

N. 02776/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01569/2023 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1569 del 2023, proposto da Antonio Capasso e Mizia Cascella, rappresentati e difesi dall'avvocato Claudio Ursomando, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

Comune di Orta di Atella, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Maria Saracco, Severino Berardi e Fabrizio Colasurdo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per l'annullamento

del provvedimento prot. 1096 del 16/01/2023, notificato il 19/01/2023, di rigetto definitivo della richiesta del permesso a costruire di cui all'istanza prot. 6799 del 01/04/2019;

Di ogni altro atto ad esso collegato, connesso, preordinato ancorchè sconosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Orta di Atella;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2025 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 17 marzo 2023 e depositato il successivo 30 marzo i sig.ri Capasso Antonio e Cascella Mizia hanno premesso di essere proprietari di un lotto di terreno sito nel Comune di Orta di Atella (censito catastalmente al Foglio 101 – p.lla 243) e di aver proposto in data 1° aprile 2019 (prot. n. 6799) un'istanza in tale qualità per il rilascio del permesso di costruire per la realizzazione di un immobile destinato a civile abitazione.

I ricorrenti soggiungono che il predetto lotto ricadeva, al momento della presentazione della richiesta di permesso a costruire, nella ZTO “Cb_residenziale di espansione” del PUC approvato con deliberazione del consiglio comunale n. 4 del 8/07/2014, sicché essi si dichiaravano disponibili a cedere una quota del terreno al fine di implementare la dotazione delle aree ad uso pubblico.

A fronte di tale richiesta il Comune non comunicava alcunché, sicché i ricorrenti ritenevano essersi formato il silenzio assenso ai sensi dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380/2001. Tuttavia, in considerazione dell'interesse ad ottenere un provvedimento espresso, a conoscere l'esatta quantificazione dei costi costruzione dovuti e a perimetrare la porzione di terreno da cedere per l'implementazione delle aree ad uso pubblico, proponevano in data 15.2.2021 un'istanza/diffida (prot. n.

3148) volta ad ottenere un provvedimento espresso, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 20 comma 8 del d.P.R. n. 380/2001 come novellato dall'art. 10, comma 1 lett. i) della l. n. 120/2020.

Avverso il silenzio serbato dal Comune intimato nei confronti anche di tale ulteriore istanza, gli esponenti proponevano ricorso che, con sentenza n. 3355/2022 questo Tribunale accoglieva, riconoscendo l'obbligo del Comune di provvedere concedendo termini e nominando il commissario ad acta per il caso di ulteriore inerzia.

Sennonché, il Comune di Orta di Atella trasmetteva in data 16.9.2022 la comunicazione di avvio del procedimento di diniego di rilascio del permesso di costruire con la quale evidenziava che il PUC (Piano Urbanistico Comunale) sulla cui base il terreno di proprietà dei ricorrenti era a destinazione "Cb – Residenziale di espansione" era stato in parte annullato dal TAR Campania con sentenza n. 5382/2015.

Il PUC veniva dapprima sospeso e poi con delibera n. 15/2020 della Commissione straordinaria annullato in autotutela e quindi sostituito con un nuovo PUC adottato con delibera della commissione n. 94/2021.

1.1 Secondo quanto rappresentato dal Comune nella comunicazione di avvio del procedimento di rigetto, l'annullamento in autotutela del PUC avrebbe determinato il venir meno del fondamento su cui si fondava l'invocato silenzio assenso.

Pertanto, prosegue la predetta comunicazione, in base all'art. 27 delle NTA del PUC poi annullato in autotutela, al momento della presentazione della richiesta di permesso di costruire sul lotto di interesse, era possibile intervenire attraverso la definizione di un PUA (Piano Urbanistico Attuativo); era altresì possibile per lotti di ampiezza non superiore ai 2.000 mq l'edificazione diretta senza il PUA, fermo

restando l'obbligo di cedere le superfici necessarie per gli standard urbanistici o in alternativa procedere alla loro monetizzazione.

L'assenza di un atto di cessione unilaterale delle aree volte a soddisfare gli standard urbanistici avrebbe fatto venir meno la sussistenza dei presupposti necessari; inoltre, solo una delle particelle individuate per la realizzazione dell'intervento edilizio (la n. 243) ricadeva in zona Cb espansione, mentre le altre, anch'esse interessate dall'intervento, avrebbero destinazione "viabilità di progetto".

1.2 In ogni caso, in base al PUC approvato con delibera del 6.11.2021 n. 94 l'intera area ricadrebbe in zona "G2 - aree agricole urbane di preminente valore ecosistemico" dove non è ammessa l'edificazione.

In conclusione, il Comune ritiene che l'intervento non era conforme alla normativa edilizia, né al momento in cui l'istanza è stata proposta, né all'epoca in cui il Comune aveva comunicato il preavviso e che quindi non potesse operare il meccanismo di silenzio assenso.

1.3 Parte ricorrente ha proposto le proprie deduzioni contrarie, evidenziando: 1) che le determinazioni progettuali erano giuste, in quanto il progetto edilizio era stato sviluppato su una consistenza corretta del lotto urbanistico avente ad oggetto un residuo della particella 272, la totalità della p.lla 243 e parti delle p.lle 5262, 5138 e 5139, tutte appartenenti ai ricorrenti e ricadenti in zona "Cb – Residenziale di espansione" del PUC (2014) allora vigente; 2) i ricorrenti già avevano dichiarato in sede di presentazione del permesso a costruire la loro disponibilità alla cessione di una quota del terreno di loro proprietà per la realizzazione di opere di urbanizzazione secondaria, dichiarandosi sin da subito disponibili alla stipula di una formale convenzione che, tuttavia, non era stata ancora formalizzata a causa dell'inerzia dell'ente resistente.

1.4 Tuttavia, nonostante le deduzioni di parte ricorrente, con provvedimento (prot. n. 1096) del 16 gennaio 2023 il Comune ha confermato il diniego di permesso di costruire, rilevando che le aree destinate alla strada di progetto sono di estensione minore a quella prevista; inoltre, non risultano realizzate le opere di urbanizzazione a cui l'intervento era subordinato; l'intervento confliggerebbe poi con il PUC approvato nel 2021. Il Comune ha concluso evidenziando che non si sarebbe formato il silenzio assenso sull'istanza del 2019, in quanto non conforme agli strumenti urbanistici e ha quindi disposto il rigetto.

1.5 Parte ricorrente impugna il diniego sulla base delle seguenti censure.

Violazione di legge – violazione e falsa applicazione dell'art. 20, commi 4 e 8 del d.P.R. n. 380/2001 - violazione e falsa applicazione dell'art. 20, comma 3 della l. 241/1990 – violazione e falsa applicazione dell'art. 20, commi 4 e 8 del d.P.R. 380/2001 – violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies e 21 nonies della l. n. 241/1990 - eccesso di potere – carenza di motivazione – difetto di istruttoria – violazione del giusto procedimento - ingiustizia manifesta – erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – illogicità - violazione dell'art. 97 della Costituzione - violazione del principio di imparzialità della p.a.

Formatosi il silenzio assenso sull'istanza di rilascio del permesso di costruire, l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto procedere al ritiro in autotutela del permesso di costruire, atteso che l'istanza era assistita da tutti i requisiti di legge.

Violazione di legge – violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 – eccesso di potere – violazione del principio *tempus regit actum* - carenza di motivazione – difetto di istruttoria – violazione del giusto procedimento - ingiustizia manifesta – erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto –

illogicità – ingiustizia manifesta – sviamento e contraddittorietà - violazione dell'art. 97 della Costituzione - violazione del principio di imparzialità della P.A.

L'Amministrazione comunale nell'ambito del proprio potere di autotutela non avrebbe potuto applicare una normativa successiva a quella vigente al momento in cui si è formato il silenzio assenso sull'istanza di rilascio del permesso di costruire, in base al principio del *tempus regit actum*.

Violazione di legge – violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 – eccesso di potere – difetto di istruttoria – violazione del giusto procedimento - ingiustizia manifesta – erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – illogicità – ingiustizia manifesta – sviamento- contraddittorietà - violazione dell'art. 97 della Costituzione - violazione del principio di imparzialità della P.A.

Lo stesso provvedimento di diniego, pur a prescindere dalle illegittimità segnalate, sarebbe illegittimo, in quanto sorretto da un'istruttoria carente sia per quel che riguarda le aree da destinare alle strade di progetto, sia per quanto attiene alla cessione delle aree per le opere di urbanizzazione sulla quale i ricorrenti avevano manifestato piena disponibilità.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Orta d'Atella contestando nel merito le pretese attrici.

Con ordinanza 20 aprile 2023, n. 723 la Sezione ha ritenuto che le esigenze cautelari poste dalla parte ricorrente fossero adeguatamente tutelabili mediante la sollecita fissazione dell'udienza di merito.

3. Le parti hanno insistito nelle proprie difese ulteriormente articolandole con le memorie ex art. 73 c.p.a. e all'udienza pubblica del 23 gennaio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

3.1 Con il primo motivo di impugnazione parte ricorrente si duole che l'intimato Comune ha adottato un provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del permesso di costruire proposta in data 1° aprile 2019, anziché intervenire in autotutela a fronte del silenzioso provvedimento adottato.

Il motivo è fondato.

3.1 Giova premettere che l'istituto del silenzio-assenso risponde ad una valutazione legale tipica di equiparazione schiettamente effettuale in forza della quale l'inerzia equivale a provvedimento di accoglimento. L'equivalenza normativamente prevista dalla legge implica che gli effetti promananti dalla fattispecie a formazione progressiva desumibile dalla congiunta valutazione della domanda e della successiva condotta omissiva dell'Amministrazione per il tempo previsto per la conclusione del procedimento sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo; con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo a una domanda non conforme a legge (così, da ultimo; Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10383; sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072).

Ciò premesso, questa Sezione (cfr. sentenza n. 6957/2024), ha evidenziato che il consolidato orientamento secondo il quale il silenzio assenso previsto in tema di permesso di costruire non si forma per il solo fatto dell'inutile decorso del termine prefissato per la pronuncia espressa dell'amministrazione comunale e dell'adempimento degli oneri documentali necessari per l'accoglimento della domanda, ma presuppone che la parte onerata dia prova della sussistenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi ai quali è subordinato il rilascio del titolo edilizio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 febbraio 2021, n. 1629; Cons. Stato Sez. IV, 1 luglio 2021, n. 5018) risulta allo stato mutato alla luce della più recente giurisprudenza.

In particolare, va richiamata quella giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato sez. VI - 8/7/2022, n. 5746), condivisa dal Collegio, secondo cui anche ove l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme, si rende comunque configurabile la formazione del silenzio assenso. Reputare, infatti, che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, oltre a frustrare l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, implicherebbe la sottrazione dei titoli tacitamente assentiti alla disciplina dell'annullabilità in assenza di una espressa previsione legislativa, posto che un siffatto regime non discenderebbe neanche da una scelta legislativa oggettiva, aprioristicamente legata al tipo di materia o di procedimento (CGA sentenza n. 172/2024).

Ciò si ritiene confermato da puntuali ed univoci indici normativi con il quali il legislatore sembra aver sconfessato la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legata, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo: in tal senso, si fa richiamo tra l'altro, per la parte di interesse ai fini della questione in esame, alla espressa previsione della annullabilità d'ufficio di cui all'art. 21 nonies l. 241/1990 anche nel caso in cui il "provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20"; ciò presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto" (ex multis, Cons. St. 4 settembre 2023, n. 8156)

Inoltre, l'impostazione di convertire i requisiti di validità della fattispecie silenziosa in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto, tenuto conto che nessun vantaggio

conseguirebbe l'operatore se l'Amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo, disconoscere gli effetti della domanda.

L'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore, infatti, si identifica con l'avvertita esigenza di rendere più spediti i rapporti tra Amministrazione e cittadino, senza sottrarre l'attività al controllo dell'Amministrazione, controllo che si realizza seppur precludendo l'esercizio del potere (primario) di provvedere col decorso del termine procedimentale, con la sola successiva possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi silenziosamente formatosi.

L'ammissibilità di un provvedimento di diniego tardivo si porrebbe, infatti, in contrasto con i principi di "collaborazione e buona fede" (e, quindi, di tutela del legittimo affidamento) cui sono informate le relazioni tra i cittadini e l'Amministrazione, ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990.

Resta fermo che il silenzio-assenso non costituisce una modalità ordinaria di svolgimento dell'azione amministrativa, ma uno specifico rimedio a tutela dei privati contro l'inerzia dell'Amministrazione, come confermato dall'art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990, secondo cui "[l]a mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente". Nello stesso senso depone anche l'obbligo di provvedere (sia pure redatto in forma semplificata) rispetto alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, sancito dall'art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

Che il silenzio-assenso —come già accennato— si configuri anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alla

normativa di riferimento, è argomentazione confortata anche dalle seguenti disposizioni:

- a) l'espressa previsione dell'annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il "provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20" presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto;
- b) l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020) – nella parte in cui afferma che "Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni" – conferma che, decorso il termine, all'Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela;
- c) l'art. 2, comma 2-bis – prevedendo che "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo [...]" (analoga, ma non identica, disposizione è contenuta all'ultimo periodo dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001) – statuisce, al fine di superare le perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un'attestazione dell'inutile decorso dei termini del procedimento in assenza di

richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti;

d) l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, della legge n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso, "in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente";

e) l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 – secondo cui "Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi" [...] – da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque (cfr. CGA n. 172/2024).

In definitiva, l'equivalenza normativamente prevista dalla legge implica che gli effetti promananti dalla fattispecie a formazione progressiva desumibile dalla congiunta valutazione della domanda e della successiva condotta omissiva dell'Amministrazione per il tempo previsto per la conclusione del procedimento sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo, con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo a una domanda non conforme a legge (così, da ultimo; Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10383; sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072).

3.2 Nel caso di specie, quindi, a prescindere dall'effettiva rispondenza dell'istanza di rilascio del permesso di costruire del 1° aprile 2019 al PUC e, più in generale, alla normativa edilizia a quell'epoca vigente (quello del 2014), resta fermo il fatto che si

sia formato un provvedimento abilitativo silenzioso (non risultando la sussistenza dei vincoli che ai sensi dell'art. 20 comma 8 del d.P.R. n. 380/2001 impedirebbero la formazione del silenzio assenso), come del resto attestato da questa Sezione con la sentenza n. 3355/2022 resa all'esito del giudizio proposto avverso il silenzio serbato dal Comune di Orta Di Atella sull'istanza di rilascio dell'attestazione di cui all'art. 20, co. 8, ult. periodo del d.P.R. n. 380/2001.

3.3 Peraltro, parte ricorrente aveva espressamente invitato il Comune ad individuare le aree da cedere che gli istanti si erano dichiarati disponibili a trasferire per la realizzazione delle opere di urbanizzazione. Anche in questo caso il silenzio serbato sul punto dal Comune convenuto non poteva inibire la formazione del titolo abilitativo *per silentium*, altrimenti finendosi per attribuire all'Amministrazione un comodo strumento per impedire l'applicazione del modulo del silenzio-assenso.

3.4 Allo stesso modo, la circostanza che sia stato successivamente adottato un nuovo PUC nel quale le aree oggetto del presente giudizio ricevono una diversa destinazione non residenziale, non può costituire valido elemento ostativo, dovendosi fare applicazione del principio del *tempus regit actum* in base al quale deve applicarsi la disciplina vigente al momento in cui il provvedimento è adottato, ovvero al momento in cui è decorso il termine per la formazione del silenzio assenso (cfr. da ultimo Cons. stato, n. 6848/2024).

4. In definitiva, a fronte della formazione del provvedimento di silenzio assenso, l'Amministrazione comunale avrebbe potuto impedire l'attività edilizia dei ricorrenti solo adottando un provvedimento di autotutela, osservandone la relativa disciplina, anche sotto il profilo dell'evidenziazione dell'interesse pubblico.

Ne consegue l'illegittimità dell'atto di diniego adottato e il suo conseguente annullamento.

5. Le spese seguono la soccombenza del Comune e sono liquidate nella misura di cui in dispositivo anche in considerazione del tempo fatto trascorrere dalla proposizione dell'istanza fino all'emanazione del diniego qui annullato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla il diniego impugnato nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune resistente al pagamento delle spese del giudizio in favore dei ricorrenti nella misura di euro 3.000 (tremila/00) oltre accessori di legge da attribuirsi all'avvocato Ursomando quale antistatario. avendone fatto espressa richiesta.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Paola Palmarini, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO