

REPUBBLICA ITALIANA

N. 556/10 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.10924 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sull'istanza proposta dalla NASA PETROLI S.R.L., costituitasi in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Guerino Ferri e Lodovico Visone, elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo difensore in Roma, via del Seminario, nn. 113/116;

contro

il COMUNE DI SALERNO, costituitosi in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Brancaccio, elettivamente domiciliato in Roma, via Taranto, n. 18, presso lo studio del difensore;

e nei confronti

della C. GALDIERI & FIGLI S.P.A., costituitasi in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gilda Voto, elettivamente domiciliata in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 154;

nonché della REGIONE CAMPANIA e dell'ANAS S.P.A., costituitesi nel giudizio di appello, ma non anche nella fase incidentale di esecuzione;

per l'ottemperanza

al giudicato formatosi sulla decisione della Sezione n. 237 del 7

giugno 2005/27 gennaio 2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione nell'incidente di esecuzione dell'amministrazione civica intimata;

Visto l'atto di costituzione nell'incidente di esecuzione della Società controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi nella camera di consiglio del 17 aprile 2009 l'avv. Visone per la Nasa Petroli S.r.l., l'avv. Voto per la Galdieri e figli S.p.A. e l'avv. Izzo, su delega dell'avv. Brancaccio, per il Comune di Salerno;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. - Con distinti atti, entrambi denominati "*Istanza per ulteriori provvedimenti per l'esecuzione del giudicato*", la Nasa Petroli S.r.l. (d'ora innanzi "Nasa") ha chiesto alla Sezione di impartire all'amministrazione civica di Salerno, "le consequenziali istruzioni per la definizione della decisione" specificata in epigrafe, previo annullamento o, in via alternativa, previo accertamento della nullità, tra l'altro, della nota del dirigente lo Sportello unico per l'edilizia del Comune di Salerno n. 3 del 1° febbraio 2008, prot. n. 19804 (e, ove occorra, anche degli atti

endoprocedimentali ad essa prodromici), recante la reiezione della richiesta di assenso edilizio, avanzata dalla società istante nel 2000 e poi integrata nel 2002, per asserito contrasto del relativo progetto di intervento con lo strumento urbanistico (P.U.C.) entrato in vigore nel 2007.

2. - Si sono costituiti per resistere alle richieste della Nasa il Comune di Salerno e la Società controinteressata (nel prosieguo "Galdieri").

Entrambe le citate controparti hanno eccepito in via preliminare e sotto vari profili, l'inammissibilità dell'istanza, contestandone comunque la fondatezza.

3. - Nelle more della decisione sulla domanda di ottemperanza il Comune di Salerno ha depositato anche la copia del provvedimento n. 20 del 19 settembre 2008, con il quale è stato parzialmente annullato in autotutela il succitato diniego n. 3 del 2008, tuttavia ribadendo, per ulteriori motivi, il rigetto dell'istanza della Nasa.

A tale nuovo atto di diniego del Dirigente lo Sportello unico per l'edilizia del Comune di Salerno si riferisce, in particolare, la seconda istanza di ottemperanza.

Nella camera di consiglio dell'17 aprile 2009, terminata la discussione, l'affare è passato in decisione.

4. - La complessiva domanda sottoposta al vaglio del Collegio si inserisce nel quadro di un articolato contenzioso, risalente al 2002 e concernente l'autorizzazione per un impianto di

distribuzione di carburanti.

Per quanto rileva ai fini della presente decisione è d'uopo riferire che:

- con la summenzionata pronuncia n. 236 del 2007 la Sezione accolse l'appello principale promosso dalla Nasa contro la sentenza del T.a.r. della Campania, sezione staccata di Salerno, sez. II, n. 1297 del 2003, recante il rigetto del ricorso, promosso dall'odierna istante, onde ottenere l'annullamento del denegato rilascio di una concessione edilizia per l'installazione di un impianto di distribuzione di carburanti lungo la S.S. 18, tangenziale di Salerno, al km. 3+027, in corsia sud;
- il predetto diniego comunale poggiava sul presunto contrasto del progetto presentato con la disciplina in materia di distanze minime tra impianti posti lungo le strade statali, asseritamente stabilita da una circolare ANAS n. 79/1973;
- la Sezione, nell'accogliere l'appello, escluse che, nella specie, potessero trovare applicazione le disposizioni contenute nella suddetta circolare e che, piuttosto, valesse la disciplina promanante dalle pertinenti fonti regionali e locali;
- in particolare, al punto 29 della decisione posta *in executivis*, la Sezione statui che, in conseguenza dell'accoglimento del gravame, il Comune di Salerno avrebbe avuto l'onere di procedere al riesame della istanza concessoria “... *riesame all'esito del quale il Comune stesso dovrà assumere le proprie definitive determinazioni anche per ciò che attiene alla tipologia*

di impianto da realizzare, tenendo, peraltro, naturalmente conto, a tal fine, di tutto quanto enunciato nella presente decisione, anche in sede interpretativa della disciplina di settore”;

- la decisione, pubblicata il 27 gennaio 2006, fu tuttavia impugnata dalla Galdieri per revocazione, ai sensi dell’art. 395, n. 4), c.p.c.;

- il ricorso per revocazione fu respinto dalla Sezione con la decisione n. 4978, depositata il 28 settembre 2007;

- in precedenza, con atto notificato il 10 marzo 2006, la Nasa aveva diffidato il Comune di Salerno a dare esecuzione alla decisione n. 237 del 2006 nei successivi trenta giorni, mediante il rilascio del permesso di costruire l’impianto di cui al progetto presentato nel 2002;

- con provvedimento n. 3 del 1° febbraio 2008 il dirigente lo Sportello unico per l’edilizia del Comune di Salerno, riscontrò negativamente la suddetta diffida;

- in dettaglio l’amministrazione reputò che dalla decisione della Sezione n. 237/2006 fosse scaturito l’obbligo di riesaminare l’istanza della Nasa, ma – anche sulla scorta di un conforme parere reso dall’Avvocatura comunale – ritenne altresì che a tale riesame non potesse rimanere estranea la disciplina sopravvenuta, sia di rango legislativo (*id est* la L.R. Campania n. 6/2006 recante norme sulla razionalizzazione e l’ammodernamento del sistema distributivo dei carburanti) sia di natura amministrativa e, segnatamente, le Norme tecniche di

attuazione del Piano urbanistico comunale, vigente dal 24 gennaio 2007 e il Regolamento urbanistico edilizio comunale del successivo mese di febbraio;

- la Nasa impugnò il provvedimento negativo avanti al T.a.r. della Campania;

- il Comune di Salerno adottò successivamente un ulteriore provvedimento dirigenziale, n. 20 del 19 settembre 2008, recante il parziale annullamento in autotutela del precedente diniego (contrassegnato dal n. 3/2008) e, contestualmente, il reiterato rigetto dell'istanza della Nasa, sul presupposto che il progettato intervento non sarebbe stato più realizzabile secondo le modalità a suo tempo proposte dalla società istante, per contrasto con una variante urbanistica, approvata nel 2003, relativa ad una parte della particella 181 del foglio 27 del Catasto terreni del Comune di Salerno, interessata parzialmente da programmi costruttivi di edilizia residenziale pubblica e privata.

5. – Alla luce delle superiori premesse possono esaminarsi le questioni sottoposte al Collegio, principiando dallo scrutinio delle numerose eccezioni preliminari sollevate dalle controparti.

5.1. - Sia il Comune sia la Galdieri censurano d'inammissibilità l'istanza di ottemperanza per violazione della disciplina sul giudizio di ottemperanza, di cui agli artt. 27 del R.D. n. 1054/1924, 90 e 91 del R.D. n. 642/1910.

Secondo le parti intime la richiesta avanzata dalla Nasa dovrebbe difatti qualificarsi come ricorso ai sensi dell'art. 33

della L. n. 1034/1971 e, quindi, come tale inammissibile, anche perché diretto contro una decisione già passata in giudicato.

5.1.1. - L'eccezione non coglie nel segno.

5.1.2. - In via generale, a fronte dell'adombrata obiezione circa l'ammissibilità di un'istanza *ex art.* 33 della L. n. 1034/1971 proposta nei confronti di una decisione del Consiglio di Stato, va osservato che l'istituto in questione è applicabile anche alle pronunce del Giudice di appello pubblicate, ma non ancora passate in giudicato; a questa regola fanno unicamente eccezione le decisioni pienamente confermativo delle sentenze impugnate.

Invero la lettera della legge processuale sembrerebbe escludere tale possibilità, posto che l'art. 33, quinto comma, inserito nel corpo della L. n. 1034/1971 dall'art. 10 della L. n. 205/2000, si riferisce testualmente alle sole sentenze dei TT.aa.rr. (non sospese), senza nulla disporre per le decisioni del Consiglio di Stato.

L'apparente vuoto della trama normativa deve nondimeno essere colmato mediante il ricorso all'*analogia legis*, sorretta da un'interpretazione teleologica e costituzionalmente orientata della previsione citata.

Sul piano normativo va infatti richiamato l'art. 373 c.p.c. che assegna al giudice di appello un potere di interferenza sull'esecuzione delle sentenze dallo stesso rese, anche se impugnate.

A livello interpretativo deve inoltre considerarsi che,

opinando nel senso della radicale preclusione dello specifico rimedio, resterebbero prive di tutela tutte le situazioni in cui sussista l'esigenza di portare prontamente ad esecuzione una decisione del Giudice amministrativo d'appello, ancorché suscettibile di impugnazione per Cassazione o per revocazione. Non è contestabile, invero, che le decisioni del Consiglio di Stato condividano la medesima esecutività di quelle di primo grado, specialmente nel caso in cui esse, in riforma totale o parziale della sentenza impugnata, modificano l'esito del primo giudizio, accogliendo una domanda originariamente respinta. In tale evenienza, qualora la parte vittoriosa in appello fosse privata della possibilità richiedere e ottenere misure attuative, si determinerebbe una situazione di evidente disparità rispetto alla più vantaggiosa condizione processuale, ancorché analoga in punto di fatto, in cui versa la parte già vittoriosa in primo grado la quale è legittimata ad avvalersi del suddetto art. 33.

D'altronde, il mancato coordinamento della disposizione con la disciplina dell'appello amministrativo si evince indirettamente dalla circostanza che, in coerenza con le esigenze di tutela sopra evidenziate, il rimedio dell'esecuzione della sentenza è stato previsto dall'art. 10, comma 2, della L. n. 205/2000 per le sentenze emesse dalle sezioni giurisdizionali centrali di appello della Corte dei conti e la relativa competenza è stata affidata alle medesime sezioni centrali.

In questo senso, peraltro, si è già espressa la Sezione nella

decisione 19 maggio 2007, n. 2463, con la quale si è chiarito che la riforma del 2000 ha mutato la connotazione originaria della giurisdizione speciale di merito, attribuita al Consiglio di Stato dall'art. 27 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, accostando all'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato quello, più generale, di dare esecuzione alle pronunce giurisdizionali dal giudice amministrativo e accentuando, per queste finalità, la natura "esecutiva" del processo *ex art. 27*, comma 1, n. 4, del testo unico delle legge sul Consiglio di Stato.

Ne consegue che l'esistenza di un potere giurisdizionale, di natura attuativa, va riconosciuta anche nel caso di decisione d'appello, senza che sia necessario attendere il completo spirare dei termini per la proposizione dell'eventuali impugnazioni previste dall'ordinamento processuale.

5.1.3. - Esclusa pertanto l'inammissibilità in radice di una domanda di ottemperanza *ex art. 33* della L. n. 1034/1971, occorre invece valutare se l'istanza della Nasa sia comunque inammissibile, in ragione del sopravvenuto passaggio in giudicato della decisione n. 237/2006, della quale è stata chiesta l'esecuzione.

Ad avviso del Collegio, nemmeno questo profilo conduce all'accoglimento dell'eccezione, soccorrendo l'istituto della "conversione formale", atteso che l'istanza presentata dalla Nasa è convertibile in ricorso per ottemperanza.

La domanda proposta presenta difatti tutti i requisiti

formali e sostanziali di un ricorso in ottemperanza e, pertanto, come tale è qualificabile: al Comune di Salerno è stato partecipato un atto di diffida, recante il prescritto termine finale di trenta giorni per l'adempimento, e l'istanza in discorso risulta ritualmente notificata all'ente civico e alla controinteressata.

La predetta conversione scaturisce, a ben vedere, dalla potestà, istituzionalmente attribuita ad ogni giudicante, di qualificare autonomamente l'azione sottoposta al suo vaglio alla stregua degli elementi di sostanza e di forma della stessa e a prescindere dal *nomen* del rimedio dichiaratamente attivato dalla parte.

Del resto siffatto risultato è assicurato, nel campo processuale, dal generale principio della strumentalità delle forme (art. 156 c.p.c.), che governa anche il giudizio amministrativo, secondo cui un atto processuale è valido quando sia provvisto di tutti requisiti indispensabili per il raggiungimento dello scopo al quale è diretto.

Discende dal precedente rilievo che, nonostante l'impropria denominazione utilizzata nell'epigrafe dell'atto introduttivo, la domanda di ottemperanza sotto tale profilo è ammissibile, a nulla rilevando, sul piano processuale, l'irregolarità rappresentata dalla omessa iscrizione a ruolo.

6. - Con altra eccezione la Galdieri eccepisce il sopravvenuto difetto di interesse della Nasa a realizzare l'impianto, non avendo la società istante riscontrato il parere n. 2/2007 né il preavviso di

rigetto *ex art. 10-bis* della L. n. 241/1990 con i quali il dirigente lo Sportello unico per l'edilizia del Comune di Salerno ebbe a segnalare, rispettivamente nei mesi di gennaio e di ottobre 2008, la difformità dell'intervento progettato rispetto alla disciplina urbanistica sopravvenuta.

L'argomento non ha pregio. Al riguardo va considerato che dalla mancata impugnativa di atti endoprocedimentali sfavorevoli all'accoglimento di una domanda non è desumibile la prova certa di un definitivo e sopravvenuto difetto di interesse dell'istante ad ottenere l'atto richiesto. La contraria opinione patrocinata dagli avversari della Nasa è manifestamente smentita dalla circostanza che i provvedimenti finali di rigetto sono stati contestati sia in sede di ottemperanza avanti a questo Consiglio sia dinanzi al T.a.r. della Campania.

6.1. – L'ultimo rilievo conduce anche al rigetto delle ulteriori eccezioni di difetto di interesse dell'istanza in parola, sull'assunto che i proprietari dell'area avrebbero perseguito il disegno di realizzare sulle medesime aree, originariamente destinate all'insediamento dell'impianto di carburanti, un intervento di edilizia residenziale pubblica e privata.

Orbene, in disparte l'impossibilità di ricondurre alla Nasa gli effetti di scelte di persone fisiche non agenti in rappresentanza della società istante, si osserva che la sopravvenuta carenza di interesse, per rilevare in sede processuale, deve risultare in maniera evidente: essa deve cioè emergere da dichiarazioni

provenienti dalla stessa parte ricorrente o, in alternativa, deve essere sorretta da una prova logica rigorosa, della quale è onerata la parte che deduca l'improcedibilità.

Nessuna di tali ipotesi si è però inverata nel caso di specie.

7. - Con un'ultima serie di eccezioni preliminari le controparti contestano sotto altri profili l'ammissibilità dell'istanza.

In primo luogo si deduce la carenza del presupposto rappresentato dalla mancata esecuzione del giudicato, avendo l'amministrazione comunale provveduto a conformarsi al *decisum* del Giudice di appello con l'adozione, in sede di riesame della domanda tesa al rilascio del permesso di costruire, dei predetti dinieghi dirigenziali.

In secondo luogo si osserva che tali provvedimenti sono unicamente aggredibili in primo grado, avanti al Ta.r. della Campania, nel rispetto del principio del doppio grado del giudizio.

8. - La connessione logica e giuridica tra le eccezioni in ultimo riferite ne consiglia un esame congiunto, anche perché la valutazione della dedotta inammissibilità è, a ben vedere, strettamente embricata con la disamina della fondatezza della domanda di ottemperanza. Le riferite eccezioni intercettano difatti il tema, più generale, dei rapporti tra l'azione volta all'ottemperanza di un giudicato amministrativo (che, nel caso di specie, appartiene indubbiamente alla competenza funzionale del Consiglio di Stato, avendo la Sezione riformato, con la decisione

n. 237/2006, la sentenza del T.a.r. della Campania n. 1297/2003) e quella prevista innovativamente dall'art. 21-*septies* della L. n. 241/1990, secondo cui le “*questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*”.

8.1. - A tal proposito si rileva, innanzitutto, che i due rimedi possono concorrere in ragione del loro diverso finalismo, che si traduce anche in una differente disciplina processuale. In particolare, il giudizio in ottemperanza non ha per oggetto esclusivo gli atti, ma può investire anche i comportamenti, commissivi o omissivi, dell'amministrazione; inoltre esso soggiace a peculiari regole processuali ed è espressione di una giurisdizione estesa al merito, consentendo, per diritto vivente, anche la nomina di un commissario *ad acta* che agisca in sostituzione dell'amministrazione inottemperante.

Per contro, il giudizio sulla nullità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato, innovativamente introdotto dalla riforma del 2000, ancorché inerente l'esercizio di una potestà giurisdizionale esclusiva, concerne sempre un atto amministrativo (atteso che la nullità non è predicabile di comportamenti) e ha natura di un processo di accertamento che segue il rito ordinario.

8.2. – E' diverso poi nelle due azioni il modo in cui è viene in rilievo l'eventuale invalidità del provvedimento adottato in

violazione o in elusione del giudicato, atteso che nell'ottemperanza il vizio dell'atto è esaminato in via indiretta e strumentale, ovvero al fine di verificare se l'amministrazione abbia, o no, correttamente adempiuto l'obbligo promanante dal comando giurisdizionale posto in esecuzione, mentre nel caso della radicale patologia di cui al predetto art. 21-*septies*, il provvedimento costituisce sempre il principale e diretto oggetto della *cognitio* giurisdizionale.

8.3. - La peculiarità della fattispecie sottoposta al vaglio della Sezione risiede semmai nella circostanza che i due giudizi pendono attualmente avanti a giudici diversi e in differenti gradi. La contingenza non è però di ostacolo alla loro trattazione autonoma, dal momento che le eventuali interferenze tra i due processi, a prescindere da quale sia il giudice avanti al quale gli stessi risultino incardinati, non sono tali da comportare una sospensione necessaria di uno dei due.

Potrà invero verificarsi, in ipotesi, che l'esito delle due azioni finisca per convergere (qualora, in sede di giudizio sulla nullità, sia accertata l'improduttività di effetti del provvedimento censurato anche in sede di ottemperanza, perché ritenuto contrastante con il giudicato), eventualmente determinando l'improcedibilità di quello di ottemperanza; in altre evenienze potrebbe invece accadere che sia l'esercizio della potestà giurisdizionale di merito, attivata dall'istanza promossa al fine di ottenere l'esecuzione di una pronuncia, a condurre

anticipatamente alla rimozione, totale o parziale, del provvedimento impugnato anche per nullità, con la conseguente improcedibilità del relativo ricorso. Può infine configurarsi il caso di un accoglimento del ricorso per nullità e di un rigetto di quello di ottemperanza o viceversa, ma nemmeno per queste ipotesi appare in prospettiva indispensabile una sospensione, posto che la risoluzione dell'eventuale conflitto tra le due decisioni è risolvibile attraverso il ricorso agli ordinari mezzi di impugnazione o, in ultima istanza, mediante l'applicazione delle regole sul passaggio in giudicato delle sentenze amministrative.

9. - Stanti le superiori considerazioni la duplice impugnativa, con differenti azioni, dei provvedimenti dirigenziali n. 3/2008 e n. 20/2008 non è di per sé motivo di inammissibilità di uno dei due ricorsi né si configura una riserva di cognizione a favore del solo giudice investito del sindacato *ex art. 21-septies* della L. n. 241/1990.

10. - Tanto chiarito, occorre esaminare la principale e assorbente questione di merito devoluta alla cognizione del Collegio: in particolare, bisogna verificare se il provvedimento inizialmente contrastato dalla Nasa e, poi, anche quello n. 20/2008, sopravvenuto nelle more della decisione (e fondato sulla considerazione di difformità urbanistiche asseritamente antecedenti la pronuncia n. 237/2006), si pongano realmente in contrasto con l'obbligo di riesame discendente dal decisione della Sezione.

10.1. - La risposta è negativa. Dalla più volte citata pronuncia n. 237/2006 non è invero scaturito un obbligo del Comune di Salerno al rilascio incondizionato dell'assenso edilizio richiesto dalla società istante e tantomeno la Sezione ha riconosciuto il diritto della Nasa a installare l'impianto di carburanti in questione; piuttosto, in forza del chiaro portato motivazionale della decisione, l'amministrazione civica era unicamente tenuta a riesaminare l'istanza originaria del 2000 (e integrata nel 2002) e a determinarsi nuovamente su di essa, con il divieto di reiterare il rigetto per gli stessi motivi (*id est* la violazione della normativa sulle distanze) giudicati infondati dalla Sezione.

Rientrava dunque nei poteri del Comune respingere l'istanza in sede di riedizione della potestà amministrativa originariamente esercitata, sulla base di motivi in precedenza non scrutinati e, pertanto, rimasti estranei al giudizio definito con la decisione alla quale si è chiesta l'ottemperanza.

Non si ravvisa dunque, nella fattispecie, alcuna violazione della regola di diritto enunciata dalla Sezione nella nota decisione n. 134 del 6 febbraio 1999, con la quale si è unicamente affermato il principio del completo esaurimento del potere di amministrazione attiva in esito al riesame successivo alla sentenza.

10.2. – In difetto del principale presupposto per l'accoglimento dell'istanza è poi precluso alla Sezione lo scrutinio della legittimità dei nuovi provvedimenti comunali e della fondatezza

della correlata domanda risarcitoria, vertendosi in ambito riservato alla ordinaria cognizione del giudice amministrativo di primo grado.

Devono quindi essere reputati inammissibili tutti i motivi con i quali la Nasa ha censurato, sotto vari profili, le illegittimità dei provvedimenti sopra menzionati.

11. - L'istanza della Nasa va, pertanto, rigettata giacché il Comune di Salerno - impregiudicate le diverse valutazioni rimesse dalla Nasa al T.a.r. della Campania - non ha violato né eluso il giudicato.

12. - Delle spese processuali del giudice d'ottemperanza può disporsi l'integrale compensazione tra le parti, attesa la soccombenza virtuale del Comune di Salerno e della Galdieri su alcune delle eccezioni formulate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'istanza.

Compensa integralmente tra le parti le spese processuali dell'incidente di esecuzione.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio dell'17 aprile 2009, con l'intervento dei Signori Magistrati:

Raffaele Iannotta

Presidente

G. Paolo Cirillo	Consigliere
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere
Gabriele Carlotti	Consigliere est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Gabriele Carlotti	f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 08.02.2010

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi