



N.1474/2009

Reg. Dec.

N. 8525 Reg. Ric.

Anno 2005

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al NRG 8525/2005 proposto dal sig.
Giuseppe CELESTINO, rappresentato e difeso dagli Avv.ti
Filippo CASTALDI e Marcello FORTUNATO con i quali
elettivamente domicilia in Roma alla via degli Avignonesi n. 5
presso lo studio dell'Avv. Lodovico Visone;

contro

Comune di Montecorvino Rovella, rappresentato e difeso
dall'avv. Sergio Perongini, ed elettivamente domiciliato in
Roma, V.le Carso 71, appellato e ricorrente in via incidentale;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. Campania — Salerno — Sez. 11 n.
838/2005 del 25.05.05, con la quale è stato accolto il ricorso
R.G. n. 2073/04, nella parte in cui ed ove ha ritenuto che per
la definizione di una domanda di condono ex L. n. 47/85 sia
necessario il pagamento della sanzione di cui all'art. 12 della
stessa legge L. n. 47.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale dell'Amministrazione comunale;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 10 febbraio 2009 il Consigliere Armando Pozzi e uditi, per le parti, gli avvocati Lentini su delega dell'avv. Fortunato Marcello e Di Lieto su delega dell'avv. Sergio Perongini;

Ritenuto e considerato quanto segue:

F A T T O

Con ricorso al Tribunale Amministrativo per la Campania - Salerno l'appellante aveva impugnato la determinazione dirigenziale del comune di Montecorvino Rovella n. 6616 del 27.4.2004, con la quale si rigettava l'istanza del 15.1.2004, con la quale si era chiesto al Comune di prendere atto dell'intervenuta formazione del silenzio assenso sulla richiesta di condono del 1.4.1986 per tre piani seminterrati di un edificio posto in parte sotto il livello stradale, di cui due sovrastanti uno completato e sanato ed immediatamente sottostanti ai due piani sopra terra; nel predetto diniego si faceva presente che < opera sanabile è solo quella "completata al rustico" nel termine di legge, ossia munita delle necessarie tompagnature esterne, come chiarito dal Ministero dei lavori pubblici, con circolare esplicativa n. 3357/25 del 30.7.1985 >.

Nel gravame erano dedotti i seguenti motivi di ricorso:

- violazione dell'art. 35, comma 12, della L. n. 47 del 1985 e dell'eccesso di potere, atteso che, una volta intervenuto il silenzio assenso, l'amministrazione non poteva più pronunciarsi, in senso negativo, sulla richiesta di condono;
- violazione dell'art. 31, comma 2, della L. n. 47 del 1985, la quale definisce sanabili le opere "ultimate entro la data del 1° ottobre 1983", per tali intendendosi quelle in cui "sia stato eseguito il rustico e completata la copertura", senza alcun riferimento alle tompagnature.

Dopo l'ordinanza cautelare del TAR che sollecitava l'amministrazione ad una riconsiderazione del diniego sulla base dei motivi di ricorso, il comune confermava il precedente provvedimento negativo, con provvedimento n. 18797 del 26.11.2004, a sua volta impugnato con motivi aggiunti.

Il T.A.R. ha ritenuto che *"dal diniego di condono (di due piani sotto il livello stradale, n.d.r.), verrebbero a discendere, per la parte legittima del bene, quegli effetti pregiudizievoli che il legislatore (art. 12 L. n. 47/1985) intende a tutti i costi evitare. Sotto tale aspetto, il ricorso va dunque accolto, non essendo i provvedimenti assunti dal Comune in linea con l'indicata regola juris "*.

La sentenza del TAR è impugnata con sei motivi d'appello, deducenti sotto vari profili violazione delle norme urbanistiche, eccesso di potere ed incompetenza.

Si è costituito il comune che ha proposto appello incidentale contro la stessa sentenza del TAR, per non essersi essa pronunciata sulle eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 10 febbraio 2009.

D I R I T T O

1- Per decidere sull'appello principale e su quello incidentale vale ricostruire in maniera completa la complessa vicenda.

Con concessione edilizia del 1980 l'appellante sig. Celestino veniva autorizzato a realizzare un fabbricato a cinque piani di cui un piano terra, un primo piano e tre piani situati sotto il livello di una strada pubblica tangente ad un solo lato dell'edificio.

In base alla concessione i tre piani sotto il livello stradale dovevano essere chiusi su tre lati (lato strada e due lati Nord e Sud) mediante muri di contenimento laterali che, partendo dalle fondazioni, raggiungevano il livello strada.

I due muri laterali sotto il livello stradale non venivano realizzati e i tre piani sotto il livello della strada pubblica furono lasciati aperti su tre lati.

In data 1.4. 1986 l'appellante presentava istanza di condono, ai sensi della legge n. 47/1985, per i due lati del fabbricato rimasti aperti e non racchiusi in muri di contenimento, come invece previsto in progetto, versando la somma,

autodeterminata, di £. 3.525.000 a titolo di oblazione, dichiarando un abuso di tipologia 4, cioè la realizzazione di *“opere realizzate in difformità della licenza edilizia o concessione che non comportino aumenti della superficie utile o del volume assentito”*.

2- Con comunicazione del 3.1.1992 il comune chiedeva all'interessato una serie di integrazioni documentali di natura amministrativa e tecnico-progettuale.

A tali richieste il sig. Celestino adempiva con nota 26.5.1991, che tuttavia l'amministrazione comunale riteneva incompleta e perciò con provvedimento del 20.7.1993 negava il condono.

Con successiva concessione n. 14 del 9.4.2001 il comune, in base a rinnovate istanze dell'interessato, rilasciò il condono ma solo per il primo piano seminterrato, in quanto solo questo ultimato con tompagnature esterne.

A tale concessione parziale faceva seguito una richiesta di presa d'atto dell'intervenuto silenzio – assenso per inutile decorso di ventiquattro mesi, riscontrata negativamente dall'amministrazione con il provvedimento del 27.4.2004 impugnato innanzi al TAR.

3- Ciò chiarito, può passarsi all'esame dei sei motivi d'appello, non senza aver prima ben chiarito la portata dispositiva dell'impugnata sentenza, invero non perfettamente perspicua.

Con la gravata decisione il TAR ha accolto in parte il ricorso sulla base del seguente percorso argomentativo:

- premesso che, *“i due piani sopraelevati sono stati legittimamente eseguiti, mentre, dei tre sottostanti, solo il primo (quello più in basso) è stato sanato, perché ultimato”*;
- osservato che per i due piani seminterrati sovrastanti quello sanato *“ la domanda di condono è stata respinta, perché a tutt’oggi privi delle tompagnature esterne”*; avendo ritenuto *“ ovvio che, dal rigetto della domanda di condono, deriva, in via implicita, l’adozione di un’ordinanza demolitoria per i piani rimasti abusivi o, comunque, la prossima adozione di un atto in tal senso ”*;
- tenuto ulteriormente conto che *“ Tale provvedimento, comportando la demolizione di parte del bene, arreca notevole pregiudizio sia al piano sottostante (sanato nel 2001), che verrebbe a trovarsi privo di copertura, sia – a maggior ragione – ai due piani fuori terra (legittimi ab initio), che non potrebbero rimanere in piedi, senza appoggio sulla struttura inferiore”*;
- stando così le cose, osserva ancora il Giudice di primo grado che *“ nella particolarità del caso, la lettura dell’art. 31, comma 2, della L. n. 47 del 1985 non può essere disgiunta da quella del precedente art. 12, comma 2, a mente del quale < quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il sindaco applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n.*

392, della parte dell'opera realizzata in difformità dalla concessione, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura dell'ufficio tecnico erariale, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale >".

In sintesi, la sentenza, prefigurando ed anticipando il successivo comportamento dell'amministrazione, ha ritenuto che nella specie non potesse farsi luogo a demolizione ma potesse solo applicarsi la più lieve sanzione di cui al citato art. 12 della l. n. 47/1985. Con ciò statuendo, tuttavia, il Tribunale Amministrativo ha presupposto legittimo il diniego di presa d'atto dell'intervenuto silenzio assenso sulla domanda di condono anche dei due piani seminterrati intermedi, la cui abusività consente ed impone l'adozione di una misura sanzionatoria seppur di minore gravità rispetto alla demolizione.

4- Può passarsi all'esame dell'appello principale.

Con il primo motivo si deduce: ERROR IN IUDICANDO - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 31 E 35 COMMA 18 L. N. 47/85 IN RELAZIONE ALL'ART. 12) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO, DI ISTRUTTORIA, ERRONEITA'.

In sintesi, si assume l'erroneità della sentenza che non avrebbe considerato che la disciplina sul condono edilizio ha

previsto il versamento, oltre agli oneri concessori, di una somma a titolo di oblazione quale tipica sanzione pecuniaria.

Ne consegue, secondo l'appellante, che l'applicazione della diversa sanzione pecuniaria prevista dall'art. 12 della L. n. 47/85 si risolverebbe in una inammissibile duplicazione di una misura sanzionatoria, in aggiunta a quella tipica (l'oblazione) espressamente prevista per le domande di condono.

La tesi del TAR comporterebbe dunque che l'appellante avrebbe versato inutilmente l'oblazione in sede di condono e non avrebbe alcun interesse alla definizione della domanda ex artt. 31 e ss. della L. n. 47/85.

Il motivo non merita alcuna considerazione.

Come già detto, nella specie i due piani seminterrati sono stati considerati, con provvedimento definitivo, insuscettibili di sanatoria e perciò abusivi. Essi pertanto non sono sottoposti agli oneri connessi alla concessione in sanatoria (nella specie negata) ma alla diversa disciplina dell'art. 12 della stessa legge n. 47 (oggi contenuta nell'art. 34 del testo unico emanato con D.P.R. n. 380 del 2001), relativa alle "Opere eseguite in parziale difformità dalla concessione", nella specie rappresentate dai due piani seminterrati dell'edificio, i quali, in base all'originario titolo, avrebbero dovuto essere totalmente chiusi su tre lati e non solo per uno.

Il motivo mostra pertanto di ignorare il consolidato

orientamento, sopra sintetizzato, secondo il quale “*La sanzione pecuniaria inflitta ai sensi dell'art. 12 della legge 28 febbraio 1985 n. 47, ha natura e finalità del tutto diverse dal versamento dell'oblazione, cui è subordinato il conseguimento della sanatoria delle opere abusive ai sensi dell'art. 31 e segg. della stessa legge n. 47*” (fra le tante cfr. Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 11111 del 17-11-1988).

5 - Con il secondo motivo si deduce: VIOLAZIONE ART. 31 E 35 COMMA 18 L. N. 47/85 - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO, ISTRUTTORIA, ERRONEITÀ.

Il TAR non avrebbe considerato che nella specie sull'intero edificio si sarebbe formato il silenzio – assenso per decorso dei 24 mesi stabiliti dalla legge, decorrenti dal 9.4.2001, data in cui l'appellante ha depositato integrazione documentale.

Il motivo non ha alcun pregio.

Come esposto in fatto l'amministrazione non è stata affatto silente sulla domanda di condono del 1986, avendola espressamente rigettata con provvedimento n. 7919/1993, per mancato assolvimento dell'onere di completa integrazione documentale. Tale diniego è stato confermato con il provvedimento concessorio parziale del 9.4.2001, con il quale è stato assentito solo il primo piano interrato, con esclusione degli altri due.

6 - Anche il terzo e quarto motivo - con i quali si lamenta che

l'amministrazione avrebbe ignorato e non considerato l'avvenuto formarsi di un provvedimento di assenso per silentium, con conseguente violazione dell'art. 7 della L. n. 241/90 in quanto, trattandosi di un provvedimento di secondo grado (ovvero di annullamento del silenzio — assenso), l'Amministrazione avrebbe dovuto preventivamente comunicare l'avvio del procedimento e dell'art. 3 della L. n. 241/90, non essendo stata fornita alcuna motivazione in ordine al predetto annullamento — è del pari inconsistente. Come detto, nella specie non si era formato alcun silenzio significativo, avendo il comune adottato sull'istanza di condono precise, chiare e definitive determinazioni negative totali (nel 1993) e parziali (nel 2001).

Quanto, poi, ai presunti legittimi affidamenti circa un'intervenuta sanatoria per silenzio assenso connessi alla presentazione, nel 2002, di due d.i.a. per lavori minori, essi — in disparte la loro pretestuosità — non valgono certo a sanare e superare un diniego di sanatoria formalmente adottato.

La pretesa efficacia sanante o condizionante dell'operato della P. A. che l'appellante vuole far discendere dalla predetta d.i.a. è infondata anche in punto di diritto.

Nel caso di presentazione di dichiarazione di inizio di attività l'inutile decorso del termine assegnato prima dall'art. 2, comma 60, della legge n. 662/1996 e oggi dall'art. 23, t.u. 6 giugno 2001 n. 380 all'autorità comunale per l'adozione del

provvedimento di inibizione ad effettuare il previsto intervento edificatorio, non comporta che l'attività del privato, ancorché del tutto difforme dal paradigma normativo, possa considerarsi lecitamente effettuata e quindi andare esente dalle sanzioni previste dall'ordinamento per il caso di sua mancata rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi. Di qui una serie di conseguenze quali: il titolo abilitativo formatosi per effetto dell'inerzia dell'Amministrazione può formare oggetto di interventi di annullamento d'ufficio o revoca; anche dopo il decorso del termine previsto per la verifica dei presupposti e requisiti di legge, l'Amministrazione non perde i propri poteri di autotutela, né nel senso di poteri di vigilanza e sanzionatorii, né nel senso di poteri espressione dell'esercizio di una attività di secondo grado estrinsecantesi nell'annullamento d'ufficio e nella revoca, seppure con il rispetto del principio di reciproca lealtà e certezza dei rapporti giuridici (Consiglio Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811).

7 - Nei rapporti tra denunciante e amministrazione, la denuncia di inizio attività si pone come atto di parte, che, pur in assenza di un quadro normativo di vera e propria liberalizzazione dell'attività, consente al privato di intraprendere un'attività in correlazione all'inutile decorso di

un termine, cui è legato, a pena di decadenza, il potere dell'amministrazione, correttamente definito inibitorio dell'attività. Una volta decorso il termine senza l'esercizio del potere inibitorio, il privato può sì dar corso all'intervento dichiarato, ma l'attività legittimamente (sul piano formale) intrapresa non fa venir meno la persistenza del generale potere repressivo degli abusi edilizi, eventualmente sollecitata dai terzi controinteressati attraverso la procedura del silenzio-inadempimento (cfr. Consiglio di stato, sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916).

In definitiva, se la d.i.a. non ha di per sé efficacia sanante dell'attività edilizia iniziata dopo il decorso del termine di legge e per effetto del mero dato temporale, ma solo effetti abilitanti di una serie di interventi minori liberalizzati, essa non può essere invocata quale motivo ostativo all'esercizio del potere di controllo degli interventi edilizi, compreso il diniego di concessione edilizia.

Nella specie, poi, tale efficacia interdittiva o impositiva di una puntuale considerazione di presunti affidamenti tanto meno poteva riconoscersi, tenuto conto che le d.i.a. invocate da parte appellante avevano ad oggetto iniziative davvero marginali e complementari rispetto ai manufatti principali, qual erano ben due piani di edificio.

8 - Quanto poi al quinto motivo, con il quale l'appellante fa valere un vero diritto al condono in relazione alle

caratteristiche ed al tempo dell'intervento, il motivo stesso è anzitutto inammissibile, poiché il " diritto " vantato è stato negato ben due volte, nel 1993 e nel 2001 con provvedimenti inoppugnabili. In ogni caso quel diritto manca di presupposti, poiché i due piani seminterrati qui in contestazione mancano di tamponatura e pertanto non sono da considerare ultimati, come prescrive(va) l'art. 31 della legge n. 47/1985, secondo cui " *Possono, su loro richiesta, conseguire la concessione o la autorizzazione in sanatoria i proprietari di costruzioni e di altre opere che risultino essere state ultimate entro la data del 1° ottobre 1983*", intendendosi per " *ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura* ".

La nozione di " rustico " non può certo confondersi con quella di " scheletro ", come pretende parte appellante, non potendosi considerare rifiniture, che rendono il rustico opera finita, le pareti esterne. Basterà al riguardo ricordare la costante giurisprudenza di questo Consiglio secondo la quale " *l'opera abusiva, per essere ammessa a sanatoria, deve essere già eseguita, sia pure al rustico, in tutte le sue strutture essenziali, fra le quali vanno ricomprese le tamponature, in quanto determinanti per stabilire la relativa volumetria e la sagoma esterna* " (fra le tante: Consiglio Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7547).

9 - Anche il sesto motivo di incompetenza è manifestamente infondato.

Il fatto che l'art. 107 del TU n. 267/2000 disponga che *“Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti”* non vuol certo dire che in mancanza delle norme statutarie e regolamentari il dirigente non possa far nulla. Una simile conclusione si porrebbe contro il precetto costituzionale di buon andamento e con il principio (questo sì vero principio cardine), di separazione tra politica ed amministrazione e di tendenziale universalità ed inderogabilità delle funzioni dirigenziali, per il quale *“Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo”* (art. 107 cit. e art. 4 d. lgs. n. 165/2001).

L'appello deve essere, pertanto, respinto.

Il rigetto totale dell'appello principale rende inammissibile per difetto di interesse l'appello incidentale.

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo tenuto conto della totale ed evidente infondatezza dei motivi d'appello, seguono la soccombenza.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso in appello indicato in epigrafe:

- respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata;
- dichiara inammissibile per difetto di interesse l'appello incidentale del comune;
- condanna l'appellante al pagamento delle spese ed onorari che si liquidano in complessivi euro 2.500 (duemilacinquecento) oltre IVA e Cassa Avvocati.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 10 febbraio 2009, con la partecipazione di:

Giovanni VACIRCA	- Presidente
Luigi MARUOTTI	- Consigliere
Armando POZZI	- Consigliere est.
Antonino ANASTASI	- Consigliere
Bruno MOLLICA	- Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Armando Pozzi	Giovanni Vacirca
IL SEGRETARIO	
Rosario Giorgio Carnabuci	

Depositata in Segreteria

Il 12/3/2009

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa