

Publicato il 24/10/2019

N. 07228/2019REG.PROV.COLL.

N. 01182/2019 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 numero di registro generale 1182 del 2019, proposto dalla società Eurogestioni Italia a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Cristiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di San Nicola Arcella, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Alfano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 1224/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Nicola Arcella;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2019 il Cons. Alessandro Verrico e uditi per le parti l'avvocato Arianna Bucci, su delega dell'avvocato Francesco Cristiani, e l'avvocato Francesco Calvelli, su delega dell'avvocato Salvatore Alfano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso dinanzi al T.a.r. Calabria (R.G. n. 674/2018), la società Eurogestioni Italia a r.l., già titolare del permesso di costruire n. 25/2014 per la realizzazione di un fabbricato polifunzionale con annessa palestra da destinare ad uso pubblico, impugnava la nota prot. 21/EM del 6 marzo 2018 del Comune di San Nicola Arcella, con cui il responsabile dell'area tecnica affermava che *“non procederà alla stipula della convenzione, il cui schema è stato approvato con deliberazione C.C. n. 13/2015”*. La società chiedeva inoltre che venisse dichiarato l'obbligo del Comune di San Nicola Arcella di stipulare la convenzione il cui schema era stato approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 13/2015, nonché di rilasciare il permesso di costruire per la formalizzazione del già assentito cambio di destinazione d'uso da “polifunzionale” a “commerciale” del fabbricato, sito in via Ruffilli.

1.1. In particolare, a seguito della deliberazione di C.C. del 25 marzo 2015 n. 13, con cui il Comune di San Nicola Arcella approvava il progetto della società Eurogestioni Italia a r.l. recante il cambio di destinazione d'uso dell'immobile già oggetto del permesso di costruire n. 25/2014 (in variante al permesso di costruire n. 24/2009) da immobile polifunzionale in immobile commerciale, e la sostituzione della palestra prevista nell'originario progetto con aree a parcheggio pubblico, con nota prot. 21/EM del 6 marzo 2018, il dirigente dell'Ufficio tecnico opponeva il diniego alla stipula della convenzione ed al finale rilascio del permesso di costruire. Secondo l'organo tecnico il cambio di destinazione d'uso da “polifunzionale” a “commerciale” richiederebbe l'adozione di una variante al

P.R.G. comunale in quanto l'immobile, ai sensi dell'art. 40 delle N.T.A. al P.R.G., ricade in area destinata alla realizzazione di opere di interesse collettivo di cui all'art. 3 del d.m. 2 aprile 1968, che, in quanto tale, non può accogliere strutture commerciali.

2. Il T.a.r. Calabria, sede di Catanzaro, Sezione II, con la sentenza n. 1224/2018, ha respinto il ricorso e ha compensato le spese del giudizio tra le parti. Secondo il Tribunale, in particolare:

a) *“con la deliberazione di C.C. del 25 marzo 2015 n. 13 l'intervento proposto dalla ricorrente è stato approvato ai soli fini della declaratoria dell'interesse pubblico dell'area a parcheggio e dell'approvazione dello schema di convenzione volto a regolamentarne l'utilizzo, salve, ed impregiudicate, le competenze dell'Ufficio tecnico comunale ai fini del rilascio del permesso di costruire avente ad oggetto il cambio di destinazione d'uso della struttura (cui afferisce il predetto parcheggio) da polifunzionale a commerciale, ed ai fini della stipula della convenzione”*;

b) la destinazione d'uso commerciale non è comunque compatibile con le prescrizioni pianificatorie di zona, atteso che le strutture commerciali, sebbene soddisfino le esigenze di una pluralità di utenti, *“non possono essere considerate propriamente strutture di interesse collettivo, rispondendo invece ad una logica essenzialmente imprenditoriale che non si concilia con il necessario soddisfacimento di interessi comuni”*.

3. La società originaria ricorrente ha proposto appello, per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente accoglimento integrale del ricorso originario.

In particolare, l'appellante ha sostenuto le censure riassumibili nei seguenti termini:

1) il responsabile dell'ufficio tecnico comunale non aveva alcun potere di sindacare il merito della delibera consiliare n. 13/2015, in quanto con essa il Consiglio comunale ha approvato ed assentito la richiesta di cambio di destinazione d'uso, ha appurato – in merito alla realizzazione dell'area di parcheggio - la conformità urbanistica ed il rilevante interesse pubblico del progetto, ha approvato lo schema di convenzione ed ha infine disposto che il responsabile stesso provvedesse alla

stipula della convenzione ed al rilascio del permesso; al riguardo, secondo l'appellante, mentre l'approvazione degli strumenti di pianificazione urbanistica attuativa (c.d. pianificazione di secondo grado), a cui si collega lo schema di convenzione inerente allo strumento, rientra nella competenza del Consiglio comunale, la sottoscrizione della convenzione propriamente detta, in quanto atto negoziale autonomo, deve essere effettuata dal dirigente del Comune, il quale risulta vincolato in tale attività; sicché il responsabile comunale, laddove avesse voluto respingere l'istanza del privato, avrebbe dovuto rimettere nuovamente la decisione al Consiglio comunale; il diniego opposto dal responsabile con la nota impugnata risulterebbe pertanto illegittimo, oltre che contraddittorio in quanto contrastante sia con la delibera del Consiglio comunale che con quanto in precedenza attestato dal responsabile stesso (e riportato nel testo della medesima delibera);

ii) la impugnata nota di diniego sarebbe stata adottata in violazione dell'art. 14 T.U. Edilizia, in quanto, con la delibera n. 13/2015, il Comune aveva già valutato, dandone compiutamente conto nella relativa parte motiva, l'esistenza del fine pubblico nella proposta formulata dalla società Eurogestioni; peraltro il cambio di destinazione d'uso da "polifunzionale" a "commerciale" non configura un reale mutamento di destinazione d'uso, poiché la destinazione "polifunzionale" costituisce un *genus* nel quale è ricompresa la destinazione commerciale, pertanto non necessita di una variante al P.R.G.; il provvedimento impugnato non avrebbe infatti tenuto conto che la società si è obbligata a realizzare, oltre al parcheggio, anche l'impianto di illuminazione e la piantumazione, a garantire l'uso pubblico dell'area parcheggio negli orari di chiusura del centro commerciale e attraverso la costituzione di un vincolo di destinazione ad uso pubblico, nonché ad eseguire periodicamente sulle opere realizzate interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria.

3.1. Si è costituito in giudizio il Comune di San Nicola Arcella, il quale, depositando memoria difensiva, si è opposto all'appello e ne ha chiesto l'integrale rigetto. L'Ente, *inter alia*, rende noto che con ordinanza n. 36 del 30 novembre 2016 veniva ordinata la demolizione di opere difformi da quelle approvate con i citati permessi di costruire, a seguito della quale è stata presentata dalla società istanza di concessione in sanatoria, su cui si è poi formato il silenzio rigetto *ex art.* 36 d.P.R. n. 380/01. Nel merito, sostiene che, mentre l'intervento del Consiglio comunale è finalizzato unicamente a valutare la sussistenza di un pubblico interesse all'operazione, il successivo rilascio del permesso di costruire in deroga spetta al funzionario competente, incaricato della verifica della fattibilità tecnica dell'intervento. Al riguardo, secondo l'appellato, risultano non pertinenti i precedenti giurisprudenziali richiamati nell'appello circa i rapporti tra la delibera consiliare di adozione del piano di lottizzazione e la convenzione di lottizzazione. Inoltre, il Comune sottolinea che la destinazione commerciale è evidentemente incompatibile con quella ad attrezzature collettive prevista dal P.R.G., al punto che richiederebbe l'approvazione di una variante al Piano, circostanza che di per sé preclude l'utilizzo dell'istituto del permesso in deroga *ex art.* 14 d.P.R. n. 380/2001.

3.2. Le parti hanno infine scambiato ulteriori memorie, con le quali hanno insistito nelle proprie difese e conclusioni.

4. All'udienza del 17 ottobre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione dal Collegio.

5. L'appello è infondato e deve pertanto essere respinto.

6. La prima censura avanzata dalla società appellante risulta priva di fondamento.

6.1. Al riguardo, il Collegio rileva che, sebbene il Consiglio comunale con la citata delibera aveva dato atto della destinazione dell'area prevista dal P.R.G. e della compatibilità con essa del richiesto mutamento di destinazione d'uso del fabbricato, ritenendo sussistente il "rilevante interesse pubblico", e per tali motivi

aveva approvato il progetto e lo schema di convenzione, dando mandato al dirigente del servizio urbanistico di stipulare la convenzione stessa, l'impugnato diniego non presenta profili di illegittimità.

6.2. Occorre infatti considerare, sulla scorta di quanto affermato dalla costante giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277; *id.*, 26 luglio 2017, n. 3680), che:

a) il permesso di costruire in deroga di cui all'art. 14 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (rubricato “*Permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici?*”) è un istituto di carattere eccezionale rispetto all'ordinario titolo edilizio e rappresenta l'espressione di un potere ampiamente discrezionale che si concretizza in una decisione di natura urbanistica, da cui trova giustificazione la necessità di una previa delibera del Consiglio comunale;

b) in particolare, in tale procedimento il Consiglio comunale è chiamato ad operare una comparazione tra l'interesse pubblico al rispetto della pianificazione urbanistica e quello del privato ad attuare l'interesse costruttivo;

c) peraltro, come ogni altra scelta pianificatoria, la valutazione di interesse pubblico della realizzazione di un intervento in deroga alle previsioni dello strumento urbanistico è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui l'Amministrazione dispone in materia e dalla quale discende la sua sindacabilità in sede giurisdizionale solo nei ristretti limiti costituiti dalla manifesta illogicità e dall'evidente travisamento dei fatti;

d) invero, la eventuale sussistenza dei presupposti di cui all'art. 14, commi 1-*bis*, 2 e 3, d.P.R. n. 380 del 2001 per il rilascio dei permessi di costruire in deroga costituisce condizione minima necessaria, ma non sufficiente, per l'assentibilità dell'intervento, permanendo in capo all'Amministrazione un'ampia discrezionalità circa l'*an* e il *quomodo* dell'eventuale assenso.

6.3. Nell'ambito del procedimento per l'adozione del permesso di costruire in deroga, deve pertanto essere distinta la competenza del Consiglio comunale, che è soggetto chiamato ad operare una comparazione tra l'interesse pubblico al rispetto della pianificazione urbanistica e quello del privato ad attuare l'interesse costruttivo, e la competenza degli uffici tecnici, che devono invece istruire la pratica.

In conclusione, con riferimento al caso in esame, ferma l'insindacabilità nel merito della decisione del Consiglio comunale del Comune di San Nicola Arcella, risulta condivisibile la tesi (già affermata dal primo giudice) secondo cui la valutazione della compatibilità con gli strumenti urbanistici, ai fini del rilascio del permesso in deroga, rientra nella competenza dell'ufficio tecnico, il quale, nell'esercizio della propria verifica in ordine alla fattibilità tecnica dell'opera, non è pertanto vincolato dalla precedente delibera del Consiglio comunale, espressosi nei limiti della valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico dell'intervento.

7. Parimenti infondato è il secondo motivo di ricorso, sviluppato nei termini anzidetti.

7.1. Al riguardo, il Collegio rileva in primo luogo che, ai sensi del comma 5 dell'art. 14 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, *“la deroga, nel rispetto delle norme igieniche, sanitarie e di sicurezza, può riguardare esclusivamente i limiti di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati di cui alle norme di attuazione degli strumenti urbanistici generali ed esecutivi, nonché, nei casi di cui al comma 1-bis, le destinazioni d'uso, fermo restando in ogni caso il rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444.”*.

Ne consegue che, come più volte affermato dalla giurisprudenza, il perimetro della nozione di permesso di costruire in deroga viene circoscritto esclusivamente ai limiti di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati di cui alle norme di attuazione degli strumenti urbanistici generali ed esecutivi.

Peraltro, con riferimento alle destinazioni d'uso, l'ammissibilità della deroga è limitata, fermo il rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, ai soli casi di cui al comma 1-*bis* del medesimo art. 14, secondo cui *“Per gli interventi di ristrutturazione edilizia, attuati anche in aree industriali dismesse, è ammessa la richiesta di permesso di costruire anche in deroga alle destinazioni d'uso, previa deliberazione del Consiglio comunale che ne attesta l'interesse pubblico, a condizione che il mutamento di destinazione d'uso non comporti un aumento della superficie coperta prima dell'intervento di ristrutturazione, fermo restando, nel caso di insediamenti commerciali, quanto disposto dall'articolo 31, comma 2, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e successive modificazioni?”*.

7.2. Per converso, mediante il progetto allegato all'istanza in esame, la società Eurogestioni Italia a r.l. chiedeva di essere autorizzata al cambio di destinazione d'uso dell'immobile già oggetto del permesso di costruire n. 25/2014 (in variante al permesso di costruire n. 24/2009), ricadente in area destinata - ai sensi dell'art. 40 delle N.T.A. al P.R.G. - alla realizzazione di opere di interesse collettivo di cui all'art. 3 del d.m. 2 aprile 1968, da immobile polifunzionale, con annessa palestra destinata ad uso pubblico, in immobile commerciale, e la sostituzione della palestra con aree a parcheggio pubblico.

7.3. Il responsabile dell'Ufficio tecnico comunale ha quindi correttamente negato il rilascio del permesso in deroga, non integrando il progetto in esame la descritta ipotesi eccezionale e considerando altresì che:

a) la destinazione a “commerciale” risulta incompatibile con la destinazione (già autorizzata) a “polifunzionale”, non potendo tale cambiamento essere assentito con permesso in deroga esorbitando esso dal perimetro dell'art. 14 cit., per converso essendo a tal fine necessaria l'adozione di una variante al P.R.G.;

b) laddove per “variante allo strumento urbanistico” deve intendersi la modifica generale ed astratta della destinazione urbanistica ovvero delle prescrizioni, dei parametri o degli standard, relativa ad un’intera zona territoriale, mentre per “deroga allo strumento urbanistico” deve intendersi un mutamento limitato ad un intervento edilizio circoscritto e predeterminato, che lasci inalterato l’assetto urbanistico del resto della zona in cui lo stesso è ricompreso, da realizzare nel più ristretto alveo delle possibilità concesse dall'art. 14 cit.;

c) del resto, non può essere condivisa la tesi avanzata da parte appellante secondo cui il mutamento da “polifunzionale” a “commerciale” non richiederebbe l’adozione di una variante al P.R.G. (essendo la destinazione a “polifunzionale” un *genus* nel quale rientrerebbe la *species* della destinazione a “commerciale”), in quanto la destinazione d’uso commerciale, poiché votata ad una logica lucrativa ed imprenditoriale, non è di per sé qualificabile come struttura volta al soddisfacimento di interessi comuni;

d) peraltro, come già affermato da questa Sezione con la sentenza n. 5847 del 28 settembre 2009, le disposizioni di cui all'art. 14 cit. *“che disciplinano la possibilità di rilasciare concessioni edilizie in deroga ai piani regolatori ed alle norme di regolamento edilizio, vanno interpretate restrittivamente, nel senso che tali deroghe non possono travolgere le esigenze di ordine urbanistico a suo tempo recepite nel piano, con la conseguenza che non possono essere oggetto di deroga le destinazioni di zona che attengono all'impostazione stessa del piano regolatore generale e ne costituiscono le norme direttrici”*.

8. In conclusione, in ragione di quanto esposto, l’appello deve essere respinto.

9. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello R.G. n. 1182/2019, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore del Comune di San Nicola Arcella delle spese del secondo grado di giudizio, nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2019, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

Giuseppe Chine', Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Verrico

IL PRESIDENTE
Antonino Anastasi

IL SEGRETARIO