

REPUBBLICA ITALIANA

N. 7377/06 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 4696 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

ANNO 2002

DECISIONE

Sull'appello proposto dalla soc. API "ANONIMA ITALIANA"
S.P.A. rappresentata e difesa dall'avv. Vittorio Zammit con
domicilio eletto in Roma via Alessandria, n. 130 presso l'avv.
Vittorio Zammit;

CONTRO

- il Comune di AVELLINO rappresentato e difeso dagli avv.ti
Amerigo Bascetta e Giovanni Santucci De Magistris con
domicilio eletto in Roma via Pavia n. 28 presso l'avv. Raffaele
Porpora;

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA-SALERNO sez. II n.
259/2002, resa tra le parti concernente ORDINE SOSPENSIONE
LAVORI REALIZZAZIONE IMPIANTO di DISTRIBUZIONE
CARBURANTE.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Udito il relatore Consigliere Nicola Russo e uditi, altresì, l'avv.
Zammit e l'avv. Bascetta;

FATTO

Con ricorso notificato in data 17 luglio 2000 e depositato il 25 luglio 2000, la società API S.p.a. impugnò dinanzi al TAR per la Campania, sezione staccata di Salerno, l'ordinanza del Dirigente del Settore Pianificazione ed Uso del Territorio datata 14.6.2000, notificata il 16.6.2000, con la quale era stata disposta la sospensione dei lavori di costruzione dell'impianto per la distribuzione di carburante sito in Avellino, località Valle Mecca, nonché tutti gli atti e provvedimenti connessi, presupposti e conseguenti, e, in particolare, la deliberazione di G.C. n. 215/2000 e la nota dirigenziale n. 3366 del 2.6.2000.

Al riguardo fu dedotto quanto segue:

- di aver chiesto al Comune di Avellino l'autorizzazione ex artt. 1 e 3 d.lgs. n. 32/98 ad installare ed esercitare un impianto per la distribuzione automatica di carburante, nonché la concessione edilizia per la costruzione di manufatti accessori (chiosco e pensilina) relativi allo stesso impianto;
- che il Comune di Avellino, con provvedimento 22.10.1999, rilasciò la concessione edilizia e, con successivo atto del 29.3.2000, l'autorizzazione c.d. "petrolifera" alla società ricorrente, che non nota dell'11 maggio 2000 comunicò l'inizio dei lavori;
- successivamente la società attuale appellante ricevette la nota 2.6.2000 prot. 3366 del Dirigente il Settore Programmazione ed Uso del Territorio con l'allegata deliberazione n. 215 del 23.3.2000 della Giunta Comunale, con la quale fu precisato che

con deliberazione n. 82 del 29.5.2000 il Consiglio Comunale aveva adottato la Variante alla Normativa di Attuazione del Piano Comunale di razionalizzazione degli impianti di distribuzione carburanti, e che era vietata la localizzazione di impianti in zone destinate al verde; contestualmente fu dato l'avviso di avvio del procedimento (l. 7 agosto 1990 n. 241 n. 7) di riesame della pratica con invito alla stessa società di fornire le proprie controdeduzioni.

A sostegno del gravame, la ricorrente dedusse i seguenti motivi:

1) Violazione dell'art. 31, penultimo comma, della legge urbanistica 17.8.1942, n. 1150, nel testo modificato dall'art. 10 della legge n. 765/67 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, di istruttoria e dei presupposti, in quanto i provvedimenti impugnati erano stati adottati sul presupposto dell'intervenuta adozione di una variante al piano di razionalizzazione degli impianti di distribuzione carburante da parte del Consiglio Comunale con deliberazione n. 82 del 29.5.2000; tale piano, avente efficacia di modifica ed integrazione del p.r.g. vigente, aveva escluso le zone, classificate F 1.4 (aree a verde) dal p.r.g., da quelle in cui era consentito installare gli impianti in questione e per tale motivo aveva adottato prima il provvedimento di sospensione e poi di decadenza della concessione edilizia *ex art. 31*, penultimo comma, della l.n. 1150/42, che sarebbe stato invece applicabile solo per i p.r.g. approvati e non anche per quelli semplicemente

adottati.

Sotto altro profilo, la società ricorrente addusse il mancato accertamento da parte della P.A. resistente dei lavori eseguiti in virtù dei suddetti provvedimenti concessori ed autorizzatori;

2) violazione dell'art. 26 della legge 17.8.1942, n. 1150 e successive modifiche ed eccesso di potere per travisamento dei fatti ed inesistenza degli ulteriori presupposti, adottati a fondamento dell'impugnata ordinanza di sospensione dei lavori e che sarebbero stati in parte estranei alla materia urbanistica-edilizia ed in parte erronei. In particolare :

a) l'impianto di cui trattasi non sarebbe sorto su strada Provinciale n. 70 e non sarebbe stata necessaria alcuna autorizzazione della Provincia per l'accesso agli impianti, in quanto la strada sarebbe stata classificata comunale di tipo F, come risultante da attestazione della stessa Amministrazione comunale;

b) l'impianto, previo spostamento di 1 mt. del chiosco, avrebbe rispettato la distanza di 10 mt. sancita dalle n.d.a. del piano carburanti;

c) la società ricorrente avrebbe ottemperato alla richiesta di presentazione dello studio dettagliato di impatto ambientale con la produzione di una perizia giurata in data 1 marzo 2000;

d) la presentazione della di rinuncia e la stipula di una convenzione per l'indennizzo previsto dall'art. 11 del regolamento piano carburanti non avrebbe riguardato strade

private.

3) Violazione dell'art. 1 del D.lgs. 11.2.1998, n. 32, per contraddittorietà, in quanto, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 32/1998 l'autorizzazione sindacale all'installazione ed all'esercizio di impianti per la distribuzione di carburanti avrebbe presupposto la verifica della conformità (della domanda) alle disposizioni del piano regolatore, alle prescrizioni fiscali e a quelle concernenti la sicurezza, nonché la tutela ambientale: pertanto, la PA, avendo proceduto al rilascio dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 32/1998, avrebbe già positivamente verificato la sussistenza di tutti i requisiti prescritti;

4) Violazione delle disposizioni di cui al capo III della legge 7.8.1990, n. 241 ed eccesso di potere per manifesta ingiustizia, in quanto il Comune di Avellino non avrebbe rispettato le disposizioni in epigrafe volte ad assicurare la partecipazione della società ricorrente, avendo adottato l'atto impugnato senza rispettare il termine indicato nella richiesta di controdeduzioni;

5) eccesso di potere per contraddittorietà e per difetto di motivazione rispetto al precedente parere favorevole della commissione edilizia.

Si costituì in giudizio la resistente Amministrazione, che chiese la reiezione del ricorso, siccome infondato nel merito.

Con ordinanza n. 1611, del 3.8.2000 l'adito Tribunale rigettò l'istanza cautelare di sospensione dell'atto impugnato per difetto

di interesse, essendo intervenuto il successivo provvedimento di sospensione lavori n. 22178 del 31.7.2000, a firma del Dirigente Pianificazione e Uso del Territorio, a parziale rettifica del precedente provvedimento oggetto della impugnativa.

Con motivi aggiunti, notificati il 13.9.2000 e depositati in data 19.09.2000, la società ricorrente chiese l'annullamento, oltre che dei provvedimenti già impugnati, anche della suddetta ordinanza del dirigente del Settore Pianificazione ed Uso del Territorio in data 31.7.2000, prot. 22178 di rettifica del precedente atto del 14.6.2000, con cui si assunse che la suddetta variante al piano carburanti avrebbe costituito non la semplice adozione, ma la definitiva approvazione da parte del Consiglio comunale: con lo stesso atto fu altresì disposta la sospensione dei lavori, che è valida per 90 giorni dall'emissione.

A sostegno del gravame furono adottati i seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 4 della L. n. 47/85 ed eccesso di potere per inesistenza dei presupposti, in quanto, da un lato, non vi sarebbe stata alcuna violazione da parte della società ricorrente e, sotto altro profilo, non sarebbe stato rispettato il termine di 45 giorni di efficacia dell'atto di sospensione sancite dall'art. 4 L. n. 47/85;
- 2) violazione dell'art. 31 della L. n. 1150/1942 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, inesistenza dei presupposti, contraddittorietà e sviamento, in quanto il piano sarebbe stato adottato e non approvato, come si assunse nell'atto di rettifica e comunque la statuizione dell'art. 31 sarebbe stata applicabile nei

casi di nuove previsioni urbanistiche e non per strumenti di natura diversa.

Sotto altro profilo la delibera C.C. n. 82/2000, sancendo il divieto di installazione di impianti in zona F1-4 (Area a verde), sarebbe stata una variante al PRG e quindi sarebbe necessario l'intervento della Regione per la definitiva approvazione;

3) violazione dell'art. 7 e segg. della L. n. 241/90 ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, in quanto si assunse il mancato inoltro di controdeduzioni al Comune da parte della Soc. ricorrente, che aveva invece evaso la richiesta della P.A..

Con ulteriori motivi aggiunti, notificati in data 10 e depositati in data 19 ottobre 2000, la parte ricorrente impugnò l'ordinanza del Dirigente in data 26.09.2000 di decadenza della concessione edilizia rilasciata il 22.10.1999, deducendo gli stessi motivi dianzi indicati, nonchè la cessata efficacia del vincolo a verde del PRG del 1987 per scadenza del vincolo quinquennale, che peraltro non conteneva alcun divieto di installazione di impianti di carburante.

Con ulteriori motivi aggiunti, notificati in data 19 ottobre e depositati il 27 ottobre 2000 la parte ricorrente impugnò non solo la suddetta ordinanza del 26 settembre 2000, ma anche la delibera del Consiglio comunale n. 82/2000 per carenza di una motivazione specifica sulla nuova destinazione dell'area incidente su posizioni soggettive già consolidate, nonchè per carenza di una comparazione fra gli opposti interessi e per

mancato accertamento sui lavori iniziati.

Con ulteriori motivi aggiunti, notificati in data 19 dicembre 2000 e depositati il 4 gennaio 2001 la parte ricorrente impugnò il provvedimento del 24/11/2000 n. 2411/2000 di annullamento dell'autorizzazione petrolifera rilasciata in data 29 marzo 2000, che, avendo per presupposto la decadenza della concessione edilizia, era stata censurata in via derivata per gli stessi motivi proposti avverso il suddetto atto, nonché autonomamente per difetto di motivazione in ordine all'interesse pubblico specifico.

Con successiva memoria difensiva, l'intimato Comune ribadì la richiesta di rigetto del ricorso.

Con sentenza n. 259 del 2002, l'adito TAR disattese le censure proposte sia con il ricorso principale che con i motivi aggiunti e, pertanto, le rigettò, compensando le spese di lite tra le parti.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato la società API ha interposto appello avverso la prefata sentenza, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'annullamento e/o la riforma, con ogni conseguente statuizione, anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio.

Resiste all'appello il Comune di Avellino, che ne chiede la reiezione, con salvezza delle spese di lite, riproponendo le eccezioni preliminari già sollevate e non esaminate dal giudice di primo grado.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie illustrative.

Alla pubblica udienza del 3 marzo 2006 la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

La controversia per cui è causa concerne i provvedimenti, prima di sospensione dell'efficacia e poi di decadenza della concessione edilizia del 22.10.1999, nonché l'annullamento dell'autorizzazione c.d. "petrolifera" in data 29.3.2000, rilasciati alla società ricorrente, odierna appellante, dal Comune di Avellino, per la realizzazione di un impianto di distribuzione carburanti, nonché la delibera del Consiglio comunale n. 82/2000 di approvazione della variante al piano comunale di razionalizzazione della rete di distribuzione carburanti.

Infatti, l'appellata Amministrazione comunale di Avellino, ha proceduto, dopo il primo provvedimento del 14 giugno 2000, all'adozione di successivi atti (atto di rettifica, decadenza della concessione edilizia in data 26/9/2000, annullamento dell'autorizzazione amministrativa per l'installazione dell'impianto in data 24 novembre 2000), tutti impugnati con motivi aggiunti in prime cure: l'iter procedurale della vicenda in esame comporta che la lesività della posizione della società ricorrente sia riconducibile a tali ultimi due atti, nonché alla delibera del Consiglio comunale n. 82/2000, anch'essa oggetto di impugnazione.

A tale riguardo, prima di passare ad esaminare il merito della presente controversia, occorre affrontare la disamina delle

eccezioni preliminari di rito già sollevate dal Comune resistente e non esaminate dal giudice di primo grado, che sono state riproposte dall'Ente appellato in sede di memoria conclusiva.

In proposito, ritiene il Collegio che quando, come nella specie, il ricorso di primo grado è respinto, previo esame del merito, non si forma un giudicato implicito, nel senso della infondatezza delle eccezioni preliminari non esaminate, ma solo, eventualmente, un giudicato esplicito relativamente a quelle esaminate e respinte (cfr. Cons. St., sez. IV, 16 maggio 1991, n. 384).

Il controllo di ammissibilità del ricorso in primo grado può essere effettuato d'ufficio in sede di appello, ove il giudice di primo grado non abbia espressamente esaminato e risolto, con esito positivo o negativo, tale questione preliminare. Ove, invece, sul punto vi sia stata pronuncia, l'esame in appello è possibile soltanto in presenza di specifico mezzo di impugnazione (cfr. Cons. St., sez. V, 13 luglio 1994, n. 753), non essendo sufficiente la deduzione con semplice memoria (cfr., con riguardo all'espressa pronuncia di rigetto della eccezione e alla posizione dell'appellato vittorioso, per tutte, Ad. Plen., 21 ottobre 1980, n. 37; Ad. Plen., 22 dicembre 1982, n. 21).

Orbene, nella specie il TAR Campania non ha esaminato le eccezioni preliminari sollevate dal Comune di Avellino, né ha fatto ad esse riferimento, tant'è che esse non vengono neppure menzionate nella esposizione delle ragioni dedotte dalle parti in giudizio.

Il giudice di prime cure, infatti, ha affrontato direttamente ed unicamente il merito della controversia, rigettando per infondatezza il ricorso introduttivo.

Il Comune appellato, quindi, preliminarmente ha insistito, in sede di memoria conclusiva, sull'accoglimento delle eccezioni di rito già sollevate e non esaminate, riguardanti la inammissibilità, irricevibilità, improcedibilità delle domande avanzate dalla società ricorrente in primo grado, in quanto non sarebbe stato impugnato, nelle forme e nei termini di legge, il nuovo piano carburanti, approvato con deliberazione di C.C. n. 82 del 29 maggio 2000.

Tali eccezioni sono prive di fondamento.

E, infatti, come riconosciuto dallo stesso Comune appellato (cfr. pag. 4 della memoria conclusiva) tale piano, sebbene non espressamente menzionato nell'epigrafe del ricorso introduttivo di primo grado, sottoscritto in data 28 giugno 2000, è stato sostanzialmente contestato *“sulla scorta di una perfetta conoscenza della sua portata lesiva con argomentazioni giuridiche a sostegno della sua illegittimità”*, e ciò proprio nella parte in cui, appunto, esso vieta la localizzazione di impianti in zone destinate a verde del PRG (come quelle oggetto dell'intervento da parte dell'API).

Tanto premesso in rito, l'ordine logico delle questioni prospettate al Collegio impone la previa e pregiudiziale disamina della natura della suddetta delibera n. 82/2000, avente ad oggetto il

piano di razionalizzazione della rete di distribuzione carburanti sotto un duplice profilo: a) se trattasi di delibera di adozione o di approvazione del suindicato piano; b) se si tratti di variante al piano regolatore generale e come tale da sottoporre all'approvazione della Regione.

L'accoglimento di tali profili di censura comporterebbe, infatti, la caducazione dei provvedimenti impugnati, tenuto conto che, anche in prosieguo della vicenda di cui è causa, la suddetta delibera consiliare non risulta trasmessa all'Amministrazione regionale.

In proposito il TAR ha preso le mosse dal D.Lgs. 11 febbraio 1998, n. 32 (Razionalizzazione del sistema di distribuzione dei carburanti), così come sostituito ed integrato dall'art. 1, D.Lgs. 8 ottobre 1999, n. 346.

Tale decreto, nel disciplinare all'art. 2 le competenze comunali e regionali, demanda, nel primo comma, ai comuni l'individuazione dei criteri, requisiti e caratteristiche delle aree sulle quali possono essere installati impianti di carburanti e sancisce, al comma 1-bis, che la localizzazione degli impianti di carburanti costituisce un mero adeguamento degli strumenti urbanistici in tutte le zone e sottozone del piano regolatore generale non sottoposte a particolari vincoli paesaggistici, ambientali ovvero monumentali e non comprese nelle zone territoriali omogenee A.

Il successivo secondo comma dello stesso art. 2 prevede, per i

casi di inerzia dei comuni nella individuazione dei requisiti e delle caratteristiche delle aree sulle quali possono essere installati detti impianti, l'intervento del potere sostitutivo delle regioni.

Orbene, il giudice di prime cure ha ritenuto che il suddetto articolo, avendo considerato il provvedimento comunale un mero adeguamento degli strumenti urbanistici in tutte le zone e sottozone non sottoposte a particolari vincoli paesaggistici, ambientali ovvero monumentali e non comprese nelle zone territoriali omogenee A, ha escluso che lo stesso dovesse essere sottoposto all'*iter* procedurale previste per le varianti al p.r.g..

Il ragionamento svolto dai primi giudici non può essere condiviso.

In primo luogo, il ripetuto art. 2 D.Lgs. n. 32/98, nel testo sostituito dall'art. 1 del D.Lgs. n. 346/99, non può essere interpretato, come, invece, ha ritenuto il Tribunale, nel senso che i Comuni possano stabilire un divieto assoluto di installare gli impianti *de quibus* nelle zone del territorio comunale ove tale installazione sia compatibile con il vigente strumento urbanistico.

Il significato della norma, invece, è quello secondo cui è in facoltà degli enti locali consentire, in sede di pianificazione della rete, la localizzazione dei nuovi impianti anche nelle zone del p.r.g. soggette a diversa destinazione, purché non sottoposte a particolari vincoli.

Nella specie, l'area scelta dalla soc. Api per la localizzazione dell'impianto *de quo* ricadeva in una zona del territorio comunale

con destinazione F 1.4 (“verde di quartiere e verde privato”), nella quale era ed è consentita la installazione di impianti per la distribuzione di carburante. La localizzazione di un impianto di distribuzione di carburante ai sensi dell’art. 2 del D.Lgs. n. 32/98 non è esclusa, infatti, dalla destinazione dell’area a verde attrezzato (cfr. Cons. St., sez. V, 21 settembre 2005, n. 4945), posto che gli impianti in parola, quali servizi a rete, sono diffusi in tutte le zone urbanistiche, salvo eccezioni espresse basate su particolari ragioni.

Pertanto, come fondatamente dedotto dalla società appellante, il Comune non avrebbe potuto, in sede di adozione del nuovo piano carburanti, introdurre un divieto indiscriminato di localizzazione degli impianti nella zona suindicata, trattandosi di una prescrizione estranea all’ambito del potere conferito dal legislatore all’ente locale, e, comunque, di una prescrizione che, essendo preordinata a modificare il vigente strumento urbanistico, avrebbe dovuto, per diventare concretamente operante, essere sottoposta all’approvazione della Regione Campania.

Appaiono, inoltre, fondati i rilievi, sollevati in primo grado e disattesi dal Tribunale, secondo cui il Comune di Avellino, in sede di adozione della deliberazione impugnata, avrebbe dovuto tener adeguato conto della situazione della ricorrente, odierna appellante, in quanto titolare della concessione edilizia e dell’autorizzazione petrolifera, nonché proprietaria del terreno

appositamente acquistato in base all'affidamento ingenerato dalla P.A. di poter realizzare la propria iniziativa imprenditoriale, ed avrebbe, quindi, dovuto porre a raffronto l'interesse pubblico alla modifica delle prescrizioni urbanistiche con la posizione giuridica acquisita dalla API, alla quale sarebbe dovuta altresì essere offerta la possibilità di interloquire nel procedimento a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

Infine, anche la doglianza relativa all'intervenuta cessazione di efficacia del vincolo a verde del p.r.g. del 1987 per scadenza del termine quinquennale appare fondata.

Infatti, il divieto di installazione di nuovi impianti per la distribuzione di carburante esteso alla zona F 1.4 con la deliberazione n. 82/2000, impugnata in prime cure, è stato espressamente motivato con l'esigenza di preservare la destinazione a verde impressa a detta zona dal p.r.g., per cui, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la decadenza di quest'ultima prescrizione non può considerarsi certo irrilevante, ma costituisce causa di illegittimità della suddetta deliberazione per inesistenza del presupposto (persistenza del vincolo a verde) sulla quale la stessa è basata.

I rilievi dianzi esaminati hanno carattere assorbente, in quanto dimostrano, in una con la illegittimità della deliberazione comunale n. 82/2000, nella parte interessante l'area di proprietà della ricorrente, la illegittimità dei provvedimenti emanati dal Comune in applicazione della suddetta delibera, oggetto di rituale

impugnazione con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti.

L'appello deve, pertanto, essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, devono essere annullati i provvedimenti del Comune di Avellino impugnati in primo grado, vale a dire quelli di sospensione dell'efficacia e di decadenza della concessione edilizia del 22.10.1999, nonché di annullamento dell'autorizzazione petrolifera del 29.3.2000, rilasciati alla società API per la realizzazione di un impianto carburanti, nonché la deliberazione del Consiglio comunale n. 82/2000, di approvazione della variante al piano comunale di razionalizzazione della rete di distribuzione carburanti, nella parte riguardante l'area di proprietà della società medesima.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Avellino al pagamento, in favore della società appellante, delle spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio, che liquida complessivamente in euro 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CAP.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 3 marzo 2006

con l'intervento dei Sigg.ri:

Raffaele Iannotta	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere estensore

L'ESTENSORE

f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13 dicembre 2006

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale