Pubblicato il 26/01/2022

Sent. n. 513/2022

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3579 del 2021, proposto da [omissis], rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Gargano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Russo in Napoli, via Cesario Console 3;
contro
Comune di San Vitaliano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Lauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per l'annullamento
del diniego di permesso di costruire prot. n. [omissis] del Comune di San Vitaliano.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Vitaliano;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 gennaio 2022 la dott.ssa Germana Lo Sapio 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 Parte ricorrente ha impugnato il provvedimento del comune resistente, prot. n. [omissis], recante il diniego al rilascio del permesso di costruire per "*intervento di completamento e cambio di destinazione d'uso da attività produttiva a residenziale – art. 7 comma 6 L.R. n. 19/2009*".
1.2. Il procedimento è stato avviato su istanza della ricorrente, inoltrata presso gli uffici comunali in data 30 dicembre 2019 prot. 13443, ed è stato preceduto dal preavviso di diniego ex art. 10-*bis* della legge 241/90 prot. 3608 del 18 marzo 2021 con il quale il Comune aveva rilevato, quale motivo ostativo, la mancata attestazione della destinazione produttiva originaria, oggetto della richiesta trasformazione in senso residenziale, poiché l'immobile si presentava allo stato rustico e non risultava rilasciata la certificazione di agibilità, né comprovata l'ultimazione dei lavori ("*il mutamento di destinazione d'uso a fini abitativi, in deroga agli strumenti urbanistici, consentito agli immobili destinati prevalentemente a uffici e residenze o alloggi si servizio (art. 7 comma 6 della legge regionale 19/2009) non trova applicabilità nel caso dell'immobile in esame, che, presentandosi allo stato rustico, non ha consolidato attraverso l'ultimazione lavori, gli accastamenti e l'agibilità, la destinazione indicata nei grafici progettuali*").
1.3. In sede procedimentale, l'interessata ha formulato plurime osservazioni – di cui alla nota prot. [omissis] - sollevando contestazioni sia in fatto che in diritto in relazione alle ragioni oggetto di

preavviso ovvero che: a) che l'edificio era stato ultimato, risultando mancante solo delle finiture, tanto da risultare accatastato e dotato di certificato di collaudo, depositato presso il Genio civile di Napoli in data [omissis]; b) che la legge regionale 28 dicembre 2009 n. 19 prevedeva per "*volumetria esistente*" anche quella ultimata, ma non ancora dotata di certificato di agibilità; c) che la disposizione normativa di cui al comma 6 dell'art. 7 della citata legge si riferisce comunque ad edifici "*destinati prevalentemente ad uffici e residenze o alloggi di servizio*" e non già adibiti a tali destinazioni; d) che le tavole progettuali a corredo dell'istanza riportavano lo stato dei luoghi e quello di progetto, non i grafici relativi al precedente permesso di costruire n. [omissis].
1.4. Deve sottolinearsi – trattandosi di questione dirimente nella presente controversia – che il provvedimento conclusivo di diniego, oltre a richiamare le ragioni ostative già anticipate e oggetto di contraddittorio endoprocedimentale, è fondato anche su motivi ulteriori.
L'amministrazione, in particolare, ha rappresentato che l'art. 7 -rubricato "*riqualificazione aree urbane degradate"*- comma 6 ("*nelle aree urbanizzate con le esclusioni di cui all'articolo 3, per edifici non superiori a diecimila metri cubi destinati prevalentemente ad uffici e residenze o alloggi di servizio che non abbiano goduto dei benefici contributivi, in deroga agli strumenti urbanistici vigenti, è consentito il mutamento di destinazione d'uso a fini abitativi con una previsione a edilizia convenzionata in misura non inferiore al venti per cento del volume dell'edificio, nel rispetto delle caratteristiche tecnico-prestazionali di cui al comma 4 dell'articolo 4 o del comma 5 dell'articolo 5")* presuppone che l'area di insistenza dell'immobile oggetto di intervento debba necessariamente qualificarsi come "*urbana degradata*", la cui definizione normativa è contenuta nell'art. 2 comma 1 lett. a) della medesima legge ("*per aree urbane degradate si intendono quelle compromesse, abbandonate, a basso livello di naturalità, dismesse o improduttive in ambiti urbani ed in territori marginali e periferici in coerenza al Piano territoriale regionale (PTR) di cui alla legge regionale n. 13/2008*"), qualificazione non rinvenibile nel caso specifico.
Ha dedotto, inoltre, che l'art. 3 comma 1 lett. a) richiede che l'immobile, del cui cambio di destinazione si tratta, sia stato realizzato sulla base di un titolo edilizio efficace, mentre per la parte non ultimata, il permesso di costruire risalente al [omissis] sarebbe "decaduto" con conseguente sua inefficacia *in parte qua*.
2. Il ricorso è fondato, essendo condivisibile la prima censura concernente la violazione dell'art. 10-*bis* della legge 241/90.
3.1. Con il predetto motivo, parte ricorrente lamenta, in particolare, la violazione delle garanzie procedimentali, ed in particolare la violazione degli artt. 3, 6 e 10-*bis* della legge 241/90, avendo l'amministrazione precluso, supportando la determinazione finale con ragioni in oggetto di preavviso, l'attivazione del contraddittorio nell'ambito del procedimento avviato su sua istanza.
3.2. Come osservato dalla più recente giurisprudenza, anche di questo Tribunale, il c.d. preavviso di rigetto, nel caso di procedimento iniziato a seguito di istanza di parte, riveste un ruolo fondamentale nello svolgimento delle funzioni ampliative o conformative della posizione giuridica del privato, poiché mira a dar luogo ad un contraddittorio endoprocedimentale a carattere necessario, non solo anticipando nella fase del "giusto procedimento" le garanzie del "giusto processo" in ottica difensiva; ma consentendo un ruolo collaborativo del privato nella fase della valutazione anche in fatto delle circostanze rilevanti nella specifica vicenda, allo scopo di contribuire a far emergere elementi utili ad una adeguata istruttoria (cfr. T.A.R. Napoli, sez. VIII, 21 giugno 2021, n.4264).
La limitazione all'applicazione di tale istituto ai provvedimenti vincolati troverebbe giustificazione, secondo una parte della giurisprudenza, solo laddove sia "*palese*" che, anche con la partecipazione all'istruttoria procedimentale del privato, il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, in applicazione del principio consacrato nell'art 21-*octies* della legge 241/90 (Cons. Stato sez. II, 2 agosto 2021, n.5676).
3.3. L'esigenza del pieno rispetto delle garanzie procedimentali enucleabile dall'art. 10-*bis* della legge 241/90 non può essere obliterata qualora invece il provvedimento finale di diniego sia fondato su motivazioni ulteriori rispetto a quelle oggetto di preavviso, poiché in tal caso tali garanzie sono formalmente rispettate, avendo l'amministrazione adottato comunque il preavviso di rigetto e quindi

attivato il contraddittorio procedimentale, ma nella sostanza eluse, non avendo potuto il privato sostanzialmente contribuire in relazione ai motivi ulteriori dedotti dall'amministrazione a supporto del diniego e non evincibili da quelli espressamente indicati (cfr. in tal senso, T.A.R. Napoli, Sez. III, 28 dicembre 2020, n. 6425 "*è illegittimo, per violazione dell'art. 10-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241, il provvedimento di diniego la cui motivazione sia arricchita di ragioni giustificative diverse e ulteriori rispetto a quelle preventivamente sottoposte al contraddittorio procedimentale attraverso la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato*"; cfr. anche T.A.R. Salerno, sez. I, 17 maggio 2021, n.1236).
3.4. Resta ovviamente inteso che la natura diversa e ulteriore di motivi di diniego deve essere indagata non in senso formalistico, ma guardando all'effettiva vicenda fattuale e giuridica come emerge dalla complessiva motivazione del provvedimento e dall'istruttoria procedimentale, poiché se è vero che non deve sussistere un rapporto di identità e di perfetta corrispondenza tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, potendo l'amministrazione precisare la propria determinazione anche alla luce delle osservazioni del privato, è altresì necessario che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo del diniego si inserisca comunque nello schema delineato dalla comunicazione resa ai sensi dell' art. 10 bis della legge 241/1990 (cfr. T.A.R. Bari, sez. II, 4 giugno 2021, n. 973; T.A.R. Napoli, sez. IV, 9 marzo 2020, n.1041).
4.1. Nella fattispecie in esame, nessuno dei motivi ulteriori dedotti dall'amministrazione nella determinazione finale (sintetizzati *supra* al punto 1.4.) poteva evincersi dal preavviso di diniego; né essi hanno preso l'abbrivio dalle osservazioni endoprocedimentali formulate dall'interessata in riscontro del preavviso, le quali, pur facendo riferimento alla medesima disposizione dell'art. 7 comma 6, hanno riguardato non i profili urbanistici relativi all'area di insistenza dell'immobile (ovvero la sua qualificabilità come "*area degradata*"), ma quelli edilizi concernenti la destinazione originaria dell'edificio dismesso.
4.2. Va peraltro evidenziato che tra tali distinti elementi di valutazione, pure entrambi imposti dalla disposizione normativa invocata dal privato (art. 7 della legge regionale 19/2009), sussiste un rapporto logico di priorità, poiché l'esclusione della natura degradata dell'area, secondo la prospettiva interpretativa dell'amministrazione, consente di escludere in radice la ammissibilità dell'intervento richiesto, riguardando indistintamente tutti gli edifici ivi insistenti, senza la necessità di vagliare la sussistenza dei requisiti specifici del singolo immobile; non è pertanto rinvenibile un medesimo schema entro cui sussumere entrambi i profili, potendo invece ragionevolmente ritenersi che, avendo l'amministrazione incentrato il contraddittorio sui requisiti dell'edificio, avesse implicitamente esaminato in senso positivo il presupposto generale relativo alla conformazione dell'area.
4.3. Peraltro può osservarsi che il presupposto della natura degradata o meno dell'area di insistenza dell'intervento involve questioni, oltre che giuridiche ("*dal tenore letterale dell'art. 7 della L.R. n. 19 del 2009 (così come risultante dalle modifiche apportate, tra l'altro, dalla L.R. n. 1 del 2011) si evince che il Legislatore regionale ha inteso normare le modalità e gli strumenti di riqualificazione delle aree urbane degradate, sicché la rubrica dell'articolo - ancorché di per sé in linea generale non determinante - nel caso specifico ne definisce fedelmente il contenuto precettivo; questo stesso Tribunale (VII, 19/11/2018, n.6699) ha chiarito che l'art. 7 della L.R. n. 19 del 2009 è stato introdotto con la finalità specifica e dichiarata della "risoluzione delle problematiche abitative e della riqualificazione del patrimonio edilizio e urbanistico esistente...attraverso la promozione dello sviluppo sostenibile ...e con strategie per la valorizzazione del tessuto urbano, la riduzione del disagio abitativo, il miglioramento delle economie locali e l'integrazione sociale". L'interpretazione cui accede il Collegio trova fondamento, altresì, nel carattere eccezionale della normativa sul c.d. Piano casa e sulla conseguente "necessità di una sua interpretazione restrittiva, ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale"* (T.A.R. Campania Napoli, Sez. II, 17 febbraio 2020, n. 749), anche fattuali, dovendo comprovarsi, secondo un orientamento giurisprudenziale, la condizione di degrado dell'area medesima (Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2021, n.7020), cosicché anche sotto questa prospettiva non può ritenersi "palese" che l'istruttoria procedimentale avrebbe comunque

condotto alla medesima determinazione oggetto di questo giudizio ex art. 21-octies della legge 241/90.
4.4. Né d'altra parte la dedotta decadenza parziale dell'efficacia del precedente permesso di costruire risalente al [omissis], con la conseguente "*irregolarità edilizia*" *in parte qua* dell'edificio è stata precedentemente dedotta dal Comune, né in questo né in altri procedimenti ex art. 15 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, relativi all'immobile in controversia.
5. La fondatezza della prima censura è sufficiente a condurre all'annullamento del diniego impugnato. Appare però doveroso esaminare anche i restanti motivi, al fine di restringere l'ambito entro il quale dovrà esplicarsi, in ottemperanza della presente decisione, la riedizione del potere autorizzatorio.
6. Il secondo motivo è infondato.
Anche prescindere dalle specificità del procedimento autorizzatorio concernente un immobile diverso appartenente a soggetti estranei a questo giudizio, analiticamente evidenziate dal Comune negli atti difensivi, è sufficiente osservare che il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà risulta riscontrabile a fronte di un'azione amministrativa connotata da margini di discrezionalità ed è in ogni caso riferibile ad atti assunti nell'ambito del medesimo procedimento o di procedimenti connessi, riguardanti il medesimo rapporto amministrativo in contestazione: "*il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà o per disparità di trattamento non è predicabile per gli atti vincolati*" (Cons. Stato, sez. II, 16 novembre 2020, n. 7104); "*secondo il consolidato indirizzo, il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà tra gli atti può configurarsi solo allorché sussista, tra più atti successivi di un medesimo procedimento, un contrasto inconciliabile, tale da far dubitare su quale sia l'effettiva volontà dell'Amministrazione, mentre non sussiste tra atti di distinti ed autonomi procedimenti quando si tratti di provvedimenti che, pur riguardando lo stesso oggetto, siano stati adottati all'esito di procedimenti indipendenti e ad intervalli di tempo l'uno dall'altro (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 7 febbraio 2018, n. 806)"*(Cons. Stato, Sez. VI, 3 agosto 2021, n. 5733).
7. E' invece fondato il terzo motivo.
7.1. L'art. 7 comma 6 della legge regionale 19/2009 prevede, come sopra riportato, che "*nelle aree urbanizzate con le esclusioni di cui all'articolo 3, per edifici non superiori a diecimila metri cubi destinati prevalentemente ad uffici e residenze o alloggi di servizio che non abbiano goduto dei benefici contributivi, in deroga agli strumenti urbanistici vigenti, è consentito il mutamento di destinazione d'uso a fini abitativi con una previsione a edilizia convenzionata in misura non inferiore al venti per cento del volume dell'edificio, nel rispetto delle caratteristiche tecnico-prestazionali di cui al comma 4 dell'articolo 4 o del comma 5 dell'articolo 5*".
L'esigenza di interpretare tale disposizione alla luce delle categorie giuridiche contenute nelle norme di principio che regolano la materia del "governo del territorio" induce a ritenere che per destinazione debba intendersi, analogamente a quanto evincibile dall'art. 23-*ter* del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, quella risultante dai titoli giuridici o dalle risultanze catastali (T.A.R. Napoli, sez. III, 5 maggio 2006, n. 2242), essendo irrilevante un uso concreto che si assume sia o meno stato praticato sull'immobile. La giurisprudenza ha infatti chiarito che la destinazione di un immobile non si identifica con l'uso che ne fa in concreto il soggetto che lo utilizza (mutamento d'uso di fatto), ma con quella impressa dal titolo abilitativo, assumendo una connotazione oggettiva che vale ad individuare in modo inconfutabile ed evidente un determinato bene (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1712 "*dovendosi del tutto escludere il rilievo di un uso di fatto che in concreto si assume sia stato praticato sull'immobile, risultante da circostanza di mero fatto. Tale uso, quantunque si sia protratto nel tempo, è comunque inidoneo a determinare un consolidamento di situazioni ed a modificare ex se la qualificazione giuridica dell'immobile*"). In altri termini, la destinazione d'uso giuridicamente rilevante di un immobile è unicamente quella prevista da atti amministrativi pubblici, di carattere urbanistico o catastale.
7.2. Nel caso di specie, la destinazione originaria va pertanto rinvenuta nel permesso di costruire del [omissis], e non in un atto diverso quale quello di agibilità che ha funzioni diverse da quelle edilizie. Ciò consente peraltro di confermare quanto già sopra evidenziato (cfr. *supra* punto 4.4.): ovvero che, anche con riguardo alla individuazione della destinazione originaria dell'immobile, rileva il

precedente titolo edilizio e quindi la questione, dedotta “a sorpresa” nella determinazione finale, della sua persistente efficacia.
8. In conclusione, il ricorso va accolto. La regolamentazione delle spese segue il principio generale di soccombenza, con liquidazione contenuta nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla il provvedimento di diniego prot. n. 5807 dell’11 maggio 2021.
Condanna l’amministrazione al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente che liquida in complessivi euro 3000,00 oltre accessori come per legge e oltre il rimborso del contributo unificato se versato.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:
Paolo Corciulo, Presidente
Maria Laura Maddalena, Consigliere
Germana Lo Sapio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO