

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/10/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38682-davanti-al-giudice-ordinario-controversia-risarcimento-danno-ingiusto-da-affidamento-incolpevole>

Autore: Lazzini Sonia

**Davanti al giudice ordinario controversia risarcimento  
danno ingiusto da affidamento incolpevole**

## Consiglio di Stato decisione numero 3997 del 27 settembre 2016

in ogni caso la statuizione giudiziale sul risarcimento, prima ancora che “caducata in via automatica” per il venir meno del presupposto al quale era agganciata, ossia il rigetto dell’azione impugnatoria, potrebbe ritenersi venuta meno anche in stretto accoglimento del motivo di appello sul “difetto di giurisdizione del Tar” dedotto dal Comune con il primo motivo di gravame; motivo da considerarsi ammissibile (diversamente da quanto ritenuto dagli appellanti incidentali, posto che dai richiami di giurisprudenza della Suprema Corte del 2011 e 2013 operati dalla P. A. appellante ben può desumersi una censura specifica, in punto giurisdizione, contro il capo di pronuncia col quale il Tar ha ritenuto di non dover declinare la propria competenza giurisdizionale), e fondato,

sonia lazzini

atteso che, come affermato in modo condivisibile da Cass. , SS. UU. , n. 17586 del 2015, su fattispecie che ben si attaglia a quella odierna, così come delineata dal giudice di primo grado, la domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell’interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art. **2043** c.c., rispetto alla quale l’esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l’efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole.

L’azione di risarcimento dei danni per l’affidamento incolpevole del beneficiario del provvedimento amministrativo emesso illegittimamente e poi rimosso per annullamento in autotutela divenuto definitivo o per annullamento in sede giurisdizionale spetta alla giurisdizione del g.o; il solo fatto che nella fattispecie rilevi l’agire della p.a. che ha portato

all'adozione del provvedimento favorevole illegittimo non giustifica che la lesione che si manifesta ex post quando tale provvedimento viene rimosso, e fa sorgere eventuale diritto al risarcimento del danno da affidamento incolpevole, sia riferibile all'interesse legittimo che il beneficiario aveva in relazione a quell'agire, e ciò in quanto quell'interesse pretensivo non era già l'interesse all'agire legittimo della p.a., bensì quello all'emanazione del provvedimento ampliativo, che è stato, sia pure illegittimamente, soddisfatto. Ciò che viene in rilievo successivamente all'annullamento è piuttosto il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, con conseguente giurisdizione del g.o.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 3997 del 27 settembre 2016

**Pubblicato il 27/09/2016**

N. 03997/2016REG.PROV.COLL.

N. 03483/2015 REG.RIC.

N. 04716/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

(RG n. 4716 del 2015) 1. Con atto di appello notificato il 26 maggio 2015 e depositato in segreteria

il successivo 3 giugno, la s.r.l. controinteressata 5 Immobiliare (in seguito, controinteressata 5 ) ha chiesto a questo Consiglio di Stato la riforma della sentenza in epigrafe, con la quale il Tar Campania –Napoli ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla stessa controinteressata 5 (oltre al ricorso proposto nel 2014 da Pasquale controinteressata e altri), contro il Comune di Orta di Atella (CE), diretto all'annullamento dei seguenti atti e provvedimenti:

-ordinanza del responsabile dell'U.T.C. del Comune di Orta di Atella n. 68 del 27.10.2008, notificata in data 4.11.2008, con la quale è stata disposta la sospensione dell'efficacia del permesso di costruire n. 63 dell' 8.6.2006;

-provvedimento del responsabile del Settore Politiche del Territorio del Comune di Orta di Atella n. 12020 del 23.9.2013, notificato in data 9.10.2013, con il quale si è disposto l'annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 63 dell'8.6.2006;

-ordinanza del responsabile del Settore Politiche del Territorio - Servizio Urbanistica del Comune di Orta di Atella prot. n. 1633 del 10.2.2014, notificata in data 11.2.2014, con la quale è stata decretata la demolizione delle opere realizzate in forza del permesso di costruire n. 63/2006 (e previa comunicazione prot. n. 8015 del 20.6.2013 di avvio del procedimento di annullamento in autotutela del permesso di costruire suddetto);

-altri atti presupposti, preparatori, endoprocedimentali, connessi e/o conseguenti, comunque lesivi degli interessi della società ricorrente;

ed è stata altresì respinta la domanda, avanzata dalla controinteressata 5 , di condanna del Comune al risarcimento del danno.

2. Ai fini di un corretto riepilogo della vicenda (in ordine al quale si può anche fare rinvio alla sentenza impugnata, punti da 1. a 5.) occorre premettere che dagli atti risulta che la ricorrente e odierna appellante è proprietaria di un fondo sito in Orta di Atella e riportato nel catasto comunale al fg. 6, part. 46, collocato in zona classificata F3 –Centro direzionale e di servizi per le attività produttive, nella quale è ammessa la costruzione di edifici da destinarsi a uffici.

L'attuale appellante e originaria ricorrente riferisce che il fondo suddetto è situato in una zona totalmente urbanizzata del Comune, e ciò sia all'atto del rilascio del permesso di costruire (giugno 2006), e sia al momento della emanazione del provvedimento di annullamento in via di autotutela del permesso anzidetto (settembre 2013), come risulta da una perizia giurata allegata alle osservazioni procedimentali formulate da controinteressata 5 in seguito all'avviso, datato 20.6.2013, di avvio del procedimento diretto ad annullare in autotutela la concessione edilizia del 2006, trovandosi l'area d'intervento in centro abitato.

Occorre precisare che l'art. 32 delle NTA del PRG subordina la realizzazione di strutture in zona F3 alla previa approvazione di un piano particolareggiato di esecuzione (p.p.e.), di iniziativa comunale, esteso alla intera zona, finalizzato alla definizione dell'organizzazione planovolumetrica, della viabilità e delle tipologie edilizie.

Ciò premesso, l'8.6.2006 il Comune, accertato che la richiedente aveva titolo per domandare il rilascio del permesso, richiamata la normativa rilevante e considerato che in base alle vigenti norme urbanistiche ed edilizie è consentita, per il progetto, la destinazione a uffici, rilasciava a controinteressata 5 il permesso di costruire n. 63, relativo alla edificazione di un fabbricato da destinare a uffici, in perfetta conformità con la destinazione urbanistica dei suoli e con gli indici fissati dal p.r.g. (così a pag. 3 dell'atto di appello).

Il Comune, con ordinanza n. 68 del 27.10.2008, disponeva la sospensione dell'efficacia del permesso di costruire n. 63 del 8.6.2006, ritenendo necessari approfondimenti istruttori sullo stesso.

Con ricorso al Tar Campania -Napoli, recante il n. di R. G. 88/2009, controinteressata 5 gravava detta ordinanza di sospensione dei lavori.

Trascorso il periodo di 45 giorni, previsto dal comma 3 dell'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001 per l'efficacia ex lege dell'ordinanza di sospensione dei lavori, il Comune non emetteva provvedimenti ulteriori. Per l'effetto, la ricorrente, previa rituale comunicazione al Comune, riprendeva i lavori e, a quanto riferisce la stessa controinteressata 5, ultimava le opere nel 2009, comunicando al Comune l'avvenuta conclusione dell'intervento.

Negli anni 2011 -2012 controinteressata 5 vendeva anche alcune unità immobiliari a privati cittadini, restando proprietaria di parte degli edifici realizzati.

A distanza di oltre sette anni dal rilascio del permesso n. 63/2006 e quando i lavori di edificazione erano oramai ultimati da anni e molti degli immobili realizzati dalla ricorrente erano stati venduti a terzi, il Comune, con provvedimento prot. n. 12020 del 23.9.2013, comunicato in data 9.10.2013, dopo avere notificato, alla fine di giugno del 2013, l'avviso di avvio del procedimento, e avere acquisito dal privato "osservazioni al procedimento", disponeva l'annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 63/2006.

A sostegno dell'annullamento d'ufficio il Comune rilevava che:

- le opere realizzate ricadono in zona F3, ove gli interventi si attuano secondo quanto stabilito *dall'art. 32 delle norme tecniche di attuazione*;
- precisamente, in detta zona F3 la realizzazione delle diverse strutture, anche ad iniziativa di *soggetti privati previa stipula di apposita convenzione, è subordinata all'approvazione di un piano* particolareggiato di esecuzione, di iniziativa comunale, esteso alla intera zona, finalizzato alla *definizione dell'organizzazione planovolumetrica, della viabilità e delle tipologie edilizie*;
- nella zona in cui insistono le opere realizzate dalla controinteressata 5 Immobiliare – zona omogenea F3 (centro direzionale e di servizi per le aree produttive) – gli interventi si attuano secondo quanto stabilito nel punto appena citato;
- le predette norme espressamente prevedono che si può rilasciare il permesso di costruire solo successivamente alla previa stipula di apposita convenzione ed approvazione di un piano particolareggiato di esecuzione, di iniziativa comunale, esteso alla intera zona;
- dalla verifica degli atti di ufficio nulla di quanto sopra risulta eseguito;
- diversamente da quanto controdedotto dalla controinteressata 5 Immobiliare con nota del 24.7.2013, nel comparto territoriale interessato dagli interventi edilizi illegittimamente assentiti non esistevano opere di urbanizzazione primaria e secondaria, visto che anche le reti fognarie, idriche e gli altri sottoservizi sono stati costruiti direttamente da chi ha realizzato gli edifici nel circondario e che non esistono né parcheggi né zone verdi attrezzate né quanto altro catalogabile come opere di urbanizzazione;
- *dall'analisi dei contrapposti interessi non risulta affatto superflua la previsione di piani attuativi, idonei a restituire efficienza all'abitato, riordinando e definendo ex novo un disegno urbanistico di completamento della zona*;
- pur considerando il tempo trascorso dal rilascio del titolo autorizzativo, il provvedimento di

annullamento è necessario per il perseguimento dello scopo cui è teleologicamente vincolata l'amministrazione;

- proprio in ragione del tempo trascorso e della situazione di fatto che medio tempore si è determinata, si rileva l'effettiva utilità (rectius, esigenza) per la collettività territoriale di Orta di Atella di perseguire l'assetto urbanistico congegnato al momento della prescrizione di piano e l'indisponibilità di altri strumenti in grado di rendere effettiva la potestà pianificatoria dell'ente;

- con il rilascio di titoli abilitativi edilizi singoli in area non urbanizzata, gli interessati sono legittimati ad utilizzare l'intera proprietà a fini privati, scaricando interamente sulla collettività i costi conseguenti alla realizzazione di infrastrutture per i nuovi insediamenti;

- attraverso una corretta attività di pianificazione ed attuazione del piano regolatore generale (nonché attraverso il controllo delle previsioni del piano urbanistico comunale adottato) ... le opere di urbanizzazione sono destinate ad assicurare alla collettività insediata in un determinato contesto urbanistico ... una qualità di vita di livello adeguato all'accresciuta domanda di servizi collettivi, i cui standards sono stabiliti, in concreto, nella quantità minima di cui al d.m. n.

*1444/1968 ed all'intera disciplina della materia;*

- nella comparazione delle posizioni giuridiche in rilievo deve, quindi, darsi prevalenza al diritto della collettività di ottenere le dotazioni minime di infrastrutture pubbliche, che ... garantiscono la normale qualità del vivere in un contesto urbanistico.

controinteressata 5 contestava l'atto di annullamento in autotutela con mortivi aggiunti.

In data 11.2.2014 il Comune notificava alla società l'ordinanza n. 1633 del 10.2.2014 con la quale veniva disposta la demolizione delle opere realizzate sulla base del permesso di costruire n. 63 del 2006.

controinteressata 5 contestava anche l'ingiunzione di demolizione con motivi aggiunti e proponeva in via contestuale domanda diretta alla condanna del Comune a risarcire il danno arrecato in relazione al pregiudizio patrimoniale sofferto dalla società per la perdita della disponibilità degli alloggi realizzati.

3. Con la sentenza in epigrafe il Tar, nella resistenza del Comune, ha respinto l'azione impugnatoria e l'azione risarcitoria proposte dalla società con il ricorso n. R. G. 88/2009 (e, come si preciserà più avanti, ha in parte accolto la domanda di risarcimento del danno per equivalente proposta –con il ricorso n. R. G. 1923/2014, riunito al giudizio n. 88/2009- dal signor Pasquale controinteressata e altri, proprietari acquirenti di alcune unità immobiliari ricomprese nei locali assentiti col permesso di costruire n. 63/2006 e loro cedute da controinteressata 5 e, per l'effetto, ha condannato il Comune a pagare, in favore del controinteressata e degli altri ricorrenti, le somme loro singolarmente spettanti a tale titolo..., da determinarsi come in motivazione –v. p. 8.2.4. della sentenza).

Per quanto riguarda il ricorso proposto da controinteressata 5 il Tar ha, in particolare:

- dichiarate improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse le censure rivolte da controinteressata 5, con il ricorso introduttivo, avverso l'ordinanza di sospensione dei lavori n. 68 del 27.10.2008, avendo la stessa perduto efficacia, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, una volta trascorsi 45 giorni dalla sua adozione;

- respinto il motivo in base al quale il Comune non avrebbe tenuto conto delle osservazioni

procedimentali formulate da controinteressata 5 a seguito dell'avviso di avvio del procedimento di annullamento in autotutela di cui alla nota del 20.6.2013 (p. 2.1. sent.);

-rigettato il motivo con cui la società ricorrente aveva lamentato che i fabbricati assentiti con il permesso di costruire n. 63/2006 annullato in autotutela sarebbero stati realizzati entro un comparto territoriale caratterizzato da un livello sufficiente di urbanizzazione primaria e secondaria, oltre che attiguo ad aree destinate a standards e dotate di infrastrutture, dal che descenderebbe, per la ricorrente, la non necessità dell'approvazione preventiva di un piano particolareggiato di esecuzione rispetto al rilascio del permesso di costruire. Ad avviso della ricorrente la mancanza di un piano particolareggiato, anche se richiesto dalla normativa urbanistica di riferimento, non è in grado di legittimare, da sola, l'annullamento in autotutela di un permesso di costruire già rilasciato e integralmente eseguito ove ci si trovi in presenza, come nella fattispecie, di un'area già urbanizzata. Nella sentenza si legge tra l'altro (v. dal p. 2.2.) che la mera esistenza di infrastrutture e di opere di urbanizzazione primaria e secondaria all'interno e, vieppiù, all'esterno del comparto attinto dall'attività edificatoria assentita, senza previa approvazione dello strumento attuativo non implica, di per sé, anche quella adeguatezza e quella proporzionalità delle opere realizzate rispetto all'aggregato urbano formatosi, la quale soltanto sarebbe idonea a soddisfare le esigenze della collettività, pari agli standards urbanistici minimi prescritti esimendo, quindi, da interventi ulteriori per fare fronte all'aggravio ulteriore derivante da nuove costruzioni. Il piano esecutivo, previsto dallo strumento urbanistico generale come presupposto dell'edificazione non ammette, cioè, equipollenti. Nella specie controinteressata 5 si è limitata ad addurre, in modo generico, l'esistenza, nell'area di intervento, di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, e di infrastrutture. Dai ragguagli forniti con la relazione tecnica comunale datata 31.1.2014 e depositata in giudizio il 1°.2.2014 emerge invece l'insufficiente livello di urbanizzazione della zona. A nulla vale poi addurre che nella zona omogenea attigua a quella interessata dalle opere controverse già esistano infrastrutture ed aree destinate a standards, posto che queste ultime devono presumersi asservite e proporzionate a un comparto territoriale a sé stante. In sentenza si aggiunge che il principio giurisprudenziale per il quale nelle zone già urbanizzate è consentito derogare all'obbligo dello strumento attuativo può trovare applicazione solo nell'ipotesi, del tutto eccezionale, che si sia già realizzata una situazione di fatto che consenta con sicurezza di prescindere dalla pianificazione di dettaglio, in quanto oggettivamente non più necessaria, essendo stato pienamente raggiunto il risultato (in termini di adeguata dotazione di infrastrutture, primarie e secondarie previste dal piano regolatore) cui è finalizzata. Per l'applicazione del principio anzidetto, insomma, occorre che lo stato delle urbanizzazioni sia tale da rendere assolutamente superflui gli strumenti attuativi. Ogni altra soluzione trasformerebbe lo strumento attuativo in un atto sostanzialmente facoltativo, non più necessario ogni qual volta, a causa di precedenti abusi edilizi sanati, di preesistenti edificazioni ovvero del rilascio di singoli permessi di costruire illegittimi, il comprensorio abbia già subito una qualche urbanizzazione, anche se non idonea a soddisfare appieno i parametri del piano regolatore, sicché andava escluso che il permesso di costruire annullato con il provvedimento impugnato potesse essere adottato in modo legittimo senza la preventiva approvazione di uno strumento urbanistico attuativo, come richiesto dall'art. 32 delle NTA del PRG;

-respinta la tesi propugnata da controinteressata 5 in base alla quale il Comune, prima di adottare il gravato provvedimento in autotutela, avrebbe dovuto predisporre, ai sensi degli articoli 29 della l. n. 47 del 1985 e 23 della l. r. n. 16 del 2004, la pianificazione di recupero degli insediamenti abusivi presenti nell'area di intervento. La sentenza, al p. 2.4., afferma che il richiamo alla disciplina suindicata è scorretto in quanto il recupero urbanistico ed edilizio in essa previsto riguarda in via

esclusiva gli insediamenti abusivi esistenti al 1°.10.1983 e al 31.12.1993 e, comunque, non legittimati ab origine da titoli abilitativi, ma condonati ex post mentre, nella specie, gli immobili de quibus risultano edificati dopo le date dianzi indicate e in forza di un preventivo rilascio di permesso di costruire, annullato col provvedimento impugnato, sicché la pianificazione di recupero anzidetta non sarebbe stata comunque logicamente configurabile prima dell'annullamento d'ufficio del permesso di costruire relativo alle opere realizzate e alla sopravvenuta abusività di queste ultime; ed in disparte il rilievo per cui l'invocato intervento pianificatorio di recupero urbanistico ed edilizio avrebbe dovuto fare seguito a una scelta tecnico –discrezionale, verosimilmente negativa per l'insussistenza delle condizioni di cui ai citati articoli 29 e 23, e avrebbe potuto richiedere l'emanazione un apposito strumento attuativo, la cui assenza ha costituito proprio, nel caso in esame, la causa dell'accertata illegittimità dell'annullato permesso di costruire;

-considerato insussistente la violazione dell'art. 21 –quinquies della l. n. 241 del 1990, in tema di esercizio del potere di revoca degli atti amministrativi, posto che si versa in un'ipotesi di annullamento d'ufficio ex art. 21 –nonies della l. n. 241 del 1990, fondato sull'illegittimità originaria del permesso di costruire rilasciato in violazione del vigente strumento urbanistico generale il quale, come rilevato, per la zona F3 richiede la previa adozione di un p.p.e. di iniziativa comunale. In ogni caso, il Comune ha fatto buon governo dei principi giurisprudenziali in materia di esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, avendo dato conto, nel provvedimento di autotutela impugnato, dell'illegittimità originaria del titolo edilizio per contrasto con il citato art. 32 delle NTA del PRG, e avendo motivato sull'interesse pubblico alla rimozione del permesso di costruire, pur tenendo conto del tempo trascorso (più di sette anni) dalla emanazione dello stesso. L'interesse pubblico risulta essere stato ponderato in modo adeguato. Va confutato anche il profilo di censura relativo alla affermata omessa ponderazione dell'interesse privato. Non sussiste, nella specie, alcun affidamento tutelabile in capo alla controinteressata 5 , posto che l'ordinaria diligenza avrebbe dovuto comportare un'attenta vigilanza circa la supina adesione all'accoglimento di una richiesta palesemente esorbitante dai limiti legali (v. p. 2.5. sent.);

-rilevato (v. p. 3.) che l'ordinanza di demolizione n. 7/2014 è atto dovuto e rigorosamente vincolato e come tale non richiede una motivazione specifica in ordine all'interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi;

-considerato ammissibile, dovendosi riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo, la domanda di condanna al risarcimento del danno proposta da controinteressata 5 in relazione al pregiudizio patrimoniale lamentato in conseguenza della perdita della disponibilità dei locali realizzati, venendo in questione un danno connesso all'esercizio asseritamente illegittimo di un potere pubblico di autotutela, come tale attratto nella sfera della giurisdizione del giudice amministrativo (v. p. 7.1.). La domanda risarcitoria, tuttavia, non può trovare accoglimento nel merito (v. p. 7.2. sent.), difettando prima di tutto il presupposto dell'illegittimità dell'azione amministrativa, posto che l'istanza di rilascio del permesso di costruire per intervento edilizio diretto non poteva avere esito favorevole alla luce di quanto stabilito dall'art. 32 delle NTA del PRG, e sembrando arduo nel contempo ipotizzare un affidamento tutelabile in capo alla controinteressata 5 in ordine alla legittimità del permesso di costruire del 2006.

Per quanto concerne il ricorso n. 1923/2014, proposto da Pasquale controinteressata e dagli altri quattro acquirenti di unità immobiliari realizzate dalla società controinteressata 5 , il Tar ha:

-rilevato l'irricevibilità, inammissibilità e infondatezza delle censure impugnatorie formulate con il ricorso;

-accolto la domanda risarcitoria avanzata dagli stessi (v. p. 8.2. sent.) sull'assunto del pregiudizio patrimoniale conseguente alla perdita della disponibilità delle unità immobiliari acquistate in proprietà dai ricorrenti, in relazione all'affermata responsabilità del Comune per avere rilasciato il permesso di costruire n. 63/2006 senza la preventiva approvazione di uno strumento urbanistico attuativo, pur necessario per potere edificare in zona F3. Nella sentenza si evidenzia in particolare che il signor Pasquale controinteressata 5 e gli altri sono meri acquirenti delle unità immobiliari realizzate da controinteressata 5 e che, a differenza di quest'ultima, beneficiaria e operatrice professionalmente qualificata, assistita da tecnici abilitati, essi non potevano avere concorso né considerarsi corresponsabili della formazione del titolo abilitativo edilizio invalido. Al p. 8.2.4. della motivazione sono stati poi fissati, ai sensi dell'art. 34, comma 4, del cod. proc. amm. , i criteri di determinazione del quantum del danno preteso dai ricorrenti, in base ai quali, criteri, il Comune dovrà proporre il pagamento di una somma a favore di ciascuno degli acquirenti. In particolare, quanto alla distribuzione della colpa tra controinteressata 5 e Comune, in sentenza si rileva che l'Amministrazione dovrà rispondere (soltanto, ad avviso degli appellanti in via incidentali controinteressata e altri, come si dirà più avanti) nella misura del 30 % dell'importo posto a base del calcolo. In sentenza si aggiunge che la domanda di riconoscimento dell'indennizzo ex art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990 non può invece trovare accoglimento posto che il provvedimento gravato, del 23.9.2013, è riconducibile non alla categoria della revoca ma a quella dell'annullamento d'ufficio, in relazione alla quale l'art. 21 –nonies della l. n. 241/1990 non contempla alcun indennizzo.

4. Come si è anticipato sopra, la sentenza di primo grado, depositata il 21.1.2015 e non notificata, è stata appellata sia da controinteressata 5 , nel maggio del 2015, con il ricorso n. RG 4716/2015, e sia dal Comune, nel marzo del 2015, con il ricorso n. RG 3483 del 2015, in questo caso limitatamente alle statuizioni con le quali il Tar, pronunciando sulla domanda di risarcimento del danno, ha respinto l'eccezione civica di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, per quanto attiene al riparto di colpa tra controinteressata 5 e Comune, ha quantificato il concorso di colpa del Comune nella misura –ritenuta erronea, dovendo controinteressata 5 essere considerata l'unica responsabile dell'illecito- del 30 % dell'importo da individuarsi sulla base dei criteri di calcolo descritti in sentenza al p. 8.2. . Nell'ambito di quest'ultima impugnazione il signor Pasquale controinteressata e gli altri appellati specificati in epigrafe hanno proposto gravame in via incidentale poiché il Tar, pur avendo riconosciuto il diritto al risarcimento del danno in favore dei ricorrenti e a carico del Comune, a detta degli acquirenti avrebbe errato sia nel non avere applicato i principi in tema di responsabilità solidale ex art. 2055 cod. civ. a carico dei soggetti danneggiati (Comune e società costruttrice), e sia nella determinazione del criterio e nella quantificazione del “riparto” di colpa, avendo addebitato all'Ente pubblico soltanto una percentuale del 30 % di responsabilità.

4.1. Ciò posto, per ragioni di priorità logica e di economia processuale va esaminato con precedenza il gravame della società (la quale, in via preliminare, al p. I dell'atto di appello, ha chiesto la trattazione congiunta e la riunione dell'appello n. 4716/2015 con l'appello n. 3483/2015).

controinteressata 5 , al p. II), nel contestare la sentenza, deduce che il Comune, nel 2006, in sede di rilascio del permesso di costruire n. 63, aveva considerato l'area compiutamente urbanizzata, con ciò ritenendo non necessaria la previa approvazione del piano esecutivo: senonché, nel 2013, ossia a distanza di oltre sette anni dal rilascio della concessione edilizia e dopo diversi anni dalla ultimazione delle opere, lo stesso Comune annulla il permesso di costruire affermando che l'area

non è urbanizzata e considerando necessaria l'approvazione del piano particolareggiato richiesto dalle NTA del PRG. Così ricostruita la fattispecie per cui è causa, ad avviso di controinteressata 5 la sentenza avrebbe errato nella parte in cui ha ritenuto non superabile la prescrizione relativa alla necessità della previa approvazione del piano esecutivo, poiché la mera esistenza di opere di urbanizzazione non implica necessariamente adeguatezza e proporzionalità delle opere medesime rispetto ai fabbisogni della collettività in relazione al nuovo agglomerato urbano venutosi a formare e agli standard urbanistici minimi.

Ad avviso dell'appellante è invece possibile superare la prescrizione del PRG sulla previa necessaria approvazione dei piani particolareggiati poiché la necessità dello strumento attuativo dipende dalla situazione concreta in cui lo stesso è destinato ad operare e quindi dal grado effettivo di edificazione e di completezza delle opere di urbanizzazione in relazione al peso insediativo della cui realizzazione si tratta.

Tale valutazione sarebbe stata operata dall'Amministrazione comunale che con il permesso di costruire n. 63/2006 avrebbe ritenuto in modo corretto l'area come urbanizzata.

Nell'atto di appello, sempre sub II, si censura ulteriormente la pronuncia di primo grado nella parte in cui si afferma che la mancata urbanizzazione dell'area sarebbe comprovata da una perizia, redatta dagli stessi uffici comunali e datata 31.1.2014, vale a dire successiva di diversi mesi rispetto alla emanazione del provvedimento impugnato e depositata in giudizio dal Comune nel febbraio del 2014.

La perizia costituisce integrazione postuma del provvedimento del 23.9.2013 e in quanto tale è inammissibile, come ritenuto da costante giurisprudenza.

Nella specie viene in questione una vera e propria integrazione istruttoria e motivazionale del provvedimento gravato, posto che il Tar deduce da tale relazione, e non dal provvedimento gravato, la presunta mancata urbanizzazione dell'area, elemento sul quale si fa leva per rilevare la legittimità del disposto annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 63/2006.

La relazione tecnica citata costituisce integrazione postuma della motivazione del provvedimento lesivo, come tale inammissibile.

L'appellante soggiunge di avere ritualmente dedotto e provato in giudizio un livello adeguato di urbanizzazione primaria e secondaria dell'area sin dal 2006.

Senza considerare che il fondo, essendo prospiciente al centro del Comune, usufruisce di tutte le urbanizzazioni presenti nella zona, e che il PRG individua gli standards della zona all'esterno del comparto F3 interessato dall'intervento della controinteressata 5, sicché, se il Comune avesse effettivamente eseguito l'indagine richiesta sul fabbisogno di standards della zona, avrebbe confermato la legittimità del permesso a costruire a suo tempo assentito alla società.

Il Tar, nell'affermare che l'appellante, pur avendo dedotto l'esistenza di una rete viaria, fognaria, idrica ed elettrica, non avrebbe dimostrato in modo compiuto se dette opere di urbanizzazione fossero state sufficienti a soddisfare le esigenze della comunità locale, avrebbe applicato in modo erroneo l'art. 64 del cod. proc. amm. svilendo l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990 poiché, in presenza di un'istruttoria compiuta dal Comune nel 2006, volta a comprovare l'urbanizzazione dell'area e la conseguente non necessità di un'approvazione preventiva del piano particolareggiato, doveva essere il provvedimento di annullamento in autotutela del 2013 a comprovare, con un'istruttoria puntuale ed esaustiva, che l'area non era

urbanizzata e che l'accertamento comunale effettuato nel 2006 era errato.

In realtà, il provvedimento di annullamento in autotutela è motivato in modo insufficiente ed evidenzia quel difetto di istruttoria, e quella contraddittorietà di motivazione sulla urbanizzazione dell'area, che controinteressata 5 aveva puntualmente –ma senza successo- posto in risalto avanti al Tar.

Al p. III) l'appellante, nel dedurre error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. della 7 l. n. 241 del 1990 e motivazione erronea su un punto decisivo della controversia, rileva che la sentenza di primo grado avrebbe errato nel respingere la censura basata sulla violazione degli articoli 7 e 10 della citata l. n. 241/1990, per mancata attuazione del contraddittorio procedimentale. controinteressata 5 sostiene di avere presentato memorie infraprocedimentali nell'ambito del procedimento conclusosi con l'atto di annullamento in autotutela, memorie che l'Amministrazione non avrebbe neanche letto, come si evince dal testo del provvedimento gravato.

Inoltre il provvedimento impugnato in primo grado non motiva in modo puntuale in ordine al fatto che l'area non è urbanizzata.

Con il IV motivo si deduce che la sentenza avrebbe errato nel rigettare il motivo del primo ricorso per motivi aggiunti con il quale era stato rilevato il vizio di difetto di istruttoria del gravato provvedimento di autotutela, posto che il Comune, prima di dichiarare la necessità di adottare un piano particolareggiato, avrebbe dovuto verificare lo stato di urbanizzazione effettiva della zona oggetto dell'intervento e valutare l'impatto del nuovo insediamento in relazione agli insediamenti già presenti nell'area.

Il Comune non specifica in concreto in cosa, ovvero in quale misura, le opere di urbanizzazione esistenti in zona difetterebbero, al punto tale da non tollerare l'edificazione dell'appellante, né in cosa dovrebbe consistere il potenziamento delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

Il Tar avrebbe poi omesso di rilevare che l'incarico dato dal Comune ai tecnici comunali, giusta deliberazione della Giunta comunale n. 198 del 2011, per redigere la pianificazione urbanistica attuativa della ZTO F3, non è mai stato eseguito e, in particolare, non si è mai tramutato in un'istruttoria posta a sostegno degli atti impugnati in primo grado.

In definitiva, il Comune avrebbe omesso qualsivoglia istruttoria diretta a comprovare quali opere di urbanizzazione occorressero, ovvero quali opere di urbanizzazione difettassero.

Il provvedimento in autotutela impugnato in primo grado manca dunque di sostegno istruttorio, circostanza che il giudice di primo grado ha tralasciato di considerare.

Sub V) l'appellante, nel dedurre error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 29 della l. n. 47/1985 e dell'art. 23 della l. reg. n. 16/2004 –motivazione erronea su un punto decisivo della controversia, sostiene che la sentenza di primo grado avrebbe errato nel ritenere non applicabili al caso di specie l'art. 29 della l. n. 47/1985 e l'art. 23 della l. reg. n. 16/2004 sul recupero degli standards carenti attraverso l'approvazione di una variante al PRG a valersi quale piano particolareggiato a sanatoria affermandone l'applicazione circoscritta al recupero degli immobili abusivamente realizzati alla data di entrata in vigore delle leggi sopra citate.

Ad avviso dell'appellante la normativa di riferimento sarebbe invece applicabile a ogni ipotesi di abuso edilizio a prescindere dalla data di esecuzione dello stesso e non sarebbero esclusi gli interventi realizzati dopo il 31 dicembre 1993 come, viceversa, si è erroneamente sostenuto nella

pronuncia di primo grado.

Sub VI- error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies e dell'art. 3 della l. n. 241/1990 –motivazione erronea su un punto deciso della controversia, si osserva che la sentenza impugnata avrebbe errato nel ritenere insussistenti i presupposti di legge per l'esercizio del potere di revoca ex art. 21 quinquies della l. n. 241/1990, avendo evidenziato come la revoca ex art. 21 quinquies cit., non sarebbe applicabile agli atti a effetti istantanei, quali i permessi di costruire.

Ad avviso dell'appellante l'atto del 23.9.2013 andrebbe qualificato come “revoca” di un permesso di costruire già rilasciato ed eseguito, ma per la giurisprudenza non è ammissibile alcun potere di revoca nei confronti delle concessioni edilizie.

Si deduce inoltre che il Comune non avrebbe adeguatamente comparato l'interesse pubblico con gli interessi privati coinvolti, anche avuto riguardo al fatto che il potere di autotutela è stato esercitato oltre sette anni dopo l'avvenuto rilascio del permesso di costruire e diversi anni dopo l'ultimazione dei lavori.

Il Comune si sarebbe infatti limitato –in modo illegittimo- a indicare, sul presupposto della non avvenuta urbanizzazione dell'area, l'interesse al ripristino della legalità violata, laddove sarebbe stato invece necessario specificare l'interesse pubblico concreto e attuale, prevalente sull'interesse privato, in considerazione del lungo periodo di tempo trascorso (più di sette anni, come detto), e dell'affidamento ingenerato nel privato.

Col VII motivo, concernente error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990 – motivazione erronea su un punto decisivo della controversia, incentrato sulla ritenuta illegittimità dell'ordinanza di demolizione del 10.2.2014, si osserva che la sentenza impugnata avrebbe errato nel ritenere non necessaria, nell'ordinanza di demolizione e nell'ordine di acquisizione emessi dal Comune dopo l'annullamento in via di autotutela, una motivazione puntuale sull'interesse pubblico posto che la PA avrebbe dovuto invece considerare le peculiarità della fattispecie: di qui l'insufficienza del mero richiamo al carattere abusivo delle opere.

Sub VIII)- sul rigetto dell'istanza risarcitoria, l'appellante, nel rilevare error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli articoli 1227 e **2043** cod. civ. –motivazione erronea su un punto decisivo della controversia, contesta la motivazione della sentenza di primo grado posta a fondamento della statuizione di rigetto della richiesta risarcitoria.

Si insiste in particolare sul fatto che i fabbricati di cui il Comune ha ordinato la demolizione erano stati realizzati da controinteressata 5 per effetto di un permesso di costruire, il n. 63/2006, rilasciato dal Comune stesso.

Se la P. A., nel 2006, avesse informato controinteressata 5 in ordine alla necessità della previa approvazione del piano particolareggiato, l'appellante, prima di procedere alla edificazione, avrebbe richiesto al Comune l'approvazione dello strumento urbanistico attuativo evitando così l'adozione degli atti contestati in giudizio.

Per l'appellante emerge con evidenza una responsabilità diretta del Comune per i danni sofferti da controinteressata 5 a causa della demolizione delle opere contestate, proprio in ragione dell'illegittimità del permesso di costruire n. 63/2006.

La responsabilità del Comune non risiede nell'intervenuto annullamento in via di autotutela, ma nella circostanza di avere rilasciato, nel 2006, il titolo edilizio che la stessa P. A. , a distanza di oltre sette anni, ha ritenuto illegittimo.

La sentenza gravata avrebbe altresì errato nel ritenere che, in applicazione dell'art. 1227 cod. civ. , l'appellante non poteva vantare alcun legittimo affidamento in ordine alla validità del permesso di costruire n. 63/2006, poiché l'istruttoria sulla necessità o meno del piano particolareggiato è stata svolta non dai "qualificati professionisti" dell'impresa ma dal Comune che, in sede di rilascio del permesso di costruire n. 63/2006, ha attestato per il tramite dei propri uffici che l'area era urbanizzata e che era consentito edificare a mezzo di permesso di costruire "diretto"; sicché controinteressata 5 vantava un legittimo affidamento sulla validità del titolo, ulteriormente supportato dal decorso di oltre sette anni fino all'intervenuto annullamento in autotutela, quando tutti gli immobili erano stati realizzati.

Risulta quindi violato l'art **2043** cod. civ. .

Al riguardo l'appellante quantifica la pretesa risarcitoria, rapportandola ai costi di costruzione dei fabbricati, nella misura di circa quattro milioni di euro, oltre a interessi e a rivalutazione dal 2006 a oggi, fatta salva la determinazione dei danni da parte di questo giudice di appello in applicazione del potere equitativo.

Sub IX), con riferimento al capo di sentenza, di cui al p. 8. , con il quale è stata accolta la richiesta risarcitoria (di cui al ric. Tar n. RG 1923/2014) del signor Pasquale controinteressata e degli altri acquirenti, controinteressata 5 deduce la nullità e, comunque, l'erroneità della statuizione nella parte in cui la responsabilità risarcitoria di controinteressata 5 , nei confronti degli acquirenti, viene quantificata nella misura del 70 % dei danni sofferti dai privati per la perdita del bene.

Alle pagine 39 e seguenti dell'atto di appello, la società sottolinea in primo luogo che la sentenza sarebbe affetta da un evidente vizio di difetto del contraddittorio e violazione del diritto di difesa atteso che controinteressata 5 –litisconsorte necessaria- non è mai stata vocata nel giudizio n. 1923/2014 né dal controinteressata e altri e neppure dal Comune.

Inoltre la sentenza, nella parte in cui individua controinteressata 5 quale responsabile per i danni sofferti dagli acquirenti degli immobili, violerebbe il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato posto che nel ricorso dei signori controinteressata e altri non era stata avanzata alcuna richiesta risarcitoria contro controinteressata 5 .

Il Comune di Orta di Atella non si è costituito.

4.2. Il Comune ha, invece, come si accennato sopra, con il ricorso in appello n. 3483 del 2015, impugnato la statuizione della sentenza n. 347/2015 con la quale il Tar, pronunciando sulla domanda di risarcimento del danno avanzata dal signor Pasquale controinteressata e da altri quattro acquirenti, ha respinto l'eccezione civica di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (anziché dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario) e, per quanto attiene al riparto di colpa tra controinteressata 5 e Comune, ha dichiarato il concorso di colpa tra la società e l'ente pubblico quantificando il concorso di colpa del Comune nella misura –ritenuta erronea, dovendo controinteressata 5 essere considerata l'unica responsabile dell'illecito- del 30 % dell'importo da individuarsi sulla base dei criteri di calcolo descritti in sentenza al p. 8.2. .

Nell'atto di appello (v. , in particolare, da pagina 9) il Comune insiste sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, come costantemente affermato dalla Corte di Cassazione con diverse sentenze pronunciate nel 2011 e nel 2013 su controversie analoghe a quella odierna.

Quanto al merito, in sintesi estrema, si rileva, in capo a controinteressata 5 , l'insussistenza di un

affidamento meritevole di tutela risarcitoria.

controinteressata 5 è da ritenersi unica responsabile dell'illecito.

In ogni caso, la domanda di risarcimento del danno proposta dai terzi acquirenti è priva di fondamento in quanto, una volta accertato che gli atti impugnati sono esenti dai vizi di legittimità denunciati, viene meno un elemento costitutivo della responsabilità della P. A. .

Senza considerare che, in tema di risarcimento da lesione dell'affidamento, il rapporto tra la società e i terzi acquirenti ha natura esclusivamente privatistica e la relativa domanda è proponibile dinanzi al giudice ordinario.

Nell'appello si soggiunge che i compratori sono stati imprudenti e superficiali e dunque appare improprio parlare di legittimo affidamento da parte del privato.

In ogni caso, la graduazione di responsabilità operata dal Tar nella produzione del danno -30% a carico del Comune e 70% a carico di controinteressata 5 - appare frutto di una valutazione arbitraria e soggettiva.

controinteressata 5 ha agito in mala fede e va considerata quale unico responsabile nei confronti degli acquirenti.

Di qui la richiesta di riforma parziale della sentenza n. 347/2015 nei termini specificati sopra.

Nell'ambito dell'appello n. RG 3483/2015 il signor Pasquale controinteressata e gli altri appellati specificati in epigrafe hanno proposto gravame in via incidentale poiché il Tar, pur avendo riconosciuto il diritto al risarcimento del danno in favore dei ricorrenti e a carico del Comune, a detta degli acquirenti avrebbe errato sia nel non avere applicato i principi in tema di responsabilità solidale ex art. 2055 cod. civ. a carico dei soggetti danneggiati (Comune e società costruttrice), e sia nella determinazione del criterio e nella quantificazione del "riparto" di colpa, avendo addebitato all'Ente pubblico soltanto una percentuale del 30 % di responsabilità, e avendo posto, implicitamente, la restante parte (70%) in capo a controinteressata 5 (cfr. memoria di costituzione e risposta e appello incidentale, da pag. 5).

In realtà, ad avviso degli appellanti incidentali, l'omessa adozione dello strumento urbanistico attuativo da parte del Comune costituisce indizio evidente di colpa a carico dell'ente pubblico.

Sotto un diverso profilo il Tar avrebbe errato nel disporre la riunione tra il giudizio instaurato dagli appellanti in via incidentale (n. RG 1923/2014) e il giudizio n. RG 88/2009, proposto da controinteressata 5 nei confronti del (solo) Comune di Orta di Atella.

Gli appellati Pasquale controinteressata e altri hanno poi controdedotto sull'appello proposto dal Comune rilevando l'inammissibilità del motivo di gravame incentrato sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, posto che non viene formulata una censura espressa e specifica riferita al capo della sentenza appellata.

Nel merito, la tesi del Comune appellante, rivolta nella direzione di considerare controinteressata 5 quale unica ed esclusiva responsabile del danno, è chiaramente infondata, dato che nella vicenda emergono errori e responsabilità evidenti dell'Amministrazione.

5. Con ordinanza n. 3166 del 2015 la Sezione ha riuniti i ricorsi poiché proposti contro la stessa sentenza e, in accoglimento delle –differenziate- istanze cautelari di Comune e controinteressata 5 , ha sospeso l'esecutività della decisione impugnata per le parti di rispettivo interesse delle appellanti.

In prossimità dell’udienza di discussione dei ricorsi sono state depositate memorie conclusive e all’udienza del 14 luglio 2016 gli appelli sono stati trattenuti in decisione.

6. Gli appelli principali in epigrafe, già riuniti, sono fondati e vanno accolti per le ragioni, entro i limiti e con gli effetti che saranno specificati in motivazione.

6.1. Per quanto riguarda l’appello di controinteressata 5 il Collegio ritiene doveroso, anche alla luce di quanto statuito dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio con la sentenza n. 4 del 2015, e ritiene comunque utile, avuto anche riguardo all’eventuale rinnovazione dell’azione amministrativa in conformità alle indicazioni svolte in sentenza, rilevare preliminarmente che:

-diversamente da quanto affermato dalla società appellante e in modo conforme a quanto puntualizzato in sentenza (cfr. p. 2.5., da pag. 29), nella vicenda controversa è contestato un provvedimento qualificabile senz’altro come annullamento d’ufficio in via di autotutela, ex art. 21 – nonies della l. n. 241 del 1990, e ciò sia in base al tenore letterale del provvedimento medesimo, nell’intitolazione, nelle premesse e nel dispositivo, e sia perché sul piano strettamente motivazionale risulta evidente che l’atto si fonda sulla (ritenuta) illegittimità originaria del permesso di costruire del 2006, rilasciato in violazione delle NTA del PRG. Non viene, invece, in questione, a differenza di quanto ritiene l’appellante, una revoca di permesso di costruire ex art. 21 –quinquies della l. n. 241 del 1990, premessa dalla quale discenderebbe de plano, stando sempre alla prospettazione di controinteressata 5 , l’illegittimità del provvedimento del 23.9.2013, posto che, come evidenzia la ricorrente e odierna appellante, la revoca è ammessa soltanto in relazione agli atti amministrativi a efficacia durevole e come tale non è configurabile con riferimento alle concessioni edilizie;

-sotto una differente angolazione (si legga a questo riguardo il V motivo di appello, da rigettare), bene la sentenza, al p. 2.4. , ha respinto la tesi di controinteressata 5 per la quale il Comune, prima di adottare il provvedimento in autotutela, avrebbe dovuto predisporre, ai sensi degli articoli 29 della l. n. 47 del 1985 e 23 della l. r. n. 16 del 2004, la pianificazione di recupero degli insediamenti abusivi presenti nell’area di intervento.

Effettivamente, il richiamo operato da controinteressata 5 alla disciplina statale e regionale suindicata non appare corretto poiché il recupero urbanistico ed edilizio in essa previsto si riferisce in via esclusiva agli insediamenti abusivi esistenti al 1°.10.1983 e al 31.12.1993 e, comunque, a insediamenti non legittimati ab origine da titoli abilitativi, ma condonati ex post.

Nel caso in esame, invece, gli immobili in argomento risultano edificati dopo le date indicate sopra e in base a un preventivo rilascio di permesso di costruire, annullato col provvedimento impugnato in primo grado, sicché la pianificazione di recupero non sarebbe stata comunque logicamente ipotizzabile prima dell’annullamento d’ufficio del permesso di costruire riferito alle opere realizzate e alla sopravvenuta abusività di queste ultime.

Sempre in via preliminare appare opportuno rammentare che la giurisprudenza amministrativa, qui condivisa (v., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 5471 del 2008 e sez. V, n. 5251 del 2013), ha individuato situazioni in presenza delle quali il permesso di costruire può essere legittimamente rilasciato anche in assenza del piano attuativo richiesto dallo strumento urbanistico sovra ordinato, in particolare quando l’area del richiedente sia l’unica a non essere stata ancora edificata pur trovandosi in una zona che, oltre che integralmente interessata da costruzioni, è anche integralmente dotata delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria; qualora, cioè, nel comprensorio interessato, sussista una situazione di fatto corrispondente a quella derivante dall’attuazione del

piano esecutivo richiesto dallo strumento urbanistico generale, ovvero siano presenti opere di urbanizzazione primaria e secondaria pari agli standards urbanistici minimi prescritti, sì da rendere superflui gli strumenti attuativi (sulla derogabilità, a determinate, rigorose condizioni, dell’obbligo della preventiva approvazione del piano esecutivo, anche il giudice di primo grado sembra convenire).

In questo senso, e con queste precisazioni, il piano attuativo ammette equipollenti, per dir così, in via di fatto.

Ciò detto, per esigenze di pregiudizialità e per ragioni di economia processuale il Collegio ritiene di esaminare –e di considerare fondati e accoglibili- i motivi sopra sintetizzati sub II) e IV), basati (anche) su profili di censura di insufficiente motivazione e istruttoria.

A questo riguardo, ribadito che l’annullamento in autotutela muove dall’assunto secondo cui il rilascio del permesso di costruire, in zona F3 e nell’area de qua, risulta subordinato, dall’art. 32 delle NTA del PRG, alla preventiva approvazione di un piano particolareggiato di esecuzione, di iniziativa comunale, esteso alla intera zona, il Collegio ritiene che la verifica preliminare sull’effettiva necessità, o meno, nella specie, dello strumento attuativo, in relazione al livello concreto di urbanizzazione della zona, dagli atti di causa e con riferimento al momento dell’adozione del provvedimento contestato (23.9.2013) non sembra essere stata effettuata in modo adeguato, e sufficientemente approfondito.

Indipendentemente infatti da eventuali verifiche giudiziali in ordine al livello effettivo di urbanizzazione caratterizzante (nel 2006 e nel 2013) il comparto territoriale in discussione (spetta infatti unicamente al Comune, fatto salvo un sindacato del giudice amministrativo ammesso entro limiti ristretti, l’apprezzamento sulla congruità del grado di urbanizzazione dell’area: cfr. Cons. Stato, IV, n. 3699 del 2010); a prescindere dalla soluzione da dare alla questione, posta dall’appellante controinteressata 5, in ordine alla corretta distribuzione dell’onere della prova nella –invero assai peculiare- vicenda contenziosa all’esame di questo giudice, e dall’attendibilità della documentazione prodotta dalla società allo scopo di comprovare l’adeguatezza in concreto del livello di urbanizzazione della zona, anche a confronto con la perizia tecnica del Comune del 31.1.2014; il Collegio considera sufficiente e, al tempo stesso, decisivo, per dirimere la controversia, condividere le seguenti considerazioni formulate dall’appellante con il secondo e con il quarto motivo di gravame, a sostegno dei profili di censura d’insufficiente motivazione e istruttoria e a confutazione di alcune delle asserzioni svolte in sentenza:

-da una parte, la decisione impugnata pone in particolare risalto, al p. 2.2.5. , i “ragguagli” forniti con la relazione tecnica comunale del 31.1.2014, depositata in giudizio il 1°.2.2014, in ordine all’insufficiente livello di urbanizzazione della zona. Ma a questo proposito si può convenire con la società appellante laddove la stessa rimarca che la perizia dell’U.T.C., successiva di diversi mesi rispetto alla emanazione del provvedimento impugnato e depositata in giudizio dal Comune nel febbraio del 2014, costituisce integrazione postuma del provvedimento del 23.9.2013 e in quanto tale non pare consentita, come ritenuto in generale dalla giurisprudenza amministrativa qui condivisa sul tema della integrazione postuma della motivazione dell’atto lesivo in sede giudiziale (Cons. Stato, sez. VI, n. 3194 del 2016, p. 4.3.; v. , ivi, riferimenti giurisprudenziali ulteriori; sull’esigenza che la motivazione debba precedere e non seguire il provvedimento amministrativo v. ex multis Cons. Stato, VI, n. 3882 del 2011). E’ corretto considerare che nella specie viene in questione una vera e propria integrazione istruttoria e motivazionale, non ammessa, del provvedimento gravato, posto che in sentenza pare che s’intenda ricavare più da detta relazione, che

non dal provvedimento gravato, la presunta mancata o comunque insufficiente urbanizzazione della zona, elemento sul quale si fa leva per considerare legittimo il disposto annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 63/2006;

- in secondo luogo, a fronte del rilascio del permesso di costruire, avvenuto nel 2006 (sull'assunto, solo implicito, ma cionondimeno da presumersi, di una compiuta urbanizzazione della zona), e prima di considerare indispensabile la previa adozione del piano attuativo, alla stregua del disposto di cui all'art. 32 delle NTA del PRG, andava verificato in modo puntuale e approfondito, da parte dell'Amministrazione e con riferimento alla data di adozione del provvedimento lesivo, lo stato reale di urbanizzazione della intera zona (allo scopo di accertare la sussistenza delle condizioni –di “piena” o comunque “adeguata” urbanizzazione- per poter derogare, ove del caso, all’obbligo, sancito dalle NTA del PRG, della preventiva approvazione del p.p.e. per la realizzazione di strutture edilizie, con il conseguente venire meno del requisito basilare per poter procedere in autotutela a danno della società).

Tutto ciò, però, non risulta essere stato fatto compiutamente.

Detto altrimenti, non potendosi e non dovendosi tenere conto dei “ragguagli” di cui alla “perizia tecnica” comunale del 31.1.2014, a differenza di quanto si afferma in sentenza, dall'esame del provvedimento in autotutela impugnato in primo grado, come trascritto sopra, al p. 2. e a prescindere dalle considerazioni sul “valutato”, che seguono, logicamente, la verifica di cui si è detto, considerazioni sulle quali l'autorità emanante si sofferma nella seconda parte della motivazione dell'atto del 23.9.2013 (v. pag. 2) secondo quanto specificamente dispone l'art. 21 – nonies della l. n. 241/1990, non sembra che il Comune abbia compiuto la necessaria, approfondita verifica sullo stato di urbanizzazione della zona e sulle eventuali ulteriori esigenze di urbanizzazione dell'area; non pare, quantomeno, che l'Amministrazione abbia effettuato, trasponendone le risultanze nella motivazione dell'atto di annullamento in autotutela, le indagini necessarie sul fabbisogno di standards della zona e sulla ubicazione degli stessi come prevista dal PRG, essendosi il Comune limitato ad affermare, ma non a specificare in maniera dettagliata, l'insufficiente livello di urbanizzazione della zona.

Non pare perciò che il provvedimento del 23.9.2013 possa considerarsi sorretto da un “sostegno motivazionale e istruttorio” adeguato (sul tema, per certi versi analogo, inerente alla illegittimità di un diniego di concessione edilizia fondato sulla carenza del piano attuativo prescritto dal piano regolatore qualora l'amministrazione abbia omesso di valutare in modo rigoroso l'incidenza del nuovo insediamento, oggetto dell'istanza, sulla situazione generale del comprensorio; qualora cioè non si sia tenuto conto in modo adeguato dello stato di urbanizzazione già esistente nella zona delle futura insistenza dell'edificazione né siano state congruamente evidenziate le concrete, ulteriori esigenze di urbanizzazione indotte dalla nuova costruzione v. Cons. Stato, sez. IV, nn. 6171 del 2007 e 5251 del 2013).

L'accoglimento dei profili di censura su esposti, dal quale discende –in riforma della sentenza, nella sua parte impugnatoria, per le ragioni e nei limiti sopra specificati- l'annullamento in via giurisdizionale del provvedimento in autotutela del 23.9.2013, appare in sé e per sé sufficiente per soddisfare l'interesse della originaria ricorrente e odierna appellante inciso dall'atto anzidetto, dato che la sentenza tutela interessi oppositivi ed è quindi self executing, con la salvezza, tuttavia, di una rinnovazione dell'azione amministrativa che dovrà conformarsi alle considerazioni svolte da questo giudice.

A quest'ultimo riguardo non pare un fuor d'opera rammentare che tra il rilascio del permesso di costruire (giugno del 2006) e l'annullamento in autotutela (settembre del 2013) sono trascorsi oltre sette anni.

Dall'annullamento giurisdizionale dell'atto di autotutela, di per sé satisfattivo dell'interesse fatto valere da controinteressata 5, deriva l'assorbimento –non solo dei motivi di appello non esplicitamente trattati ma anche- del motivo di gravame attinente al “rigetto dell'istanza risarcitoria”, posto che nell'atto di appello controinteressata 5 evidenzia di avere proposto a suo tempo istanza di risarcimento del danno nei confronti del Comune di Orta di Atella per l'ipotesi di rigetto del ricorso impugnatorio e di conseguente declaratoria di legittimità degli atti gravati: ipotesi che nella specie non si è verificata, stante l'intervenuto accoglimento del ricorso di primo grado e in considerazione dell'annullamento giudiziale del provvedimento di autotutela, annullamento adeguatamente satisfattivo dell'interesse del privato vittorioso.

Dall'annullamento dell'atto di annullamento in autotutela discende la caducazione dell'ordinanza di demolizione del 31.1.-10.2.2014 per invalidità derivata.

6.2. Per quanto riguarda invece l'appello (principale) del Comune (n. RG 3483/2015) diretto, come si è rilevato sopra, avverso le statuzioni di condanna a carico della P. A. con le quali il Tar, provvedendo sulla domanda di risarcimento del danno dopo avere respinto i ricorsi di carattere impugnatorio proposti da controinteressata 5 e dagli acquirenti, ha rigettato l'eccezione civica di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, per quanto attiene al riparto di colpa tra controinteressata 5 e Comune, ha quantificato il concorso di colpa del Comune nella misura – ritenuta erronea, dovendo controinteressata 5 essere considerata l'unica responsabile dell'illecito- del 30 % dell'importo da individuarsi sulla base dei criteri di calcolo descritti in sentenza al p. 8.2. ; quanto all'appello civico, si diceva, entrambe le statuzioni, sulla (sussistenza della) giurisdizione del giudice amministrativo e sulla condanna del Comune, vanno caducate, posto che:

-in base alle considerazioni esposte sopra, l'esito del gravame di controinteressata 5 soddisfa, allo stato e fatto salvo come detto l'eventuale rinnovo dell'azione amministrativa, l'interesse della società, oltre che quello degli appellanti incidentali Pasquale controinteressata e altri. Ciò determina la “caducazione automatica”, in via consequenziale, della statuzione giudiziale (su cui v. p. 7. e seguenti sent.) pronunciata dal giudice di primo grado sul presupposto della infondatezza, e quindi della reiezione o, più radicalmente, della inammissibilità / irricevibilità, delle azioni impugnatorie proposte. Presupposto che, come è emerso dalla disamina di cui al p. 6.1. , è da ritenersi venuto meno, sicché il carattere satisfattivo, per i privati ricorrenti e appellanti, dell'annullamento giudiziale, elide qualsiasi conseguenza di natura risarcitoria per equivalente ipotizzabile nei loro riguardi;

-in ogni caso la statuzione giudiziale sul risarcimento, prima ancora che “caducata in via automatica” per il venir meno del presupposto al quale era agganciata, ossia il rigetto dell'azione impugnatoria, potrebbe ritenersi venuta meno anche in stretto accoglimento del motivo di appello sul “difetto di giurisdizione del Tar” dedotto dal Comune con il primo motivo di gravame; motivo da considerarsi ammissibile (diversamente da quanto ritenuto dagli appellanti incidentali, posto che dai richiami di giurisprudenza della Suprema Corte del 2011 e 2013 operati dalla P. A. appellante ben può desumersi una censura specifica, in punto giurisdizione, contro il capo di pronuncia col quale il Tar ha ritenuto di non dover declinare la propria competenza giurisdizionale), e fondato, atteso che, come affermato in modo condivisibile da Cass. , SS. UU. , n. 17586 del 2015, su

fattispecie che ben si attaglia a quella odierna, così come delineata dal giudice di primo grado, la domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo rientra nella giurisdizione ordinaria, non trattandosi di una lesione dell'interesse legittimo pretensivo del danneggiato (interesse soddisfatto, seppur in modo illegittimo), ma di una lesione della sua integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c., rispetto alla quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole.

L'azione di risarcimento dei danni per l'affidamento incolpevole del beneficiario del provvedimento amministrativo emesso illegittimamente e poi rimosso per annullamento in autotutela divenuto definitivo o per annullamento in sede giurisdizionale spetta alla giurisdizione del g.o; il solo fatto che nella fattispecie rilevi l'agire della p.a. che ha portato all'adozione del provvedimento favorevole illegittimo non giustifica che la lesione che si manifesta ex post quando tale provvedimento viene rimosso, e fa sorgere eventuale diritto al risarcimento del danno da affidamento incolpevole, sia riferibile all'interesse legittimo che il beneficiario aveva in relazione a quell'agire, e ciò in quanto quell'interesse pretensivo non era già l'interesse all'agire legittimo della p.a., bensì quello all'emanazione del provvedimento ampliativo, che è stato, sia pure illegittimamente, soddisfatto. Ciò che viene in rilievo successivamente all'annullamento è piuttosto il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, con conseguente giurisdizione del g.o. .

Dunque l'appello del Comune va accolto e l'impugnata statuizione della sentenza di primo grado va annullata, senza rinvio.

6.3. Da tutte le considerazioni esposte sopra consegue che l'appello incidentale di Pasquale controinteressata e altri, nell'ambito del ric. n. RG 3483/2015) dev'essere invece dichiarato inammissibile per evidente carenza di interesse.

Quasi inutile aggiungere che l'esito dell'appello di controinteressata 5 , in quanto satisfattivo nei riguardi della società appellante ma anche, di riflesso, degli appellanti incidentali controinteressata e altri, determina la perdita di interesse di questi ultimi in relazione all'appello incidentale anche con riferimento al motivo intitolato violazione dei principi in tema di riunione dei giudizi e di autonomia dei relativi giudizi.

La natura e le peculiarità della controversia giustificano in via eccezionale la compensazione delle spese di entrambi i gradi dei giudizi riuniti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, così provvede:

-accoglie l'appello di controinteressata 5 n. RG 4716 del 2015 per le ragioni ed entro i limiti specificati in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, nella sua parte impugnatoria, annulla i provvedimenti del 23.9.2013 e del 31.1-10.2.2014 impugnati in primo grado (v. p. 6.1.);

-accoglie l'appello del Comune n. RG 3483 del 2015 per la ragione ed entro i limiti specificati in motivazione e, per l'effetto, annulla la statuizione impugnata, senza rinvio (v. p. 6.2.);

-dichiara inammissibile per carenza d'interesse l'appello incidentale proposto dal signor Pasquale controinteressata e altri con riferimento al giudizio n. RG 3483 del 2015 (v. p. 6.3.).

Spese di entrambi i gradi dei giudizi riuniti compensate.

La presente sentenza verrà eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Marco Buricelli

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO