



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA CAMPANIA
NAPOLI
SECONDA SEZIONE**

composto dai Signori Magistrati:

dr. Carlo d'Alessandro	Presidente
dr. Pierluigi Russo	Primo Referendario
dr. Umberto Maiello	Primo Ref. , relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n°**2407/2007**, proposto da **Silvio TROTTA**,
rappresentato e difeso dall'Avv. Pier Giacinto Di Fiore e,
con esso, elettivamente domiciliato in Napoli alla via
Arangio Ruiz n°107 presso lo studio dell'Avv. Antonio
Esposito;

contro

il COMUNE di ACERRA, in persona del Sindaco pro –
tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco
Migliarotti ed elettivamente domiciliato presso lo studio
del medesimo difensore in Napoli alla via Dei Mille n°16;

**per l'annullamento previa sospensione
dell'esecuzione**

del provvedimento di diniego, n°4950 del 12.2.2007, con il quale il Comune di Acerra ha respinto l'istanza di rilascio di un permesso di costruire un fabbricato per civili abitazioni e locali commerciali;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Udito il relatore Primo Referendario **UMBERTO MAIELLO** all'udienza camerale del 7.6.2007;

Uditi altresì per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Visto l'articolo 21 nono comma della legge 6 dicembre 1971, n.1034, nel testo sostituito dall'art. 3, primo comma, della Legge 21 luglio 2000 n. 205, che facoltizza, in sede di decisione della domanda cautelare, il Tribunale Amministrativo Regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, a definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26 della legge della legge 6 dicembre 1971, n.1034,.

Rilevato che, nella specie, il presente giudizio può essere definito con decisione in forma semplificata ai sensi dell'articolo 26 della legge della legge 6 dicembre 1971, n.1034, come modificato dall'art. 9 della Legge 21 luglio 2000 n. 205, stante la completezza del contraddittorio e della documentazione di causa, oltre che la manifesta fondatezza del ricorso,

Sentiti sul punto i difensori delle parti costituite, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto;

FATTO

Con il gravame in epigrafe, il ricorrente impugna il provvedimento di diniego, n°4950 del 12.2.2007, con il quale il Comune di Acerra ha respinto l'istanza di rilascio di un permesso di costruire un fabbricato per civili abitazioni e locali commerciali.

Segnatamente, deduce:

- 1) l'incompetenza dell'organo burocratico dell'Amministrazione comunale di Acerra che ha adottato l'atto di diniego, in quanto oramai esautorato nell'esercizio dei suoi poteri;
- 2) i motivi dell'opposto diniego sarebbero nuovi rispetto a quelli partecipati nel cd. preavviso di rigetto e non terrebbero conto delle risultanze istruttorie;
- 3) l'intervenuta scadenza dei piani di recupero sarebbe una circostanza neutra rispetto alla possibilità garantita dall'art. 28 della legge 47/85 in relazione agli artt. 16 e 17 della legge 1150 del 1942, di rilasciare, nella medesima area, permessi di costruire;
- 4) il comparto di riferimento sarebbe già sufficientemente urbanizzato.

Si è costituito in giudizio il Comune di Acerra, che ha concluso per la reiezione del ricorso siccome infondato.

All'udienza del 7.6.2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto.

Segnatamente, va condivisa la censura rubricata al punto 1) del proposto gravame, con la quale si deduce l'intervenuta surrogazione del Commissario ad acta

nominato dalla Provincia di Napoli, con conseguente venir meno del potere spettante agli organi del Comune di Acerra chiamati in via ordinaria a delibare le istanze di rilascio del permesso di costruire.

Vale premettere in fatto che, fin dal 5.1.2005, il ricorrente, Trotta Silvio, aveva chiesto al Comune di Acerra il rilascio di un permesso di costruire un fabbricato per civile abitazione e locali commerciali.

A distanza oramai di quasi due anni dalla presentazione della suddetta istanza ed a cagione dell'inerzia serbata dal Comune di Acerra, il ricorrente attivava la procedura di silenzio cd. devolutivo prevista dall'art. 21 del d.p.r. 380/2001 e, per l'effetto, inoltrava apposito atto di diffida che veniva assunto al protocollo del suddetto Ente il 14.12.2006.

Alla scadenza del 15° giorno successivo a quello di presentazione della diffida, il ricorrente compulsava la Provincia affinché procedesse alla nomina del Commissario ad acta.

Nelle more, con atto del 22.1.2007, notificato il successivo 5.2.2007, il Comune di Acerra comunicava il preavviso di rigetto.

Di contro, con decreto presidenziale n°43 del 6.2.2007, la Provincia di Napoli nominava il commissario ad acta nella persona dell'Arch. Annarita Di Tuoro e ne dava comunicazione al Comune di Acerra che ne accusava formale ricevuta il 9.2.2007.

Ciò nondimeno, il procedimento si sviluppava su un doppio binario: anzitutto, quello ordinario, presso il Comune di Acerra, dove, acquisite le controdeduzioni dell'interessato (in data 12.2.2007) al preavviso di

rigetto, il dirigente della VI Direzione (Gestione del Territorio) adottava il diniego definitivo (n°4950 del 12.2.2007).

E poi, quello che si svolgeva innanzi all'organo straordinario: questi, in data 12.2.2007, dopo aver appreso della spedizione del preavviso di rigetto, dapprima non si insediava, ma poi, in considerazione verosimilmente della natura endoprocedimentale del precitato atto, si costituiva ed avanzava formale richiesta di accesso al fascicolo (che però gli veniva ripetutamente negata). Entrambi i suddetti atti venivano assunti al protocollo del Comune di Acerra (rispettivamente ai numeri 4912 e 4913) prima del provvedimento di diniego, registrato in uscita al n°4950 del 12.2.2007.

Infine, con atto del 5.4.2007, il Commissario ad acta, cui nelle more erano stato prorogati i poteri (cfr. atto n°485 del 5.3.2007), rilasciava al ricorrente il permesso di costruire.

Orbene, alla stregua della suesposta ricostruzione, non può essere revocata in dubbio la fondatezza delle richiamate osservazioni censoree nella parte in cui lamentano l'incompetenza dell'organo di settore del Comune di Acerra, oramai surrogato nei suoi poteri deliberativi dal Commissario ad acta nominato dalla Provincia.

Com'è noto, l'art. 20 del d.p.r. 380/2001 scandisce il procedimento volto al rilascio del permesso di costruire e comprime entro soglie predefinite i tempi per la definizione del suddetto procedimento, allo scadere dei quali si forma il cd. silenzio rifiuto.

Il successivo art. 21 del medesimo testo normativo, ferma restando la possibilità di impugnare nelle forme di cui all'art. 21 bis della legge 1034/1971 il silenzio rifiuto, offre al privato un'ulteriore possibilità di tutela consentendogli di promuovere un intervento sostitutivo dell'Ente di controllo.

Ed invero, a norma del comma 2° del precitato articolo, l'interessato, previa notifica di un atto di diffida, alla scadenza del 15° giorno successivo, può inoltrare richiesta di intervento sostitutivo al competente organo regionale, il quale, nei successivi quindici giorni, nomina un commissario ad acta che provvede nel termine di sessanta giorni.

La suddetta disciplina va poi integrata con il disposto dell'art. 4 comma 2 della legge regionale 19/2001.

Sul punto, vale, infatti, premettere che, in perfetta sintonia con le coordinate rinvenienti dall'art. 117 della Costituzione, l'art. 13 comma 2° del d.p.r. 380/2001, espressamente devolve alla Regione la competenza legislativa in ordine al varo della disciplina che definisca i presupposti e le modalità di esercizio dei poteri sostitutivi in subiecta materia.

L'art. 4 comma 2 della legge regionale 19/2001 espressamente prevede che, una volta maturato il silenzio rifiuto, l'interessato *“.....può, con atto notificato o trasmesso in plico raccomandato con avviso di ricevimento, richiedere al competente organo comunale di adempiere entro il termine perentorio di quindici giorni dal ricevimento della richiesta*

Decorso inutilmente il termine di cui al comma precedente, l'interessato può inoltrare istanza al Presidente

dell'Amministrazione provinciale il quale, sostituendosi all'Amministrazione inadempiente, nomina, con proprio decreto, entro i quindici giorni successivi, un commissario ad acta”.

La piana lettura della richiamata disposizione normativa riflette, dunque, con assoluta evidenza ed in ragione del suo stesso valore semantico, come la descritta fattispecie devolutiva si perfezioni al momento della designazione del Commissario ad acta, esplicando pieni effetti “sostitutivi” nei confronti del Comune inadempiente una volta che risulti ad esso partecipata.

Ed invero, proprio nel suddetto atto di nomina si esaurisce il controllo sostitutivo esplicito dall'Ente Provincia, che, senza porre alcun vincolo di mandato, si limita ad attribuire l'esercizio delle competenze *de quibus*, già spettanti in via ordinaria all'Amministrazione comunale, ad un organo straordinario all'uopo nominato.

Il suddetto costrutto giuridico trova del resto pieno riscontro in un autorevole indirizzo giurisprudenziale, secondo cui l'attività della Regione (ovvero di ogni altro Ente di controllo a ciò proposto in base alla normativa di settore), nell'ambito dell'esercizio dell'attività di controllo sostitutivo degli enti locali, si esaurisce nell'atto stesso della nomina del Commissario ad acta e nell'individuazione delle funzioni da svolgere in luogo dell'Ente inadempiente, atteso che il Commissario non svolge alcuna attività propria dell'Amministrazione di controllo, ma è chiamato a esercitare il potere che dalla legge è stato attribuito all'ente sostituito che si è reso inadempiente (cfr. Consiglio Stato , sez. IV, 27 aprile

2004 , n. 2520; Cons. St., Sez. IV, n. 3536 del 22.6.2000).

Né può dubitarsi, a giudizio del Collegio, della natura esclusiva e non concorrenziale della competenza del commissario ad acta.

Pur non mancando precedenti contrari (cfr. T.A.R. Puglia sez. 2^a Bari 14 agosto 2002 n. 3580; T.A.R. Lazio Roma sez. 2^a bis 26 giugno 2002 n. 5887), il Collegio ritiene, in aderenza ad un autorevole orientamento giurisprudenziale, (C.d.S. sez. 5^a 6 ottobre 1999 n. 1332; id. C.d.S. sez. 4^a 26 gennaio 1998 n. 71; T.A.R. Emilia Romagna Bologna sez. 2^a 4 giugno 1999 n. 280), che il potere sostitutivo implicito, a partire dall'investitura, la surroga ex lege dell'amministrazione inadempiente ad opera del commissario ad acta, il quale acquisisce la natura di organo straordinario della stessa amministrazione e quindi di titolare esclusivo dell'attribuzione.

Ne consegue che una volta adottato e comunicato il provvedimento di nomina del commissario all'Amministrazione, quest'ultima non può più esercitare, essendone privata, il potere che costituisce oggetto dell'intervento sostitutivo e del conferimento in via esclusiva al commissario ad acta.

La teoria della concorrenza dei poteri infatti non solo nega la funzione dell'istituto dei poteri sostitutivi ma trascura il principio di carattere generale per cui una stessa attribuzione di potere non può essere conferita ed appartenere, nello stesso momento, a due organi diversi e distinti dell'amministrazione, siano essi legati da

rapporto interorganico, ovvero, ed a fortiori, da rapporto intersoggettivo.

Questo perché il principio di legalità esige che il titolare del potere sia quello, e quello soltanto, individuato dalla norma: tanto è vero che quando i poteri sono definiti "concorrenti" è, e deve essere, la stessa norma a stabilire attraverso quale modulo procedurale il potere condiviso vada esercitato (concerto, intesa, accordo etc.) (cfr. T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 04 novembre 2005 , n. 3847).

Nella fattispecie in esame, la nomina del Commissario ad acta era avvenuta con decreto n°43 del 6.2.2007 e la stessa era stata tempestivamente partecipata al Comune di Acerra in data 9.2.2007, ben prima, dunque, che il dirigente del predetto Ente ricusasse in via definitiva la domanda attorea.

Né assume rilievo il fatto che, nelle more, il Comune di Acerra aveva notificato al ricorrente il cd. preavviso di rigetto, atteso che la formazione del silenzio rifiuto non è preclusa in presenza di atti endoprocedimentali meramente preparatori, dovendosi escludere che questi ultimi facciano venire meno l'inerzia a provvedere sulla domanda (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 10 maggio 2001 , n. 2012).

In ragione di ciò, alla data di spedizione del provvedimento di diniego, vale a dire il 12.2.2007, la competenza in ordine al progetto edificatorio presentato dal ricorrente Trotta Silvio si era, dunque, già radicata in capo al precitato organo straordinario, oramai subentrato, in riferimento a tale specifico procedimento, all'organo burocratico del Comune inadempiente.

Ai fini del perfezionamento della fattispecie del controllo sostitutivo, appaiono, invece, inconferenti i successivi comportamenti del commissario straordinario (mancato insediamento, successivo atto di insediamento, richiesta di atti) ovvero i (conflittuali) rapporti intercorsi tra il medesimo ed il dirigente della VI sezione, le cui competenze dovevano intendersi esaurite dalla nomina del commissario.

D'altronde, anche a voler seguire sul punto il medesimo indirizzo ermeneutico privilegiato dalla parte resistente, occorre prendere atto del fatto che l'atto di insediamento del Commissario ad acta del 12.2.2007 e quello di richiesta della pratica sono comunque pervenuti al protocollo generale del Comune di Acerra prima che il dirigente della VI ripartizione adottasse il provvedimento di diniego, a nulla rilevando poi che i suddetti atti siano stati solo successivamente ricevuti dalla suddetta ripartizione.

Fra i due protocolli di arrivo, è senz'altro il primo quello di perfezionamento della conoscenza della nomina del commissario in capo al Comune, data la valenza di mero interna corporis del momento in cui il provvedimento è pervenuto ai competenti uffici ripartimentali (cfr. CdS Sez. V n°2564/2006).

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso va accolto e, per l'effetto, s'impone l'annullamento dell'atto impugnato.

Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare le spese processuali, con la precisazione che il contributo unificato resta definitivamente a carico

dell'Amministrazione soccombente, che è tenuta al rimborso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Spese come da motivazione.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del
7.6.2007

Il Primo Ref. Estensore

Il Presidente