



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO  
REGIONALE DEL LAZIO**

N.            **Reg. Sent.**

**Anno 2006**

N. **10325** **Reg. Ric.**

**Anno 2005**

**- Sezione I-quater -**

ha pronunciato la seguente

**Sentenza**

sul ricorso n. 10325 del 2005, proposto da Soc. So.Co.Gen. a.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Giovanni Valeri ed elettivamente domiciliata presso lo studio del difensore, situato in Roma, via Pasubio n. 2;

**contro**

il Comune di Mentana, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Gloria Gaggioli ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Stefania Russo, situato in Roma, via S. Maria della Speranza n. 11;

**l'annullamento**

- dell'ordinanza n. 34 del 20 luglio 2005, notificata in data 4 agosto 2005, con la quale è stata ordinata la sospensione dei lavori, la demolizione "*delle opere eseguite in difformità dalla L.R. n. 36 del 2.7.1987, dagli artt. 27-29 delle NTA della variante al PRG, dalla legge regionale n. 38 del 21.12.1999, L.R. n. 8 del 17.3.2003*" ed il ripristino dello stato dei luoghi;

- nonché di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale;

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visti le memorie ed i documenti depositati dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 15 giugno 2006 il Primo Referendario Antonella MANGIA; uditi, altresì, i procuratori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

### **Fatto**

Espone la ricorrente:

- di essere proprietaria di un terreno sito nel Comune di Mentana, distinto al N.C.T. al foglio 15, part. 718, su cui insiste sin dal 1956 un fabbricato avente destinazione residenziale;

- che, in relazione a tale fabbricato, caratterizzato sin dal 1985 da una forma ad "L", il Comune di Mentana rilasciava concessione edilizia in sanatoria in data 11.3.2003, assentendo una cubatura pari a mc. 282,72;

- di aver presentato in data 7.11.2003 Denuncia di Inizio Attività ex art. 22 DPR 380/01 per un intervento di "*restauro e risanamento conservativo*" dell'edificio in questione;

- di aver presentato in data 20.5.2004 altra D.I.A., modificando l'intervento in "*demolizione del fabbricato con successiva*

*ricostruzione identico, quanto a sagoma, volumi, area di sedime e caratteristiche dei materiali, a quello preesistente”;*

- di aver ricevuto in data 4.8.2005 la notifica del provvedimento in epigrafe, con il quale il Comune di Mentana contesta la realizzazione di opere in difformità dalla concessione edilizia in sanatoria e dalle DIA, consistenti *“in una modifica dell’ubicazione del manufatto, che supera il 50% della sovrapposizione della sagoma, contravvenendo alla L.R. n. 36/87, in un intervento di demolizione e ricostruzione in luogo di un intervento di restauro e risanamento conservativo, con un incremento della volumetria pari a mc. 9,43 circa, che supera il 2% della volumetria complessiva”*. Il Comune contesta, altresì, che *“per i lavori eseguiti in difformità non risulta ben identificato il nulla osta sismico della Regione Lazio....”*.

Avverso il richiamato provvedimento la ricorrente deduce i seguenti motivi di impugnativa:

**1. Violazione dell’art. 7 n. 241/90.** La partecipazione della società al procedimento avrebbe consentito all’Amministrazione di rendersi conto dell’esistenza di giuste ragioni per astenersi dall’adottare il provvedimento impugnato, come dimostrato dai successivi motivi di diritto.

**2. Violazione e falsa applicazione dell’art. 22 D.P.R. 380/01 e della L.R. Lazio n. 36/87. Eccesso di potere per erroneità nella motivazione.** La ricorrente ha realizzato un intervento di demolizione e fedele ricostruzione, soggetto esclusivamente a D.I.A. e pienamente conforme alla D.I.A. presentata in data 20 maggio

2004. In particolare, non vi è stata alcuna modifica dell'ubicazione del fabbricato. Ciò si desume dall'aerofotogrammetria del 1978. Il Comune ha preso in considerazione la posizione indicata nel mappale, inserito nel Catasto terreni, ma la stessa è approssimativa, come riconosciuto nella relazione tecnica allo stesso allegata. Ulteriore conferma della "fedeltà" della ricostruzione e dell'erroneità del mappale catastale è data dal rilievo topografico, effettuato dopo la presentazione della D.I.A. e dopo la realizzazione dell'intervento edilizio, allegato alla perizia giurata depositata in atti, nel quale la posizione del manufatto corrisponde all'aerofotogrammetria e non coincide, invece, con il mappale. L'erroneità dei presupposti è evidente anche in relazione all'incremento di volumetria contestato: la cubatura assentita con la concessione edilizia in sanatoria è pari a mc. 282,72, la stessa cioè accertata dal tecnico comunale.

**3. Violazione e falsa applicazione della L. n. 64/74. Difetto di istruttoria.** La ricorrente ha rispettato tutte le prescrizioni normative in materia antisismica.

Con memoria depositata in data 19 dicembre 2005 si è costituito il Comune di Mentana, il quale ha supportato la legittimità del provvedimento adducendo quanto segue: - la natura vincolata del provvedimento, derivante dalla totale difformità del manufatto, *"non ha consentito altro che l'adozione del provvedimento adottato"*; - il provvedimento impugnato trova riscontro nella relazione del geometra Dottori, la quale, motivando *ob relationem* l'atto, rappresenta le difformità riscontrate; - nella proprietà

incidono tre fabbricati ma agli atti risultano depositati n. 2 nulla-osta sismici, dai quali non è possibile identificare il fabbricato cui sono riferiti.

Con ordinanza n. 1732-c/2005 questo Tribunale ha richiesto “*una relazione istruttoria sullo stato dei luoghi ante e post operam..... svolta in contraddittorio con la parte ricorrente....*”.

In esecuzione di tale ordinanza, in data 26 gennaio 2006 il Comune di Mentana ha trasmesso, tra l'altro, il verbale di sopralluogo svolto in contraddittorio in data 20 gennaio 2006.

Con ordinanza n. 1073/2006 questo Tribunale ha accolto l'istanza incidentale di sospensione.

Dopo aver depositato in data 13 febbraio 2006 un'ulteriore perizia tecnica ed in data 19 maggio 2006 l'estratto carta tecnica regionale con individuazione del fosso e dell'area della società, con memoria prodotta in data 1 giugno 2006 la ricorrente ha reiterato le censure già formulate.

Con memoria depositata in data 3 giugno 2006 il Comune di Mentana ha sostanzialmente ribadito la legittimità del provvedimento impugnato.

All'udienza pubblica del 15 giugno 2006 il ricorso è stato introitato per la decisione.

## **Diritto**

1. Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto.

1.1. Come esposto nella narrativa che precede, la ricorrente lamenta, tra l'altro, la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90.

La censura de qua – la cui rilevanza è connessa al previo accertamento della mancata rappresentazione da parte dell'Amministrazione di “ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento” - introduce una tematica oggetto di differenti interpretazioni giurisprudenziali, oltre che di interventi legislativi.

E' noto l'orientamento secondo il quale detto obbligo non sarebbe ravvisabile nelle ipotesi di attività vincolata sul presupposto che la partecipazione sia fruttuosa soltanto quando sia possibile effettuare una scelta discrezionale.

E', però, anche noto che, in numerose pronunce, il Consiglio di Stato ha assunto un orientamento differente, riconoscendo l'obbligo di procedere alla comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di provvedimenti di demolizione (cfr.: sent. n. 3263/03; sent. n. 1703/03), ancorché con l'ammissione di una sostanziale equivalenza tra la previa adozione dell'ordinanza di sospensione dei lavori e la comunicazione de qua (sent. n. 5058/02, sent. n. 1968/98).

In proposito, riveste carattere dirimente la legge n. 15/2005, la quale, nel modificare la legge n. 241/90, ha introdotto l'art. 21 *octies* che, al comma 2, prescrive: *“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata*

*comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.*

In via preliminare, si avverte la necessità di chiarire l'operatività di tale disciplina.

A tale fine, deve essere posto in risalto che l'innovazione legislativa in argomento non incide sull'art. 7 della legge n. 241/90, non comporta cioè una modificazione della disposizione che disciplina l'obbligo sostanziale di comunicazione dell'avvio del procedimento.

L'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/90 figura – propriamente - come un “precetto” rivolto al giudice in quanto offre una serie di indicazioni da osservare nel corso del giudizio, al fine di disporre o meno l'annullamento.

Come riconosciuto anche in dottrina (Antonio Tassone, Ord. Diritto Amm. nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria, “*Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*”), è possibile affermare che i principi introdotti dall'articolo in argomento sono, in realtà, destinati ad operare sempre e comunque nel giudizio: la nuova disposizione non comporta alcuna eccezione alla qualificazione sostanziale del provvedimento non conforme a legge, che è e rimane invalido, ma opera sul piano degli esiti processuali, in seguito all'effettuazione di una valutazione in concreto e non in astratto del singolo caso.

Tale previsione può, dunque, essere ricondotta nell'ambito delle norme di carattere processuale o procedurale, le quali sono di immediata applicazione, come ripetutamente riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale (cfr., tra le altre: sent. n. 560 del 20 dicembre 2000; sent. n. 61 del 12 marzo 1998); in particolare, riguarda una fase che non interessa – almeno in termini diretti – l'attività amministrativa perché attiene all'annullabilità del provvedimento, oggetto di sindacato in sede giurisdizionale.

In ragione delle esposte considerazioni, l'esame di tale disposizione conduce alle seguenti riflessioni:

- con la prima parte del comma 2 dell'art. 21 *octies*, da ritenere riferibile anche ai casi di inadempimento dell'obbligo di cui all'art. 7 della legge n. 241/90 in quanto “norma sul procedimento”, il legislatore ha sostanzialmente recepito l'orientamento giurisprudenziale in base al quale – come in precedenza esposto – sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento in caso di attività vincolata. Nel contempo, ha dato risalto all'intrinseca meritevolezza della realizzazione dell'interesse materiale sia del cittadino che dell'Amministrazione per mezzo dell'introduzione di tecniche di valorizzazione dell'irrilevanza del “vizio” denunciato sul contenuto dispositivo del provvedimento. Come già precisato, il legislatore non ha inciso sull'art. 7 della legge n. 241/90, esentando dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento gli atti vincolati e, dunque, rendendo legittimi gli atti vincolati non preceduti da detta comunicazione, ma ha semplicemente escluso la

possibilità per il giudice di annullare provvedimenti “vincolati” nell’ipotesi in cui il contenuto dispositivo *“non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*, rendendo così necessaria una specifica valutazione al riguardo;

- la seconda parte del medesimo comma 2 introduce un’ulteriore limitazione all’ *“annullabilità del provvedimento”* con riferimento specifico alla mancata comunicazione dell’avvio del procedimento, escludendola “comunque” per i casi in cui *“l’Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*. In tal modo il legislatore sembra aver fondamentalmente condiviso il principio dell’utile partecipazione al procedimento, invertendo, però, l’onere della prova: mentre in precedenza, secondo un orientamento assunto in ambito giurisprudenziale, l’interessato doveva far constare circostanze ed elementi idonei ad un’esatta valutazione sulla rilevanza del provvedimento adottato ed eventualmente a far recedere l’Amministrazione dal provvedere, con l’introduzione dell’art. 21 *octies*, comma 2, grava sull’Amministrazione dimostrare che, anche in caso di partecipazione del privato, non avrebbe potuto adottare un provvedimento con contenuti diversi da quelli del provvedimento in concreto adottato.

Ciò premesso, attese le peculiarità che connotano il provvedimento di ripristino dello stato dei luoghi e, quindi, l’esercizio da parte dell’Amministrazione di un potere definibile “vincolato”, il Collegio

osserva che la questione de qua è interessata dalla prima previsione di cui all'art. 21 octies, comma 2.

Orbene, la violazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento denunciata dalla ricorrente costituisce un motivo idoneo a determinare l'annullabilità del provvedimento impugnato in quanto non è palese che il contenuto dispositivo del provvedimento *“non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

Come già ripetutamente evidenziato, con il provvedimento impugnato l'Amministrazione contesta l'esecuzione di opere *“in difformità dalla Concessione Edilizia in sanatoria n. 1511 del 11.03.2003, e dalle D.I.A. successivamente presentate”*, *“consistenti in una modifica dell'ubicazione del manufatto, che supera il 50% della sovrapposizione della sagoma contravvenendo alla L.R. n. 36 del 1987, in un intervento di demolizione e ricostruzione in luogo di un intervento di restauro e risanamento conservativo, con un incremento della volumetria pari a mc. 9,43 circa, che supera il 2% della volumetria complessiva del fabbricato esistente.....”* e, conseguentemente, ordina *“la sospensione dei lavori ed il ripristino dello stato dei luoghi delle opere”* abusive riscontrate.

La ricorrente nega la sussistenza delle difformità riportate attraverso la produzione di elementi concreti, tendenti a dimostrare che il fabbricato è stato oggetto di fedele ricostruzione – soggetta a mera D.I.A. - e, quindi, non ha subito modificazioni dal punto di vista dell'ubicazione e della volumetria.

In particolare, la ricorrente - a fronte dei rilievi dell'Amministrazione, in base ai quali "*il manufatto si trova ad una distanza dal confine di m. 12,48 da uno spigolo e m. 13,20 dall'altro, in luogo di m. 9,30 come indicato nelle planimetrie catastali e negli elaborati grafici allegati*" alla concessione edilizia in sanatoria ed alla DIA del 7.4.2005 - ha depositato inizialmente due perizie giurate e successivamente una relazione tecnica, nelle quali è adeguatamente sostenuta la coincidenza dell'ubicazione attuale del fabbricato con quella preesistente.

Alle stesse è, infatti, allegata l'aerofotogrammetria originale, eseguita in data 17 gennaio 1978, sovrapposta con il rilievo topografico, dalla quale non si evincono spostamenti del fabbricato ristrutturato rispetto a quello originario.

La carenza di interventi modificativi della preesistente ubicazione del fabbricato è ulteriormente supportata dall'analisi del posizionamento *ante e post operam* di "*punti*" cd. "*fissi*" (un palo della luce ed un albero di noce).

Oggetto di esame risulta ancora la distanza dal muro di confine rilevata dall'Amministrazione, la quale è ricondotta alla rettifica dei confini, di cui si dà, tra l'altro, atto - anche se riportando valori differenti - nella relazione tecnica di sopralluogo del Comune di Mentana del 13 luglio 2005, .

In relazione alla cubatura del fabbricato è, poi, rilevato che il volume realizzato di mc. 282,43 "*è conforme alla volumetria rilasciata con la stessa concessione sulla base dei calcoli e dei dati tecnici, sulla*

*quale sono stati calcolati e pagati gli oneri di Urbanizzazione primaria, ed anche a quanto riportato nella successiva D.I.A. del 07.11.2003”.*

In definitiva, in ragione delle riportate circostanze, documentalmente comprovate, non è palese che il contenuto dispositivo del provvedimento *“non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*: considerati la concessione edilizia in sanatoria, le dia successivamente presentate nonché lo stato dei luoghi preesistente, così come desumibile dall'aerofotogrammetria, non emergono riferimenti certi ed univoci in ordine all'effettiva realizzazione degli abusi edilizi contestati e, dunque, non ricorrono le condizioni per poter affermare che l'Amministrazione non avrebbe potuto assumere altra iniziativa che quella di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi, in modo da rendere superflua la partecipazione dell'interessata al procedimento; in relazione al nulla osta sismico, è da osservare che il riferimento è limitato ai *“lavori realizzati in difformità”* – in ordine alla sussistenza dei quali ricorrono perplessità - e che, in ogni caso, essendo rilevato esclusivamente un problema di identificazione, la motivazione che sorregge il provvedimento impugnato è da individuare propriamente nel compimento di opere edilizie in carenza del prescritto titolo abilitativo.

Alla luce delle esposte constatazioni, è dunque da escludere – con riferimento al provvedimento impugnato – la sussistenza della condizione prevista dall'art. 21 octies, comma 2, della legge n.

241/90 ed il vizio denunciato di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento non diviene, pertanto, irrilevante bensì mantiene il proprio carattere invalidante.

2. Tanto rileva ai fini dell'accoglimento del ricorso, sicché le altre censure sollevate sono assorbite.

Sussistono giustificati motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I quater accoglie il ricorso n. 10325/2005 e, per l'effetto, annulla l'ordinanza n. 34 del 20 luglio 2005, adottata dal Responsabile del Settore Urbanistica del Comune di Mentana.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 15 giugno 2006, con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Dr. Pio GUERRIERI – Presidente

Dr. Giancarlo LUTTAZI – Consigliere

Dr.ssa Antonella MANGIA– Primo Ref.- Relatore – Estensore

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE