 36 del 1998 e 54 del 2002; c) che la vicenda di causa andava quindi esaminata alla luce della delibera commissariale n. 12/1996, la quale (modificando l'articolo 9 delle N.T.A. al Piano di lottizzazione) aveva recato, per l'esclusione di cubature dal computo complessivo, disposizioni di maggior favore rispetto a quelle di cui all'articolo 16 delle N.T.A. al P.R.G.; d) che il competente dirigente comunale, nel rilasciare le concessioni poi annullate, aveva correttamente considerato il richiamato articolo 9 come modificato nel corso del 1996; e) che lo stesso Comune di Castiglione della Pescaia, con delibera consiliare n. 54 del 2002, aveva apportato alla convenzione di lottizzazione alcune integrazioni in tutto compatibili, in punto di volumetrie assentibili, con la delibera commissariale del 1996 e, in via mediata, con le concessioni in concreto rilasciate; f) che in ogni caso, anche ad ammettere l'esistenza di effettivi dubbi interpretativi in ordine al regime di disciplina applicabile in punto di volumetrie realizzabili, era necessario aderire alla tesi più conforme al *favor libertatis* (ossia, alla tesi più idonea a consentire il completamento delle previste edificazioni).

2) Violazione dei principi desumibili dagli articoli 3 e 97, Cost. – Violazione e falsa applicazione degli articoli 1 e 2 della legge n. 241 del 1990 – Violazione e falsa applicazione dell'articolo 1, comma 136, della legge 311 del 2004 - Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

Anche a prescindere dai motivi 'sostanziali' richiamati nel precedente motivo, ulteriori vizi inficiano l'*iter* e il provvedimento del procedimento di secondo grado.

In particolare: il giudice ha ommesso di considerare: a) che era stato superato il termine per l'adozione del provvedimento di autotutela (e, più in generale, un qualunque termine ragionevole, anche in considerazione del lungo tempo trascorso dal rilascio dei titoli), dal momento che il provvedimento era stato adottato a oltre un anno dalla comunicazione di avvio; b) che il termine era tanto più ingiustificabile, se si considera che il Comune disponeva già da anni degli elementi tecnici e fattuali per valutare la legittimità delle concessioni rilasciate; c) che, in ogni caso, era stata violata la previsione dell'art. 1, comma 136, l. n. 311 del 2004 in tema di presupposti e condizioni per l'esercizio dell'autotutela, nonché – più in generale – la previsione di cui all'articolo 21-*nonies* l. n. 241 del 1990, in tema di annullamento di ufficio; d) che non era stato adeguatamente valutato il principio di conservazione degli atti amministrativi e il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti; e) che, in ogni caso, l'*iter* procedimentale seguito era viziato per mancato rispetto del principio del *contrarius actus*, per mancato coinvolgimento della Soprintendenza;

3) Violazione dei principi desumibili dagli articoli 3 e 97, Cost. – Ulteriore violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 7 e segg. della l. 241 del 1990 – Violazione e falsa applicazione dei

principi desumibili dall'articolo 11 della legge n. 47 del 1985 e dall'articolo 38 del d.P.R. 380 del 2001 – Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia. Nell'adottare i provvedimenti di autoannullamento, il Comune ha omesso di valutare le controdeduzioni dell'appellante in sede procedimentale, nonché i principi di conservazione, ragionevolezza e leale collaborazione, ben potendosi limitare a un annullamento parziale, ovvero al rilascio di un nuovo titolo di contenuto più ridotto.

Inoltre, il Comune ha fatto malgoverno della previsione di cui all'art. 8 l. n. 94 del 1982, nonché del generale principio *utile per inutile non vitiatur*.

4) Ulteriore violazione degli articoli 1 e 3 della legge 241 del 1990 – Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia

In adozione dei provvedimenti impugnati in primo grado, il Comune ha omesso di individuare un effettivo interesse, concreto ed attuale all'adozione degli atti di ritiro.

Per il ricorso in appello n. 10556/2006 (proposto dalla società cooperativa 'Il Cantone' e dalla società 'Telma' s.r.l., si osserva quanto segue.

Con il ricorso in appello è stata chiesta la riforma della sentenza n. 2395/2006 (la stessa già impugnata con gli appelli numm. n. 10228/2006 e 10459/2006) per i seguenti motivi.

1) Violazione dei principi desumibili dagli artt. 3 e 97, Cost. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. 241 del 1990 – Violazione degli articoli 3, 5 e 9 delle N.T.A. al Piano di lottizzazione approvato con delibera di C.C. del Comune di Castiglione della Pescaia, n. 121 del 1994 – Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia

L'esercizio in concreto del potere di autotutela è illegittimo in quanto:

- è decorso più di un anno fra la comunicazione di avvio del procedimento e l'adozione del provvedimento finale;
- la stessa comunicazione di avvio è intervenuta dopo circa due anni dall'adozione degli atti oggetto di autotutela;
- vi è stato il superamento del termine ragionevole per l'adozione del provvedimento di annullamento di ufficio (art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990), con contestuale violazione anche della previsione di cui all'art. 1, comma 136, della l. n. 311 del 2004.

Inoltre, nell'adottare il provvedimento il Comune ha omesso di valutare gli effetti della delibera consiliare n. 54 del 2002, che ha determinato una sorta di sanatoria dei manufatti.

è poi violato il principio del *contrarius actus*, per non essere stato acquisito l'avviso della Soprintendenza, che deve intervenire dal procedimento di rilascio della concessione ai sensi dell'articolo 88 della l.r. n. n. 1 del 2005.

2) Violazione dei principi desumibili dagli artt. 3 e 97, Cost. – Ulteriore violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. 241 del 1990 – Violazione e falsa applicazione dei principi desumibili dall'art. 11 della legge 47 del 1985 e dall'art. 38 del d.P.R. 380 del 2001 - Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia

Il giudice ha omesso di apprezzare la violazione delle garanzie partecipative posta in essere dal Comune, che non ha motivato sulle ragioni del discostamento dalle controdeduzioni fornite ai sensi dell'art. 10 l. n. 241 del 1990. Né ha valutato che l'operato del Comune contrastava con il principio di leale collaborazione, che imponeva di valutare la possibilità di approvare un progetto "lievemente riduttivo" rispetto a quello assentito.

Inoltre, il giudice ha non valutato il mancato rispetto dei principi di conservazione, giusto procedimento, affidamento e ragionevolezza che presiedono all'attività amministrativa.

3) Violazione dei principi desumibili dagli artt. 3 e 97, Cost. – Violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 5 e 9 delle N.T.A. al Piano di lottizzazione approvato con delibera di C.C., n. 121 del 1994 - Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia

La sentenza va riformata laddove ha ritenuto la violazione degli articoli 3 e 5 delle N.T.A. alla Convenzione urbanistica per la ritenuta difformità rispetto allo schema organizzativo e distributivo di cui alle tavole 2 e 5 allegate alla convenzione urbanistica.

Ancora, in sede la sentenza omette di considerare:

- che le sole prescrizioni vincolanti (e puntualmente rispettate) erano quelle sulle sagome di massimo ingombro;
- che le asserite difformità fra quanto previsto dalla normativa di piano e quanto in concreto assentito aveva in realtà riguardo ad aspetti meramente illustrativi e comunque non vincolanti;
- che, per le tavole 2 e 5 allegate alla Convenzione urbanistica, le sole prescrizioni vincolanti erano quelle relative ai ‘tipi edilizi’ e non anche quelle relative alle ‘sezioni’;
- che, in ogni caso, dalle richiamate tavole 2 e 5 non emergeva l’obbligo di sviluppare l’edificato secondo direttrici predeterminate (es.: in senso orizzontale piuttosto che verticale);
- che le indicazioni desumibili dalle tavole 3 (‘planivolumetrico’) e 4 (‘planivolumetrico’) non rivestivano carattere di vincolatività, ma si limitavano a declinare soluzioni progettuali meramente facoltative (i.e.: alcune fra le molte possibili soluzioni realizzative).

Sempre con il terzo motivo di ricorso, si lamenta l’erroneità della sentenza per la parte in cui ha ritenuto il superamento della volumetria in concreto realizzabile.

Al riguardo, il giudice ha omissis di considerare:

- che la delibera commissariale n. 16 del 1996 era stata confermata dalla delibera consiliare n. 54 del 2002 (di modifica della convenzione di lottizzazione), così palesando ex post la conformità delle edificazioni realizzate al pertinente quadro disciplinare;
- che, a sua volta, la delibera commissariale n. 16 del 1996 (di modifica dell’articolo 9 delle norme attuative del Piano di lottizzazione) era del tutto legittima ed efficace;

4) Violazione dei principi desumibili dagli artt. 3 e 97, Cost. – Ulteriore violazione e falsa applicazione dell’art. 3, l. 241 del 1990 - Violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 5 e 9 delle N.T.A. al Piano di lottizzazione approvato con delibera di C.C., n. 121 del 1994 - Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia

Il giudice ha omissis di considerare:

- che l’annullamento in autotutela non evidenziava un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione di atti illegittimi;
- che l’amministrazione comunale non aveva comparato in concreto fra i diversi interessi coinvolti;
- che, al contrario, il provvedimento impugnato solo affermava apoditticamente che l’annullamento era necessario per l’interesse al ripristino degli interessi paesaggistici ed ambientali.

Solo parzialmente diversa è la genesi del ricorso in appello n. 10432/2006, proposta dalla società cooperativa ‘La Fenice’ avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Toscana n. 3077/2006 con cui è stato dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato il ricorso avverso il provvedimento comunale di annullamento d’ufficio della concessione edilizia n. 6266 del 1998.

Al riguardo si osserva: a) che il provvedimento comunale si fondava su ragioni sostanzialmente analoghe a quelle già esplicitate nell’ambito dei provvedimenti di annullamento delle concessioni nn. 6267 del 1999 e 6268 del 1999; b) che la sentenza si fondava a sua volta su ragioni sostanzialmente analoghe a quelle già esposte nell’ambito della sentenza n. 2395/2006.

Con l’appello, la società ‘La Fenice’ chiede la riforma della sentenza articolando i seguenti motivi:

1) (sui) vizi del procedimento

Il giudice ha omesso di valutare il superamento del termine ragionevole di durata del procedimento di annullamento d'ufficio. Oltretutto l'*iter* del procedimento di autotutela doveva seguire – secondo la logica dell'atto contrario – il medesimo *iter* dell'iniziale concessione.

2) Sul merito

Il giudice ha omesso di considerare: a) la valenza che, ai fini della decisione, era sortita dalla delibera commissariale n. 12 del 1996, di modifica alle N.T.A. del Piano di lottizzazione; b) la circostanza per cui, ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione, il contenuto della tavola n. 5 allegata era solo indicativo ai fini delle progettazione esecutiva; c) il fatto che il nuovo regolamento edilizio non era applicabile ai porgetti attuativi di convenzioni già sottoscritte; d) il superamento del principio di ragionevole durata del procedimento di autotutela; e) l'insussistenza di effettive ragioni di interesse pubblico interesse a supporto dell'annullamento (anche in considerazione del carattere minimale delle eccedenze volumetriche – pari ad appena 311 mc. -).

In tutti i quattro giudizi si costituiva il Comune di Castiglione della Pescaia, che concludeva per il rigetto degli appelli.

Il Comune proponeva, altresì, appello incidentale con cui (reiterando un argomento già invano esposto in primo grado) affermava l'inammissibilità del primo ricorso per difetto nelle procure alle liti, in quanto rilasciate in violazione dell'art. 83 Cod. proc. civ..

