

Pubblicato il 12/07/2021

N. 05266/2021REG.PROV.COLL.

N. 01473/2020 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1473 del 2020, proposto da
OMISSIS;

contro

Comune di San Lorenzo Maggiore, non costituito in giudizio;

nei confronti

OMISSIS, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 04978/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2021 il Cons. Giovanni Orsini.

L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge n. 28 del 30 aprile 2020 e dell'art. 25, comma 2, del decreto legge n. 137 del 28 ottobre 2020 attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia amministrativa.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata indicata in epigrafe il Tar della Campania ha respinto il ricorso proposto dalla signora OMISSIS per l'annullamento dei provvedimenti adottati dal Comune di San Lorenzo Maggiore concernenti il diniego dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria di un manufatto destinato a deposito di mezzi e attrezzi di metri quadrati 487 e di un ulteriore manufatto accessorio all'abitazione principale (piscina), nonché di un gazebo con superficie pari a circa 50 metri quadrati (provvedimento n. 2777 del 10 ottobre 2018) e della ordinanza di demolizione n. 7 del 2018 precedentemente emessa.

Il Comune ha respinto l'istanza di sanatoria presentata dall'odierna appellante in seguito all'ordinanza di demolizione adottata dal Comune con riferimento ad opere "di nuova costruzione" prive dei prescritti titoli abilitativi. Il provvedimento di diniego impugnato è motivato sulla collocazione degli immobili contestati in zona F1-verde per la quale gli strumenti urbanistici prevedono la inedificabilità nelle aree di rispetto stradale, ferroviario e cimiteriale. Inoltre, è stata considerata inadeguata la dichiarazione resa dall'appellante in ordine al titolo di legittimazione posseduto.

Il Tar ha ritenuto che non fossero fondati i motivi di ricorso concernenti la diversità di motivazione tra comunicazione di preavviso e provvedimento di diniego, la legittimazione dell'appellante, la necessità di una nuova ordinanza di demolizione e la insufficiente motivazione dell'ordinanza di demolizione originaria.

2. Con l'appello in esame si rileva l'erroneità della sentenza di primo grado deducendo tre motivi di gravame con i quali vengono ribadite e specificate le censure già proposte con il ricorso introduttivo.

3. Con la memoria del 15 marzo 2021 l'appellante ha ulteriormente motivato la ritenuta violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990.

4. Il Comune di San Lorenzo Maggiore non si è costituito in giudizio.

5. Nell'udienza del 6 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello non è fondato.

6.1. Con il primo motivo viene contestata la motivazione carente e contraddittoria della sentenza impugnata e l'errata ed ingiustificata revisione di quanto pronunciato dal Tar in sede cautelare. L'appellante evidenzia che tra le due fasi del processo non si sono registrate variazioni nelle posizioni delle parti e afferma, in ogni caso, la correttezza della prima pronuncia basata su una piana lettura del preavviso di rigetto e del provvedimento definitivo. Da essa emerge che mentre nel preavviso l'amministrazione lamenta la carenza documentale che determinerebbe la improcedibilità dell'istanza, nell'atto di diniego non si fa riferimento alla improcedibilità, ma si motiva il rigetto sulla base di quanto previsto dagli strumenti urbanistici ed edilizi vigenti. Il contenuto del preavviso avrebbe quindi impedito, in violazione dell'articolo 10 bis della legge n. 241 del 1990, alla ricorrente di rappresentare nel corso del procedimento le caratteristiche dei locali contestati, che non costituiscono insediamenti abitativi, e l'epoca della loro realizzazione risalente agli anni 2000, quando la stessa amministrazione comunale aveva rilasciato due concessioni edilizie in sanatoria nella medesima zona oggetto di causa.

6.2. La censura non è meritevole di accoglimento.

Oggetto del giudizio di appello è esclusivamente la sentenza del Tar sulla base dei motivi proposti e non certamente l'ordinanza cautelare dello stesso Tar, che ha esaurito i suoi effetti all'interno del primo grado di giudizio; la pronuncia cautelare

è per definizione sommaria e temporanea e il diverso orientamento che dovesse manifestarsi all'esito della trattazione di merito è del tutto fisiologico e in alcun modo censurabile in sede di appello.

D'altra parte, anche l'ordinanza cautelare di questa sezione n. 2197 del 2020, nell'accogliere l'istanza sospensiva limitatamente all'ordinanza di demolizione, ha ritenuto che le censure, concernenti soprattutto la violazione delle norme della legge n. 241 del 1990, non apparivano, ad una delibazione sommaria, infondate e che fosse necessario un esame approfondito della coerenza tra il preavviso di diniego e il provvedimento negativo adottato dal Comune, nonché sulla applicabilità al caso di specie dell'articolo 21 octies della legge n. 241 del 1990.

Alla luce di tale approfondimento, il collegio ritiene che il provvedimento di diniego adottato dal Comune in data 10 ottobre 2018 sia esente dai vizi censurati.

In data 30 luglio 2018, con la nota prot. 2019, il Comune ha comunicato ai sensi dell'articolo 7 della legge 241 del 1990 l'avvio del procedimento di rigetto dell'istanza presentata dalla signora OMISSIS per ottenere il permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'articolo 36 del d.p.r. 380 del 2001. La nota, richiamando la precedente ordinanza di demolizione n. 7 del 2018 e la richiesta di documentazione integrativa avanzata dall'amministrazione e riscontrata dalla richiedente, ha rilevato che: "non è stata prodotta, nei termini assegnati, la documentazione richiesta con la nostra precedente nota prot. 1488 del 5 giugno 2018" e che "il progettista ha dichiarato di non poter certificare la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi vigenti e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia, soprattutto per l'esistenza di una fascia di rispetto cimiteriale". Motivando sull'articolo 20 del d.p.r. 380 del 2001, che prevede che la domanda di sanatoria sia accompagnata da una dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici

e alle normative di settore, ha ritenuto l'istanza improcedibile e comunicato l'avvio del procedimento di rigetto della stessa.

Il provvedimento di rigetto prot. 2777 adottato dal Comune il 10 ottobre 2018 ribadisce che con la nota 1488 del 2018 era stata richiesta una integrazione documentale riguardante in particolare “l’attestazione concernente il titolo di legittimazione del richiedente il permesso di costruire” e “la dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati...”; considera poi al riguardo che la dichiarazione del progettista non ha certificato la conformità del progetto agli strumenti urbanistici e che la dichiarazione resa dalla richiedente in ordine al titolo di legittimazione fosse “del tutto inadeguata”; richiama infine le norme di attuazione allegate al piano regolatore che stabiliscono in particolare la inedificabilità dell’area di rispetto cimiteriale.

La *ratio* dell’articolo 10 bis della legge 241, anche tenendo conto di quanto stabilito dall’art. 21 octies, è quella di consentire al richiedente un provvedimento amministrativo di partecipare attivamente alla istruttoria procedimentale rappresentando le proprie ragioni e consentendo quindi all’amministrazione di valutare in modo completo la decisione da assumere. La giurisprudenza amministrativa, coerentemente con tale finalità, ha chiarito che la violazione dell’articolo 10 bis non basta da sola per inficiare la legittimità del provvedimento gravato se non viene data in giudizio la prova della utilità della partecipazione in sede procedimentale, così che il vizio di omessa comunicazione del preavviso di rigetto o della sua incompletezza, può assumere rilievo soltanto nell’ipotesi in cui per la omessa interlocuzione del privato nell’ambito del procedimento il contenuto dell’atto finale si assuma diverso da quello che sarebbe potuto essere sulla base della valutazione degli elementi ulteriori che il privato medesimo avrebbe potuto fornire all’amministrazione al fine di superare i rilievi ostativi all’adozione dell’atto favorevole (cfr. Consiglio di Stato, sez III, n.2809 del 2021).

Occorre quindi chiedersi quali elementi avrebbe potuto fornire la richiedente nel caso in esame in grado di influenzare il contenuto del provvedimento e che non ha presentato a causa della asserita non congruità del preavviso rispetto al provvedimento finale. L'appellante afferma in proposito che una corretta formulazione del preavviso avrebbe consentito di precisare le caratteristiche non abitative delle opere contestate che si configurano come meri locali tecnici e l'epoca risalente di realizzazione, quando il Comune aveva rilasciato due concessioni in sanatoria nella medesima zona.

Su entrambi gli aspetti, tuttavia, sono state formulate dalla signora OMISSIS osservazioni con la nota di riscontro al preavviso del 3 settembre 2018 a conferma del fatto che il contenuto dello stesso preavviso non ha ostacolato l'apporto istruttorio da parte della richiedente.

Nella memoria del 21 aprile 2021 l'appellante cita inoltre a titolo di esempio l'ipotesi di demolizione parziale del manufatto attraverso l'eliminazione di alcune pareti dello stesso in modo da trasformarlo sostanzialmente in una tettoia. Non si vede però, stando proprio all'esempio formulato, per quale ragione tale ipotesi non dovesse essere prospettata, tenendo conto che il preavviso di rigetto richiamava espressamente la dichiarazione del progettista di non poter certificare la conformità delle opere contestate agli strumenti urbanistici; era quindi logico argomentare nel senso di una possibile trasformazione del manufatto, essendo evidente il collegamento tra la formale assenza della prescritta dichiarazione del progettista e la non conformità delle opere alle previsioni degli stessi strumenti urbanistici. D'altra parte, l'appellante ha allegato all'istanza di sanatoria proprio il progetto relativo alla parziale demolizione.

Appare pertanto condivisibile la conclusione cui è giunto il primo giudice che ha considerato la motivazione contenuta nel provvedimento di definitivo diniego concernente le norme di attuazione del piano regolatore come una specificazione

del motivo ostativo contenuto nel preavviso. Ad analoghe conclusioni si giunge anche per quanto riguarda la dichiarazione concernente la legittimazione del richiedente, visto che essa era espressamente richiesta tra i documenti integrativi da depositare e che il preavviso indica proprio nella mancanza della documentazione richiesta una delle ragioni dell'avvio del procedimento di diniego. Si deve quindi concludere nel senso che la formulazione del preavviso di rigetto (a prescindere dalla prospettata improcedibilità dell'istanza) consentiva certamente al richiedente di interloquire con l'amministrazione sui due punti, su cui poi si è basato il provvedimento conclusivo, vale a dire la conformità delle opere agli strumenti urbanistici edilizi e la legittimazione della stessa richiedente.

6.3. Con il secondo motivo l'appellante lamenta la motivazione illogica ed erronea della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto infondato il secondo motivo del ricorso introduttivo di censura del provvedimento di rigetto in quanto ha qualificato non idonei i documenti presentati per dimostrare la titolarità dei manufatti da demolire e considerato insussistenti i requisiti per accogliere l'istanza di sanatoria. Quanto alla titolarità viene rilevato che se il Comune ha ritenuto la signora OMISSIS destinataria dell'ordinanza di demolizione avrebbe dovuto anche considerarla legittimata a presentare l'istanza di sanatoria; con riferimento alla compatibilità edilizio-urbanistica il Tar avrebbe dovuto tener conto del fatto che il Comune non ha considerato che nel progetto allegato all'istanza di accertamento di conformità era prevista una parziale demolizione delle opere.

Il Tar inoltre non ha censurato il comportamento dell'amministrazione pur riconoscendo che in alcuni casi specifici ha assentito manufatti posti a distanza del locale cimitero analoga a quella dei manufatti della ricorrente e non ha ritenuto illegittima la condotta del Comune che non ha approfondito le ragioni del deposito di due apparentemente contrastanti dichiarazioni del tecnico incaricato relativamente alla conformità del progetto agli strumenti urbanistici.

6.4. Neanche tali censure possono essere accolte.

In relazione alla titolarità dei manufatti, l'appellante ha depositato nel corso del procedimento, a riscontro della richiesta di integrazione documentale pervenuta dal Comune, un'autodichiarazione resa ai sensi del d.p.r. 445 del 2000 e le visure catastali relative alle unità immobiliari da demolire. Come ha correttamente rilevato il primo giudice la dichiarazione della ricorrente non ha neanche indicato il titolo sulla base del quale la proprietà (o altro diritto di godimento) dell'immobile, o almeno del terreno su cui è situato, sarebbe stata acquisita. Non è rilevante al riguardo che il Comune abbia indirizzato all'appellante l'ordinanza di demolizione, dato che in questo caso prevale l'interesse pubblico ad ottenere il ripristino della legalità violata dall'abuso edilizio (eventualmente anche ad opera di chi fosse nella disponibilità dell'immobile senza averne titolo), mentre con l'istanza di permesso di costruire in sanatoria si persegue un interesse privato e il provvedimento di concessione non può che riguardare il legittimo titolare del bene.

Sulla compatibilità delle opere rispetto alle previsioni degli strumenti urbanistici il primo giudice ha ritenuto legittimo il provvedimento del Comune affermando che la consistenza e la superficie occupata dagli immobili (tale da escluderne il carattere di pertinenzialità) non consentisse il rilascio del permesso di costruire in sanatoria sia con riferimento ai limiti di edificabilità per la zona F1-verde di rispetto, sia in relazione al vincolo cimiteriale. Tale statuizione appare condivisibile; d'altra parte, il provvedimento di diniego adottato dal Comune precisa che *“i manufatti oggetto dell'istanza di permesso di costruire ricadono in zona F1-verde di rispetto del piano regolatore generale vigente... che le norme di attuazione allegate al citato piano regolatore... all'articolo 21 prevedono: territorio inedificabile di rispetto stradale, ferroviario e cimiteriale. L'unica attività consentita è la coltivazione dei fondi. E' vietata l'edificazione di nuove costruzioni anche di carattere provvisorio, con l'esclusione di impianti per la distribuzione del carburante”*. Nel provvedimento, inoltre, è precisato che *“dalla istruttoria della pratica edilizia di che*

trattasi, non sono emersi elementi utili a poter verificare la sussistenza dei requisiti previsti dal citato comma 1 dell'articolo 36 del d.p.r. 380 del 2001"; valutazione comprensiva evidentemente anche della ipotesi di parziale demolizione prevista nel progetto allegato all'istanza di accertamento di conformità.

Per quanto riguarda la disparità di trattamento derivante dalla concessione da parte del Comune di alcuni permessi in sanatoria relativi a situazioni analoghe a quella in esame, si deve ribadire quanto affermato inequivocabilmente dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui *“il vizio di disparità di trattamento non può essere comunque dedotto quando è rivendicata l'eventuale applicazione in proprio favore di posizioni giuridiche riconosciute ad altri soggetti in modo illegittimo”* (Consiglio di Stato, sez. II, n. 2456 del 2021) e *“non è possibile invocare il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà o per disparità di trattamento in relazione ad atti amministrativi vincolati, fra i quali devono essere ricompresi anche i provvedimenti di diniego del condono edilizio per insussistenza del presupposto legale di sanabilità delle opere abusive”* (Consiglio di Stato, sez. II n. 7104 del 2020). Senza entrare nel merito dei provvedimenti rilasciati del Comune alla fine degli anni '90 e che non sono evidentemente oggetto di questo giudizio, deve essere confermata anche su questo punto la sentenza di primo grado che, dopo aver chiarito che da parte del Comune non è intervenuta una modificazione dell'area sottoposta a vincolo cimiteriale (ma semmai deroghe ai limiti previsti per alcuni casi specifici), ha precisato che *“il vincolo cimiteriale è previsto dall'articolo 338 del regio decreto 12565 del 1934 ed è ostativo alla edificazione nell'area di interesse, che, peraltro rientra tra le zone F1-verde di rispetto nelle quali gli strumenti urbanistici vietano l'edificazione di nuove costruzioni anche di carattere provvisorio, con l'esclusione di impianti per la distribuzione del carburante”*.

Quanto all'attestazione del progettista abilitato, l'amministrazione, che aveva richiesto l'integrazione documentale anche sotto questo aspetto, non poteva che fare riferimento al documento, redatto in data 3 luglio 2018, prodotto a riscontro di tale richiesta.

6.5. Con il terzo motivo, l'appellante contesta la sentenza impugnata che, con riferimento alla motivazione dell'interesse pubblico ad una demolizione tardiva, si è limitata a rinviare alla statuizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2017, omettendo di considerare che anche tale sentenza ha chiarito che esistono dei casi limite nei quali l'amministrazione è comunque tenuta a motivare puntualmente in ordine alle ragioni della tardiva attivazione del potere ripristinatorio. Ad avviso dell'appellante la situazione in esame rientra in tale ambito, tenuto conto della autorizzazione rilasciata dal Comune per la realizzazione di immobili nella stessa area nel quale sono situati gli interventi contestati.

Il motivo non è fondato. Come ricordato dalla stessa appellante questo Consiglio ha statuito in ordine alla motivazione dei provvedimenti sanzionatori in materia di abusivismo edilizio precisando che *“il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino“* (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6771 del 2020).

Precisato che la situazione in esame non rientra tra i casi limite invocati se non per il tempo intercorso tra la realizzazione dell'abuso e il provvedimento sanzionatorio (non rilevando al riguardo, per le ragioni indicate nel motivo precedente, i provvedimenti adottati dal Comune in situazioni asseritamente analoghe), occorre sottolineare che la stessa Adunanza Plenaria n. 9 del 2017 ha confermato proprio in relazione ai casi limiti di cui alla sentenza n. 1016 del 2014 della IV sezione che *“non sarebbe in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno*

dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta - e inammissibile - figura di sanatoria automatica o praeter legem'.

7. Alla luce delle esposte considerazioni l'appello deve essere respinto.

Non devono essere assunte decisioni in ordine alle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Orsini

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO