

Publicato il 01/03/2018

N. 01269/2018REG.PROV.COLL.

N. 10675/2014 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
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 10675 del 2014, proposto da:
P. S. e M. S., rappresentate e difese dagli avvocati Guido Greco, Luigi Manzi,
Manuela Muscardini, Elisabetta Chiesa e Maria Ughetta Bini, con domicilio eletto
presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Comune di, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Brunello De Rosa, con domicilio eletto presso
lo studio Riccardo Vicerè in Roma, piazza dei Carracci 1;

nei confronti di

Parrocchianon costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA:
SEZIONE I n. 00736/2014, resa tra le parti, concernente diniego sanatoria per
opere ritenute abusive e relativa ordinanza di demolizione;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di
.....;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2018 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Luigi Manzi, Rocco De Bonis e Alessandro Tozzi, per delega dell'avvocato Brunello De Rosa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Le appellanti sono comproprietarie degli immobili siti in , contraddistinti dai mappalisub , Foglio , costituiti da fabbricati e area pertinenziale in Via e Via , avendoli acquistati nel 2001 dalla proprietaria Ente di

2 - Relativamente a detti immobili è stato presentato in data 2/3/2006 un piano di recupero in variante al P.R.G. ai sensi della L.R. 23/97 e alla L.R. 12/2005, avvalendosi al contempo delle agevolazioni di cui alla L.R. 26/1995, che prevede un incremento del 10% della copertura esistente. Tale piano di recupero è stato approvato dal Comune di in data 4 novembre 2006.

In vista della realizzazione del suddetto piano, è stata presentata congiuntamente allo stesso, in data 4/11/2006, la DIA n. 63/06, che, per quel che rileva in questa sede, prevede in mq 419,90 la superficie coperta in progetto e in mc 3.256,08 il totale del volume delle abitazioni (mc. 2.599,22) e della parte commerciale (mc. 656,86).

3 - Durante l'esecuzione dei lavori i responsabili del Comune, su segnalazione della Sovrintendenza, in data 22/02/2008, hanno accertato irregolarità in ragione delle quali ritenevano di disporre la sospensione dei lavori (ordinanza n. 11 del 28/2/2008), chiedendo parallelamente il parere di competenza della Sovrintendenza, vista l'asserita esecuzione di lavori interessanti la limitrofa Chiesa

di In data 4/07/2008, la Sovrintendenza ha espresso una valutazione negativa sulle opere eseguite.

4 - Le proprietarie, in data 05/11/2008, hanno presentato due ulteriori DIA in corso d'opera, nn. 56 e 57, in variante all'originaria DIA 63/06.

5 - In relazione a queste ultime due DIA (nn. 56 e 57 del 2008) il Comune, in data 5/12/2008, ha ordinato nuovamente la sospensione lavori. A seguito di tali provvedimenti, ed alla luce dei rilievi mossi dall'Amministrazione, le appellanti provvedevano a depositare la certificazione energetica delle opere eseguite richiesta dall'atto di sospensione della DIA 57/06.

6 - In data 23/11/2009, il Comune ha notificato ordinanza di demolizione, ingiungendo la rimessione in pristino degli abusi riscontrati; ovvero, quanto al fabbricato A: 1) ripristino della volumetria a disposizione ricavata mediante variazione delle altezze derivante dal ribassamento del solaio del piano terra; 2) ripristino della quota dei solai interpiano come da PDR approvato; 3) ripristino delle disposizioni dei fori delle finestre/porte come da PDR approvato; 4) ripristino ed osservanza delle tipologie costruttive utilizzate come da PDR approvato. Quanto al fabbricato E, a confine con la chiesetta di: 1) ripristino delle altezze e dimensioni planimetriche dell'edificio, con conseguente ripristino delle volumetrie come da PDR approvato; 2) ripristino della quota originaria della edificazione a confine con altra proprietà (chiesa di), con conseguente ripristino delle volumetrie e intervento sulla struttura di copertura dell'edificio vicino, in quanto bene vincolato, come da PDR approvato; 3) ripristino delle partizioni delle murature interne e delle scale nonché della struttura esterna destinata all'alloggiamento dell'elevatore come da PDR approvato; 4) ripristino ed osservanza delle tipologie costruttive utilizzate come da PDR approvato. Quanto ai nuovi corpi di fabbrica - posti auto e locali sgombero - la loro eliminazione completa.

7 – A seguito di tale provvedimento, le appellanti hanno presentato istanza di sanatoria in data 8/01/2010, con relativo accertamento di conformità. Il Comune si è espresso negativamente con il provvedimento del 19 aprile 2010 prot. n.3380. Avverso tale provvedimento è stato proposto ricorso innanzi al TAR Lombardia, iscritto al R.G. 740/2010.

8 - Il Comune ha adottato un nuovo ordine di demolizione, prot. n.9993 del 15 dicembre 2011; atto impugnato, con autonomo ricorso R.G. 242/2012, per i medesimi motivi già sollevati nell'ambito del primo ricorso.

9 - Riuniti i ricorsi (R.G. 740/2010 e R.G. 242/2012), il TAR Lombardia - Brescia li ha entrambi respinti con sentenza n. 736 del 2014, che è stata impugnata dalle appellanti.

10 – In via preliminare, deve rilevarsi la tardività della memoria del Comune depositata in data 15 gennaio 2018. Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che i termini per il deposito di memorie e documenti di cui all'art. 74 c.p.a. sono perentori (Cons. St., sez. III, n. 1335 del 2015) e non derogabili, senza il consenso espresso anche del Collegio giudicante, neppure sull'accordo di tutte le parti; pertanto, la memoria presentata dal Comune in data 15 gennaio 2018 non può essere considerata da questo Collegio.

10.1 - Tanto premesso, l'impugnazione deve trovare accoglimento, essendo fondato il primo motivo di appello, idoneo ad assorbire le ulteriori censure svolte nei confronti dei provvedimenti impugnati, rispetto alle quali sarà chiamata a replicare l'Amministrazione comunale in sede procedimentale.

11 - Con il primo motivo di appello si deduce l'erronea ed insufficiente motivazione e comunque il difetto di istruttoria in merito al primo motivo di ricorso di cui al giudizio R.G. 740/2010, poi riproposto nel giudizio R.G. 242/12. Precisamente, con il primo motivo di impugnazione di cui al ricorso, riproposto testualmente nel secondo giudizio, si è denunciata l'illegittimità dei provvedimenti per omesso preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10 bis della l. 241/90.

Il TAR, pur riconoscendo che «*l'omissione come fatto storico è pacifica*», ha ritenuto di poter applicare alla fattispecie la giurisprudenza (Cons. St. sez. IV 6 dicembre 2013 n. 5818), secondo la quale per disporre l'annullamento è necessario che il privato non si limiti a contestare l'omessa comunicazione, ma alleggi le circostanze che avrebbe potuto sottoporre all'Amministrazione, per indurla a determinarsi diversamente.

11.2 - Parte appellante contesta l'applicazione di detto principio alla controversia in esame, dove negli ulteriori motivi di ricorso si contestano, punto per punto, i conteggi e le conclusioni delle determinazioni comunali con il supporto di idonea documentazione tecnica. Per tale ragione, il TAR avrebbe errato nell'applicare il ricordato principio giurisprudenziale.

11.3 - Il motivo è fondato.

Invero, le ulteriori doglianze avverso il provvedimento impugnato appaiono idonee, quanto meno in astratto, a portare ad una decisione differente da quella impugnata, contrariamente a quanto sostenuto dal Giudice di prime cure.

In altri termini, l'omissione procedimentale, lungi dall'integrare un mero vizio formale, ha di fatto precluso un idoneo approfondimento istruttorio delle questioni sollevate dalle istanti, alcune delle quali connotate da un elevato livello di tecnicismo e bisognose di un adeguato riscontro concreto.

12 – Più precisamente, tra l'altro, parte appellante ha lamentato che il diniego di sanatoria sarebbe illegittimo, per il mancato computo del c.d. bonus energetico, di cui alla legge regionale n. 26 del 20 aprile 1995. Al riguardo, nella sentenza impugnata, si argomenta nel senso che tali agevolazioni non potrebbero essere riconosciute in sede di sanatoria.

Tale conclusione non risulta condivisibile, sia alla luce dei principi che regolano l'istituto della sanatoria ex art. 36 T.U. Edilizia; sia alla luce della normativa speciale della regione Lombardia, che prevede l'agevolazione in discorso.

12.1 – Occorre, infatti, ricordare che l'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 disciplina l'accertamento di conformità, quale strumento attraverso cui si consente la sanatoria di manufatti od opere realizzati in assenza di titolo edilizio; sanatoria deliberatamente circoscritta dal legislatore ai soli abusi “formali”, ossia dovuti alla carenza del titolo abilitativo, ma conformi alla normativa applicabile. Invero, come noto, al fine del rilascio del permesso in sanatoria, è necessario che gli interventi abusivi siano conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al tempo della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della istanza di cui all'art. 36 cit. (cfr. Cons. St., sez. VI, 3194/2016; Cons. St., sez VI, 5 giugno 2015 n. 2784; Cons. St., sez IV, 26 aprile 2006, n. 2306; Corte Cost., 29 maggio 2013, n. 101).

In applicazione dei ricordati principi generali non appare giustificabile che, in presenza di opere sostanzialmente conformi alle norme urbanistiche vigenti al momento di realizzazione delle opere ed al momento dell'esame della domanda di sanatoria, tra queste norme non debbano includersi anche quelle specifiche dettate per il risparmio energetico, unicamente per l'assenza formale di un titolo che le abbia a priori assentite, come sostanzialmente argomentato dal TAR.

Come ricordato, ai fini della sanatoria, ciò che rileva è la conformità delle opere alle prescrizioni sostanziali applicabili, tra le quali, salvo deroghe espresse, ben possono essere incluse anche quelle premiali. L'assenza formale del titolo è invece ciò che giustifica l'istituto stesso della sanatoria, appositamente finalizzata a porre rimedio all'irregolarità formale dell'opera; assenza formale del titolo che, in generale, non incide invece sull'applicabilità o meno di una determinata disciplina sostanziale, quand'anche essa abbia – com'è nella specie – carattere premiale o incentivante.

12.2 - Da un altro punto di vista, esaminando la specifica normativa lombarda, non emerge alcun espresso divieto di applicare “il bonus energetico” ai casi di sanatoria. Né a tale divieto pare si possa giungere in forza della circolare D.D.G. 7 agosto 2008 n. 8935, come argomentato nella sentenza impugnata. Viceversa detta

circolare – quand’anche si potesse prescindere dall’intrinseca e comunque certa inidoneità di una fonte secondaria, e *a fortiori* di ogni atto amministrativo, a condizionare (se non che *rationis imperio*) la scelta per l’una o l’altra esegesi di una norma di rango primario – oltre a non contenere alcun riferimento al procedimento di sanatoria, amplia l’ambito di applicazione della norma di favore, includendovi anche le opere eseguite dopo il loro assentimento, ovvero anche successivamente all’inizio dei lavori, e precisamente ai titoli abilitativi perfezionati dopo l’entrata in vigore della norma, “*anche a seguito di variante del precedente titolo abilitativo, purché questo sia ancora efficace*”.

Secondo il Collegio, la possibilità di avvalersi dell’agevolazione anche in riferimento ai lavori già in corso, nonché l’estensione dei benefici anche agli interventi edilizi anteriori al 1 gennaio 2008 operata dalla L.R. 33/07, manifestano invece l’intento di ampliare al massimo l’applicazione dell’istituto premiale, conformemente alla finalità incentivante perseguita, di contenimento dei consumi energetici, attraverso la realizzazione di interventi edilizi energeticamente efficienti, e cioè compensando parzialmente gli spessori e gli extra-costi necessari per ridurre la trasmittanza termica degli involucri edilizi.

12.3 - Alla luce delle considerazioni che precedono, non pare dunque ragionevole sostenere che il bonus non possa trovare applicazione in sede di sanatoria, ben inteso laddove in concreto sussista la conformità delle opere realizzate ai parametri normativi, ivi inclusi quelli della legge regionale n. 26, sia al momento dell’esecuzione delle opere, sia al momento della domanda di sanatoria, ovvero nel rispetto del principio della doppia conformità richiesto dall’art. 36 cit..

Viceversa, oltre a non trovare un diretto riscontro nelle norme, la tesi volta a consentire l’applicazione delle agevolazioni solo a chi ne chieda l’applicazione prima di realizzare le opere pare stridere con la ricordata *ratio* di promozione degli interventi volti all’ammodernamento energetico, non comprendendosi inoltre per quale ragione un’opera rispettosa dei parametri previsti dalla normativa speciale,

ma carente del solo titolo formale, non possa essere successivamente assentita, in base ai principi generali innanzi ricordati, a seguito dell'istanza di sanatoria.

12.4 – Ritenuta la compatibilità astratta delle norme di cui alla legge regionale n. 26 del 20 aprile 1995 con l'istituto della sanatoria, è evidente che la valutazione circa la sussistenza o meno dei presupposti tecnici per l'applicazione al caso concreto della legge regionale di favore debba essere svolta in primo luogo in sede procedimentale.

13 – Alla luce delle considerazioni esposte, come anticipato, deve trovare accoglimento il primo motivo di appello, dovendosi affermare che nel caso in esame la violazione dell'art. 10-*bis* L. 241/90 esplica un effetto invalidante sul provvedimento di diniego impugnato.

13.1 - Invero, le garanzie procedimentali, tra le quali deve includersi la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10-*bis* legge 241/90, onde non ridurla a mero simulacro del principio del contraddittorio, deve essere intesa quale strumento idoneo a consentire un approfondimento valutativo delle questioni ed una maggiore trasparenza nell'azione amministrativa. Ne consegue che la mancata comunicazione del preavviso di rigetto da parte del Comune, lungi dall'atteggiarsi a vizio meramente formale, è tale da potenzialmente pregiudicare dal punto di vista sostanziale gli interessi delle appellanti.

Ciò in quanto, qualora alle appellanti fosse stato comunicato il preavviso di rigetto e le motivazioni su cui esso si basava, queste ultime avrebbero potuto senz'altro orientare l'Amministrazione ad adottare un provvedimento, quanto meno in linea teorica, diverso.

Al riguardo, deve inoltre ricordarsi, come per altro fatto anche nella sentenza impugnata, che la violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, “*quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe*

potuto fornire all'Amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare" (Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2010, n. 1476; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2011, n. 2107; Cons. Stato, Sez. IV, 8 marzo 2012, n. 1318).

14 - Deve aggiungersi che – oltre all'esame della domanda di sanatoria alla luce della norma speciale della regione Lombardia, ritenuta erroneamente a priori non applicabile dal Giudice di primo grado – attraverso lo strumento partecipativo illegittimamente precluso alle appellanti, queste ultime avrebbero potuto sottoporre al Comune anche le ulteriori questioni dedotte con i motivi di ricorso.

14.1 - In particolare, viene in considerazione la questione relativa alla sopraelevazione al confine ed asserita demolizione di porzione della copertura dell'adiacente Chiesa, rispetto alla quale le appellanti hanno prodotto documentazione a supporto della tesi che i lavori eseguiti sarebbero perfettamente in linea con i titoli edilizi ottenuti e la relativa disciplina edilizia del Comune.

Anche in tale caso, infatti, l'istituto dell'art. 10-*bis* avrebbe esplicitato pienamente la propria utilità.

La sua violazione ha invece escluso che l'amministrazione vagliasse, doverosamente già in sede procedimentale, gli argomenti difensivi spesi in sede giudiziale dalle appellanti, così da addivenire, ipoteticamente, già durante il procedimento amministrativo, ad una soluzione diversa; fermo il fatto che se in concreto, anche a seguito dell'esame della documentazione fornita dalle appellanti, i lavori abbiano effettivamente interessato la Chiesa in spregio ai titoli edilizi ed al vincolo che caratterizza l'edificio storico, questi non potrebbero che essere considerati abusivi.

14.2 - Vale un'analogha considerazione per la pretesa illegittima realizzazione dei posti macchina coperti. Anche per tali opere l'appellante ha argomentato nel senso della loro legittimità, producendo documentazione a conforto della propria tesi. Non è questa la sede per valutare tali considerazioni, alle quali, in forza dell'art. 10-

bis cit., è l'amministrazione che *in primis* dovrà replicare in sede procedimentale. Come anticipato, tale conclusione è valevole anche per le ulteriori censure svolte dall'appellante, con le quali si contestano le modalità di calcolo delle volumetrie e delle superfici.

15 - In definitiva, deve essere ribadito che le deduzioni di cui al ricorso e tutta la relativa documentazione rappresentano circostanze potenzialmente idonee a indurre l'Amministrazione a determinarsi diversamente. Non è possibile in questa sede accertare i presupposti per il rilascio o meno dell'autorizzazione in sanatoria, dovendo a ciò provvedere il Comune, tenendo conto di quanto innanzi precisato a proposito dell'applicazione delle agevolazioni di cui alla legge regionale n. 26, nonché dell'ulteriore normativa di riferimento applicabile.

16 – Per le ragioni esposte, l'appello deve trovare accoglimento nei termini di cui alla motivazione che precede. All'annullamento del provvedimento di diniego di sanatoria, consegue il necessario annullamento anche dell'ordinanza di demolizione prot. n.9993 del 15 dicembre 2011, che nel diniego di sanatoria trova il proprio presupposto.

17 - Le spese di lite del doppio grado di giudizio, stante l'assenza di precedenti specifici circa l'applicazione della legge speciale lombarda, possono essere compensate, salva la rifusione dei contributi unificati gravante sulla parte soccombente anche in caso di compensazione integrale delle spese, ex art. 13, comma 6-bis.1, secondo periodo, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (a tenore del quale *“L'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio”*).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in

riforma della sentenza impugnata, accoglie i ricorsi proposti in primo grado nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio, ma con rifusione dei c.u. versati.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Italo Volpe, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO