

Publicato il 18/03/2020

**N. 01925/2020REG.PROV.COLL.**  
**N. 05167/2008 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 Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5167 del 2008, proposto dal signor Rosario Fiandaca, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

*contro*

il Comune di Pogno, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sezione prima, n. 2933/2007, 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 12 novembre 2019, il consigliere Francesco Frigida e udito per la parte appellante l'avvocato Andrea Manzi;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. In data 17 marzo 2007, il Comune di Pogno ha emesso l'ordinanza n. 5 del 2007, prot. n. 1676, con cui ha disposto la demolizione di un fabbricato ad uso autorimessa, ricovero attrezzi agricoli ed impianto tecnologico, realizzato in un'area di proprietà dell'odierno appellante e in assenza di titolo abitativo edilizio.

In data 21 maggio 2007, l'interessato ha presentato al Comune di Pogno istanza di sanatoria *ex art. 36* del d.P.R. n. 380 del 2001 con riferimento al su citato manufatto abusivo.

Con provvedimento prot. n. 4090 del 6 luglio 2007, l'amministrazione comunale ha respinto la domanda di sanatoria, in base al rilevato contrasto tra la costruzione e il disposto di cui all'articolo 2.1.12 delle note tecniche di attuazione del piano regolatore comunale, che fissa i limiti dimensionali della tipologia di fabbricati in cui rientra quello oggetto dell'istanza.

2. Avverso tali due provvedimenti, l'interessato ha proposto il ricorso di primo grado n. 1016 del 2007, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte.

Il Comune di Pogno non si è costituito nel giudizio di primo grado.

3. Con l'impugnata sentenza n. 13 settembre 2007, il T.a.r. per il Piemonte, sezione prima, ha dichiarato irricevibile il ricorso, in quanto tardivo, nella parte in cui è stata impugnata l'ordinanza di demolizione n. 5/2007 e lo ha respinto nel merito nella parte in cui è stato impugnato il diniego di sanatoria prot. n. 4090/2017.

4. Con ricorso tempestivamente notificato e depositato in data 24 giugno 2008, la parte privata ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza, articolando due compositi motivi.

5. Rilevata la mancata costituzione del Comune di Pogno e l'assenza della piena prova del perfezionamento della notificazione, pur sussistendo un quadro indiziario chiaro in tal senso, il Collegio, all'udienza pubblica del 2 luglio 2019, ha disposto un rinvio della trattazione della causa all'udienza del 12 novembre 2019, onerando l'appellante di rinotificare, nel termine di 20 giorni, alla parte appellata l'appello e il verbale di udienza.

L'appellante ha ottemperato tempestivamente al suddetto onere. Ciononostante, il Comune di Pogno, pur ritualmente evocato, non si è costituito in giudizio.

6. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 12 novembre 2019.

7. L'appello è infondato e deve essere respinto alla stregua delle seguenti considerazioni in fatto e diritto.

8. Con il primo composito motivo d'impugnazione, l'appellante ha contestato la pronuncia del T.a.r. laddove sono state ritenute tardive le censure proposte avverso l'ordinanza di demolizione n. 5/2007, ovverosia il terzo, il quarto e il quinto motivo del ricorso di primo grado.

Il Collegio condivide quanto affermato dal T.a.r. circa il carattere immediatamente lesivo dell'ordine di demolizione n. 5 del 17 marzo 2007, notificata all'interessato il 23 marzo 2007. Ed invero, l'intervenuta presentazione della domanda di accertamento di conformità non ha paralizzato i poteri sanzionatori comunali e non ha determinato alcuna inefficacia sopravvenuta o invalidità dell'ingiunzione di demolizione (cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenze 6 giugno 2018, n. 34176, 6 maggio 2014, n. 2307, e 9 aprile 2013, n. 1909, nonché ordinanza 19 giugno 2017, n. 2533). In pendenza del termine di decisione della domanda di sanatoria, infatti, il provvedimento di demolizione sussiste e avrà poi una ultrattività nell'ipotesi di rigetto espresso o tacito dell'istanza di sanatoria; il che è avvenuto nel caso di specie con il provvedimento di diniego n. 4090/2007.

Come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, *«non vi è alcuna disposizione di legge, tanto meno nel testo unico n. 380 del 2001, per la quale la presentazione di una domanda di sanatoria di abusi edilizi renderebbe irrilevanti i precedenti ordini di demolizione e gli altri atti sanzionatori.*

*Al riguardo, va osservato che alcune disposizioni del passato (riconducibili alla legge n. 47 del 1985 e aventi portata eccezionale) hanno previsto la sospensione dei giudizi pendenti e la mancata eseguibilità di atti di natura sanzionatoria, riguardanti i manufatti oggetto delle cd istanze di condono straordinario» (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 9 aprile 2013, n. 1909).*

Pertanto, quando è emesso un ordine di demolizione e l'interessato proponga un'istanza di sanatoria, il provvedimento repressivo continua a produrre effetti, sicché, da un lato, il soggetto sanzionato mantiene l'interesse a proporre ricorso (quindi su di lui grava un onere di tempestiva impugnazione) e, dall'altro, l'amministrazione può portare senz'altro ad esecuzione il proprio provvedimento, anche se costituisce una regola di buona amministrazione (al fine evitare responsabilità ove sia demolito un manufatto assentibile *ex post*) che l'esecuzione materiale dell'atto sia preceduta dalla reiezione dell'istanza di sanatoria, il che non comporta tuttavia sul piano squisitamente giuridico la neutralizzazione dell'efficacia dell'ordine di demolizione.

Va inoltre evidenziato che nel caso di specie il successivo diniego di sanatoria edilizia n. 4090 del 6 luglio 2007 ha disposto tra l'altro che *«rimane in vigore a tutti gli effetti l'ordinanza n. 05/07 del 17.03.2017 prot. n. 1676»*, la quale evidentemente non aveva mai perso la sua validità e la sua efficacia.

Tanto rilevato, del tutto correttamente il collegio di primo grado ha dichiarato irricevibile per tardività l'impugnazione dell'ordine di demolizione n. 5/2007.

9. Con il secondo composito motivo d'impugnazione, l'appellante ha censurato la sentenza di primo grado nella parte in cui il T.a.r. ha ritenuto infondate le doglianze avverso il diniego di sanatoria prot. n. 4090/2017, ovverosia il primo e il secondo motivo del ricorso introduttivo.

9.1. In particolare la parte privata ha riproposto in questa sede la contestazione inerente alla violazione dell'articolo 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 per mancata comunicazione del preavviso di rigetto (primo motivo del ricorso di primo grado).

Sul punto il Collegio, nel condividere la statuizione del T.a.r., considera utile evidenziare che la giurisprudenza amministrativa interpreta il citato art. 10-*bis*, così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale, non in senso formalistico, bensì avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione. Ne deriva che l'omissione del preavviso di rigetto non cagiona l'automatica illegittimità del provvedimento finale qualora possa trovare applicazione l'art. 21-*octies*, comma 2, della stessa legge, secondo cui non è annullabile il provvedimento per vizi formali non incidenti sulla sua legittimità sostanziale e il cui contenuto non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato, poiché detto art. 21-*octies*, attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, mira a garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato (cfr. Consiglio di Stato, sezione II, sentenze 17 settembre 2019, n. 6209 e 12 febbraio 2020, n. 1081; Consiglio di Stato, sezione III, 19 febbraio 2019, n. 1156; Consiglio di Stato, sezione IV, 11 gennaio 2019, n. 256, e 27 settembre 2018, n. 5562).

Delineato tale quadro generale, si rileva che il diniego di sanatoria è atto vincolato, cosicché la mancata comunicazione del preavviso di diniego non comporta, in base al principio di cui al su citato art. 21-*octies*, comma 2, effetti vizianti, ove il Comune non avrebbe potuto emanare provvedimenti differenti (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, 10 maggio 2012, n. 2714).

Orbene, nel caso di specie, è evidente dagli atti di causa, che l'appellante non avrebbe potuto apportare alcun elemento procedimentale idoneo a sovvertire la determinazione dell'amministrazione.

Segnatamente, l'appellante ha dedotto che egli avrebbe potuto rappresentare all'amministrazione: a) il lungo tempo trascorso dalla realizzazione delle opere; b) la diversità delle sanzioni effettivamente irrogabili rispetto a quelle che il Comune ha irrogato; c) il fatto che intervenire sull'altezza della copertura del fabbricato comporterebbe l'abbattimento anche della parte di copertura conforme al titolo abilitativo, con conseguente necessità di adottare una sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria; d) l'assenso che il Comune aveva prestato all'ampliamento della struttura preesistente; e) la corretta applicazione della disciplina del piano regolatore generale.

Al riguardo si evidenzia che: a) come sancito dall'Adunanza plenaria n. 9/2017, in tema di abusi edilizi la mera inerzia, anche prolungata, da parte dell'amministrazione nell'esercizio dei propri poteri di controllo del territorio non è idonea a far divenire legittimo ciò che è sin dall'origine illegittimo e conseguentemente il trascorrere del tempo non può certamente radicare un affidamento di carattere legittimo in capo al proprietario dell'abuso; b) *«In caso di interventi eseguiti in parziale difformità, la sanzione pecuniaria prevista dal secondo comma dell'art. 34 del D.P.R. 380/2001, costituisce una deroga alla regola generale della demolizione negli illeciti edilizi prevista dal primo comma e, dunque, può essere applicata solo qualora sia oggettivamente impossibile effettuare la demolizione delle parti difformi senza incidere sulla stabilità dell'intero edificio»* (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 23 novembre 2018, n. 6658; nello stesso senso cfr. altresì Consiglio di Stato, sezione VI, sentenze 16 agosto 2017, n. 4013); c) la questione della concreta possibilità della demolizione parziale potrà essere vagliata dall'amministrazione in sede di esecuzione; d) l'amministrazione comunale è già chiaramente a conoscenza di un proprio precedente provvedimento, che, in ogni caso, non può precludere il ripristino della legalità; e) il Comune, come si vedrà nel punto 9.1., ha fatto buon governo della normativa urbanistica, che peraltro non rappresenta una circostanza fattuale. Tanto chiarito, il Collegio ritiene che nel caso di specie un contraddittorio sull'istanza della parte privata non avrebbe potuto condurre ad un diverso esito dell'azione amministrativa, poiché non sono emersi nel processo elementi tali da far ritenere che il provvedimento contestato avrebbe potuto avere un contenuto differente qualora l'appellante avesse

presentato le ulteriori considerazioni espresse nel presente giudizio, atteso che la decisione dell'amministrazione è legittima ed è stata adottata su una completa conoscenza della situazione di fatto, così come rilevata nel sopralluogo dei tecnici comunali, e, pertanto, si reputa che la mancata comunicazione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* n. 241 del 1990 sia un vizio non invalidante il diniego di sanatoria, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della medesima legge.

9.2. L'appellante ha altresì riproposto il secondo motivo del ricorso di primo grado, così lamentando un'erronea applicazione della normativa urbanistica.

In particolare il manufatto oggetto di causa consta di due locali ad uso autorimessa e ricovero attrezzi da giardinaggio, ambedue con una superficie inferiore a quaranta metri quadrati.

L'articolo 2.1.12 delle note tecniche di attuazione del piano regolatore comunale prevede per questo tipo di locali una superficie massima di 40 metri quadrati e, quindi, le due strutture, ad avviso dell'appellante, sarebbero urbanisticamente legittime, mentre il Comune avrebbe erroneamente incluso nel calcolo della superficie anche gli spazi destinati a contenere servizi tecnologici, che, invece, andrebbero esclusi da siffatto computo ai sensi della lettera c) dell'art. 2.1.12.

In realtà, come osservato dal T.a.r., risulta *per tabulas* che il fabbricato esistente ha una superficie complessiva di 123,50 metri quadrati, di cui 13,50 destinati ad ospitare gli impianti tecnologici, residuando così una superficie di 110 metri quadrati per i due locali ad uso autorimessa e ricovero di attrezzi agricoli, che è, dunque, superiore al limite previsto di 40 metri quadrati per ciascun locale, ovverosia di complessivi 80 metri quadrati.

In proposito l'appellante ha sottolineato che nel 2004 l'amministrazione comunale aveva assentito un ampliamento dell'originaria struttura per 43,50 metri quadrati, probabilmente ritenuti dall'amministrazione come dedicati alle attrezzature tecnologiche. Ne deriverebbe che la valutazione della sanabilità dell'opera avrebbe dovuto riguardare gli 80 metri quadrati originari senza il successivo ampliamento dei 43,50 metri quadrati, in guisa che il manufatto avrebbe dovuto essere considerato assentibile siccome rispettoso dei limiti previsti dalle su richiamate note tecniche d'attuazione.

Il Collegio ritiene che il precedente provvedimento del 2004 non preclude all'amministrazione una valutazione globale dell'istanza di sanatoria, in quanto il primigenio intervento era privo di qualsiasi titolo abilitativo, sicché tutta l'opera è attratta regime di totale assenza di autorizzazione. Del resto l'appellante ha dedotto di aver presentato al Comune negli anni ottanta del secolo scorso una richiesta di titolo abilitativo e di aver avuto rassicurazioni sul suo buon esito, che tuttavia non è stato provato e che evidentemente non è conosciuto dall'amministrazione. Attesa l'iniziale mancanza di titolo edilizio, si considera dunque corretta la scelta del T.a.r. di porre a base di calcolo l'intera superficie coperta esistente.

10. In conclusione l'appello deve essere respinto e, pertanto, va confermata della sentenza impugnata, restando, in ogni caso, intatta la possibilità per l'amministrazione comunale di valutare in sede di concreta esecuzione dell'ordine di demolitorio l'eventuale oggettiva impossibilità di procedere alla demolizione parziale del manufatto, con conseguente adozione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 34, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 e in detta sede considerando le questioni prospettate dall'appellante concernenti l'acquisizione del sedime.

11. Nulla per le spese di lite del presente grado di giudizio, stante la mancata costituzione della parte appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione seconda, definitivamente pronunciando sull'appello n. 5167 del 2008, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata; nulla per le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2019, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere



Giovanni Sabato, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere, Estensore

Cecilia Altavista, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Frigida**

**IL PRESIDENTE**  
**Fabio Taormina**

IL SEGRETARIO