

N. 02900/2016REG.PROV.COLL.
N. 01675/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1675/2013 RG, proposto dalla Comunione del complesso residenziale *Serra degli Alimini I*, con sede in Otranto (LE), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Paccione, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria n. 2, presso l'avv. Placidi,

contro

il Comune di Otranto, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria n. 2, presso l'avv. Placidi e
la Regione Puglia, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita in giudizio e

nei confronti di

Iniziative Turistiche – INTUR s.r.l., corrente in Otranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, controinteressata, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Luca Bruni, con domicilio eletto in Roma, c.so del Rinascimento n. 11,

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia – Bari, sez. III, n. 1862/2012, resa tra le parti e concernente l'approvazione definitiva del progetto per la realizzazione di un albergo e della variante al PRG di Otranto;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Otranto e della INTUR s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 22 settembre 2015 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Paccione, Petretti (per delega di Quinto) e Pellegrino, in proprio e per delega di Bruni;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La Comunione del complesso residenziale *Serra degli Alimini 1*, con sede in Otranto (LE), dichiara di raccogliere oltre cento unità abitative in regime di multiproprietà nel villaggio turistico omonimo in Otranto, in forza d'una lottizzazione convenzionata stipulata a suo tempo tra la sua dante causa ed il Comune di Otranto, ormai scaduta e solo in parte realizzata.

Con istanza del 28 giugno 2001, la INTUR s.r.l., corrente in Otranto e titolare d'un appezzamento di terreno all'interno del perimetro di tale lottizzazione, chiese al Comune stesso il rilascio d'una concessione edilizia per colà costruire un albergo e servizi in ampliamento ad una struttura già esistente. Il terreno interessato dal progetto della INTUR s.r.l., pari a ca. mq 1619, ricadeva in area destinata dal PRG di Otranto ad insediamenti turistici con piani esecutivi già convenzionati, nella specie oggetto del predetto PL, ma in un lotto finora mai adoperato. L'intervento era stato quindi proposto in variante semplificata al PRG (ai sensi dell'art. 5 del DPR 20 ottobre 1998 n. 447) ed al PL stesso e fu sottoposto a conferenza di servizi, articolatasi in più sedute. Nel corso di queste, il progetto della INTUR s.r.l. ottenne il parere favorevole di vari enti coinvolti e la

conferenza poi si concluse con esito positivo, giusta la nota di comunicazione a tal Società del 12 febbraio 2006.

Iniziata quindi la procedura di variante, detta Comunione, l'11 gennaio 2007, vi s'oppose ed invitò il Comune di Otranto a non rilasciare alla INTUR s.r.l. alcun titolo di costruzione. Il Comune, dopo varie vicissitudini, dedusse a confutazione della tesi della Comunione in base alla nota prot. n. 278 del 22 gennaio 2008. Quest'ultima fu impugnata da detta Comunione avanti al TAR Bari, con il ricorso n. 530/2008 RG, affidato ad otto gruppi di censure.

2. – Nelle more di quel giudizio, il 1° aprile 2008 il Comune di Otranto rilasciò al procuratore domiciliatario di detta Comunione la copia della deliberazione n. 3 del 25 gennaio 2008, con cui il Consiglio comunale aveva approvato la variante allo strumento urbanistico in senso favorevole alla INTUR s.r.l. Pure questo provvedimento fu gravato con l'atto per motivi aggiunti al citato ricorso n. 530, depositato il successivo 27 giugno 2008. Intervenne quindi il rilascio, a favore della INTUR s.r.l., del permesso di costruire n. 107 del 26 ottobre 2010, che detta Comunione impugnò sì innanzi al TAR Bari con l'autonomo ricorso n. 1608/2011 RG, ma che fu poi dichiarato inefficace dal Comune di Otranto con la determinazione n. 9664 del 1° ottobre 2012.

L'adito TAR, con sentenza n. 1862 del 30 ottobre 2012, ha dichiarato inammissibile il gravame introduttivo ed irricevibili i motivi aggiunti del ricorso n. 530/2008 RG, mentre, con la coeva sentenza n. 1863, ha dichiarato improcedibile il ricorso n. 1608/2011 RG per sopravvenuta carenza d'interesse.

3. – Detta Comunione s'è appellata quindi, col ricorso in epigrafe, nei confronti della sola sentenza n. 1862/2012, deducendone in punto di diritto l'erroneità per: A) – aver essa presunto, in capo al proprio difensore, la piena conoscenza della delibera consiliare n. 3/2008 anteriore all'effettivo accesso a questa; B) – aver imputato alla Comunione, anziché alla INTUR

s.r.l., il tardivo deposito agli atti di causa dell'istanza d'accesso in data 21 febbraio 2008; C) – aver giudicato tale istanza di difficile reperimento, quando invece era *ab initio* nella piena disponibilità ai fini del decidere. Detta Comunione ha riproposto in questa sede anche i motivi di merito assorbiti in primo grado.

Resiste in giudizio il Comune intimato, concludendo in modo articolato per il rigetto dell'appello. Pure la INTUR s.r.l. s'è costituita nel presente giudizio, eccependo l'infondatezza dell'appello.

Con ordinanza n. 2461 del 14 maggio 2015, la Sezione ha disposto incumbenti istruttori al fine di acquisire: 1) – copia conforme integrale della delibera consiliare n. 3/2008 e dei relativi allegati; 2) – copia conforme integrale del verbale d'accesso da parte del delegato dell'avv. Paccione alla citata delibera n. 3/2008, corredato dagli atti correlati, nonché da una relazione del Comune circa l'esatta scansione dei relativi eventi; 3) – copia conforme integrale della nota comunale n. 9664 del 2012 e dei relativi allegati; 4) – documentati chiarimenti in ordine alle vicende successive all'emanazione della nota comunale stessa, nonché sull'eventuale riemanazione dell'autorizzazione paesaggistica a suo tempo resa sul progetto della controinteressata in conferenza di servizi; 5) – documentata e motivata relazione sullo stato dei luoghi e sulle eventuali opere nel frattempo realizzate.

A seguito del deposito documentale, le parti private hanno presentato memorie conclusive, avuto riguardo in particolare agli estremi di pubblicazione della delibera consiliare n. 3/2008 ed alla prova della piena conoscenza di essa ai fini della tempestività dell'atto per motivi aggiunti in prime cure.

Alla pubblica udienza del 22 settembre 2015, su conforme richiesta delle parti costituite, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

4. – Una precisazione preliminare è d'obbligo.

Nell'ordinanza n. 2461/2015, la Sezione ha reputato opportuno chiedere, all'evidente fine di meglio valutare la persistenza dell'interesse azionato, lumi circa lo stato dei luoghi e le opere nel frattempo realizzate, da parte della controinteressata. Tanto perché la citata nota comunale n. 9664/2012 ha reso nota l'inefficacia dell'autorizzazione paesaggistica premessa al PDC n. 107/2010 e rilasciata in conferenza di servizi. Infatti, l'originario assenso paesistico era scaduto per l'inutile decorso del termine quinquennale di validità e, come tale, non sarebbe più potuto essere confermato o assorbito dall'autorizzazione paesaggistica n. 19 del 15 febbraio 2011, attinente ai soli volumi tecnici sulla realizzanda struttura alberghiera. Sicché la Sezione giustamente ha reputato un tal evento in linea di massima non neutro anche con riguardo alle vicende oggetto del presente appello, anche perché la predetta decadenza dovrebbe imporre il rifacimento, almeno *in parte qua*, della conferenza di servizi in esito alla quale, tra l'altro, fu emanata la delibera consiliare n. 3/2008, impugnata con i motivi aggiunti al ricorso n. 530/2008.

Non nega il Collegio che tali vicende sono successive ai fatti di causa, ma son pure intervenute nelle more del presente giudizio, donde la necessità di apprezzarle nella loro reale dimensione, in modo da escludere, o meno, ogni declaratoria d'improcedibilità dell'appello.

Al riguardo e specie in base al combinato disposto dell'art. 34, c. 3 e dell'art. 35, c. 1, lett. c), c.p.a., è consolidato l'avviso di questo Consiglio (cfr. Cons. St., V, 7 settembre 2015 n. 4140; id., IV, 15 settembre 2015 n. 4307) che, nel processo amministrativo, la dichiarazione d'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse può essere pronunciata, previo suo accertamento serio e rigoroso, al verificarsi di una situazione di fatto o di diritto nuova, tale da mutare comunque ed in modo radicale quella esistente al momento della proposizione del ricorso. Ed una tal vicenda ben si può avere qualora l'atto amministrativo impugnato ha cessato di produrre i suoi effetti per il variare anche della situazione di

diritto (arg. ex Cons. St., IV, 19 marzo 2015 n. 1501; id., V, 22 maggio 2015 n. 2584; id., III, 18 giugno 2015 n. 3086; id., IV, 1° settembre 2015 n. 4098), ove questa sia in sé idonea a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco che, pur senza avere alcun effetto satisfattivo nei confronti del ricorrente, renda certa e definitiva l'inutilità della sentenza.

Ecco, nella specie, si verifica certo un complesso di situazioni, avvenute in corso di causa e in capo alla controinteressata, certo *sub judice*, ma non manifestamente irrilevanti. Ma dalla serena lettura degli atti qui trasmessi, in esecuzione dell'incombente istruttorio, non si può evincere pure l'altro presupposto per l'improcedibilità, perché tali sopravvenienze non riescono, ad avviso del Collegio, a rendere certa e definitiva l'inutilità della presente sentenza.

Non appare sicura l'elisione per l'appellante di qualunque residua utilità della pronuncia da parte del Collegio, anche soltanto strumentale o morale. Infatti, l'intervenuta inefficacia del PDC n. 107/2010 riguarda questo atto e la presupposta autorizzazione paesaggistica solamente e non anche la delibera n. 3/2008, di variante al PRG di Otranto. È noto, per vero ed ai sensi dell'art. 15 del DPR 6 giugno 2001 n. 380, che il PDC è soggetto a decadenza, con effetto *ex tunc* (cfr., per tutti, Cons. St., IV, 4 marzo 2014 n. 1013), come d'altronde lo è l'autorizzazione paesaggistica finalizzata al rilascio del PDC in virtù dell'art. 146, c. 4, III per. del Dlg 22 gennaio 2004 n. 42 (sulla *ratio* di tal norma, cfr. Cons. St., VI, 29 gennaio 2015 n. 414). Ma tali atti son stati emanati in esecuzione della variante al PRG di cui alla delibera n. 3/2008, adottata con la procedura ex art. 5 del DPR 447/1998, per cui essa, in una con i relativi pareri endoprocedimentali acquisiti nella conferenza di servizi, non soggiace a decadenza, a differenza degli eventuali suoi vincoli preordinati all'esproprio.

5. – Per il carattere assorbente della questione, è prioritaria la disamina della questione sulla tardiva impugnazione di detta delibera, tardività stabilita dal TAR.

Dai documenti versati agli atti di causa, a seguito del predetto incumbente, ben s'evince la seguente scansione di eventi in ordine all'accesso attoreo alla delibera n. 3/2008: I) – con tre telegrammi del 25 gennaio 2008, lo studio dell'avv. Paccione, che è l'attuale difensore dell'appellante, in relazione alla coeva seduta del Consiglio comunale per deliberare sull'istanza dell'INTUR s.r.l., si richiamò all'opposizione dell'8 gennaio 2007 ed invitò al rigetto dell'istanza stessa; II) – con istanza del 25 febbraio 2008, l'avv. Paccione, qual procuratore domiciliatario della Comunione, chiese al Comune, «... *atteso l'interesse oppositivo... (di essa) ... a qualunque intervento edilizio su aree ricadenti nella Comunione e su quelle limitrofe..., di acquisire copia... dell'eventuale deliberazione del Consiglio comunale ad oggetto il suddetto intervento...*», consentendo così l'accesso «... *a tutta la documentazione amministrativa relativa all'istanza presentata...*» dalla INTUR s.r.l.; III) – con la nota prot. 2431 del 1° aprile 2008, recante in epigrafe l'indicazione, l'oggetto e la data della citata delibera n. 3/2008, il RUP del SUAP comunale geom. Giuseppe Tondo comunicò all'avv. Paccione ed alla Comunione, avuto riguardo alla predetta istanza, l'«... *accesso agli atti di che trattasi e al ritiro delle copie degli stessi, previo pagamento dei diritti di copia ammontanti a € 28,93 da versare con il bollettino di c/c postale allegato...*»; IV) – con missiva del 28 aprile 2008, cui fu allegata copia della ricevuta di tal bollettino n. 0240 del 7 aprile 2008, recante l'attestazione del predetto pagamento di € 28,93, l'avv. Paccione, in relazione delegò l'avv. Daniele Di Gennaro a compiere l'accesso in sua vece ed a estrarre copia della documentazione reputata utile.

6. – Ebbene, sulla scorta di tal inequivoca successione di fatti, l'appello contro la statuizione di tardività, accertata dal TAR, s'appalesa del tutto privo di pregio e va respinto.

Come si vede, a fronte dell'irricevibilità dei motivi aggiunti di primo grado, l'appellante asserisce che il Comune non fornì prova d'aver inviato

all'avv. Paccione alcuna comunicazione sull'esistenza ed il contenuto della delibera n. 3/08, ma non è così. Anzitutto, l'istanza d'accesso del 25 febbraio 2008 fu presentata *in via stragiudiziale* al Comune (e *NON con la domanda d'accesso in corso di causa* rivolta al Presidente della Sezione del TAR adito ai sensi dell'allora vigente art. 25, c. 5, II per. della l. 7 agosto 1990 n. 241) dall'avv. Paccione, quale procuratore domiciliatario della predetta Comunione. In tal caso, egli spese il nome di quest'ultima appunto qual suo rappresentante ed in un autonomo procedimento d'accesso ai documenti, ossia a tutela di un diritto sostanziale volto alla tutela di un bene della vita autonomo, distinto e del tutto insensibile al processo principale (arg. ex Cons. St., IV, 14 febbraio 2006 n. 573). Dal che l'impossibilità di applicare al rappresentante e, per l'effetto, pure alla Comunione rappresentata il principio, ben noto alla giurisprudenza (cfr., per tutti, Cons. St., IV, 10 aprile 2008 n. 1556), per cui la conoscenza degli atti prodotti da altra parte del giudizio è riferibile al solo difensore che l'apprenda, ché dall'avvenuto deposito di questi ultimi non può discendere *ex se* una presunzione di conoscenza in capo all'altra parte processuale.

Il procuratore non solo chiese in nome e per conto della Comunione d'accedere alla delibera stessa, ma in tal sua veste ben ne conobbe la nota comunale n. 2431/2008, avendo ciò affermato certo nella sua missiva del 28 aprile 2008, ma avendone avuto buona contezza ben prima di quella data. Infatti, la nota n. 2431/2008 dispose la liquidazione dei diritti di dei documenti per i quali si volle l'accesso ed il relativo importo, al centesimo, fu pagato già il 7 aprile 2008. Al di fuori di siffatta presunzione, s'appalesano perlomeno bizzarre, l'autoliquidazione dell'importo e la perfetta coincidenza tra esso e quello comunicato con la predetta nota. Rettamente la controinteressata da tali eventi inferisce, ma già l'aveva fatto il TAR, la piena conoscenza degli estremi della delibera n. 3/2008 nell'arco temporale tra il 1° aprile (data in cui il Comune invitò al previo pagamento

dei diritti di copia) al 7 aprile 2008 (data nella quale si provvede in tal senso).

Ciò accadde vari giorni prima, dunque, della predetta missiva e dell'effettivo accesso, onde solo da quella data e non già da detti eventi si realizzò la piena conoscenza. Tanto perché la nota comunale n. 2431/2008 aveva indicato in epigrafe gli estremi essenziali della delibera n. 3/2008, cioè i dati sull'emanazione, sulla data e sull'oggetto. Ed è ben noto che, nel processo amministrativo, la piena conoscenza dell'atto da impugnare si ha con la cognizione dei suoi elementi essenziali, soprattutto della sua portata dispositiva e della sua valenza lesiva. E tali dati sono in sé elementi sufficienti a rendere il soggetto legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella propria sfera giuridica, avendo egli la concreta possibilità di rendersi conto di tal lesività. Ciò senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, scienza solo aggiuntiva che, al più, vale soltanto ai fini della proposizione di eventuali motivi aggiunti.

Ebbene, poiché il concetto di «*piena conoscenza*» dell'atto lesivo, già per la disciplina previgente al c.p.a., non va inteso come «*conoscenza piena ed integrale*» degli atti da impugnare o di eventuali atti endoprocedimentali che inficino, in via derivata, la legittimità del provvedimento finale. La ragione è evidente: mentre la consapevolezza dell'esistenza dell'atto e della sua lesività integra una condizione dell'azione e ne consente l'impugnazione dell'atto, invece la conoscenza integrale del provvedimento influisce sul contenuto del ricorso e sulle ragioni del gravame e, quindi, sulla *causa petendi* (cfr. così Cons. St., V, 7 agosto 2015 n. 3881).

Ed è noto che, nel processo amministrativo, la piena conoscenza del provvedimento, ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione, può esser in via presuntiva desunta da un insieme o coacervo di circostanze e di modalità (ossia pure mercé una presunzione ex art. 2729 c.c., con cui si può provare il fatto ignoto attraverso fatti noti) da cui inferire, con

sufficiente grado di certezza, che la parte interessata ne abbia avuto conoscenza (cfr. così Cons. St., VI, 12 gennaio 2009 n. 38; id., 18 aprile 2012 n. 2209; id., V, 7 dicembre 2015 n. 5557).

7. – È solo da soggiungere che, quantunque la copia dell'istanza dell'avv. Paccione qual procuratore della Comunione fu esibita dalla controinteressata all'udienza pubblica del 4 ottobre 2012 innanzi al TAR Bari, per vero quest'ultimo la giudicò pertinente e rilevante per la decisione.

Sotto tal profilo la statuizione non è sbagliata, anzi è evidente la rilevanza e la specifica attinenza ai fatti di causa, ché non solo il provvedimento impugnato, ma anche gli atti del relativo procedimento sono per definizione «*indispensabili*» al giudizio. Dunque la loro mancata (foss'anche colpevole) produzione da parte della P.A. in violazione dell'art. 46, c. 2, c.p.a., non comporta decadenza, posto che sussiste il potere-dovere di questo Giudice di acquisirli d'ufficio, com'è in effetti accaduto, ai sensi del successivo art. 64, c. 3. Tanto non considerando che (cfr. i docc. 11/13 della produzione INTUR in data 7 luglio 2012) è stata la stessa controinteressata ad offrire al Giudice di prime cure, ben prima di tal udienza, gli atti, diversi sì dalla citata istanza, ma testé elencati e dai quali è stato possibile evincere, tra le altre cose, proprio l'esistenza di quest'ultima, NON contestata dalla Comunione.

Il TAR, a parte quanto fin qui detto, rettamente ha acquisito l'istanza stessa e non ha assegnato, in base al principio di non contestazione, il termine ex art. 73, c. 3 c.p.a. Infatti, la sentenza afferma di aver assicurato il contraddittorio, mentre, dal canto suo, il verbale d'udienza non reca alcun argomento, da parte della difesa attorea, a confutazione di ciò o una specifica richiesta di termini a difesa, peraltro speciosa, trattandosi dell'esibizione d'un atto promanante dalla stessa appellante.

8. – La tardività dell'impugnazione della delibera n. 3/2008, oltre a determinare il rigetto dei §§ da 13) a 17) del ricorso in epigrafe, inibisce

all'appellante di contestarne le vicende sull'emanazione e la pubblicazione. Da ciò discende il legittimo assorbimento dei §§ 18) e 20), a parte l'evidente erroneità dell'enfasi attorea sul concetto di nullità quale sanzione delle, per vero, infondate censure sulla delibera stessa. Tanto perché le ipotesi di nullità dei provvedimenti amministrativi, incidendo sul principio generale per cui ogni violazione di legge comporta *l'annullabilità* dell'atto, hanno carattere tassativo. Esse, pertanto e come stabilito dall'art. 21-septies della l. 241/1990, si verificano nei soli casi di nullità testuale, di difetto assoluto di attribuzione o di violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge, che qui NON ricorrono (cfr. Cons. St., V, 4 maggio 2015 n. 2237). Inoltre, si predica la violazione di diritti soggettivi perfetti, ma non se ne chiarisce il contenuto, né si dice in che tal violazione si sostanziò a suo tempo, donde la genericità d'una tale deduzione, inidonea a realizzare, ai sensi dell'art. 101, c. 2, c.p.a., quella riproposizione espressa dei motivi di primo grado da devolvere alla cognizione del Giudice d'appello.

Come si vede, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., il Giudice di prime cure ha pronunciato sì su tutta la domanda, ma negli ovvi limiti delle decadenze per tardività, donde l'assorbimento, che opera anche il Collegio, di tutte le questioni poste contro la formazione della delibera n. 3/2008 e le modalità di suo confezionamento.

Quanto alla censura sull'illegittima variante al PL, è *jus receptum* (cfr. Cons. St., IV, 2 agosto 2011 n. 4574) che la pregressa approvazione di un PL non priva il Comune dei suoi poteri pubblicistici in materia di disciplina del territorio a difesa di esigenze di ordine generale, tra cui quello di revocare o modificare gli strumenti urbanistici in relazione a situazioni sopravvenute, o anche all'adozione di nuovi criteri di valutazione ritenuti più corrispondenti a tali esigenze, se del caso mercé la variante al PRG. S'è già detto che il PL del 1972 relativo alla Comunione appellante era, al momento in cui la INTUR s.r.l. propose il suo progetto, già da lungo tempo

scaduto. Ebbene, le nuove scelte urbanistiche, contenute nella variante al PRG e con le quali il Comune rivede direttive pregresse ed adegua le strutture territoriali esistenti, non sono impedito dall'affidamento del lottizzante all'intangibilità della destinazione urbanistica delle aree oggetto di lottizzazione convenzionata (cfr. Cons. St., IV, 15 settembre 2010 n. 6882). Inoltre, esse neppure richiedono una particolare motivazione, allorché la perdita di efficacia della lottizzazione per scadenza del termine decennale abbia causato il venir meno dei presupposti del *jus aedificandi* e, dunque, della posizione qualificata del lottizzante stesso (cfr. Cons. St., IV, 1° aprile 2011 n. 2071).

9. – In definitiva, l'appello va respinto, ma la complessità della vicenda e giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale, tra tutte le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. IV), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 1675/2013 RG in epigrafe), lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 22 settembre 2015 con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/06/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)