All'udienza pubblica del 29 novembre 2011 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giungono alla decisione del Collegio i ricorsi in appello proposti da quattro soggetti privati interessati da un piano di lottizzazione nell'ambito del Comune di Castiglione della Pescaia avverso le sentenze del Tribunale amministrativo regionale della Toscana nn. 2395/2006 e 3077/2006 con cui sono stati in parte dichiarati inammissibili e in parte respinti i ricorsi avverso i provvedimenti con cui il Comune aveva disposto l'annullamento in autotutela di alcune concessioni rilasciate nell'ambito della richiamata lottizzazione, in quanto illegittime.

2. In primo luogo il Collegio riunisce i ricorsi in epigrafe, per evidenti ragioni oggettive e soggettive (inoltre, i ricorsi in appello 10228/2006, 10459/2006 e 10556/2006 sono rivolti avverso la medesima sentenza).

3. Il Collegio ritiene in via preliminare che non vi sia ragione per esaminare l'appello incidentale proposto dal Comune negli appelli nn. 10228/06, 10459/06 e 10556/06 in relazione alla questione della regolarità delle procure alle liti, fatto che i ricorsi proposti *principaliter* sono comunque da dichiarare infondati per le ragioni che si esporranno.

4. Ancora in via preliminare, il Collegio osserva che va dichiarato improcedibile il ricorso in appello n. 10459/06 in relazione alla posizione del signor Roberto Carini, il quale ha rappresentato (con nota depositata agli atti e il cui contenuto è stato ribadito dall'avvocato difensore in sede di udienza pubblica) di non avere interesse all'ulteriore coltivazione dell'appello.

5. Sempre in via preliminare, il Collegio ritiene che non si possa tenere in considerazione l'istanza di cancellazione dal ruolo proposta dalla società cooperativa edilizia 'La Fenice', appellante nell'ambito del ricorso in appello n. 10432/2006. Infatti, l'istanza è implicitamente rinunciata dall'appellante perché la stessa ha presenziato all'udienza pubblica del 29 novembre 2011, confermando le conclusioni già rassegnate in sede di proposizione dell'appello.

6. Venendo al merito, il Collegio ritiene in primo luogo di esaminare i motivi di appello con cui (allegando motivi di diritto in larga parte assimilabili) gli appellanti hanno lamentato il non corretto

esercizio del potere di autotutela, nonché – più in radice – la carenza stessa dei presupposti per procedere all'annullamento in autotutela delle concessioni a suo tempo rilasciate.

I motivi sono infondati.

6.1. Con un primo ordine di argomenti, gli appellanti hanno lamentato l'illegittimità dell'esercizio del potere di annullamento, per non essere individuabile un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione degli atti illegittimi.

6.1.1. Gli argomenti non possono trovare accoglimento.

Si osserva che i provvedimenti di annullamento oggetto di impugnativa avevano adeguatamente motivato, evidenziando che le difformità rispetto alle pertinenti previsioni della Convenzione (e, indirettamente, dello stesso piano di lottizzazione) avevano comportato un sostanziale stravolgimento dell'impianto compositivo dell'intervento come inizialmente concepito, determinando uno sviluppo dell'edificazione in senso verticale anziché in parallelo (*i.e.*: in modo 'adagiato' sulle curve di livello).

In tal modo l'intervento realizzato determinava un rilevantissimo quanto inammissibile stravolgimento delle previsioni di piano, con evidente quanto rilevante pregiudizio ai tratti estetici della zona (peraltro, caratterizzata da notevole pregio) e dello stesso interesse della collettività locale, i cui interessi vanno tutelati dall'ente locale quale soggetto esponenziale dei rispettivi interessi.

Per le medesime ragioni (radicale incompatibilità fra la struttura dell'intervento per come assentito e realizzato e la pertinente disciplina urbanistica), non possono trovare accoglimento i motivi di appello fondati sulla mancata valutazione della possibilità di disporre un annullamento soltanto parziale delle concessioni. Né a conclusioni diverse può giungersi in relazione al fatto che la Soprintendenza non avesse sollevato rilievi sull'intervento.

Affermare ciò equivarrebbe a inammissibilmente affermare che il mancato esercizio da parte dell'organo statale di tutela del paesaggio dei suoi poteri di intervento, controllo e repressione assorbe i poteri e prerogative che in materia di gestione del territorio spettano al Comune, il quale si vedrebbe a ben vedere privato di un qualunque potere di valutare la concretezza ed attualità dell'interesse pubblico all'effettivo rispetto delle previsioni di piano.

Pertanto, sussisteva un interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino dei valori compromessi, anche in considerazione del carattere permanente della violazione e della rilevante incidenza dell'edificato sui tratti paesistici di un'area caratterizzata da un particolare pregio.

Tale circostanza risulta di per sé idonea a superare i motivi di appello relativi al tempo trascorso fra il rilascio dei titoli e il loro annullamento.

Giova, comunque, osservare che i proprietari delle aree non potevano lamentare la lesione di un affidamento legittimo, sia perché già nel 2001 il Comune aveva avanzato dubbi sulla compatibilità fra le concessioni rilasciate e la loro disciplina, sia perché, nel corso della vicenda, il Comune aveva disposto per ben tre volte la sospensione dei lavori (nel marzo del 2001, nel marzo del 2003 e nel dicembre del 2003), palesando un comportamento senz'altro incompatibile con la formazione di un legittimo affidamento.

6.2. Con un secondo ordine di argomenti, gli appellanti lamentano l'illegittimità dell'annullamento sotto vari profili procedimentali, relativi: a) alla tempistica della comunicazione di avvio, del procedimento di annullamento in quanto tale; b) alla tempistica dell'adozione del provvedimento finale; c) alla violazione dell'art. 1, comma 136, l. 30 dicembre 2004, n. 311; d) al mancato rispetto del principio c.d. del *contrarius actus*; e) al mancato rispetto della previsione dell'articolo 8, u.c., l. 25 marzo 1982, n. 94, di conversione in legge del d.-l. 23 gennaio 1982, n. 9.

6.2.1. Questi argomenti sono infondati.

6.2.1.1. Quanto al primo profilo, relativo all'asserita illegittimità del procedimento di autotutela perché avviato ad oltre due anni dall'adozione dei provvedimenti oggetto di annullamento e concluso dopo ulteriori due annui circa, vale considerare che la vigente disciplina in tema di annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies* l. 7 agosto 1990, n. 241) non fissa un termine ultimo oltre il quale l'esercizio dell'attività di autotutela è illegittima, riconducendo la valutazione in concreto in ordine alla tempistica della vicenda al parametro di valutazione della ragionevolezza del termine.

Questa disposizione, per come innovata dall'articolo 14 della l. 11 febbraio 2005, n. 15, non reca un termine espresso (come pure era stato immaginato nei lavori preparatori).

Escluso che il decorso di un apprezzabile tratto di tempo rappresenti di suo un limite per avviare o per concludere il procedimento di autotutela, occorre verificare se nella specie sia stato violato il generale principio di ragionevolezza.

La risposta è negativa, considerata la complessità degli accertamenti e delle valutazioni demandate all'amministrazione procedente, nonché la rilevanza degli interessi di tutela in concreto perseguiti (e richiamati nei provvedimenti impugnati), che giustificava certamente l'esercizio del potere anche dopo il un lasso di tempo oggettivamente apprezzabile.

Nemmeno si può proficuamente lamentare il superamento del termine procedimentale di cui all'articolo 2 l. n. 241 del 1990.

Infatti, anche a voler ritenere che il termine residuale dell'art. 2, comma 2, trovi in via di principio applicazione ai procedimenti di autotutela, si deve comunque ritenere che riguardo al superamento di tale termine (concretante così una violazione delle "norme sul procedimento"), valga l'art. 21-*octies*, comma 2, della medesima legge, in tema di c.d. 'illegittimità non invalidanti'.

Deriva da quanto sopra la non annullabilità del provvedimento adottato, atteso che – per le ragioni che si esporranno – il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Il Collegio ritiene che i generali principi di conservazione dell'atto e di strumentalità delle forme inducano a generalizzare la portata dell'istituto dell'illegittimità non invalidante di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990 (in tal senso: Cons. Stato, VI, 11 maggio 2011, n. 2795; V, 19 giugno 2009, n. 4031; 14 aprile 2008, n. 1588), anche per evitare che – in situazioni come quella per cui è causa – la prevalenza di considerazioni procedurali porti l'amministrazione alla scelta (antieconomica e contrastante con il principio di efficienza) di dover riavviare un procedimento i cui esiti siano *ab initio* scontati.

6.2.1.2. Neppure può dirsi che qui il primo giudice abbia fatto cattivo uso della previsione dell'art. 1, comma 136, l. 30 dicembre 2004, n. 311, secondo cui, al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. La disposizione stabilisce che *“l'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”*).

Si osserva che il secondo periodo della disposizione (la cui applicazione è invocata dagli appellanti) è qui inapplicabile.

Infatti non si fa questione di “*provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati*” (ossia, di provvedimenti posti ‘a monte’ della stipula di atti paritetici). Al contrario (e secondo un assetto di fatto speculare) viene in rilievo l’annullamento di provvedimenti posti ‘a valle’ di un complesso *iter* di programmazione urbanistica, nel cui ambito rivestiva un ruolo determinante la stipula di una Convenzione urbanistica.

6.2.1.3. Neppure sono fondati i motivi di appello sulla violazione del principio del *contrarius actus*, per non essere stato acquisito l’avviso della Soprintendenza nel procedimento conclusosi con l’annullamento d’ufficio dei titoli edilizi.

Anche in questo caso la lamentata violazione assume carattere meramente procedimentale e le ragioni per cui è stato disposto l’annullamento (violazione della disciplina di Piano) attiene la sfera di competenze del Comune, il quale non sarebbe pervenuto a conclusioni diverse neppure in caso di coinvolgimento dell’organo statale.

Per i profili di tutela ambientale (profili che il Comune ha valutato per ritenere la concretezza ed attualità dell’interesse all’annullamento), comunque nell’ambito della regione Toscana, le funzioni in materia di tutela del paesaggio sono sub-delegate ai comuni (a tenore della l.r. Toscana 2 novembre 1979, n. 52 e, successivamente, la legge regionale 3 gennaio 2005, n. 1).

6.2.1.4. Nemmeno vale lamentare la violazione dell’articolo 8, u.c., d.-l. 23 gennaio 1982, n. 9, come conv. dalla l. 25 marzo 1982, n. 94 (secondo cui “*prima di procedere all’annullamento delle concessioni assentite ai sensi del presente articolo, l’autorità competente deve indicare agli interessati gli eventuali vizi delle procedure amministrative e gli elementi progettuali o esecutivi che risultino in contrasto con le norme o i regolamenti vigenti, assegnando un termine non inferiore a trenta e non superiore a novanta giorni per provvedere alle modifiche richieste*”).

Quella previsione non è applicabile alla vicenda presente perché le sue previsioni sono espressamente riferibili ai soli titoli abilitativi tacitamente formati ai sensi del medesimo art. 8 e non sono estensibili alle ipotesi di titoli abilitativi espressi.

Si osserva, comunque, che questa disposizione è stata espressamente abrogata dall’articolo 136 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 con effetto dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto (30 giugno 2003), mentre gli atti di annullamento di cui si discute sono stati adottati – rispettivamente – nel gennaio e nel febbraio del 2005.

7. Una volta accertato che nel caso di specie non sono stati travalicati i presupposti e le condizioni normativamente posti all’esercizio del potere di autotutela (in particolare, in relazione alla previsione di cui all’art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990), occorre verificare se in concreto sussistevano i gravi profili di illegittimità rilevati dall’Amministrazione comunale.

7.1. Come detto, i provvedimenti di annullamento impugnati in primo grado sono stati adottati per due distinti profili di illegittimità, ciascuno dei quali di suo idoneo a supportare il provvedimento di annullamento:

- in primo luogo, è stata ravvisata la violazione degli artt. 3 e 5 della Convenzione urbanistica attuativa del piano di lottizzazione per difformità della concessione rilasciata rispetto allo schema organizzativo e distributivo di cui alle tavole 2 e 5 della Convenzione urbanistica;
- in secondo luogo, è stato ritenuto che le volumetrie oggetto di concessione erano in esubero rispetto a quelle assentibili in base alle previsioni di piano.

7.2. Il Collegio ritiene che la vicenda vada definita in applicazione del condiviso orientamento secondo cui, in caso di impugnazione giurisdizionale di determinazioni amministrative di segno negativo fondate su una pluralità di ragioni (ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento), è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio

giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti indenne dalle censure articolate ed il ricorso venga dichiarato infondato, o meglio inammissibile per carenza di interesse alla coltivazione dell'impugnativa avverso l'ulteriore ragione ostantiva, il cui esito resta assorbito dalla pronuncia negativa in ordine alla prima ragione ostantiva (in tal senso: Cons. Stato, VI, 20 ottobre 2010, n. 7594).

Su queste basi, il Collegio ritiene che *almeno il primo* dei richiamati motivi ostantivi (quello relativo al contrasto fra i titoli abilitativi rilasciati e lo schema organizzativo e distributivo di cui alle tavole 2 e 5 della convenzione urbanistica) resista alle censure mosse.

7.3. Occorre, a questo punto, richiamare le disposizioni della cui violazione si discute.

L'articolo 3 delle N.T.A. al Piano di lottizzazione stabilisce che *“hanno valore vincolativo, per quanto previsto dal progetto: (...) b) tutte le indicazioni planivolumetriche (sagome di massimo ingombro) fornite dalla tav. n. 2 del progetto di piano di lottizzazione convenzionata; [nonché] d) le prescrizioni relative ai vari tipi edilizi ammessi sui singoli lotti edificabili di cui al successivo art. 5 ed alla tav. n. 5 (...)”*.

Il successivo art. 5 stabilisce che *“gli edifici, in sede di progettazione definitiva (necessaria al fine dell'ottenimento della concessione) potranno subire variazioni riguardanti le dimensioni del corpo di fabbrica oltre che la distribuzione interna degli ambienti, fermo restando lo schema organizzativo e distributivo indicato nei tipi edilizi e l'ambito di sviluppo dell'edificio determinato dalle sagome di massimo ingombro”*.

Dall'esame di queste disposizioni emerge la correttezza delle determinazioni comunali, in quanto:

- ai sensi dell'art. 5, lo schema organizzativo e distributivo delineato dagli allegati al piano di lottizzazione costituiva una porzione normativa vincolante della convenzione e stabiliva (in modo non derogabile) le modalità aggregative e compositive dell'intervento da realizzare, secondo uno schema di sviluppo orizzontale che avrebbe dovuto necessariamente seguire l'andamento delle curve di livello collinare;
- questo schema organizzativo e distributivo non era derogabile in sede di progettazione esecutiva, ma costituiva (pur nella possibile modulazione propria della progettazione di dettaglio) un elemento indefettibile. Tale elemento avrebbe, sì, potuto essere declinato secondo modalità differenziate, ma non avrebbe potuto essere stravolto e sostituito con un andamento (come quello proprio degli interventi oggetto di concessione) di tipo esclusivamente verticale;
- le tesi degli appellanti non risultano fondate quando affermano: a) che l'art. 3 delle N.T.A. al piano di lottizzazione era vincolante solo per quanto riguarda le sagome di massimo ingombro; b) che l'art. 5 era vincolante solo in relazione all'indicazione dei tipi edilizi, mentre era derogabile sotto ogni altro aspetto. Al contrario, il primo di tali articoli sottolineava il carattere vincolato di tutte le indicazioni planivolumetriche, in tal modo rendendo vincolante la scelta di piano di concepire un complesso con struttura gradinata di elementi frastagliati disposti in modo parallelo rispetto alle curve di livello;
- nell'interpretare la formulazione del richiamato art. 3 (e il rinvio al contenuto dell'allegato 2), si deve attribuire valore prevalente al carattere onnicomprensivo del richiamo alle indicazioni planivolumetriche. Al contrario, il riferimento (peraltro, posto fra parentesi) alle sagome di massimo ingombro, deve essere inteso secondo una logica sostanzialmente di eccezione, ovvero meramente esemplificativa, non potendosi ritenere (per prevalenti ragioni sistematiche) che tale riferimento assorba e – in qualche misura – esaurisca la portata onnicomprensiva del riferimento alle indicazioni planivolumetriche complessivamente intese. Questa interpretazione è l'unica convincente, se si consideri l'evidente *ratio* di tutela e di coerenza che deve caratterizzare le

previsioni di carattere vincolante, anche in considerazione dei rilevanti interessi pubblici e privati coinvolti. In questa ottica, anche in presenza di clausole di non agevole interpretazione si deve optare per la soluzione interpretativa maggiormente compatibile con lo scopo di tutela degli interessi pubblici prevalenti coinvolti (in termini di più adeguato uso del territorio, di diminuzione dell'impatto visivo e di tutela di un'area di sicuro pregio paesaggistico);

- allo stesso modo, l'interpretazione del richiamato art. 3 deve rispettare la pienezza di tutela agli interessi coinvolti. Su queste basi, si deve ritenere che la disposizione (secondo cui "*hanno valore vincolato (...) le prescrizioni relative ai vari tipi edilizi ammessi sui singoli lotti edificabili di cui al successivo art. 5 ed alla tav. n. 5*") va intesa – sotto il profilo sintattico – nel senso che il carattere vincolato era da riconoscere alle prescrizioni relative: a) ai tipi edilizi ammessi *in loco*; b) alla tavola n. 5 nel suo complesso (e non in senso limitato ovvero non vincolante, come a vario titolo ritenuto dagli appellanti);

- se il contenuto dell'intera tavola n. 5 aveva valore vincolato, aveva valore vincolato anche la previsione ivi contenuta, che delineava un intervento costruttivo caratterizzato da una struttura gradonata di elementi frastagliati disposti parallelamente alle curve di livello. Pertanto l'intervento assentito era in assoluta distonia con quello oggetto della previsione di Piano, posto che era caratterizzato da uno sviluppo verticale a gradoni, e pertanto da una struttura compositiva del tutto diversa rispetto a quella prevista dal Piano di lottizzazione.

- per le medesime ragioni, anche la disposizione di cui all'art. 5 delle N.T.A. al Piano di lottizzazione (secondo cui in sede di progettazione definitiva era comunque necessario salvaguardare "*lo schema organizzativo e distributivo indicato nei tipi edilizi e l'ambito di sviluppo dell'edificio determinato dalle sagome di massimo ingombro*") va intesa in modo da rispettare per quanto più possibile le richiamate finalità di tutela. Le tesi variamente sostenute dagli appellanti non sono condivisibili perché sottolineano uno soltanto degli aspetti della questione (il rispetto, in sede di progettazione esecutiva, delle sagome di massimo ingombro), ma non tengono adeguatamente conto del fatto che la pertinente previsione di piano indicava come vincolante uno schema organizzativo e distributivo dell'edificato di carattere 'orizzontale', mentre le concessioni rilasciate seguivano una logica (di fatto, opposta) di sviluppo in senso sostanzialmente 'verticale' dell'edificato. Non a caso, ad es., la stessa cooperativa edilizia 'La Fenice' aveva dichiarato negli scritti difensivi che, fra le prescrizioni 'normative' della convenzione, figuravano anche "*le modalità aggregative delle unità residenziali/turistiche secondo schiere lineari graduate pluripiano (...)*", così confermando la vincolatività delle linee compositive del progetto, che si dovevano sviluppare secondo un andamento di tipo ben diverso da quello in concreto realizzato.

8. Le ragioni dinanzi esposte *sub 7* (relative alla difformità fra gli interventi assentiti e realizzati e la pertinente disciplina di piano) risultano di per sé idonee a supportare la parte dispositiva dei provvedimenti con cui è stato disposto l'annullamento delle concessioni a suo tempo rilasciate.

Ciò esime il Collegio (in base all'orientamento giurisprudenziale dinanzi richiamato *sub 7.2.*) dall'esame dei motivi di appello relativi agli ulteriori profili dei provvedimenti impugnati, incentrati sulla questione dell'eccesso di volumetria, così come sulla validità ed efficacia della delibera commissariale n. 12/96, su cui lungamente hanno insistito le difese delle parti in causa.

8.1. Per le medesime ragioni, non si ritiene di esaminare *funditus* il motivo (variamente articolato dagli appellanti) secondo cui il Tribunale avrebbe omissso di valutare la portata della delibera consiliare n. 54 del 2002 la quale, nell'apportare modifiche ed integrazioni alla convenzione di lottizzazione 'Santa Maria', avrebbe ribadito un quadro prescrittivo in tutto conforme a quello delineato dalla richiamata delibera commissariale del 1996, confermandone la validità e l'efficacia.

Ai limitati fini che qui rilevano, si osserva comunque che questo motivo non potrebbe comunque essere accolto, essendo pacifico che le prescrizioni di cui alla delibera consiliare n. 54/2002 non si sono mai tradotte in puntuali pattuizioni convenzionali, stante il rifiuto dei lottizzanti di sottoscrivere modifiche alla Convenzione di lottizzazione che sarebbero conseguite all'adozione della delibera in questione.

In definitiva, la mancata modifica dell'originaria Convenzione (stante l'indisponibilità degli stessi lottizzanti) conferma la correttezza dell'operato del Comune di Castiglione della Pescaia, il quale ha ritenuto che la vicenda andava valutata assumendo quale paradigma di riferimento l'originaria formulazione della convenzione urbanistica attuativa del Piano di lottizzazione.

9. Per le ragioni sin qui esposte, i ricorsi in epigrafe, previa riunione, devono essere respinti.

Per quanto concerne, invece, il ricorso in appello n. 10459/06, va dichiarato improcedibile in relazione alla sola posizione del signor Roberto Carini.

La complessità delle questioni fattuali e giuridiche coinvolte dalla presente decisione giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, previa riunione, li respinge.

Dichiara improcedibile in il ricorso in appello n. 10459/06 in relazione alla sola posizione del signor Roberto Carini.

Spese del doppio grado compensate.

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

Natura processuale dell'art. 21-octies, co. 2 (passaggio sottolineato. In particolare nega la sussistenza dell'interesse a ricorrere). Tesi maggioritaria in giurisprudenza

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 23 gennaio 2008, n.143 - Pres. Iannotta – est. Metro

**Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione**

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 4111/2005 del 17/05/2005, proposto

dall'**ISTITUTO DI VIGILANZA SERENISSIMA S.R.L.** rappresentata e difesa dall'avv. Piero G. Rella con domicilio eletto in Roma, Vale G. Mazzini n.142 presso l'avv. Piero G. Rella;

contro

la **PREFETTURA DI BARI** rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Giovagnoli con domicilio eletto in Roma Via dei Portoghesi, 12 presso l'Avvocatura dello Stato;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA - BARI, Sezione I n. 984/2005, resa tra le parti, concernente LICENZA PER SVOLGERE ATTIVITA' DI VIGILANZA PRIVATA NEL COMUNE DI BARI;

Sul ricorso in appello: n. 7466/2006 del 06/09/2006, proposto

dal **MINISTERO DELL'INTERNO** rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato con domicilio eletto in Roma Via Dei Portoghesi 12 presso l'Avvocatura gen. Stato;

contro

l'**ISTITUTO DI VIGILANZA "SERENISSIMA S.R.L."** rappresentata e difesa dall'avv. Piero G. Rella con domicilio eletto in Roma Viale G. Mazzini n.142 presso lo stesso avvocato Rella;

per la riforma

della sentenza del TAR PUGLIA - BARI :Sezione II n. 2125/2006, resa tra le parti, concernente

DINIEGO RILASCIO DELLA LICENZA PER ATTIVITA' DI VIGILANZA PRIVATA;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

alla pubblica udienza del 12 Dicembre 2006 , relatore il Consigliere Adolfo Metro

Uditi, altresì, gli avvocati Quinto per delega di Relleva e l'avvocato dello stato Fedeli;

FATTO

Il Prefetto di Bari, con decreto n. 542/16 /O.P.I.Bis del 16/10/03, respinse l'istanza del legale rappresentante dell'istituto di vigilanza "Serenissima srl", intesa ad ottenere l'autorizzazione a svolgere attività di vigilanza privata nel comune di Bari e provincia.

A seguito dell'impugnazione del suddetto provvedimento di diniego, il Tar Puglia, con sentenza n. 984/05, respinse il ricorso, mentre il Consiglio di Stato, a seguito di appello (ric. n. 4111/05), con ordinanza n. 5710/05, dispose che si procedesse al riesame dell'istanza nel termine di 30 giorni.

L'amministrazione, con provvedimento n. 151/16, del 30/1/06, emesso in esecuzione di tale ordinanza, rigettò, nuovamente la richiesta di autorizzazione.

Il ricorso proposto avverso tale ulteriore atto di diniego fu accolto dal Tar Puglia, con sentenza n. 2125/06, per violazione dell'art. 10 bis della L. 7 agosto 1990 n. 241, nel testo integrato dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15.

Avverso questa sentenza ha proposto appello l'amministrazione (ric. n. 7466/06), sostenendo l'errata interpretazione del cit. art. 10 bis e l'infondatezza degli ulteriori motivi dedotti in primo grado dalla ricorrente.

La "Serenissima spa", costituitasi in giudizio, ha controdedotto ai motivi di appello.

DIRITTO

Attesa l'evidente connessione, i due ricorsi (n. 4111/05 e n. 7466/06) possono essere riuniti.

Sul primo, (ric. n. 4111/05), va dichiarata la sopravvenuta carenza d'interesse, atteso che nessun vantaggio "La Serenissima spa" potrebbe conseguire dall'annullamento di un atto interamente sostituito dal successivo provvedimento con cui l'amministrazione ha respinto la richiesta di autorizzazione della "Serenissima spa" a gestire, nell'area di Bari e provincia, l'attività di vigilanza privata.

Con tale atto è stato rilevato l'esercizio abusivo dell'attività di trasporto di valori per mancanza della licenza prefettizia, il subappalto del servizio trasporti in violazione di norme, l'inosservanza di provvedimenti di diffida dell'autorità, con conseguenti reiterate denunce e provvedimenti di sospensione della licenza di trasporto e scorta valori, fatti questi, tutti puntualmente richiamati nel provvedimento impugnato; in relazione a tali comportamenti, l'amministrazione ha ritenuto che le condotte accertate, costituenti ripetute violazioni delle norme e delle prescrizioni disciplinanti l'attività di vigilanza privata, hanno dato luogo ad un sistematico e scorretto esercizio dell'attività

per la quale l'istituto ha chiesto di essere autorizzato, oltre a costituire abuso delle licenze di cui il richiedente è titolare e che, indipendentemente dagli eventuali sviluppi in sede penale, l'apprezzamento di tali circostanze è rimesso alla valutazione discrezionale del prefetto, ai sensi degli artt. 134 e segg. r.d. 18 giugno 1931 n. 773 (TULPS).

Il provvedimento risulta anche motivato sull'esistenza di una situazione di effettiva concorrenza di società trasporto valori nell'ambito del territorio, con conseguente offerta di servizi adeguati. Sulla base di tali premesse l'amministrazione ha respinto la richiesta di autorizzazione.

La sentenza di primo grado ha accolto il ricorso proposto avverso tale reiezione, avendo rilevato la violazione dell'articolo 10 *bis* della L. n. 241/90, concernente la mancata comunicazione del preavviso di rigetto.

Avverso tale sentenza viene proposto, dall'amministrazione, il presente appello (ric. n. 7466/06), che deve ritenersi fondato.

L'art. 21 *octies* della L. n. 241/90 ha introdotto nel nostro ordinamento i c.d. vizi non invalidanti del provvedimento, prevedendo, in particolare, la non annullabilità dell'atto per violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti (I co.) o sulla comunicazione di avvio (II co.), quando sia palese che il suo contenuto dispositivo non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Come è stato rilevato, tale norma non determina la degradazione di un vizio di legittimità, in mera irregolarità, né costituisce una " fattispecie esimente" ma, pur continuando la violazione ad integrare un vizio di legittimità, viene prevista la non annullabilità dell'atto a causa di valutazioni attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate "ex post" dal giudice, il quale accerta che il provvedimento non poteva essere diverso.

L'art. 21 *octies* rende, quindi, irrilevante la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma dell'atto per il fatto che il contenuto dispositivo "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Ossia, **l'interesse a ricorrere viene negato allorché tale accertamento priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio da cui non potrebbe ricevere alcuna utilità.**

Tale prova di utilità va, quindi, esclusa allorché gli elementi che il privato intende introdurre nel procedimento e che ha indicato in giudizio non siano facilmente risolvibili se non con valutazioni di merito che risultano precluse al giudice amministrativo (C.S. VI n. 6193/06).

Va, inoltre, rilevata l'analogia tra tutti gli istituti previsti dalla L. n. 241/90 finalizzati alla partecipazione del destinatario al procedimento amministrativo per cui l'art. 21 *octies* va applicato anche alle violazioni dell'art. 10 *bis*.

Ciò posto, risulta che il Prefetto di Bari, nell'istruttoria espletata, ha tenuto conto dei pareri sfavorevoli degli organi di polizia competenti, pareri avvalorati da puntuali attività di controllo che hanno accertato la violazione di norme, anche con conseguente sospensione della licenza.

La totalità di tali accertamenti costituiscono la base della valutazione discrezionale riservata al Prefetto sui riflessi relativi all'ordine e alla sicurezza pubblica che deriverebbero dall'autorizzazione richiesta, anche con riferimento all'art. 136 TULPS, che conferisce allo stesso Prefetto un'ampia discrezionalità in merito al rilascio o al diniego della licenza, sulla base di una ponderazione comparata tra l'interesse generale e quello privato.

Nel caso di specie, il provvedimento risulta adottato a seguito di puntuale istruttoria, da cui si desumono sia l'insussistenza di ragioni di interesse pubblico che potrebbero giustificare il rilascio dell'autorizzazione, sia le ragioni per le quali sono state ritenute insufficienti le garanzie di

affidabilità della “Serenissima srl”, in relazione ai possibili abusi derivanti dal rilascio del titolo autorizzativo connessi con l’ accertata attività comportamentale.

Con riferimento a tali specifiche valutazioni e apprezzamenti di contemperamento degli interessi generali e di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, il giudice amministrativo non ha poteri sindacatori di merito sugli apprezzamenti volti ad accertare la sussistenza o meno dei requisiti soggettivi ed oggettivi previsti dalla legge.

In relazione a ciò, le osservazioni di cui la società lamenta la non valutazione, a seguito della mancanza di preavviso di rigetto, devono ritenersi, in relazione a quanto dedotto e con riferimento al loro contenuto discrezionale, non idonei a poter incidere sul contenuto dell'atto che, inoltre, appare logico e coerente nel suo contenuto motivazionale e dispositivo.

L'appello deve, pertanto, essere respinto, perché infondato.

Sussistono, peraltro, giusti motivi per compensare, tra le parti, le spese del giudizio.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente pronunciando, riunisce gli appelli n. 4111/05 e n. 7466/06, dichiara la sopravvenuta carenza di interesse sul primo, accoglie il secondo e, per l’effetto, respinge il ricorso di primo grado; compensa, in entrambi i ricorsi, le spese del giudizio.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 12 dicembre 2006, alla presenza dei seguenti magistrati:

Pres. Raffaele Iannotta

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Marco Lipari

Cons. Adolfo Metro Est.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 23 gennaio 2008

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

Natura sostanziale dell'art. 21-*octies*, co. 2 (passaggio sottolineato, par. 3). Tesi minoritaria in giurisprudenza

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 19 marzo 2007, n.1307 - Pres. Giaccardi – est. Realfonzo

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 3181 del 2011, proposto da:

Comune di Cortina D'Ampezzo, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Calegari, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri N. 5;

contro

Bica S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Piero D'Amelio, Massimo Pavan, Gianluca Morello, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite, 7;

nei confronti di

Condominio Casa Otto, Condominio Ca' del Giglio;

sul ricorso numero di registro generale 3266 del 2011, proposto da:

Condominio Casa Otto, Condominio Ca' del Giglio, rappresentati e difesi dagli avv. Bruno Cavallone, Francesco Mazzaroli, Alessandro Pallottino, con domicilio eletto presso Alessandro Pallottino in Roma, via Oslavia N.12;

contro

Bica S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Piero D'Amelio, Massimo Pavan, Gianluca Morello, con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite, 7;

nei confronti di

Comune di Cortina D'Ampezzo;

entrambi per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto - Venezia: Sezione II n. 00037/2011, resa tra le parti, concernente DINIEGO PERMESSO DI COSTRUIRE

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bica S.r.l. e di Bica A RI;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, Piero D'Amelio e Alessandro Pallottino;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con i separati appelli di cui in epigrafe, il Comune di Cortina e il condominio Casa Otto chiedono la riforma della sentenza con cui è stato accolto il ricorso proposto da Bica S.r.l. avverso il provvedimento, con il quale il Commissario Regionale *ad acta* presso il Comune di Cortina ha disposto il diniego della richiesta del permesso di costruire per la realizzazione di una rimessa interrata, nonché di ogni eventuale atto presupposto, tra cui il parere della CEC del 26.2.2008.

Con la decisione gravata, il TAR ha affermato che:

-- la concessione edilizia è vincolata solo alla conformità alla disciplina edilizia (cfr. C.d.S sez. 4^a n. 7263/2005, C.d.S sez. 4^a n. 3201/2006, Parere C.d.S. sez. 2^a n. 2559 del 27 febbraio 2002), il che esclude che, in caso di intervento perfettamente conforme alle norme urbanistiche edilizie il permesso edilizio possa essere denegato, sulla base di elementi estranei, quali la viabilità di accesso al lotto sul quale si chiede di costruire;

-- il diniego del permesso di costruire impugnato in primo grado dall'appellata non avrebbe comportato alcuna lesione di diritti dei condomini che sarebbero rimasti proprietari e fruitori del varco di accesso sul quale, peraltro, l'appellante aveva iniziato sin dal 2005 un'azione giudiziaria civile per acquisire la servitù coattiva di transito.

L'appellata si è costituita in giudizio con una memoria con cui, da un lato, ha sottolineato le proprie argomentazioni a sostegno dell'esattezza della sentenza e, dall'altro, ha ribadito le prime due censure assorbite in primo grado.

Chiamata alla Camera di Consiglio la causa, previo avviso alle parti, è stata ritenuta in decisione dal Collegio ai sensi dell'art. 60 del c.p.a. .

___ 1.§. Ai sensi dell'art. 70 del c.p.a. deve disporsi la riunione degli appelli di cui in epigrafe, essendo evidente la connessione oggettiva e soggettiva di entrambi i gravami.

Sempre in via preliminare si deve rilevare come, del tutto irrilevanti ai fini del decidere sulla presente questione sono le vicende successive all'atto impugnato in primo grado, relative al diniego di una successiva D.I.A., in quanto inidonee a mutare giuridicamente il quadro in esame.

Entrambi i gravami sono affidati a profili sostanzialmente coincidenti, salvo uno, concernenti in linea preliminare l'inammissibilità del primo gravame, perché l'atto impugnato in primo grado sarebbe stato meramente confermativo della nota prot. N.15623 del 8.8.2998, mai impugnata; nel merito si afferma l'erroneità della decisione e, comunque, la infondatezza del ricorso di primo grado.

Entrambi gli appelli sono affidati a profili del tutto coincidenti che possono essere esaminati congiuntamente negli assorbenti profili che seguono.

___ 2.§. Nell'ordine logico delle questioni deve essere primariamente esaminata la seconda censura, comune ai due gravami, con cui gli appellanti lamentano che:

-- la decisione era contraria agli altri recenti precedenti in materia dello stesso TAR Veneto;

-- l'impresa appellata avrebbe dovuto dimostrare di avere il titolo anche per accedere al fondo interessato, perché il collegamento alla pubblica via era un elemento imprescindibile per realizzare l'autorimessa finalizzata ad un esercizio pubblico (cfr. Cons. Stato, Sez. V. n.687/2006; idem Sez. IV 2074/2010);

-- il G.O. non aveva mai autorizzato d'urgenza la servitù di passaggio al fondo della controinteressata che, in quanto tale, sarebbe un'opera di urbanizzazione indispensabile per la funzionalità dell'opera;

-- il provvedimento giurisdizionale di costituzione coattiva della servitù di passaggio è un presupposto del permesso di costruire, e non viceversa, anche per le necessità progettuali di definire gli aspetti di dettaglio della struttura;

-- ai sensi dell'art. 11 del d.p.r. n. il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo;

-- considerando che gli allacciamenti alle linee comunali dovevano necessariamente raccordarsi con il selciato del cortile condominiale non si poteva dire che la costruzione rimanesse integralmente nel confine della proprietà degli appellati

Il motivo va condiviso.

In linea teorica è esatto il richiamo della sentenza appellata all'orientamento giurisprudenziale per cui il rilascio del permesso di costruire avviene nell'ambito del rapporto pubblicistico, e non si estende ai rapporti tra privati, in quanto la lesione di diritti dei terzi non discende direttamente dal rilascio del titolo, ma solo dalla fisica realizzazione dell'opera contro la quale può chiedersi tutela davanti al giudice civile (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6332).

In quanto atto amministrativo che legittima l'attività edilizia nell'ordinamento pubblicistico, il permesso non attribuisce però alcun diritto soggettivo alla stregua del diritto comune a favore di tale soggetto. La rilevanza giuridica della licenza edilizia va circoscritta infatti ai rapporti tra p.a. e costruttore ed ai possibili riflessi sulle correlate posizioni di interesse legittimo dei terzi, ma comunque presuppone pur sempre il necessario ed ineludibile possesso dei titoli proprietari da parte del richiedente.

Il primo comma dell'art. 11, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, infatti, prevede espressamente che il permesso di costruire è "*rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo*". La legge specificamente impone, tra i requisiti di legittimazione, il possesso dei titoli reali per poter intervenire sull'immobile per il quale è chiesta la concessione edilizia (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 07 settembre 2009, n. 5223; Consiglio Stato, sez. IV, 7 settembre 2007 n.4703; idem 7 luglio 2005 n.3730).

Certamente deve escludersi un obbligo del Comune di effettuare complessi accertamenti diretti a ricostruire tutte le vicende riguardanti la titolarità dell'immobile, ovvero a ricercare le limitazioni negoziali al diritto di costruire (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6332).

Tuttavia, secondo le regole generali, l'Amministrazione comunale, nel corso dell'istruttoria sul rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 6, I° co. lett. a) della L. n. 241/1990 e s.m.i. deve verificare "*...le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti rilevanti ...*" per l'adozione del provvedimento finale.

La proprietà, o comunque il possesso dei titoli civilisticamente idonei a legittimare la situazione giuridica del richiedente, per tutte le aree direttamente interessate dall'intervento, costituisce dunque un requisito di legittimazione dell'istanza che deve essere proceduralmente dimostrato ai fini dell'ammissibilità stessa della domanda.

I titoli per l'esercizio dello "ius aedificandi" costituiscono un presupposto legale la cui mancanza impedisce infatti all'amministrazione di procedere oltre nell'esame del progetto (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 12 maggio 2003, n. 2506).

Nel caso, quindi, l'interclusione del fondo oggetto della richiesta di intervento non attiene ai generici rapporti civilistici del richiedente con i terzi alle quali l'amministrazione è del tutto estranea -- come erroneamente affermato dal TAR -- ma invece concerne propriamente un presupposto necessario di legittimazione della società richiedente, ai sensi del cit. art. 11, primo co. del d.lgs. n.380, la quale avrebbe quindi dovuto allegare all'istanza tutti i titoli di servitù di transito veicolare sulla proprietà altrui.

Il difetto del possesso dei titoli reali relativi ai diritti di passaggio veicolare attraverso il cortile altrui costituisce un elemento proceduralmente ostativo, per il quale legittimamente si nega il rilascio del permesso di costruire.

Deve quindi concludersi sul punto per l'esattezza dell'assunto fondamentale degli appellanti.

___ 3.§. In conseguenza deve essere anche accolto la terza rubrica, comune ad entrambi gli appelli, che assume l'infondatezza del secondo motivo del ricorso di primo grado, con cui si lamentava che il Comune di Cortina non aveva tenuto in alcun conto i provvedimenti civilistici sulle controversie con il condominio Casa Otto.

Il provvedimento cautelare del Tribunale di Belluno, Sez. di Pieve di Cadore era del tutto inidoneo a costituire un titolo valido in quanto si limitava a consentire l'accesso dalla pubblica via al fondo al solo fine di eseguire i rilievi tecnici e gli accertamenti utili ai fini della presentazione del progetto, mentre rinviava alla competente sede di merito ogni decisione definitiva sulla costituzione di servitù coattiva.

Il che appare del tutto logico, considerando l'impatto – specie durante la stagione turistica invernale- della realizzazione di un autorimessa pubblica interrata per una capienza di 72 veicoli, sulla proprietà del condominio controinteressato.

___ 4.§. Parimenti deve essere accolto la quarta rubrica dell'appello del Comune di Cortina che lamenta l'infondatezza del terzo motivo con cui si assumeva l'illegittimità del diniego per la mancata comunicazione di avvio del provvedimento di cui all'art. 7 della L. n.241/1990 e smi..

Infatti la giurisprudenza ha sempre affermato che la violazione dell'art. 7, l. n. 241 del 1990 non produce ex se l'illegittimità del provvedimento terminale, dovendo la disposizione essere interpretata alla luce del successivo art. 21 octies, comma 2, che impone al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento, e quindi di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo.

Il privato pertanto non può limitarsi a dolersi della mera circostanza della mancata comunicazione di avvio, ma deve anche indicare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione. **Ne consegue che, ove il privato si limiti a contestare la mancata comunicazione di avvio, senza nemmeno allegare le circostanze che intendeva sottoporre all'amministrazione, il motivo con cui si lamenta la mancata comunicazione deve intendersi inammissibile per assoluta genericità** (cfr Consiglio Stato, sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786; idem sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307).

Nel caso poi, il Comune aveva più volte rappresentato alla società ricorrente l'esigenza di produrre un titolo idoneo a provare i proprio diritti reali sull'accesso sia nel 2007 che nel 2008, per cui nella specie non può riscontrarsi alcun difetto sostanziale di contraddittorio .

Anche il quarto motivo dell'appello del Comune va dunque accolto e deve essere respinto il terzo motivo del primo ricorso.

___ 5.§. In definitiva entrambi gli appelli sono fondati e devono essere accolti.

Per l'effetto la sentenza appellata deve essere annullata.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

___ 1. Dispone, ai sensi dell'art. 70 del c.p.a. la riunione dei gravami n. 1136 del 2005 e 10546 del 2004.

___ 2. Accoglie entrambi gli appelli e per l'effetto annulla la sentenza del T.a.r. Veneto, Sez- II n.37/2011 e respinge il ricorso proposto in primo grado.

___ 3. Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidate per €4000,00 oltre ad IVA ed al contributo Cassa nazionale di previdenza ed assistenza, di cui € 2000,00 in favore del Comune e €2000,00 in favore del Condominio Casa Otto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Guido Romano, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Art. 21-octies, co. 2 e integrazione giudiziale della motivazione (passaggio sottolineato)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 20 agosto 2013, n.4194 - Pres. Caringella – est. Lotti

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8358 del 2012, proposto da:

Comune di Castellammare di Stabia, rappresentato e difeso dall'avv. Ezio Maria Zuppari, con domicilio eletto presso lo Studio Abbamonte Titomanlio in Roma, via Terenzio, 7;

contro

Al. Ce. in Qualità di Amministratore Unico della Prominvest Srl, proprietaria dell'Hotel Europa, Pa. Bo. quale AU LR SIAS Srl, proprietaria dell'Hotel Villa Serena e Gi. Ma. quale LR Gea di Gi. Ma. e C. Sas, proprietaria dell'Hotel Paradiso, rappresentati e difesi dagli avv. Antonio Messina e Leopoldo Villani, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Fontana in Roma, via Flaminia, 109;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VII n. 03399/2012, resa tra le parti, concernente concessione venti novennale per occupazione sottosuolo demaniale - Nulla osta costruzione servitù di passaggio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Al. Ce. in qualità di Amministratore Unico della Prominvest Srl Proprietaria Hotel Europa e di Pa. Bo. quale AU LR Sias Srl, proprietaria Hotel Villa Serena e di Gi. Ma. quale LR Gea di Gi. Ma. e C. Sas, proprietaria Hotel Paradiso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2013 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati nelle preliminari Salvatore per Zuppari, Fonzo per Villani in discussione Fonzo per Villani;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. VII, con la sentenza n. 3399 del 12 luglio 2012, ha accolto il ricorso, proposto dall'attuale appellato, Ce. Al. in qualità di Amministratore unico e legale rappresentante della società Promoinvest a r.l., proprietaria dell'Hotel Europa, Bo. Pa., in qualità di Amministratore unico e legale rappresentante della società S.I.A.S. a r.l., proprietaria dell'Hotel Villa Serena, e Ma. Gi., in qualità di legale rappresentante della G.E.A. di Ma. Gi. e C. s.a.s., proprietaria dell'Hotel Paradiso annullando, in relazione al ricorso principale: - la delibera di G.C. n. 163 del 6.12.2010, avente ad oggetto annullamento, in via di autotutela [ex art. 21 della legge n. 241/1990](#), della delibera di G.C. n. 160 del 25.10.2007, relativa alla

"concessione ventinovenale per l'occupazione di sottosuolo demaniale e nulla osta per la costruzione di servitù di passaggio temporaneo a favore delle ditte proprietarie delle strutture alberghiere denominate "Hotel Paradiso", "Hotel Villa Serena" e "Hotel Europa" per la realizzazione, per la via comunale Muscogiuri, di un sistema di collegamento diretto con il complesso termale delle Nuove Terme e le predette strutture alberghiere, nonché di ogni atto preordinato, connesso e consequenziale comunque lesivo degli interessi dei ricorrenti, tra cui l'allegata relazione istruttoria e la nota GAB 4737 - prot. gen. 60189 del 3.12.2010;

In relazione ai motivi aggiunti, depositati il 9.5.2011, la sentenza del TAR ha annullato il provvedimento dirigenziale prot. n. 7077 del 14.2.2011, conosciuto a seguito della costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale avvenuta il 21.2.2011, con il quale sono stati annullati l'atto di determinazione conclusionale del procedimento (art. 14ter, commi 6bis e 9, della [legge n. 241/1990](#)) del 9.10.2008, a firma del Dirigente del V settore, relativo all'assenso ai lavori afferenti la realizzazione di un sistema di collegamento diretto tra le Nuove Terme e gli Hotel Paradiso, Villa Serena e Europa, nonché la convenzione per la concessione per l'occupazione di sottosuolo demaniale, sottoscritta con rep. 439 del 3.9.2008 e registrata in data 24.9.2008 al n. 354 presso l'Ufficio delle Entrate di Castellammare di Stabia.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che era fondata ed assorbente la seconda censura con la quale i ricorrenti lamentano l'illegittimità del provvedimento impugnato per violazione dell'art. 21onies della legge n. 241/1990, nonché per eccesso di potere sotto molteplici profili, sull'assunto che nella delibera gravata mancherebbe l'indicazione di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento della precedente delibera di Giunta e sarebbe stato omesso il necessario bilanciamento tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e l'affidamento ingenerato nei privati dall'atto eliminato in autotutela.

Il TAR ha precisato che non intendeva in alcun modo disconoscere la situazione evidenziata dalla Commissione di accesso e dal Prefetto di Napoli negli atti che hanno indotto l'Amministrazione comunale all'adozione della delibera impugnata e, segnatamente dei "collegamenti delle strutture alberghiere con la criminalità organizzata" nonché degli "abusi edilizi non sanabili" accertati presso l'Hotel Europa; tuttavia, secondo il TAR, oggetto del presente giudizio è la delibera n. 163 del 6.12.2010 nella quale non vi è alcun accenno ai predetti fatti, né tanto meno il contenuto delle risultanze dell'attività della Commissione di accesso e quello delle indicazioni del Prefetto di Napoli sono stati riportati nella stessa ovvero anche solo richiamati per relationem, in modo che li si possa ritenere parti integranti della motivazione.

Per tali ragioni, ha concluso il TAR, non è stata accolta la richiesta dell'Amministrazione comunale di acquisizione degli atti della Commissione di accesso nominata dal Prefetto di Napoli nel 2009 per dimostrare l'afferenza dei fatti oggetto di causa all'uccisione del consigliere comunale Tommasino, giacché nessuna delle predette circostanze emergeva dal provvedimento impugnato.

Il Comune appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- Motivazione carente ed erronea in merito ad un argomento decisivo della controversia;
- Violazione artt. [63](#), [64](#) e [65](#) d.lgs. 1042010 e artt. [116](#), [210](#) e [213 c.p.c.](#);
- Violazione [art. 97 Cost.](#) e [116 c.p.c.](#). Eccesso di potere per contrasto con precedenti;
- Difetto di motivazione in relazione ai fatti a fondamento del provvedimento di autotutela.

Si costituiva il ricorrente in primo grado intimato, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 4 giugno 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato.

La vicenda, nella parte rilevante per il presente giudizio, ha preso avvio con l'istanza congiunta, proposta dagli attuali appellati, assunta al protocollo comunale n. 69773 del 31.10.2006, per ottenere dal Comune di Castellamare di Stabia il rilascio dei titoli abilitativi finalizzati alla realizzazione di un sistema di collegamento diretto tra la struttura termale Nuove Terme e le rispettive strutture alberghiere; nello specifico, si trattava della realizzazione di due sottopassaggi nel sottosuolo della Via comunale Muscogiuri, che permettono di accedere dall'interno delle strutture alberghiere dei ricorrenti direttamente allo stabilimento termale Nuove Terme attraverso due gallerie vetrate da creare in superficie sull'area di proprietà della Società Immobiliare Nuove Terme (S.I.N.T.) Spa.

Il procedimento amministrativo attivato per l'esame dell'istanza congiunta, svolto attraverso una conferenza di servizi decisoria ex art. 14, comma 2, legge 241/90, si è concluso con l'approvazione della relativa proposta progettuale, con determina dirigenziale del 9.10.2008.

La Giunta Comunale di Castellamare di Stabia ha preso atto di tale esito e, per quanto di sua competenza, ha approvato lo schema di convenzione, sottoscritta dal Dirigente del Settore A.T.R. con atto rep. n. 439 del 3.9.2008, disciplinante la concessione ventinovenale a favore dell'Hotel Europa, dell'Hotel Villa Serena e dell'Hotel Paradiso, dell'occupazione del sottosuolo demaniale (delibera n. 160 del 25.10.2007).

Durante l'esecuzione dei lavori, per i quali è stata disposta la chiusura al traffico della Via Muscogiuri al fine di agevolare le opere di cantiere (ex ordinanza dirigenziale n. 307 del 20.11.2009, è stata rilevata una differente disposizione dei sottoservizi rispetto alle indicazioni fornite in sede di Conferenza di Servizi, ed è quindi sorta la necessità di presentare una parziale variante, come emerge dalla comunicazione del Direttore dei Lavori e dall'istanza di "variante in corso d'opera", rispettivamente, assunte al protocollo comunale del 17.5.2010 e 31.5.2010 (cfr. all. 8 all'appello).

L'Amministrazione comunale non ha espresso il proprio parere sulla richiesta di variante, ma ha comunicato l'avvio del procedimento volto alla "verifica della regolarità amministrativa dell'atto che ha assentito l'intervento edilizio in questione", chiedendo alla soc. S.I.N.T. di far pervenire copia della documentazione con la quale la Direzione Nazionale dell'INPS richiedeva il collegamento in argomento quale condizione di rinnovo della convenzione, nonché eventuali accordi e/o corrispondenza intercorsa con le strutture alberghiere o con altri Enti interessati (nota prot. n. 31734 del 15.6.2010, all. 9 all'appello).

Con la nota prot. n. 62196 del 14.12.2010 e con la nota prot. n. 1042 dell'11.1.2011 l'Amministrazione comunale ha comunicato un nuovo avvio di procedimento mettendo in evidenza che con la delibera di G.C. n. 163 del 6.12.2010 è stato deliberato di annullare in autotutela la delibera di G.C. n. 160 del 25.10.2007 e relativi atti, ivi compresa la Convenzione per la concessione di occupazione di suolo demaniale sottoscritta con atto rep. n. 439 del 3.9.2008.

La relazione istruttoria allegata al provvedimento di G.C. n. 163 del 6.12.2010 illustra le ragioni della decisione, sottolineando che la delibera di G.C. n. 160 del 25.10.2007 era inficiata da plurimi vizi di legittimità, ovvero:

- incompetenza dell'organo che ha emesso il provvedimento (la Giunta Comunale), in quanto solo il Consiglio Comunale può autorizzare l'utilizzo e la concessione di aree demaniali da parte di terzi ciò in osservanza dell'art. 42 del d.lgs. 267/2000, con particolare riferimento al comma 2, lett. 1);
- che la S.I.N.T., nel formalizzare il proprio interesse, aveva evidenziato che l'assenza di siffatto collegamento veniva prospettato come causa di mancato rinnovo della convenzione con l'INPS, ma

che tale circostanza non trovava riscontro nella documentazione trasmessa dalla S.I.N.T. in data 15.6.2010.

Tale delibera di annullamento in via di autotutela (delibera n. 163 del 6.12.2010), nonché il conseguenziale provvedimento applicativo prot. n. 7077 del 14.2.2011 sono stati impugnati dagli odierni appellati, in primo grado, per le seguenti ragioni:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 42 del d.lgs. 267/2000 in quanto tale disposizione normativa non include tra le competenze del Consiglio Comunale anche gli atti di concessione di occupazione di suolo demaniale;
- violazione dell'art. 21-*nonies* della legge 241/90, segnatamente per la violazione della tutela dell'affidamento in quanto la parte appellata è pervenuta ad esercitare il potere di annullamento d'ufficio a distanza di oltre due anni dall'atto di assenso all'intervento edilizio in questione e, per di più, quando i relativi lavori si trovano in fase avanzata;
- violazione degli artt. 3 e 7 della legge 241/90.

L'Amministrazione, sia in primo grado che in sede di atto d'appello, ha opposto la circostanza che la Commissione di accesso e la Prefettura di Napoli avevano evidenziato "collegamenti delle strutture alberghiere con la criminalità organizzata" nonché "abusi edilizi non sanabili", atti che hanno indotto l'Amministrazione comunale all'adozione della delibera.

Il TAR ha ritenuto che tale rilievo non fosse condivisibile per sostenere la legittimità dell'atto impugnato, poiché, sulla base del dato documentale, l'Amministrazione appellata ha sempre fatto riferimento ad un procedimento volto alla "verifica della regolarità amministrativa dell'atto di concessione demaniale" senza alcun riferimento alle ragioni sopra evidenziate, né evidenziate né richiamate *per relationem* nella motivazione posta alla base della delibera di G.C. impugnata.

Ritiene il Collegio, passando all'esame nel merito dell'appello, che è insegnamento tradizionale e consolidato quello in base al quale, nel processo amministrativo la motivazione deve precedere e non seguire il provvedimento, a tutela oltre che del buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario degli stessi principi di parità delle parti e giusto processo ([art. 2 c.p.a.](#)) e di pienezza della tutela secondo il diritto europeo ([art. 1 c.p.a.](#)) i quali convergono nella centralità della motivazione quale presidio del diritto costituzionale di difesa.

Tuttavia, il **divieto di integrazione giudiziale della motivazione non ha carattere assoluto**, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso degli **atti di natura vincolata** di cui all'art. 21-*octies* l. n. 241/1990, nei quali l'Amministrazione può **dare anche successivamente** l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la possibilità di una **successiva indicazione di una fonte normativa** non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale (cfr. [Consiglio di Stato, sez. IV, 9 ottobre 2012, n. 5257](#)).

Infatti, sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610](#) e sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376).

Inoltre, ed in particolare, la facoltà dell'Amministrazione di dare l'effettiva dimostrazione dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, nel caso di atti vincolati, esclude in sede processuale che l'argomentazione difensiva dell'Amministrazione, tesa ad assolvere all'onere della prova, possa essere qualificata come illegittima integrazione postuma della motivazione sostanziale, cioè come un'indebita integrazione in sede giustiziale della motivazione stessa.

Pertanto, alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma, **dequotando** il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata:

- **non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato;**
- nei casi in cui, in fase infraprocedimentale, **risultano percepibili** le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato;
- nei casi di **atti vincolati**.

Nel caso di specie, come aveva già affermato questa Sezione con la propria ordinanza cautelare n. 2765 del 30 giugno 2011, gli atti adottati dalla Commissione Prefettizia d'accesso, relativi alla situazione di grave infiltrazione mafiosa derivante dai collegamenti delle strutture alberghiere con la criminalità organizzata, atti riservati e, quindi, non esibibili, non si potevano ritenere indifferenti rispetto alla situazione in esame.

In primo luogo, infatti, tali atti sono stati presi in considerazione dall'Amministrazione, come risulta dalla Direttiva del Sindaco del Comune del 3.2.2010, inerente la revoca delle concessioni di aree demaniali agli alberghi delle Terme; direttiva ove ampiamente erano espresse le ragioni del provvedimento esecutivo di "autotutela", in quanto emesso in osservanza alle indicazioni del Prefetto di Napoli, ex nota prot. 659/Area 2 EE. LL. del 12 maggio 2010, indicazioni a loro volta relative agli accertamenti svolti dalla citata Commissione d'accesso ove sono di palmare evidenza i collegamenti delle strutture alberghiere con la criminalità organizzata di stampo mafioso.

Dunque, sotto il profilo formale la motivazione dell'atto, seppure con una formula criptica di relatio, sussisteva, evidenziando l'interesse pubblico al ritiro dell'atto in via di autotutela, interesse pubblico in re ipsa alla luce delle considerazioni sopra evidenziate.

In secondo luogo, tali atti hanno non solo suscitato il potere di autotutela dell'Amministrazione, ma lo hanno imposto, configurandosi quindi il ritiro dell'atto alla stregua di un atto vincolato, nel quale dunque:

- alla luce degli insegnamenti giurisprudenziali sopra evidenziati, la motivazione può anche essere oggetto di un'illustrazione postuma che non costituisce integrazione della medesima, bensì applicazione di quanto dispone l'art. 21octies, comma 2, prima parte, della l. 241/90;
- in particolare il vizio riscontrabile è un vizio solo formale, poiché manca soltanto l'integrale applicazione dello schema legale della motivazione *per relationem*, ex art. 3 l. 241/90; sarebbe stato sufficiente il richiamo diretto alla direttiva sindacale citata del 3.2.2010 (rectius: alla nota del Prefetto di Napoli prot. 659/Area 2 EE. LL. del 12 maggio 2010) per far ritenere sufficiente l'espressione della motivazione; il che conferma che la sua omissione, nel caso di specie, costituisce mero vizio di forma.

Peraltro, deve essere ulteriormente evidenziato che il ricorrente in primo grado non ha riproposto in appello, [ex art. 101, comma 2, c.p.a.](#), le censure dichiarate assorbite dal TAR (violazione e falsa applicazione dell'art. 42 del d.lgs. 2672000 in quanto tale disposizione normativa non include tra le competenze del Consiglio Comunale anche gli atti di concessione di occupazione di suolo demaniale e violazione degli artt. 3 e 7 della legge 241/90).

Si è limitato soltanto a difendersi in relazione alla censura di primo grado (violazione dell'art. 21-*nonies* della legge 241/90, segnatamente per la violazione della tutela dell'affidamento in quanto la parte appellata è pervenuta ad esercitare il potere di annullamento d'ufficio a distanza di oltre due anni dall'atto di assenso all'intervento edilizio in questione e, per di più, quando i relativi lavori si trovano in fase avanzata), accolta dal TAR e contestata dall'Amministrazione con l'atto d'appello.

Pertanto, il problema dell'illegittimità dell'atto per difetto di motivazione non può comunque essere oggetto del presente grado di giudizio, circoscritto alla sola questione della violazione dell'art. 21-*nonies*, poiché la relativa censura, non riproposta, si intende rinunciata ai sensi del citato [art. 101, comma 2, c.p.a.](#)

Violazione dell'art. 21-*nonies* che questo Collegio, a differenza del TAR, non ritiene sussistente poiché, come già anticipato, il ritiro dell'atto in presenza di una situazione di collegamento di stampo mafioso si deve intendere quale atto dovuto, atto nel quale l'interesse pubblico al ritiro del medesimo, in quanto favorevole ad una struttura legata alla criminalità organizzata è massimo e non consente evidentemente il radicamento di nessun legittimo affidamento da parte del privato coinvolto, in quanto si tratterebbe di un affidamento di tipo gravemente criminoso che l'ordinamento giuridico ha il dovere di contrastare e di reprimere.

Inoltre, deve essere osservato, proprio in relazione alle circostanze criminose sopra evidenziate, che le stesse devono intendersi ammesse e assunte in questo giudizio in relazione al principio di non contestazione che informa anche il processo amministrativo [ex art. 64, comma 2, c.p.a.](#), secondo cui "Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione (...) i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite".

Il problema interpretativo posto da tale norma e dal suddetto principio non è di facile soluzione, in realtà: la contestazione deve essere specifica; tuttavia, ciò equivale a dire che debba anche essere espressa?

E', quindi, ammissibile una contestazione implicita, laddove la parte si limiti a narrare un fatto logicamente e strutturalmente incompatibile con quanto dedotto dalla parte avversa?

In sostanza: se vi è incompatibilità logicofunzionale tra i fatti narrati dall'attore e quelli del convenuto, potrà ciò costituire "mancata contestazione specifica" così da divenire prova?

Se si opta per la tesi negativa, la parte potrebbe già ritenere provati i fatti narrati, senza alcuna dimostrazione, per merito della mancata contestazione specifica, [ex art. 64, comma 2, c.p.a.](#); se, al contrario, si opta per la tesi positiva, la parte dovrà pur sempre provare i fatti narrati, non operando il meccanismo della mancata contestazione come prova.

A favore della tesi negativa deporrebbero gli argomenti che:

- l'inciso "fatti non specificatamente contestati" sembrerebbe suggerire che la mancata ed espressa specificazione vale come mancata contestazione e, dunque, prova; ciò perché, la contestazione, per essere valida ai sensi della norma deve essere specifica: non è specifica contestazione la narrazione di un fatto incompatibile con quanto già affermato da controparte; per certi versi, la narrazione incompatibile non sarebbe neanche una "contestazione", al di là della necessità del requisito della specificità;

- la ratio della norma, tesa a "specificare" meglio la "struttura dialettica a catena" verrebbe del tutto vulnerata; anzi, addirittura si opterebbe per un'*interpretatio abrogans* dell'[art. 64, comma 2, c.p.a.](#)

A sostegno della tesi positiva preferibile, invece, militerebbero gli argomenti che:

- in effetti, il Legislatore sembrerebbe richiedere il requisito della specificità della contestazione, ma con ciò non si può intendere la necessaria espressione di contestazione, essendo ammesse contestazioni implicite; più chiaramente, non viene richiesto che i fatti siano "espressamente"

contestati, ma che la contestazione sui fatti sia specifica, con la conseguenza logicodeduttiva che, a rigore, dovrebbero essere ammesse le contestazioni implicite, purché specifiche; ne segue, ancora, de plano, che la narrazione di un fatto incompatibile con le esplicitazioni avverse, se specificatamente riferibili a queste ultime, ancorché in modo implicito, dovrà ritenersi contestazione specifica; id est: il requisito della specificità non richiede che la contestazione sia espressa, così ammettendosi narrazioni incompatibili, purché riferibili a fatti narrati dall'avversa parte processuale;

- inoltre, non sarebbe possibile considerare il fatto incompatibile tamquam non esset, privo di rilievo giuridico, in quanto la nullità, pure di parti di atti, può emergere solo nei casi di mancato raggiungimento dello scopo, [ex art. 156 c.p.c.](#) (applicabile in base alla clausola di rinvio esterno [ex art. 39 c.p.a.](#)), diversamente dall'ipotesi de quo; la narrazione di un fatto incompatibile, precisamente, permette a controparte una difesa congrua, così raggiungendo lo scopo, senza alcuna elusione; la materia processuale, in fondo, tende alla sostanza delle cose, che viene salvaguardata pure nei casi di narrazioni incompatibili;

- la ratio, poi, verrebbe comunque salvaguardata, in quanto la narrazione dei fatti dovrà essere riferibile specificatamente a quanto già dedotto dall'altra parte, seppur in modo implicito, così assicurando una maggiore specificità delle rispettive contestazioni.

Alla luce di tali rilievi, il Collegio ritiene che la narrazione di fatti incompatibili con le affermazioni della parte avversa, purché riferibili in modo specifico, ancorché in modo non espresso, è compatibile con i requisiti di necessaria specificità della contestazione, oggi codificati nell'[art. 64, comma 2, c.p.a.](#), perché tale impostazione è coerente con il dato letterale (il Legislatore richiede la "specificità", e non un richiamo "espresso"); coerente con i principi generali (in particolare, quello del raggiungimento dello scopo); coerente con la ratio sottesa alla novella del 2009, non infliggendo in alcun modo un vulnus al diritto di difesa, assicurando pur sempre un contraddittorio leale.

Anche condividendo tale secondo orientamento, il Collegio rileva che, negli atti difensivi dei ricorrenti in primo grado, appellati, non sussiste alcun elemento che possa ritenersi un'implicita contestazione dei fatti sopra evidenziati (Direttiva del Sindaco del Comune del 3.2.2010, inerente la revoca delle concessioni di aree demaniali agli alberghi delle Terme; nota del Prefetto di Napoli prot. 659/Area 2 EE. LL. del 12 maggio 2010; accertamenti svolti dalla citata Commissione d'accesso; fatti, di grave rilievo criminoso, oggetto dei predetti accertamenti), atteso che in tali atti si continuano a sostenere le ipotesi di legittimità formale e procedimentale ma non si tocca in alcun modo la sostanza dei rapporti economicosociali e criminali alla base degli stessi che, dunque, si devono dare per ammessi; con la conseguenza che si rafforzano ancora più le argomentazioni qui svolte relative alla sussistenza di un interesse pubblico in re ipsa all'annullamento qui contestato e, se si ritiene riemersa in appello la questione connessa al difetto di motivazione, non annullabile l'atto per tale vizio ai sensi del citato art. 210cties, comma 2, prima parte, l. 24190.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Concl: Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Art. 21-octies, co. 2 e divieto di integrazione giudiziale della motivazione in caso di attività discrezionale (passaggio sottolineato)

TAR LAZIO, SEZ. I, Roma - SENTENZA 4 luglio 2013, n.6595 - Pres. Piscitello – est. Gabbricci

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel giudizio introdotto con il ricorso 8008/12, proposto da Fe. Tr., rappresentata e difesa dagli avv. ti G. e G. Pellegrino, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, corso Rinascimento 11;

contro

Il Ministero della giustizia, in persona del ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato;

nei confronti di

Ro. Fi., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento con cui la ricorrente non è stata ammessa a sostenere la prova orale per la nomina a 200 posti di notaio indetto con d.m. 28 settembre 2009, come risultato dall'elenco alfabetico contenente i risultati delle valutazioni delle prove scritte elaborato dalla Commissione, pubblicato sul sito del Ministero della Giustizia in data 7.6.2012.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della giustizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2013 il cons. avv. A. Gabbricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Le tre prove scritte del concorso per la nomina a notaio hanno a oggetto un atto di ultima volontà e due atti tra vivi, l'uno di diritto commerciale e l'altro di diritto civile (art. 6 del d. lgs. 24 aprile 2006, n. 166): oltre a redigere ciascun atto, secondo la traccia fornita, il candidato deve anche separatamente esporre i principi attinenti agli istituti giuridici relativi all'atto stesso (art. 6, II comma, d. lgs. cit.).

1.2. La commissione di concorso, prima di iniziare la correzione, definisce i criteri che regolano la valutazione degli elaborati e l'ordine di correzione delle prove.

Si divide quindi in tre sottocommissioni (art. 10 d. lgs. cit.), ciascuna delle quali procede poi alla correzione di una parte degli elaborati, attribuendo conclusivamente a ciascun candidato un giudizio complessivo di "idoneità" o di "non idoneità" (art. 11); peraltro, se "dalla lettura del primo o del

secondo elaborato emergono nullità o gravi insufficienze, secondo i criteri definiti dalla commissione ... la sottocommissione dichiara non idoneo il candidato senza procedere alla lettura degli elaborati successivi" (art. 11, VII comma).

1.3. Il giudizio d'idoneità - in cui il punteggio vale motivazione - comporta l'attribuzione del voto minimo di trentacinque punti a ciascuna delle tre prove scritte; la commissione può peraltro assegnare anche un voto maggiore, fino a cinquanta punti.

1.4. Al contrario, il giudizio d'inidoneità, secondo la disciplina vigente all'epoca dei fatti di causa, doveva essere motivato (art. 11, VII comma); attualmente - ma la nuova previsione non si applica al concorso in esame - "il giudizio di non idoneità è sinteticamente motivato con formulazioni standard, predisposte dalla commissione quando definisce i criteri che regolano la valutazione degli elaborati" (così, il ripetuto art. 11, VII comma, dopo la modifica, introdotta dall'art. 34, comma L, lett. f), del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, come sostituito dalla legge di conversione 17 dicembre 2012, n. 221).

2.1.1. Il concorso a 200 posti per la nomina a notaio, cui ha partecipato parte ricorrente, risultando inidonea agli scritti, fu bandito con decreto dirigenziale 28 dicembre 2009, e la commissione plenaria si riunì il 14 marzo 2011 per fissare i criteri generali cui attenersi nella correzione.

2.1.2. Fu così anzitutto stabilito che, "nella valutazione delle soluzioni adottate" la commissione avrebbe avuto cura di considerare prioritariamente

- a) la rispondenza dell'elaborato al contenuto della traccia;
- b) l'aderenza delle soluzioni adottate alle norme ed ai principi dell'ordinamento giuridico;
- c) la corrispondenza delle soluzioni all'interesse delle parti, quale manifestato al notaio dai contraenti e disponenti;
- d) l'adeguatezza delle tecniche redazionali, anche nella prospettiva della chiarezza espositiva dell'atto".

2.1.3. Inoltre, la commissione, a integrazione di quanto previsto dalla legge, dispose "che l'esame degli elaborati possa terminare anche prima della correzione del terzo elaborato, e comunque di dover dar luogo a giudizio negativo, nelle ipotesi in cui nella correzione di uno qualsiasi degli elaborati si verifichi una delle seguenti circostanze:

- 1) errata interpretazione, ovvero comunque travisamento della traccia, tali da far pervenire il candidato alla formulazione di un atto che non realizza le finalità pratiche indicate dalle parti;
- 2) contraddittorietà tra le soluzioni adottate, ovvero tra esse o una di esse, e le relative ragioni giustificative; mancanza di adeguata giustificazione delle soluzioni adottate;
- 3) omessa trattazione di argomenti richiesti in parte teorica ovvero gravi carenze emergenti nella trattazione di argomenti richiesti in parte teorica ovvero gravi carenze emergenti nella trattazione degli stessi;
- 4) gravi, non occasionali, errori di grammatica o di sintassi".

2.1.4. Infine, la commissione decise di correggere dapprima l'atto di ultima volontà, poi l'atto di diritto commerciale e, da ultimo, quello di diritto civile.

3.1. Orbene, prima di passare a esaminare il ricorso proposto, va in generale osservato che il giudizio, operato da una commissione concorsuale sulla preparazione tecnico-scientifica del candidato, è caratterizzato da un'ampia discrezionalità tecnica, la quale limita il sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

3.2. È bensì vero che tale sindacato sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione si svolge in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza

quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo (cfr., tra le ultime C.d.S., V, 1 aprile 2011, n. 2016).

Ciò non toglie, peraltro, che il limite di tale potere di verifica sia variabile, in relazione alla natura della valutazione cui si riferisce; quanto più ampio è lo spazio d'incertezza ed opinabilità delle soluzioni, compatibili con le regole astratte delle scienze applicabili, tanto minore è il sindacato di cui dispone il giudice amministrativo ed il suo conseguente potere di annullamento: e ciò vale anche nell'ambito qui d'interesse.

3.4. Invero, la complessità, e la conseguente opinabilità delle questioni giuridiche, sottese ai quesiti che costituiscono le prove d'esame del concorso notarile, fanno sì che le relative valutazioni operate dalla commissione non siano sindacabili dal giudice amministrativo, se non nei casi in cui sussistono elementi idonei a evidenziarne uno sviamento logico od un errore di fatto o, ancora, una contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile (cfr. ex multis C.d.S., IV, 2 marzo 2011, n. 1350; id., 3 dicembre 2010, n. 8504; 9 settembre 2009, n. 5406; 29 febbraio 2008, n. 774; 22 gennaio 2007, n. 179).

3.5. In altre parole, di regola sussiste un'insindacabilità del giudizio della commissione da parte del giudice amministrativo, la quale però viene meno nei casi in cui tale giudizio sia viziato da un chiaro travisamento di fatto, ovvero da profili di palese illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà, incompletezza e incongruenza, emergenti dalla stessa documentazione, tali da configurare un palese eccesso di potere: se, in presenza di tali profili, il giudice amministrativo accoglierà il ricorso, non entrerà comunque nel merito della valutazione, proprio per via della loro evidenza (C.d.S., IV, 27 novembre 2008, n. 5862; id, 17 gennaio 2006, n. 172; id. 22 settembre 2005, n. 4989).

3.6. Tale conclusione, comunque, trova oggi conferma nella rammentata nuova formulazione dell'art. 11, VII comma, del d. lgs. 166/06: stabilendo che il giudizio di non idoneità è sinteticamente motivato con formulazioni standard, il legislatore da un canto ribadisce l'ampia discrezionalità tecnica della commissione, e, dall'altro, limita il sindacato del giudice, che - a parte casi eccezionali - non potrà più contestare l'adeguatezza della motivazione, o approfondire, se non in casi del tutto limitati il denunciato contrasto tra questa e il contenuto degli elaborati.

4.1. Passando ora a esaminare il ricorso in epigrafe, nel verbale di correzione n. 282 del 12 gennaio 2012, il seguente passo si riferisce al candidato n. 1241, poi identificato con la ricorrente Tr.:

" - Atto mortis causa: La Commissione, all'unanimità, delibera di procedere alla lettura del secondo elaborato, pur rilevando che il candidato, pur adottando la soluzione della istituzione ex art. 588 c.c. non disciplina in atto la sorte dei beni residui. Inoltre, in parte motiva non esaurientemente le ragioni giuridiche della scelta compiuta, limitandosi ad accenni.

- Atto di diritto commerciale: La Commissione, all'unanimità, delibera di procedere alla lettura del terzo elaborato, pur rilevando che il candidato non ha chiaro il regime delle autorizzazioni richieste dall'atto e le caratteristiche della comunione incidentale di azienda gestita in impresa familiare.

- Atto di diritto civile La commissione, alla unanimità, rileva che la tecnica redazionale è del tutto inadeguata, essendo l'atto costruito in maniera talmente oscura e confusa che non raggiunge le finalità richieste. In particolare, i vari aspetti vengono disciplinati in maniera difforme sia nella lunghissima premessa, sia nell'articolato, e il candidato non si pone il problema della possibilità di ritenere la caparra a fronte dell'effetto risolutivo della condizione di inadempimento prevista, omettendo di distinguere tra effetti programmatici ed attuativi del contratto. Le parti teoriche dei singoli elaborati risultano carenti dei necessari approfondimenti, se non mera parafrasi delle norme codicistiche. Pertanto, la Commissione, all'unanimità, peraltro complessivamente valutando, dichiara il candidato NON IDONEO".

4.2.1. La Tr. ha allora proposto il ricorso in esame, deducendo censure intitolate all'eccesso di potere per travisamento, contraddittorietà con i criteri di valutazione fissati dalla stessa Commissione, per irrazionalità, per genericità e insufficienza di motivazione.

4.2.2. Invero, la commissione sarebbe incorsa in un errore di fatto nel valutare il terzo elaborato, nel cui testo è inclusa, all'art. 8, una condizione risolutiva, per cui il contratto di compravendita sarebbe sottoposto "alla condizione unilaterale, risolutiva e volontaria, del mancato pagamento del prezzo da parte di Caio, al momento della stipula del verbale ricognitivo della condizione di cui al precedente articolo sette, al cui verificarsi, salvo rinuncia della facoltà di avvalersene, da parte di Tizio, si determinerà la risoluzione del presente contratto e il diritto di questi a ritenere la somma, in data odierna versata".

4.2.3. Il testo della disposizione contrattuale, secondo la ricorrente, sarebbe "chiarissimo nell'escludere che l'effetto retroattivo del verificarsi della condizione di inadempimento determinasse per il venditore l'obbligo alla restituzione della parte di prezzo già percepita, essendo espressamente previsto il suo diritto a trattenere quanto ricevuto al momento della conclusione del contratto"; nella motivazione dell'atto, inoltre, si specifica che, alla risoluzione del contratto, consegnerà il diritto di Tizio di trattenere la somma.

Non è dunque vero che la candidata non si sia posta "il problema della possibilità di ritenere la caparra a fronte dell'effetto risolutivo della condizione in inadempimento": la commissione avrebbe erroneamente addebitato all'elaborato della ricorrente la mancata previsione di un effetto, che quello invece prevede espressamente.

4.3.1. La censura è in fatto fondata, come si può pianamente ricavare dal raffronto dell'elaborato con il relativo giudizio: del resto, l'Amministrazione, nelle sue difese, implicitamente riconosce la fondatezza del rilievo, nel momento in cui sposta il proprio giudizio critico sulla mancanza di adeguata motivazione, quanto a tale profilo specifico.

4.3.2. Ebbene, il Collegio, in coerenza con le considerazioni espresse al precedente § 3, deve rilevare che proprio **l'ampio margine di discrezionalità**, riconosciuto alla commissione d'esame, impone di attribuire comunque rilevanza determinante agli eventuali travisamenti su cui si fonda il giudizio sfavorevole espresso dalla commissione stessa.

4.3.3. **Invero, a parte il caso in cui sia evidente che tale travisamento non ha in alcun modo influito sulla determinazione conclusiva, non può il giudice sottoporre quest'ultima a una sorta di prova di resistenza, valutando la rilevanza dell'errore ai fini dell'idoneità.**

In tal modo, infatti, il giudicante sovrapporrebbe la propria valutazione a quella dell'organo tecnico, dopo aver negato di poter svolgere, di norma, un sindacato sul giudizio di quello: ciò che deve evidentemente valere anche a sfavore della medesima commissione.

4.3.4. **D'altra parte, la fattispecie sanante, codificata dall'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990 - secondo cui 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 - non consente, tanto più con riferimento ad un provvedimento discrezionale, l'integrazione ex post di una motivazione carente: e tale è, evidentemente, anche quella che reca degli erronei presupposti di fatto (salvo il caso, qui non ricorrente, che si tratti di mera esplicitazione di una motivazione immanente già in nuce nel provvedimento impugnato e preceduta da nuova attività istruttoria, in quanto il vizio di omessa istruttoria ha natura sostanziale e non meramente formale o procedurale: cfr. C.d.S., IV, 27 maggio 2010, n. 3377).**

5.1. Il Collegio deve pertanto accogliere senz'altro il ricorso, annullando così il giudizio sfavorevole emesso nei confronti della ricorrente.

5.2.1. Per l'effetto, ex art. 34, I comma, lett. e) c.p.a., va ordinato all'Amministrazione resistente di ricostituire, entro sessanta giorni dalla comunicazione della presente ordinanza, la commissione esaminatrice del concorso de quo, affinché questa, in composizione diversa da quella che vi aveva originariamente provveduto, rivaluti gli elaborati della candidata Tr., dopo che ne saranno stati eliminati, per quanto possibile, tutti i segni di riconoscimento.

5.2.2. La nuova correzione andrà compiuta nel rispetto dei criteri generali fissati dalla commissione plenaria il 14 marzo 2011, e procedendo dall'atto mortis causa: la valutazione d'idoneità, infatti, può essere svolta solo apprezzando tutte le prove, ove naturalmente non si ritenga di applicare il disposto di cui al ripetuto art. 11, VII comma, del d. lgs. 166/06.

5.5.3. Ove il nuovo giudizio si concluda con l'ammissione alla fase orale, la commissione dovrà applicare alla Tr. un trattamento analogo a quello ai candidati che vi erano stati ammessi nella sessione ordinaria.

6. Le spese di lite possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato giudizio d'inidoneità, ponendo a carico dell'Amministrazione resistente gli adempimenti conseguenti, secondo quanto precisato in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio addì 20 marzo 2013 con l'intervento dei signori magistrati:

Così deciso in Roma nella camera di consiglio addì 20 marzo e 8 maggio 2013 con l'intervento dei signori magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere, Estensore

Rosa Perna, Consigliere