

REPUBBLICA ITALIANA

N. 2694/04REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 7444/97 REG.RIC.

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

4052/00 REG.RIC.

DECISIONE

1) - sul ricorso in appello n.7444/97, proposto da **Comune di Brugherio** rappresentato e difeso dagli avv.ti G. Pucci ed E. Romanelli con domicilio eletto presso il secondo, in Roma Via Cosseria n. 5

contro

società Giemme (ora Giemme Costruzioni) rappresentata e difesa da: prima dagli Avv.ti G. Ciampoli, M. Saladino e poi anche da A. Abbamonte con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via degli Avignonesi n. 5

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia , Sezione II , n.694/1997, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla società Giemme;

2) - sul ricorso in appello n.4052/2000, proposto da **Società Giemme (ora Giemme Costruzioni)** rappresentata e difesa prima dagli avv.ti A. Belvedere, W. Fumagalli, G. Pratesi e poi anche da A. Abbamonte, come sopra elettivamente domiciliata

contro

Comune di Brugherio rappresentato e difeso dagli avv.ti G. Pucci ed E. Romanelli con domicilio eletto presso il secondo, in

Roma Via Cosseria n. 5

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia , Sezione II , n.946/2000,con
la quale è stato respinto il ricorso proposto dalla società Giemme;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Giemme
(ora Giemme Costruzioni), per il primo appello;

del Comune di Brugherio, per il secondo appello;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 10.2.2004, relatore il Consigliere
Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati Pafundi, su delega
dell'avv.to Romanelli, A. Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

FATTO

Con il primo appello, il comune di Brugherio ha fatto presente
che la Società Giemme aveva chiesto in data 14.5.1992 il rilascio
di una concessione edilizia per la costruzione di un edificio in
ampliamento a quello esistente in via Guzzina nell'ambito del
complesso denominato Sporting Club Edlinord; che, facendo
parte detta area del Centro residenziale Edilnord realizzato a
partire dagli anni '60 in esecuzione di un unico planivolumetrico
presentato dall'originario proprietario, il Comune chiedeva alla
Società di fornire una verifica planivolumetrica circa gli indici

di fabbricabilità estesa all'intero comprensorio Edilnord, in conformità a quanto espresso dalla Commissione edilizia nella seduta del 14.1.1993; che la Società, invece di provvedere a quanto richiesto, impugnava davanti al TAR Lombardia la relativa richiesta, che con la sentenza n. 141/95 lo dichiarava inammissibile in considerazione della natura non provvedimentale dell'atto; che in data 28.7.1995 la società provvedeva a trasmettere parte della documentazione mancante, ribadendo il rifiuto di fornire una verifica volumetrica estesa all'intero Comprensorio Edilnord; che con provvedimento del 29.11.1995, a firma dell'Assessore delegato, il Comune negava definitivamente la richiesta di concessione edilizia sulla base del rifiuto della parte di fornire un elemento indispensabile quale la verifica volumetrica dell'intero comparto, prescritta dall'art. 20 delle N.T.A. del vigente P. R. G.; che la Società impugnava nuovamente tale diniego asserendo che il suo terreno non aveva mai fatto parte del Comprensorio Edilnord, né il Comune era stato in grado di produrre una lottizzazione giuridicamente valida ed efficace o atti con cui i precedenti proprietari avessero asservito tale terreno a favore dell'edificazione altrui; che il TAR con la sentenza n. 694 /97 accoglieva ingiustamente la tesi della Società ricorrente.

Ha quindi dedotto:

-vi erano vari elementi per desumere l'appartenenza del lotto

della Società al complesso Edilnord, tenendo conto sia del carteggio intercorso con l'Amministrazione sia degli atti provenienti dalla parte;

- il TAR non aveva condotto alcuna specifica indagine per stabilire se il terreno in questione fosse o meno inserito nel Comprensorio Edilnord;

- l'edificio oggetto della richiesta di ampliamento era proprio quello realizzato in forza della concessione edilizia n.50712 del 18.8.1967, rilasciata alla Edilnord per impianti sportivi alle condizioni di cui al voto della Commissione edilizia e cioè il rispetto della convenzione e gli obblighi di sistemazione a verde;

-non era stata la variante di P.R.G. adottata il 16.2.1968 ad asservire volumetricamente l'area attualmente di proprietà della Giemme, ma la volontà dell'originario unico proprietario che aveva concentrato altrove tutti i volumi all'epoca disponibili:

-in tutte le licenze edilizie rilasciate compariva il riferimento alla convenzione in funzione dell'unitarietà dell'intervento e la globalità del calcolo della volumetria complessivamente ammissibile.

Costituitasi in giudizio, la Società Giemme (ora Giemme Costruzioni) ha chiesto il rigetto del primo appello.

Con il secondo appello, la Società Giemme (ora Giemme Costruzioni) ha fatto presente che il giudice di appello, con ordinanza n. 1690/97, aveva respinto l'istanza cautelare proposta

dal Comune nel primo appello, per cui decideva di riesaminare la richiesta di concessione edilizia da parte della Società, che però respingeva nuovamente con provvedimento n. 50089 del 19.11.1997, ritenendo che trattavasi di proposta di intervento su area asservita al comprensorio denominato Edilnord eccedente volumetricamente dagli indici di fabbricabilità fondiaria prescritti dall'art. 50 delle Norme Tecniche di Attuazione del P. R. G. per la zona B2; che, per effetto del livello di saturazione edificatoria raggiunto, l'intervento contrastava altresì con i disposti dell'art. 20 N.T.A.-utilizzo degli indici; che la Società impuntava anche tale diniego, ma il TAR, con la sentenza n. 946/200 lo respingeva.

Ha quindi dedotto:

- il nuovo provvedimento di diniego è affetto da vizi sostanziali in quanto non era intervenuto nel corso degli anni alcun atto giuridico che avesse comportato l'asservimento dell'area prospettata dal Comune;
- non esisteva alcun piano di lottizzazione ritualmente approvato dagli organi competenti;
- nessuna delle licenze edilizie rilasciate aveva approvato un conteggio planivolumetrico che prendesse in considerazione l'area in questione;
- non vi era peraltro necessità di tale asservimento in quanto la quantità dei volumi complessivamente autorizzati non superava il

planivolumetrico approvato dal C. C. il 17.10.1963, che peraltro non comprendeva l'area in questione;

-l'asservimento non era derivato neppure per effetto dell'entrata in vigore di alcuni strumenti urbanistici generali;

-comunque non si erano verificati i presupposti per considerare realizzato l'ipotizzato asservimento;

-il provvedimento di diniego era illegittimo anche perché adottato da organo incompetente, in quanto sottoscritto dall'Assessore all'urbanistica mentre doveva essere adottato dal Dirigente del competente settore ai sensi dell'art. 51 L. 8.6.1990 n. 142, come modificato dall'art. 6 L. 15.5.1997 n.127, tanto più che non era stato preceduto dalla proposta del responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 4 L. n.493/1993. Né poteva condividersi il rilievo del TAR sull'asserito difetto di interesse alla censura di incompetenza in relazione al carattere vincolato del provvedimento di diniego, in quanto in tal modo il giudice veniva ad invadere la sfera di attribuzioni riservata alla pubblica amministrazione con violazione dell'interesse strumentale fatto valere al riesame della situazione.

Costituitosi in giudizio, il Comune ha chiesto il rigetto del secondo appello, rilevando in particolare che l'eventuale difetto di competenza non rilevava dato il carattere vincolato del provvedimento di diniego e comunque la competenza dell'Assessore si giustificava in quanto l'atto costituiva un vero e

proprio procedimento di riesame indotto dalla sentenza del TAR e dal rigetto in sede di appello dell'istanza cautelare proposta dal Comune per cui doveva ritenersi corretto il riferimento alle norme vigenti alla data della sentenza del TAR n.694/97 (9.4.1997), anteriore all'entrata in vigore della L. 15.5.1997 n.127, che all'art.6 aveva attribuito al Dirigente la competenza al rilascio della concessione edilizia.

Entrambe le parti hanno presentato memoria conclusiva.

Alla pubblica udienza del 10.2.2004, i ricorsi in epigrafe sono passati in decisione.

DIRITTO

1. I due appelli in epigrafe (n. 7444/1997 e n. 4052/2000) possono essere riuniti per connessione soggettiva ed oggettiva ai fini di un'unica decisione, in quanto rivolti avverse due sentenze del TAR Lombardia, sez. 2, n. 694/97 e n.946/2000, concernenti la legittimità o meno dei due successivi dinieghi (in data 29.11.1995 e 19.11.1997) opposti dal Comune di Brugherio alla domanda di concessione edilizia avanzata dalla società Giemme (ora Giemme Costruzioni) in data 14.5.1992.

2. Ha carattere pregiudiziale l'esame del secondo appello, che ha per oggetto il provvedimento in data 19.11.1997, sottoscritto dall'Assessore all'edilizia per il Sindaco, il quale aveva negato nuovamente alla Società la concessione edilizia richiesta sulla base di un approfondito riesame della situazione, anche in

considerazione della nuova istruttoria effettuata con il ricalcolo della volumetria complessiva ammissibile, sia pure richiamando la sentenza del TAR Lombardia, sez.2, n.694/97 che aveva accolto il ricorso della Società avverso il primo diniego del 1995. Con la conseguenza che il nuovo provvedimento di diniego del 1997 deve ritenersi adottato dall'Amministrazione comunale non in esecuzione della sentenza del TAR ma in via autonoma, con assorbimento del precedente diniego .

3. Il secondo appello va accolto.

Va condiviso il vizio di incompetenza del Sindaco (e per sua delega dell'Assessore), dovendo essere adottato il nuovo provvedimento di diniego dal Dirigente responsabile del relativo settore, ai sensi dell'art. 51 L. 8.6.1990 n. 142, come modificato dall'art. 6 L. 15.5.1997 n.127.

3.1. Sulla questione non può essere seguito l'avviso del TAR di difetto di interesse alla censura di incompetenza in relazione al carattere vincolato del provvedimento di diniego di concessione edilizia che porterebbe, in caso di impugnativa di un atto sostanzialmente corretto adottato da autorità incompetente, alla riproduzione dell'identico atto da parte dell'autorità ritenuta competente dal giudice.

Occorre considerare che il giudizio relativo al rilascio o meno del titolo edificatorio ha carattere impugnatorio in relazione alla

posizione di interesse legittimo rivestita dal richiedente e rientra nell'ordinaria giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (V. la decisione di questa Sezione n. 790 del 15.2.2001). Con la conseguenza che in tale giudizio, diversamente da quanto avviene per quelli di accertamento di situazioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva (ove non valgono le regole sull'emanazione degli atti amministrativi: V. le decisioni di questa Sezione n.857 del 10.12.1990 e n. 766 del 22.6.1996), rilevano oltre alla violazione di legge ed all'eccesso di potere anche il vizio di incompetenza, ai sensi dell'art. 26 R. D. 26.6.1924 n. n.1054, confermato per quanto concerne il vizio di incompetenza, dall'art. 26, 2° comma, della L. 6.12.1971 n.1034, a prescindere dal carattere vincolato o meno del relativo provvedimento.

Anzi, è pacifico il principio, da cui il Collegio non ha motivi per discostarsi, in base al quale l'accoglimento del vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori vizi dedotti, attesa la priorità con la quale va esaminata tale censura (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. IV n.310 del 12.3.1996 e n. 4214 del 1°8.2001; sez. V n.787 del 6.12.1988), salvo che non siano stati impugnati anche altri atti connessi, ipotesi quest'ultima nella specie non ricorrente.

3.2. Neppure vale rilevare dal Comune che al fine di stabilire l'organo competente ad adottare il nuovo diniego si sarebbe

dovuto tener conto della normativa vigente alla data della sentenza del TAR n.694/97 (9.4.1997), anteriore all'entrata in vigore della L. 15.5.1997 n.127, in quanto da un parte tale sentenza, anche se assunta nella camera di consiglio del 9.4.1997 è stata pubblicata solo il 22.5.1997 (e cioè dopo la pubblicazione nella G. U. del 17.5.1997 della L. n.127/97) e dall'altra il nuovo provvedimento di diniego doveva essere emanato dall'organo competente sulla base della normativa vigente alla data della sua adozione (19.11.1997).

3.3. Né può essere messa in discussione la competenza dei dirigenti rispetto agli atti di gestione degli Enti locali, anche con riferimento ai provvedimenti di rilascio delle concessione edilizia., a seguito dell'art.6, 2° comma., L. n.127/97. Detta disposizione, nel sostituire l'art. 51 L. n.142/90, ha direttamente attribuito ai Dirigenti, tra l'altro, i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni anche di natura discrezionale (V. le decisioni di questa Sezione n. 5833 del 25.11.2001 e n. 7632 del 21.11.2203).

L'Attribuzione diretta ai Dirigenti degli Enti locali dei compiti di gestione in base alle menzionate disposizioni, anche in mancanza di specifiche norme statutarie o regolamentari, sebbene si stata recentemente messa in dubbio (V. la decisione di questa Sezione n. 3717 del 23.6.2003), appare confermata dall'art. 53, comma

23°, L. 23.12.2000 n. 388, come modificato dall'art. 29 L. 28.12.2001 n.448, che ha consentito unicamente agli Enti locali con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti di adottare, al fine di operare un contenimento della spesa (da documentare ogni anno), disposizioni regolamentari organizzative per attribuire ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi nonchè il potere di adottare anche atti di natura tecnica gestionale.

3.4. Ne discende che, pur dovendosi rilevare la consistenza delle argomentazioni addotte nel provvedimento di diniego del 1997 (come del resto ritenuto dalla sentenza del TAR n.946/2000), deve essere accolta la doglianza di incompetenza, con assorbimento delle altre censure.

4. Ne consegue l'improcedibilità del secondo appello in quanto relativo al provvedimento di diniego del 1995, assorbito da quello del 1997.

5. Per quanto considerato, il secondo appello va accolto mentre va dichiarato improcedibile il primo.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V), previa riunione, accoglie il secondo appello e dichiara improcedibile il primo. Per l'effetto, in riforma delle sentenze del TAR,

accoglie il secondo ricorso e dichiara improcedibile il primo, con l'annullamento del provvedimento del 19.11.1997, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10.2.2004, con l'intervento dei signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Aniello Cerreto, Est.

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 4 Maggio 2004

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale