

N. 07373/2021REG.PROV.COLL.

N. 02575/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2575 del 2021, proposto dal comune di Ercolano, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Mainelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la signora Giuseppina De Felice, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Montefusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione terza) n. 6425 del 28 dicembre 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della signora Giuseppina De Felice;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2021 il consigliere Alessandro Verrico, nessuno comparso per le parti;

Viste le istanze di passaggio in decisione depositate in data 11 ottobre 2021 dall'avvocato Nicola Mainelli e in data 1 ottobre 2021 dall'avvocato Raffaele Montefusco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio ha ad oggetto:

a) la determinazione del comune di Ercolano – n. 15132 del 12 marzo 2019 – recante il diniego di permesso di costruire opposto alla domanda di mutamento della destinazione d'uso (da residenziale a commerciale) del piano terreno dell'immobile sito in via Cozzolino n. 100 (foglio 8, particella 2761, sub 6, destinazione di zona agricola), presentata, ai sensi dell'art. 6 l.r. n. 21 del 2003, dalla proprietaria signora Giuseppina De Felice in data 17 ottobre 2018;

b) la domanda di accertamento della intervenuta decadenza del permesso di costruire n. 10/10E del 26 gennaio 2010 e del successivo titolo in variante n. 25/2013 del 12 luglio 2013.

2. In particolare, in punto di fatto il Collegio osserva che:

i) in data 7 ottobre 2008 il comune di Ercolano, ai sensi dell'art. 31 della legge n. 47 del 1985 (pratica di condono n. 1687 del 31 luglio 1986), rilasciava in favore della istante signora Giuseppina De Felice il permesso di costruire in sanatoria prot. n. 42769, avente ad oggetto il fabbricato in esame, ricompreso in zona E/agricola del vigente P.R.G., che in tal modo acquisiva interamente destinazione residenziale;

- ii) in data 26 gennaio 2010 il comune di Ercolano rilasciava in favore della signora De Felice il permesso di costruire n. 10/10/E, recante l'autorizzazione al mutamento di destinazione da uso residenziale ad uso turistico-ricettivo con numero di posti letto pari o minore di 25;
- iii) in relazione a tale titolo, in data 14 gennaio 2011 l'istante presentava al comune di Ercolano la nota prot. n. 1771, recante la comunicazione di inizio lavori;
- iv) in data 12 luglio 2013 veniva rilasciato il permesso di costruire in variante n. 25/2013– prot. 31896 (sostitutivo del precedente titolo del 2010), recante l'autorizzazione al *“cambio di destinazione d'uso da struttura ricettiva a casa albergo per anziani ed adeguamento funzionale dell'immobile per diversa distribuzione interna, senza modifica dei prospetti e delle aree esterne”*;
- v) in data 17 ottobre 2018, la signora De Felice, con istanza presentata al protocollo dell'ente n. 57208, faceva richiesta, ai sensi dell'art. 23-ter del d.P.R. n. 380 del 2001, di cambio di destinazione d'uso da residenziale a commerciale di parte dell'immobile *de quo*;
- vi) con nota del dirigente S.U.A.P. del comune di Ercolano del 15 gennaio 2019, prot. n. 2220, veniva comunicato il preavviso di diniego *ex art. 10-bis* della legge n. 241 del 1990;
- vii) l'istante presentava le proprie osservazioni, con *e-mail* del 24 gennaio 2019 a firma del proprio tecnico di fiducia, con cui dichiarava, al fine di evidenziare l'intervenuta decadenza del permesso di costruire n. 10/10E del 26 gennaio 2010 e del successivo titolo in variante n. 25/2013 del 12 luglio 2013, di non aver mai inoltrato comunicazione di inizio dei lavori attuativi dei relativi titoli edilizi;

viii) con provvedimento prot. n. 15132 del 12 marzo 2019 il dirigente del Settore servizi per le attività produttive del comune di Ercolano ha infine adottato il citato diniego definitivo.

3. Con ricorso dinanzi al T.a.r. per la Campania (r.g.n. 2324/2019) la signora De Felice impugnava tale ultimo provvedimento, unitamente agli atti presupposti, articolando un unico complesso motivo (da pagina 4 a pagina 11 del ricorso). La ricorrente chiedeva altresì l'accertamento della intervenuta decadenza del permesso di costruire n. 10/10E del 26 gennaio 2010 e del successivo titolo in variante n. 25/2013 del 12 luglio 2013.

4. Il T.a.r. per la Campania, sez. III, con la sentenza n. 6425 del 28 dicembre 2020, ha accolto il ricorso e condannato il comune alle spese di lite (2.000,00 euro), motivando in ordine alla divergenza tra il preavviso di diniego e il provvedimento definitivo di diniego ed alla sussistenza della pregressa destinazione residenziale (la quale consentirebbe di mutare la destinazione in commerciale ex art. 6 l.r. n. 21 del 2003), in ragione della natura meramente dichiarativa dell'accertamento comunale della decadenza dei precedenti permessi di costruire (rilasciati per consentire il mutamento della originaria destinazione residenziale).

5. Il comune di Ercolano ha proposto l'appello allibrato al r.g. n. 2575/2021, per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente rigetto integrale del ricorso originario.

In particolare, l'appellante ha sviluppato due autonomi motivi (da pagina 3 a pagina 12 del gravame), in tal modo riassumibili:

a) *“Sulla erronea pronuncia ad opera dei giudici amministrativi di prime cure in ordine alla presunta violazione concretata dal comune appellante in relazione alle prescrizioni di cui all' art. 10 bis l. 241/90 - Sulla ingiusta valutazione ed interpretazione letterale dei provvedimenti*

inopinatamente annullati con la sentenza appellata”: non vi sarebbe violazione della corrispondenza tra il preavviso di diniego e il diniego definitivo, ravvisandosi tra le motivazioni dei due provvedimenti una continuità logica e cronologica, come indicato anche dalle espressioni letterali presenti nel secondo atto;

b) “*Sull’ulteriore motivo di illegittimità ed ingiustizia viziante la correttezza della decisione di primo grado per palese elusione del già rubricato art. 15 d.P.R. n. 380/01*”: in ragione della perdurante efficacia del permesso di costruire n. 10/10/E del 26 gennaio 2010, recante l’autorizzazione a mutamento di destinazione da uso residenziale ad uso turistico-ricettivo, stante la accertata circostanza della formalizzazione della comunicazione di inizio lavori (comunicata con nota prot. n. 1771 del 14 gennaio 2011) e l’assenza di richieste di accertamento della decadenza di tale titolo, non sussisterebbe il presupposto della destinazione residenziale al fine di ottenere il richiesto permesso di costruire.

5.1. Con memoria difensiva del 7 aprile 2021, si è costituita in giudizio l’originaria ricorrente, la quale, oltre ad opporsi all’appello, ha riproposto, *ex art. 101, comma 2, c.p.a.*, la domanda di accertamento dell’intervenuta decadenza del permesso di costruire n. 10/10 E del 26 gennaio 2010 e del successivo permesso di costruire in variante n. 25/2013 – prot. n. 31896 del 12 luglio 2013.

6. All’udienza del 14 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

7. Preliminarmente, a cagione della proposizione dell’appello e della reiterazione dei motivi assorbiti, il Collegio osserva che è riemerso l’intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado che perimetra necessariamente il processo di appello *ex art. 104 c.p.a.*, sicché, per ragioni di economia dei mezzi processuali e semplicità espositiva, secondo la logica affermata dalla decisione della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, devono essere esaminati direttamente gli originari

motivi posti a sostegno del ricorso introduttivo (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020 con motivazione anche su esclusione profili revocatori).

8. L'appello è fondato e deve pertanto trovare accoglimento.

9. In primo luogo, il Collegio osserva che non sussiste violazione, sia in fatto che in diritto, dell'art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990.

9.1. Al riguardo, rinviando ai precedenti della Sezione ai fini della delimitazione dell'ambito operativo dell'obbligo sancito dall'art. 10-*bis* l. n. 241 del 1990 nel testo anteriore alla riforma di cui al d.l. n. 76 del 2020 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 2965 del 2021, ivi il richiamo a Cons. Stato, Sez. IV, n. 1508 del 2018; Sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5868; Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667; Sez. I, 25 marzo 2015, n. 80/15; Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 67; Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2548), si sottolinea che:

a1) l'obbligo del preavviso di rigetto non impone, ai fini della legittimità del provvedimento adottato, la confutazione analitica delle deduzioni dell'interessato, essendo sufficiente la motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno del provvedimento finale con esclusione dell'ipotesi (che non ricorre nel caso in esame) dell'adozione del provvedimento sulla base di motivazioni del tutto nuove e non enucleabili dalla comunicazione *ex art.* 10-*bis* l. n. 241 del 1990;

a2) la carica patologica che può derivare dalla eventuale pretermissione di tale strumento partecipativo può essere neutralizzata dal principio di dequotazione dei vizi formali, trovando applicazione l'art. 21-*octies* relativo alla non annullabilità degli atti per omessa comunicazione di avvio laddove l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (come confermato, *a contrario*, dalla previsione di cui all'art. 12, d.l. n. 76 del 2020 - convertito con modificazioni nella l. n. 120 del 2020 inapplicabile *ratione temporis*).

9.2. Di conseguenza, con riferimento al caso di specie, si rileva:

b1) la sostanziale conformità e continuità tra le motivazioni del preavviso di diniego e dell'impugnato provvedimento finale, atteso che:

i) il primo, relativamente alle motivazioni ostative all'accoglimento dell'istanza, richiamando il permesso di costruire n. 10/10/E del 26 gennaio 2010 rilevava la non conformità alle NTA del PRG comunale;

ii) il diniego definitivo, al fine di respingere l'istanza, richiamava il parere del Settore pianificazione urbanistica del comune prot. n. 13575 del 4 marzo 2019, con cui si dava atto che, relativamente al permesso del 26 ottobre 2010 di cambio di destinazione da residenziale a turistico-ricettiva, era stata regolarmente trasmessa la comunicazione di inizio lavori con nota prot. n. 1771 del 14 gennaio 2011, in tal modo rivelando, per un verso, la non veridicità della contraria dichiarazione di cui alle osservazioni *ex art. 10-bis* l. n. 241 del 1990 presentate dall'istante in data 24 gennaio 2019 e, per altro verso, l'insussistenza del presupposto per invocare la decadenza del titolo;

b2) invero, già dalla lettura del preavviso di diniego emergeva chiaramente che il motivo ostativo al rilascio del permesso era costituito dall'avvenuto cambio destinazione d'uso in virtù del rilascio del precedente titolo edilizio, con conseguente insussistenza del presupposto della destinazione residenziale ai fini dell'operatività della disposizione derogatoria dell'art. 6, l.r. Campania n. 21/2003 (secondo cui *“Nei comuni di cui all'articolo 1 è consentito, in deroga alle prescrizioni degli strumenti urbanistici vigenti, il mutamento di destinazione d'uso degli immobili residenziali da adibire all'esercizio di attività produttive, commerciali, turistico - ricettive o di pubblica utilità”*);

b3) del resto, la conferma di ciò si trae dalle osservazioni rese dal privato con e-mail pec del 24 gennaio 2019, volte proprio a dimostrare l'intervenuta decadenza del titolo del 2010 e della relativa variante del 2013;

b4) peraltro, in considerazione della mancata conformità urbanistica dell'intervento *de quo*, anche in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, nel testo all'epoca vigente, dunque prima della modifica introdotta dal decreto-legge n. 76 del 2020, l'eventuale inosservanza delle garanzie procedurali della stessa legge non comporterebbe ad ogni modo l'illegittimità dell'atto quando nessuna effettiva influenza avrebbe potuto avere la partecipazione del privato rispetto alla concreta portata del provvedimento finale, il cui contenuto, pure se discrezionale, non avrebbe potuto essere diverso, e il riesercizio del potere non consentirebbe comunque di portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato (cfr., anche per riferimenti ulteriori, Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2020, n. 7043; sez. II, 9 giugno 2020, n. 3675; sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1144; sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1081; sez. IV, 28 marzo 2019, n. 2052; sez. IV, 3 dicembre 2018, n. 6824; sez. V, 9 maggio 2017, n. 2117).

10. A tale ultimo riguardo, il Collegio, prescindendo dall'esame della sussistenza in concreto dei presupposti per dichiarare decaduti i titoli edilizi del 2010 e del 2013, rileva, sulla base dei principi ritraibili dai precedenti di questo Consiglio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 4648 del 2021; *id.*, sez. IV, n. 2078 del 2020; *id.*, sez. II, n. 2206 del 2020), la necessità dell'adozione di un formale provvedimento in relazione all'esercizio del potere attribuito dall'art. 15 t.u. edilizia. Pertanto, in conformità coi principi generali di trasparenza e certezza giuridica *ex* artt. 1 e 2, l. n. 241 del 1990, è sempre richiesto che l'amministrazione si pronunci con provvedimenti espressi, sia pure con valenza ricognitiva di effetti discendenti direttamente dalla legge.

10.1. Ciò, *a fortiori*, deve essere affermato in ragione della natura eccezionale della disposizione derogatoria dell'art. 6 l.r. Campania n. 21/2003, con cui il legislatore regionale si è limitato ad autorizzare esclusivamente il mutamento di destinazione da residenziale in altro.

10.2. In tal senso depone altresì il fenomeno di cristallizzazione degli effetti del condono edilizio straordinario che, in linea generale, non consente la modificazione ulteriore dei manufatti sanati, richiedendo sempre, per successivi mutamenti, la conformità ai parametri urbanistici da assodarsi con provvedimenti formali.

Del medesimo tenore, del resto, è la consolidata giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1326 del 2017; sez. V, n. 673 del 2015), che ravvisa nell'istituto del condono edilizio la finalità di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, con il rilascio di un titolo che consenta l'ulteriore utilizzazione di un edificio realizzato in tutto o in parte in modo abusivo. Ne consegue, pertanto, che lo stesso non può essere utilizzato per legittimare ulteriori lavori o attività eccedenti la situazione in atto, né tampoco per rendere automaticamente edificabile tutta la zona in cui le opere sanate insistono (al di là di piani di recupero per ricostruire il tessuto urbano compromesso da tali abusi), né a più forte ragione per consentirsi *ex novo* il mutamento di una destinazione difforme da quella in atto ovvero lo svolgimento di qualsivoglia attività economica o imprenditoriale diversa da quella a suo tempo cristallizzata dal provvedimento di condono.

10.3. Peraltro, nella specie non sussistono i presupposti perché il giudice amministrativo esamini una domanda di accertamento e di sostanziale condanna in controversia avente ad oggetto interessi legittimi (cfr., Cons. Stato, sez. IV, nn. 594 del 2021, n. 1141 del 2018, n. 4153 del 2018, n. 444 del 2017, n. 293 del 2017 ivi i

riferimenti alle Adunanze plenarie nn. 11 del 2016 [§ 41], n. 5 del 2015 [§ 8.3.2.], n. 15 del 2011, n. 3 del 2011).

Invero, affinché si possa accertare la fondatezza della pretesa, ai sensi del combinato disposto degli artt. 30, comma 1, 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c) e comma 2, c.p.a., occorre non solo che l'esercizio della funzione pubblica sia interamente vincolato ma che non siano necessari adempimenti istruttori, evenienza questa che non si verifica in relazione all'esercizio dei poteri di cui all'art. 15 t.u. edilizia che impone sempre rigorosi e talora complessi accertamenti in fatto (come nel caso di specie), sia per la verifica della intervenuta decadenza, sia per la concessione del beneficio della proroga del termine di esecuzione dei lavori (che implica, in aggiunta ai riscontri istruttori, valutazioni discrezionali di natura tecnico amministrativa sulle ragioni della proroga).

10.4. Con specifico riferimento al caso in esame, si osserva, pertanto, che l'assenza di accertamento da parte del comune della decadenza dei titoli n. 10/10 e n. 25/2013, nonché delle relative richieste da parte del privato, porta ad affermare che non è stata provata, al momento della domanda di rilascio del nuovo permesso di costruire (17 ottobre 2018), la destinazione d'uso residenziale dell'immobile, derivante dall'originario permesso di costruire in sanatoria prot. n. 42769 del 7 ottobre 2008, con conseguente insussistenza del presupposto per l'operatività dell'invocato art. 6 l.r. n. 21 del 2003, ai fini dell'accoglimento dell'istanza in oggetto.

11. In conclusione, in ragione di quanto esposto, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso originario.

Sono fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che il comune dovrà eventualmente emanare successivamente alla presentazione, da parte dell'interessata, di una istanza

volta a far dichiarare la decadenza dei precedenti titoli edilizi ed a conseguire, in presenza di tutte le condizioni di legge, il rilascio di un nuovo permesso che modifichi la destinazione d'uso dell'immobile.

12. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate per la novità e complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello r.g. n. 2575/2021, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del T.a.r. per la Campania, sez. III, n. 6425 del 28 dicembre 2020, respinge il ricorso originario r.g. n. 2324/2019.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

Michele Pizzi, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI