

EDILIZIA ED URBANISTICA: Cons. Stato, Sezione Quarta, Sentenza 8 marzo 2024, n. 2264.

1. -Processo amministrativo -Ottemperanza alla sentenza di primo grado non sospesa - Acquiescenza dell'appellante alla sentenza di primo grado -Insussistenza.

2. -Processo Amministrativo -Termine breve impugnazione della sentenza -Notificazione presso il procuratore costituito della parte e nel domicilio eletto -Necessità.

3. -Edilizia ed Urbanistica-Variante generale allo strumento urbanistico -Ampia discrezionalità -Sussiste.

4. -Edilizia ed Urbanistica -Variante generale allo strumento urbanistico -Obbligo di concludere il procedimento -Insussistenza -Ragioni.

1. Preliminarmente il Collegio rileva che non vi è stata in effetti acquiescenza dell'appellante alla sentenza di primo grado, giacché gli atti che sono stati emanati dal Comune (sostanzialmente l'atto di nomina del Responsabile del procedimento) costituiscono mera ottemperanza alla sentenza di primo grado, della quale peraltro non è stata chiesta la sospensione in appello.

2. Per i mezzi di impugnazione ordinari, cioè per quelli che condizionano il passaggio in giudicato della sentenza, il termine breve decorre dalla notificazione della sentenza. Quest'ultima deve essere eseguita, per il combinato disposto degli artt. 170 e 285 c.p.c., che si applicano per effetto del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., presso il procuratore costituito della parte e nel domicilio eletto nel precedente grado di giudizio mentre è principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità (cfr., tra tutte, Sezioni Unite, sent. N. 12898 del 2011) quello per cui *“la notificazione della sentenza, eseguita alla controparte personalmente, anziché al procuratore costituito ai sensi degli artt. 170 c.p.c., comma 1 e art. 285, non è idonea a far decorrere il termine breve di impugnazione né per il notificante, né per il notificato”*.

Inoltre, la notifica della sentenza finalizzata alla decorrenza del termine breve, ove la legge non ne fissi la decorrenza diversamente o solo dalla comunicazione a cura della cancelleria, deve essere in modo univoco rivolta a tale fine acceleratorio e percepibile come tale dal destinatario, sicché essa va eseguita nei confronti del procuratore della parte o della parte presso il suo procuratore, nel domicilio eletto o nella residenza dichiarata (Corte cass., Sez. unite, n. 20866 del 30 settembre 2020).

3. La variante generale allo strumento urbanistico si configura come atto di pianificazione di carattere generale sul quale l'Amministrazione conserva un'ampia discrezionalità sino alla fase conclusiva.

4. In secondo luogo, occorre rilevare come nel caso specifico la deliberazione del Consiglio comunale n. 40 del 2008 – che costituisce l'avviso pubblico del procedimento in esame - nel prevedere le varie fasi ha statuito che *“Le fasi sono tra loro interdipendenti e consequenziali, in mancanza di realizzazione di anche una sola delle fasi, la procedura s'intenderà interrotta, senza che tale circostanza possa far maturare attese di ogni ordine e grado da parte degli istanti.”*

Conseguentemente l'Amministrazione si è riservata, in sede di *lex specialis*, un'ampia discrezionalità nella conclusione del procedimento che conferma la scelta di non vincolarsi prima di addivenire alla formale conclusione del procedimento.

Da ciò deriva l'assenza di una posizione qualificata degli appellati in ordine al procedimento conclusosi con l'approvazione della graduatoria (del. n. 42 del 20 aprile 2009) e pertanto non può essere accertata la illegittimità della mancata conclusione del procedimento *ex artt. 31 e 117 c.p.a.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio de La Mia Casa S.r.l. e dei signori Maria Incoronata Del Grosso, Emilio La Manna, Rosa Anna Vincenza La Manna, Michele La Manna, Gianfranco Ferrara, Marinella Carmela Ferrara, Rosa Anna Ferrara, Emilio Ferrara, Rosa La Manna e Concetta La Manna, Maria Russo, Patrizia Antonella Russo, Rita Russo, Ripalta Montenero, Sabino La Manna, Emilio La Manna e Luigi La Manna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nella camera di consiglio del giorno 2 novembre 2023 la consigliere Emanuela Loria;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ditta La Mia casa s.r.l. e gli altri soggetti appellati indicati in epigrafe hanno partecipato a una selezione pubblica indetta dal Comune di Foggia con le deliberazioni del Consiglio comunale n. 42 del 20 aprile 2009 e n. 52 del 22 luglio 2010 - che avevano fatto seguito alla delibera del Consiglio comunale di Foggia n. 40 del 2 ottobre 2008, con la quale era stato dato avvio all'avviso pubblico - e finalizzata alla realizzazione di un Programma di iniziativa pubblica per l'emergenza abitativa, all'esito della quale sono risultati tra le imprese utilmente collocate in graduatoria.

1.1. In particolare, con verbale del 29 novembre 2013 della Conferenza di servizi svoltasi in forma decisoria è stato definito con esito positivo il programma di *housing* sociale oggetto dell'avviso pubblico, al fine di acquisire al patrimonio comunale n. 372 alloggi sociali costruiti e ceduti gratuitamente a favore del Comune di Foggia, oltre ad altre aree libere cedute gratuitamente a favore del medesimo ente locale sulle quali potrebbero essere costruiti ulteriori n. 342 alloggi sociali mediante finanziamenti pubblici derivanti da bandi statali e/o regionali.

1.2. Con deliberazione del Consiglio comunale di Foggia n. 52 del 22 luglio 2010 il Sindaco è stato autorizzato alla sottoscrizione degli accordi di programma con la Regione Puglia *ex art.* 34 d.lgs. n. 267 del 2000, per l'attuazione del Programma di iniziativa pubblica per l'emergenza abitativa del Comune di Foggia di cui alla deliberazione comunale n. 42 del 20 aprile 2009.

1.3. Con deliberazione del Consiglio comunale di Foggia n. 107 del 17 marzo 2015 veniva confermata la dichiarazione di interesse pubblico e emessa l'autorizzazione al Sindaco alla sottoscrizione dell'accordo di programma.

1.4. Con la nota prot. n. 1304 del 2 febbraio 2022 la Regione Puglia ha rappresentato che "*Come già anticipato nel corso del su citato incontro, si ribadisce che, in considerazione del lungo tempo*

trascorso, per poter dar seguito a quanto richiesto, occorre che il Comune di Foggia provveda a confermare preliminarmente, con idoneo atto di Consiglio Comunale, la sussistenza di un interesse pubblico ancora attuale e concreto all'attuazione del Programma di cui in oggetto (a suo tempo approvato con conferenza di servizi decisoria in data 23/11/2013). Detto atto dovrà necessariamente essere preceduto da idonea istruttoria tecnico-amministrativa, espletata dagli Uffici Comunali competenti, che ne attestino la conformità sia al vigente quadro normativo (statale e regionale) che alla pianificazione sovraordinata nel frattempo intervenuta (es. PPTR Puglia etc.). Con la medesima istruttoria dovrà altresì essere verificata la coerenza del programma di cui in oggetto, con i piani ed i programmi comunali nel frattempo adottati e/o approvati. A seguito di questa preliminare verifica, sarà necessario acquisire il parere di compatibilità paesaggistica di cui all'art. 96 delle NTA del vigente PPTR, nel frattempo sopravvenuto, nonché espletare idonea procedura di VIA/VAS o verificarne la sussistenza”.

2. In data 2 giugno 2022 i ricorrenti hanno chiesto al Comune di Foggia di adottare la determinazione conclusiva del procedimento in relazione all'accordo di programma *ex art 34 T.u.e.l.*, richiamato dall'art. 15, comma 4, della l.r. n. 20 del 2001.

3. Con il ricorso di primo grado gli appellati hanno chiesto l'accertamento del silenzio inadempimento del Comune di Foggia, deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 3, legge n. 241 del 1990.

4. Il Comune non avrebbe adempiuto all'obbligo giuridico, ai sensi dell'art 21-*bis* della l. 1034 del 1971 (*recte* artt. 31 e 117 c.p.a., stante la sopravvenuta abrogazione del precedente art. 21 *bis* citato), di concludere il procedimento di variante urbanistica, obbligo assunto mediante la deliberazione del Consiglio comunale n. 42 del 2 aprile 2009, e sussisterebbe, pertanto, il diritto dei soggetti istanti di ottenere la relativa condanna a provvedere entro termine congruo.

5. Con la sentenza impugnata il T.a.r. per la Puglia – pur affermando di ben conoscere e condividere il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo quale “*l'atto di diffida a concludere il procedimento con un provvedimento espresso, notificato all'Amministrazione dopo la scadenza dell'anno previsto dalla legge per la proposizione del ricorso avverso il silenzio-inadempimento, può essere considerato come una nuova istanza di avvio del procedimento, ricorrendone i relativi presupposti*” - cionondimeno ha accolto il ricorso fondando la propria motivazione su talune peculiarità della vicenda in esame che consisterebbero nel rilievo per cui “*l'atto reclamato attiene la conclusione di un procedimento di pianificazione attuativa e non generale (rispetto al quale l'Ente, quindi, ha già esercitato l'ampia discrezionalità pianificatoria generale), caratterizzato, inoltre, dall'impegno assunto dal Comune in ragione del pregresso accordo di programma in passato concluso.*

Tale accordo è tuttora vigente, per cui dallo stesso derivano ancora gli obblighi a suo tempo assunti dall'ente locale ivi compresa la adozione della necessaria variante urbanistica al termine della sequenza procedimentale conclusasi con la conferenza di servizio del 28 e 29.11.2013.

Dunque, il provvedimento "finale" invocato dalla ricorrente non è un atto pianificatorio a contenuto generale, bensì l'approvazione di una variante derivante da un accordo di programma già sottoscritto, relativa alla localizzazione di singolo programma costruttivo, destinato ad incidere su una limitata area del territorio comunale."

6. Il Comune di Foggia ha appellato la suindicata sentenza articolando quattro motivi di gravame:

1) Errores in fatto. Errores in iudicando. Travisamento. Sviamento. Contraddittorietà della motivazione. Omesso esame degli atti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34 d.lgs. n. 267/2000 (TUEL). Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 12, 15, 16 e 18 L. R. Puglia 27.07.2001 n. 20. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 39 c.p.a. e dell'art. 112 c.p.c. Violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Vizio di extrapetizione. Illogicità ed ingiustizia manifesta. Illegittimità propria e derivata.

2) Errores in fatto. Travisamento. Sviamento. Contraddittorietà della motivazione. Errores in iudicando. Violazione e/o falsa applicazione della lexspecialis di cui all'avviso pubblico emesso dal Comune di Foggia per la realizzazione del programma di iniziativa pubblica per l'emergenza abitativa. Violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Omesso esame degli atti e omessa pronuncia. Illogicità ed ingiustizia manifesta. Illegittimità propria e derivata.

3) Errores in fatto. Travisamento. Sviamento. Contraddittorietà della motivazione. Errores in iudicando. Violazione e/o falsa applicazione dei principi costituzionale di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. Violazione e/o falsa applicazione del principio di non dispersione dell'attività procedimentale già compiuta e del generale principio di buona fede. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 comma 2 c.p.a. Omesso esame degli atti. Illogicità ed ingiustizia manifesta. Illegittimità propria e derivata.

4. Errores in iudicando. Violazione delle regole del contraddittorio e del giusto processo. Omesso rilievo della inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa notifica alla Regione Puglia. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 12, 15, 16 e 18 l.r. Puglia 27.07.2001 n. 20.

7. Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello la Mia casa s.r.l. ed altri 17 degli originari ricorrenti, eccependo fin da subito l'irricevibilità dell'atto di appello, ex art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a., per essere stato notificato (il 19 maggio 2023) oltre il termine dimidiato ex art. 87, comma 3, c.p.a., decorrente dalla data di notifica della sentenza appellata (avvenuta il 31 marzo 2023) presso la sede dell'ente territoriale.

8. Il Comune ha depositato memoria difensiva con la quale ha argomentato in ordine alla infondatezza dell'eccezione di irricevibilità dell'atto di appello per tardività per essere la notifica della sentenza avvenuta il 31 marzo 2023 non idonea a determinare la decorrenza del termine breve, nonché in ordine alla fondatezza delle argomentazioni già esposte.

9. Anche gli appellati hanno depositato memoria difensiva rilevando in via preliminare che il Comune, sostituendosi all'inerzia del commissario *ad acta* nominato con la sentenza appellata, ha nominato il responsabile del procedimento con provvedimento del 29 agosto 2023, fatto che costituirebbe una condotta dimostrativa dell'acquiescenza alla citata sentenza; sono stati inoltre riproposte l'eccezione di tardività e le ulteriori argomentazioni di merito al fine di dimostrare l'infondatezza dell'appello.

10. Con memoria di replica del 20 ottobre 2023 il Comune di Foggia ha rilevato di non avere prestato acquiescenza alla sentenza di primo grado, avendo soltanto nominato il responsabile del procedimento in mera ottemperanza a quanto richiesto dal Commissario *ad acta*.

11. Alla camera di consiglio del 2 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

12. Preliminarmente il Collegio rileva che non vi è stata in effetti acquiescenza dell'appellante alla sentenza di primo grado, giacché gli atti che sono stati emanati dal Comune (sostanzialmente l'atto di nomina del Responsabile del procedimento) costituiscono mera ottemperanza alla sentenza di primo grado, della quale peraltro non è stata chiesta la sospensione in appello. Invero, nella memoria di replica l'appellante ha ribadito il proprio interesse alla decisione del gravame nel merito escludendo qualsiasi forma di acquiescenza, il che rileva sotto il profilo dell'interesse alla decisione.

13. In via ulteriormente preliminare deve essere respinta l'eccezione di tardività dell'appello, che gli appellati sostengono essere tardivamente proposto poiché la notifica effettuata nei confronti della parte sarebbe stata idonea anche a determinare il decorso del termine breve in quanto avvenuta *“presso la sede dell'ente territoriale ove ha pure sede la struttura burocratica legale del Comune, con nominativo dei procuratori destinatari dell'atto che si evincono dalla pronuncia notificata (Cassazione Civile, Sezione 3, ordinanza del 3 febbraio 2020, n. 2396). La notifica del 31.03.2023 è avvenuta all'indirizzo pec del Segretario Generale del Comune di Foggia, al quale la Commissione Straordinaria, con i poteri di Sindaco, ha attribuito, con decreto n. 14 del 01.12.2021, le funzioni di Direzione del Servizio Advocatura.”*

13.1. L'eccezione è infondata giacché per i mezzi di impugnazione ordinari, cioè per quelli che condizionano il passaggio in giudicato della sentenza, il termine breve decorre dalla notificazione della sentenza. Quest'ultima deve essere eseguita, per il combinato disposto degli artt. 170 e 285 c.p.c., che si applicano per effetto del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., presso il procuratore

costituito della parte e nel domicilio eletto nel precedente grado di giudizio mentre è principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità (cfr., tra tutte, Sezioni Unite, sent. n. 12898 del 2011) quello per cui *"la notificazione della sentenza, eseguita alla controparte personalmente, anziché al procuratore costituito ai sensi degli artt. 170 c.p.c., comma 1 e art. 285, non è idonea a far decorrere il termine breve di impugnazione né per il notificante, né per il notificato"*.

Inoltre, la notifica della sentenza finalizzata alla decorrenza del termine breve, ove la legge non ne fissi la decorrenza diversamente o solo dalla comunicazione a cura della cancelleria, deve essere in modo univoco rivolta a tale fine acceleratorio e percepibile come tale dal destinatario, sicché essa va eseguita nei confronti del procuratore della parte o della parte presso il suo procuratore, nel domicilio eletto o nella residenza dichiarata (Corte cass., Sez. unite, n. 20866 del 30 settembre 2020).

Nel caso in esame, la notificazione del 31 marzo 2023 è avvenuta all'indirizzo pec del Segretario Generale del Comune di Foggia, che anche a voler ammettere che gli siano state attribuite le funzioni di Direzione del servizio Avvocatura del Comune, non costituisce il procuratore a cui è stato conferito il mandato defensionale nel presente giudizio, che invece risulta conferito agli avvocati Angela Paradiso, Renata Fiore e Antonella Carlomagno aventi domicilio digitale presso le proprie pec.

Conseguentemente la notifica della sentenza avvenuta il 31 marzo 2023 non è idonea a determinare la decorrenza del termine breve e l'appello va dichiarato ricevibile in quanto notificato in osservanza del termine lungo di impugnazione decorrente dalla pubblicazione della sentenza.

14. Nel merito l'appello è fondato.

14.1. In particolare è fondato il primo motivo d'appello con il quale è dedotta la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34 d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 12, 15, 16 e 18 l. r. Puglia 27 luglio 2001 n. 20.

Gli appellati hanno proposto un Piano attuativo in deroga al Piano regolatore generale, per cui è necessaria una variante allo stesso piano regolatore generale, trattandosi di un intervento edificatorio di ampia portata implicante un cambio di destinazione d'uso delle aree interessate.

L'iter da seguire è pertanto quello ex art. 15 l.r. n. 20 del 2011 a mente del quale *"I programmi integrati, i programmi di recupero urbano e i programmi di riqualificazione urbana sono approvati dal Consiglio comunale con le modalità previste per i P.U.E. ai sensi degli articoli 21 e seguenti della L.R. n. 56/1980. Qualora tali programmi non siano conformi agli strumenti urbanistici generali vigenti e/o adottati, il Sindaco promuove la conclusione di un accordo di programma, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 34 del d.lgs. n. 267/2000, al quale partecipa il soggetto*

proponente. L'accordo sostituisce lo strumento urbanistico attuativo, ove prescritto dallo strumento urbanistico generale."

L'accordo di programma deve essere concluso secondo le modalità indicate in linea generale dall'art. 34 d.lgs. n. 267 del 2000.

Dalla piana lettura della disposizione della legge regionale citata si desume che l'accordo di programma avrebbe dovuto costituire esso stesso la variante necessaria per l'approvazione del PUE, da raggiungersi con le modalità della conferenza di servizi e con le formalità specificate dall'art. 34 d.lgs. cit.

Nel caso in esame, l'accordo di programma non è stato concluso giacché le Conferenze di servizi svoltesi il 28 e il 29 novembre 2013 non sono sostitutive dell'accordo stesso, che avrebbe necessitato ai fini della sua conclusione della sottoscrizione del Presidente della Regione previa deliberazione autorizzativa della Giunta regionale, della ratifica del Consiglio comunale, a pena di decadenza entro i successivi trenta giorni, dell'approvazione con decreto del Presidente della Giunta regionale da pubblicarsi sul BURP.

14.2. L'appellante, con il secondo motivo, sostiene che nessuna aspettativa qualificata sia sorta in capo agli appellati giacché l'Amministrazione, con la deliberazione n. 129 del 10 aprile 2009, con la quale ha approvato la graduatoria delle ditte partecipanti all'avviso pubblico, ha previsto espressamente che *"in mancanza di realizzazione di anche una sola delle fasi, la procedura s'intenderà interrotta, senza che tale circostanza possa far maturare attese di ogni ordine e grado da parte degli istanti"*.

Inoltre, anche la deliberazione del Consiglio comunale n. 42 del 2009 non varrebbe a radicare l'obbligo di concludere lo specifico procedimento di variante urbanistica.

14.2.1. Il motivo è fondato.

In primo luogo, si rileva come la variante generale allo strumento urbanistico configuri un atto di pianificazione di carattere generale sul quale l'Amministrazione conserva un'ampia discrezionalità sino alla fase conclusiva.

In secondo luogo, occorre rilevare come nel caso specifico la deliberazione del Consiglio comunale n. 40 del 2008 – che costituisce l'avviso pubblico del procedimento in esame - nel prevedere le varie fasi ha statuito che *"Le fasi sono tra loro interdipendenti e consequenziali, in mancanza di realizzazione di anche una sola delle fasi, la procedura s'intenderà interrotta, senza che tale circostanza possa far maturare attese di ogni ordine e grado da parte degli istanti."*

Conseguentemente l'Amministrazione si è riservata, in sede di *lexspecialis*, un'ampia discrezionalità nella conclusione del procedimento che conferma la scelta di non vincolarsi prima di addivenire alla formale conclusione del procedimento.

Da ciò deriva l'assenza di una posizione qualificata degli appellati in ordine al procedimento conclusosi con l'approvazione della graduatoria (del. n. 42 del 20 aprile 2009) e pertanto non può essere accertata la illegittimità della mancata conclusione del procedimento *ex artt.* 31 e 117 c.p.a.

14.3. Con il terzo motivo d'appello il Comune di Foggia si duole per la errata declaratoria da parte del Tar dell'obbligo di provvedere come discendente dalla diffida presentata dagli interessati ai fini della conclusione del procedimento.

Il Tar, nel rigettare l'eccezione di decadenza dall'azione sul silenzio *ex art.* 31 c.p.a., ha qualificato la diffida degli appellati quale nuova istanza di avvio del procedimento e ha affermato che l'obbligo di provvedere si fonderebbe sui principi di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa e di non dispersione dell'attività procedimentale già compiuta.

Le considerazioni del T.a.r., relative alla necessità di non disperdere l'attività istruttoria già compiuta, sarebbero contraddittorie con la ricostruzione della diffida quale nuovo atto di avvio del procedimento.

14.3.1. Le censure del terzo motivo d'appello sono parimenti fondate.

La diffida del 2 giugno 2022, anche ammettendo la sua configurazione quale nuovo atto di avvio del procedimento, non può fondare l'obbligo dell'Amministrazione comunale di provvedere, di cui alla domanda azionata con il presente contenzioso, poiché l'atto di avvio del procedimento necessita eventualmente di un nuovo *iter* procedimentale e di una rinnovata istruttoria.

15. Per motivi di economia processuale, poiché l'appello risulta fondato per le motivazioni sopra indicate, può essere assorbita l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo che il Comune appellante ha riproposto con il quarto motivo d'appello.

16. Conclusivamente l'appello deve essere accolto e pertanto va rigettato, in riforma della impugnata sentenza, il ricorso di prime cure.

17. Cionondimeno le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti, in considerazione della peculiarità del contenzioso in esame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), 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 doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

Riccardo Carpino, Consigliere