

Pubblicato il 07/02/2023

N. 01322/2023REG.PROV.COLL.
N. 02568/2017 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 2568 del 2017, proposto dai sigg. Antonio Marrocco e Mariagrazia Marrocco, rappresentati e difesi dagli avvocati Sergio Como e Anna Chiara Forte, con domicilio eletto presso lo studio Anna Chiara Forte in Roma, via Po, 45;

contro

il comune di Cassino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giancarlo Fumo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudio Morici in Roma, via Germanico, 24;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sezione staccata di Latina, n. 613 del 12 ottobre 2016, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2023 il consigliere Giuseppe Rotondo; nessuno presente per le parti; dato atto dell'istanza di passaggio in decisione depositata dagli avvocati Sergio Como e Anna Chiara Forte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito:

a) dalla domanda di annullamento della determinazione dirigenziale prot. 51863, del 3 dicembre 2013, con la quale il comune di Cassino ha rigettato le osservazioni presentate dalla signora Maria Grazia Marrocco in relazione al preavviso di rigetto dell'istanza prot. 49609 del 29 ottobre 2009, e contestualmente denegato il rilascio del relativo permesso di costruire;

b) dalla domanda di risarcimento dei danni da ritardo procedimentale, quantificato in euro 50.000,00.

2. Questi gli snodi principali della vicenda:

a) i signori Antonio e Maria Grazia Marrocco, nella qualità di proprietari del terreno sito in Cassino, alla via G. Di Biasio, individuato nell'area in catasto al foglio 45, instavano il comune di Cassino, in data 29 ottobre 2009, per il rilascio di un permesso a Costruire per la costruzione, su detto terreno, di un fabbricato con indice di fabbricabilità a 1,5 mc/mq da adibire a civili abitazioni e locali commerciali;

- b) con nota del 30 gennaio 2010, il responsabile dello sportello unico edilizia (SUE) riscontrava carenze documentali negli elaborati depositati a corredo dell'istanza per cui sospendeva l'istruttoria in attesa delle integrazioni;
- c) i signori Marrocco depositavano, in data 28 giugno 2010, i documenti richiesti;
- d) in data 28 dicembre 2010, il responsabile del procedimento esprimeva parere favorevole al rilascio del titolo edilizio;
- e) in data 29 dicembre 2010, lo stesso responsabile invitava i signori Marrocco ad ulteriori integrazioni documentali necessarie al fine di procedere al rilascio del permesso (tra cui, il nulla osta della soprintendenza archeologica e l'autorizzazione paesaggistica);
- f) in data 5 maggio 2011, la signora Maria Grazia Marrocco depositava la sollecitata documentazione integrativa, tra cui il parere della soprintendenza ai beni archeologici, "non ostativo alla realizzazione dell'intervento"; nonché il parere di compatibilità paesaggistica della soprintendenza ai beni architettonici e paesaggistici ("positivo nel merito alla compatibilità paesaggistica delle opere");
- g) in data 6 maggio 2011, con determinazione n. 700, il comune di Cassino rilasciava l'autorizzazione paesaggistica;
- h) stante l'inerzia del comune al rilascio del permesso di costruire, gli istanti, in data 28 ottobre 2011, diffidavano l'amministrazione con formale atto di diffida e messa in mora al fine di "ottenere il materiale rilascio dell'atto di permesso di costruire preannunciato";
- h) persistendo l'inerzia, con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per il Lazio, sede di Latina (allibrato al nrg n. 1131 del 2011), i signori Marrocco chiedevano la declaratoria di "illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione resistente sull'atto di diffida e messa in mora inviata al Comune, e, per l'effetto, di ordinare agli organi comunali competenti dell'Amministrazione resistente il rilascio del permesso di costruire già assentito, consegnandone copia ai ricorrenti";
- i) il T.a.r., con sentenza n. 264/2012, depositata il 4 aprile 2012, rilevava *"la fondatezza del ricorso, essendo indubbio l'obbligo del Comune di Cassino di concludere il procedimento, assumendo motivata determinazione, di segno positivo o negativo, sull'istanza di permesso a costruire dei ricorrenti per violazione dell'art. 20 comma 9 del D.P.R. 380/01 e del principio generale codificato dall'art. 2 della L. 241 del 1990, per il quale ove il procedimento consegue obbligatoriamente ad una istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la P.A. ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso, quale che sia il suo contenuto. Il ricorso va dunque accolto e per l'effetto deve essere ordinato al Comune di Cassino, ex art. 21 bis della L. n. 1034/71, di concludere il procedimento entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla notificazione o comunicazione in via amministrativa della presente decisione"*;
- l) la sentenza veniva appellata per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, dedotta dalla parte in relazione alla mancata condanna del comune al rilascio del titolo edilizio richiesto; l'appellante riteneva non soddisfattiva la pronuncia per aver semplicemente "ordinato al Comune di Cassino, ex art. 21 bis della L. n. 1034/71, di concludere il procedimento entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla notificazione";
- m) il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2909 del 28 maggio 2013, dopo avere qualificato la domanda nei termini di cui sopra, dichiarava inammissibile l'appello per carenza di interesse, *"avendo il giudice soddisfatto (anche ultra petita) la domanda. Infatti, dall'accoglimento del presente appello, la parte non potrebbe ritrarre altro vantaggio che un minus di quanto già attribuitogli dal T.A.R."*;
- n) ripreso il procedimento, il dirigente del settore urbanistica, con nota prot. 37709 del 18 settembre 2013, comunicava agli istanti i motivi ostativi al rilascio del titolo edilizio;
- o) in data 1 ottobre 2013, gli appellanti presentavano le proprie controdeduzioni e osservazioni, evidenziando che il rilascio del titolo era dovuto in ottemperanza alla decisione del Consiglio di Stato (sentenza n. 2909 del 28 maggio

2013) e che non sussistevano impedimenti di carattere urbanistico siccome già vagliati nel corso della precedente istruttoria dal responsabile del procedimento);

p) infine, con determinazione n. 51863, del 3 dicembre 2013, il dirigente del settore urbanistica del comune di Cassino - in ottemperanza alla sentenza del T.a.r. per il Lazio n. 264/2012 – negava il rilascio del titolo edilizio *“considerato che l’ulteriore sviluppo dell’istruttoria, sviluppato sulla base delle osservazioni presentate, ha evidenziato la sussistenza/permanenza dei seguenti elementi ostativi all’accoglimento dell’istanza: L’area ... ricade ...: 1) per circa 2/3 dell’intera superficie in zona bianca, senza alcuna campitura, situata all’interno del perimetro della zona B1, la cui regolamentazione è demandata ai piani particolareggiati ...; 2) per 1/3 dell’intera superficie in zona interessata a viabilità pubblica (via Vagni). Detta area ricade, altresì, all’interno della delimitazione del centro urbano di Cassino ... Secondo le prescrizioni indicate al punto 1), l’edificazione è consentita solo previa redazione di piano attuativo (attualmente non presente sull’area in esame) ...Secondo quanto previsto al punto 2)”* la previsione di p.r.g. comporta *“l’apposizione di un vincolo di natura espropriativa”*.

2. Avverso la determinazione di diniego i sigg. Marrocco proponevano ricorso (n.r.g. 117 del 2014) innanzi al T.a.r. per il Lazio, sede di Latina, chiedendone l’annullamento nonché il risarcimento dei danni. Il ricorso veniva affidato a tre motivi di gravame (estesi da pagina 5 a pagina 17).

2.1. Si costituiva il comune di Cassino, per resistere.

2.2. Il T.a.r., con sentenza n. 613 del 12 ottobre 2016:

a) respingeva, con dovizia di argomenti, tutte le censure di cui al secondo motivo (perimetrando l’esatta portata della *norma agendi* riveniente dalle pronunce del T.a.r. e del Consiglio di Stato (rispettivamente nn. 264 del 2012 e n. 2909 del 2013);

b) in relazione al primo motivo:

b1) riteneva fondata la censura relativa alla porzione maggiore del lotto pari a due terzi (capo non impugnato dal comune);

b2) riteneva infondata la censura relativa al restante terzo del lotto;

c) escludeva che potesse essere annullato un diniego plurimotivato a cagione della illegittimità di una sola delle autonome *rationes decidendi*;

d) respingeva la domanda di risarcimento del danno;

e) condannava i ricorrenti alle spese di lite (euro 2.500,00)

3. Hanno appellato i signori Marrocco, che articolano 7 autonomi motivi di gravame (estesi da pagina 6 a pagina 19 del ricorso):

a) con i primi 5, reiterano criticamente le domande di annullamento e di risarcimento danni articolate in prime cure;

b) con il motivo n. 6 contrastano il capo della sentenza che ha regolato le spese di lite;

c) con il motivo n. 7, infine, deducono asseriti ulteriori vizi motivi di legittimità del provvedimento impugnato in prime cure scaturenti dall’esame di due delibere approvate dal comune successivamente alla conclusione del giudizio di primo grado (delibera consiglio comunale n. 66 del 24 ottobre 2016; delibera giunta comunale 17 novembre 2016 relative alla cd “Variante ex area Secim”).

3.1. Si è costituito il comune di Cassino, per resistere all’appello.

3.2. Nel corso del giudizio:

a) parte ricorrente ha più volte manifestato - anche ai sensi dell’art. 82 c.p.a. - l’interesse alla coltivazione dell’appello;

b) le parti hanno prodotto memorie difensive e in replica rispettivamente, il comune in data 12 e 29 dicembre 2022 e i signori Marrocco in data 15 e 23 dicembre 2022.

4. All’udienza del 19 gennaio 2023, la causa è stata trattenuta per la decisione.

5. Preliminarmente, il collegio rileva che:

a) è tardiva la memoria di replica prodotta dal comune alle ore 12.07 del giorno 29 dicembre 2022 per la violazione del combinato disposto degli artt. 73, comma 1, e 4, comma 4, disp. att. c.p.a. (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, nn. 5767 del 2021; 1841 del 2021);

b) in appello, è stato devoluto l'intero *thema decidendum* trattato in primo grado, pertanto, 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, saranno esaminati direttamente i motivi originari posti a sostegno del ricorso di primo grado i quali perimetrano obbligatoriamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a. (sul principio e la sua applicazione pratica, fra le tante, cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020, n. 1130 del 2016, sez. V, n. 5868 del 2015; sez. V, n. 5347 del 2015).

6. L'appello è infondato e deve essere respinto.

6.1. Il primo motivo del ricorso di primo grado, di carattere sostanziale, si scinde in due censure: la prima censura, avversa il diniego di permesso di costruire (p.d.c.) nella parte in cui richiede, per i 2/3 del lotto, la preventiva approvazione del piano attuativo per la edificazione (censura accolta dal T.a.r.); la seconda censura, aggredisce il diniego nella parte in cui, per il restante terzo del lotto, applica la disciplina delle zone bianche ex art. 9, d.p.r. n. 380 del 2001 (t.u. edilizia).

Il secondo motivo, introduce una serie di censure di carattere procedimentale, ovvero relative alla violazione del giudicato.

Il terzo motivo introduce la domanda di risarcimento del danno.

7. La prima censura, dedotta con il primo motivo di gravame originario relativa alla porzione maggiore del lotto, è stata accolta dal T.a.r.; il relativo capo di sentenza non è stato impugnato dal comune.

8. Con la seconda censura, introdotta sempre con il primo motivo del ricorso introduttivo, i signori Marrocco hanno censurato il diniego opposto dal comune all'edificazione sul restante terzo del lotto in questione.

8.1. Gli appellanti sostengono che sulla restante parte del lotto, circa 1/3 dello stesso, gravava un vincolo espropriativo da ritenersi oggi decaduto per il decorso infruttuoso del termine. Tale decorso del tempo, affermano, non penalizzerebbe lo *ius aedificandi*, bensì, comporterebbe l'immediata cessazione di efficacia del vincolo, e non della sua mera esecutorietà, con la conseguenza della necessaria ri-espansione delle ordinarie facoltà dominicali di utilizzazione del bene da parte del proprietario e del diritto al rilascio del p.d.c. secondo i generali criteri dettati dalle leggi urbanistiche, come se il vincolo non fosse mai esistito. Il notevole lasso di tempo comporterebbe, altresì, la cessazione del suo assoggettamento al regime delle zone bianche, con il conseguente passaggio dal regime di transitorietà alla disciplina ordinaria. La mancata realizzazione della strada di collegamento (prevista su tale porzione di lotto, in funzione della quale era stato apposto il vincolo) non è mai stata realizzata e neppure avrebbe più ragione di esserlo in quanto il previsto collegamento sarebbe stato realizzato da altra strada parallela.

9. La censura è infondata.

10. L'amministrazione ha fatto corretta applicazione di norme inderogabili, nella specie dell' art. 9, t.u. edilizia.

10.1. L'edificazione, nella zona in cui ricade l'area degli appellanti (B1 di completamento) è assoggettata alla previa redazione di apposito strumento urbanistico attuativo.

10.2. L'art. 9 cit. dispone, al comma 2, che "*Nelle aree nelle quali non siano stati approvati gli strumenti urbanistici attuativi previsti dagli strumenti urbanistici generali come presupposto per l'edificazione, oltre agli interventi indicati al comma 1, lettera a), sono consentiti gli interventi di cui alla lettera d) del primo comma dell'articolo 3 del presente testo unico che riguardino singole unità immobiliari o parti di esse*".

10.3. Ebbene, tra gli interventi consentiti dalla legislazione nazionale non rientra, *per tabulas*, la tipologia di edificazione postulata dagli appellanti.

10.4. Il diniego, *in parte qua*, è congruamente motivato, in diritto, con rinvio alle norme di legge preclusive dell'intervento edificatorio.

10.5. Sul punto, la Corte costituzionale, con sentenza 7 marzo 2017, n. 84, ha dichiarato la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 6 giugno 2001, n. 378, e del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sollevate in riferimento agli artt. 3, 41, primo comma, 42, secondo e terzo comma, 117, terzo comma, della Costituzione.

In particolare, la Corte ha osservato come la disciplina recata dall'art. 9 citato rientri all'interno del novero dei principi fondamentali della materia governo del territorio, e non anche in quello delle norme di dettaglio.

Una conclusione, quest'ultima, sostenuta da unanime giurisprudenza amministrativa e che trova la propria ragion d'essere nel fatto che la tutela del suolo nazionale rientra, a sua volta, in un quadro di protezione di valori di chiaro rilievo costituzionale, al punto che disposizioni come quelle in esame vengono identificate come disposizioni volte a «salvaguardare la funzione di pianificazione urbanistica».

10.6. Sulla scorta del prefato parametro normativo, e dei principi elaborati dalla giurisprudenza, correttamente l'amministrazione ha denegato l'intervento *de quo* sulla restante porzione di lotto, in assenza di piano urbanistico attuativo.

11. Altrettanto sufficientemente motivato in fatto s'appalesa il diniego *in parte qua*, alla stregua della complessa attività istruttoria condotta sia dal responsabile del procedimento che, successivamente, dal dirigente del settore urbanistica.

11.1. La giurisprudenza (v. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 6 dicembre 2022, n. 15 sulla c.d. motivazione funzionale) ha chiarito che la motivazione ben può essere ricavata dal complesso dell'attività istruttoria, specie quando il provvedimento finale fa applicazione di norme inderogabili (quali, nel caso, il citato art. 9. t.u. edilizia).

12. Con il secondo motivo di ricorso introduttivo, i ricorrenti introducono censure di carattere procedimentale.

Con un primo ordine di rilievi, deducono che il provvedimento impugnato, di segno opposto a quelli emanati dal responsabile del procedimento, sarebbe basato in modo del tutto generico sul riferimento a nuove circostanze che osterebbero all'accoglimento dell'istanza.

12.1. La censura è infondata.

12.2. Innanzitutto, va osservato in via generale che i compiti del responsabile del procedimento sono diversi e non sovrapponibili a quelli del dirigente della unità operativa.

12.3. Al primo (v. artt. 5 e 6 della legge n. 241 del 1990) spettano di norma compiti esclusivamente preparatori (individuazione controinteressati, avvio del procedimento, comunicazioni, predisposizione dello schema di atto); al secondo, compete l'adozione del provvedimento finale, ovvero della sua motivazione e del contenuto dispositivo dell'atto.

12.4. In secondo luogo, e in via dirimente, va soggiunto che parte appellante deduce un profilo di contraddittorietà intrinseca tra atti del medesimo procedimento.

12.5. Sennonché, come ha chiarito la giurisprudenza, non è configurabile il vizio di contraddittorietà dell'azione amministrativa quando il raffronto è operato fra le diverse fasi del medesimo procedimento (v. Cons. Stato, sez. IV n. 3420 del 2019).

13. Con un secondo ordine di censure, parte ricorrente sostiene che il dirigente si sarebbe limitato ad evidenziare “*la presenza di elementi ostativi al rilascio del p.c. non rilevati nella precedente istruttoria da parte del responsabile del procedimento*” senza tuttavia individuarli.

13.1. La censura è infondata.

13.2. Il dirigente, com'era nelle sue prerogative funzionali, all'atto di licenziare il provvedimento ha dapprima comunicato ai ricorrenti le ragioni ostative, indicandole in precisi paradigmi normativi pertinenti alla fattispecie, di

poi ha adottato il diniego all'esito delle esaminate osservazioni.

13.3. Ebbene, l'individuazione e l'applicazione di tali fonti normative rientra – come già sopra anticipato - nella competenza propria del dirigente, in quanto soggetto responsabile della verifica della correttezza dell'istruttoria, della motivazione e del contenuto finale del provvedimento.

13.4. Quanto al merito delle osservazioni, esse nulla di sostanziale o diverso hanno aggiunto rispetto sia ai precedenti contributi istruttori, sia alle ragioni motivazionali (in diritto) addotte come motivi ostativi, solo posizionandosi su una differente lettura delle norme che il dirigente non ha condiviso.

13.5. In ogni caso, il dirigente ha, nella sostanza, confutato le osservazioni dei privati.

4. Con un terzo ordine di censure, i ricorrenti hanno lamentato il vizio di motivazione del diniego in relazione alla portata conformativa della sentenza del Consiglio di Stato sentenza n. 2909 del 28 maggio 2013, che avrebbe imposto al comune il rilascio del provvedimento.

14.1. La censura è infondata.

14.2. La pronuncia in questione ha dichiarato inammissibile l'appello proposto avverso la sentenza di primo grado lasciando, quindi, in piedi quella del T.a.r., n. 264/2012, la cui statuizione ha formato giudicato formale e sostanziale *inter partes*.

14.3. Tale giudicato non contemplava affatto l'ordine per il comune di rilasciare il provvedimento, bensì, soltanto l'obbligo di concludere il procedimento (vincolo nell'*an*), quale che sarebbe stato il segno (discrezionalità nel *quid*).

15. Con il terzo motivo di ricorso originario, i ricorrenti hanno introdotto la domanda risarcitoria.

15.1. Anche questo motivo è infondato.

15.2. Il ricorso impugnatorio, come sopra motivato, si è palesato infondato (alla luce della legittimità del diniego opposto in ragione della inedificabilità sostanziale sulla restante parte del lotto).

15.3. La riscontrata legittimità del diniego esclude in radice la sussistenza del danno ingiusto, quale elemento essenziale per la formazione della fattispecie illecita aquiliana.

16. Con autonomo motivo di appello (il sesto), i signori Marrocco hanno censurato il capo della sentenza impugnata che ha regolato il riparto delle spese di giudizio.

16.1. Il motivo è inaccoglibile alla stregua del consolidato indirizzo in forza del quale la compensazione delle spese, secondo quanto stabilito dall'art. 92, comma 2, c.p.c. - come interpolato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 2019 - è eccezionale e può essere disposta solo in presenza di situazioni tipizzate che, nel caso di specie, non sono configurabili (cfr. *ex plurimis* e da ultimo C.g.a. n. 693 del 2022; Cons. Stato, sez. IV, n. 803 del 2020).

17. Residua l'esame del settimo motivo aggiunto di gravame col quale gli appellanti deducono ulteriori vizi del provvedimento impugnato in prime cure scaturenti dall'esame di due delibere approvate dal comune successivamente alla conclusione del giudizio di primo grado.

17.1. Il motivo è inammissibile, per carenza del requisito della soccombenza, liddove reitera censure che afferiscono alla contestazione del diniego nella parte i cui per i due terzi del lotto richiede la preventiva approvazione di un piano attuativo: tali censure, infatti, sono state accolte dall'impugnata sentenza e il relativo capo di decisione non è stato impugnato dal comune.

17.2. Il motivo di appello è, comunque, infondato perché le delibere comunali del 2016 (come riportate da parte appellante) testimoniano che per le aree attigue, ovvero per consentire l'edificazione in lotti attigui a quello per cui è causa, lo sviluppo edilizio è stato realizzato per il tramite di una variante; dunque, per consentire l'edificazione si è reso necessario approvare preventivamente una variante urbanistica al p.r.g.

18. In conclusione l'appello deve essere respinto.

19. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo tenuto conto dei parametri di cui al regolamento n. 55 del 2014.

20. Il collegio rileva, inoltre, che la pronuncia di infondatezza dell'appello si basa, come dianzi illustrato, su ragioni manifeste in modo da integrare i presupposti applicativi dell'art. 26, comma 1, c.p.a. secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, nn. 148 del 2022; 1117 e 1186 del 2018; 2200 del 2016; Cass. civ., sez. VI, n. 11939 del 2017; 2 novembre 2016, n. 2215, cui si rinvia ai sensi dell'art. 88, comma 2, lettera d) c.p.a. anche in ordine alle modalità applicative ed alla determinazione della misura indennitaria).

21. La condanna degli originari ricorrenti ai sensi dell'art. 26 c.p.a. rileva, infine, anche agli eventuali effetti di cui all'art. 2, comma 2-*quinquies*, lettere a) e d), della legge 24 marzo 2001, n. 89, come da ultimo modificato dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna gli appellanti, in solido fra loro, al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano, in favore del comune di Cassino, in euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori di legge e spese generali al 15%.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

Luca Monteferrante, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Rotondo

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO