

N. 05115/2013REG.PROV.COLL.
N. 06383/2009 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6383 del 2009, proposto da:
Francesco Mollica, Brigida Marafioti, Concetta Ajello, Donatella Turano, Giuseppe Rogolino, Concetta Loddo, Angelo Cortese, Pietro Salvatore Priolo, Domenico Assumma, Maurizio De Stefano, Rosa Dattola, Vincenzo Galvano, Consolato Arcudi, Francesca Chirico, rappresentati e difesi dall'avv. Maria Claudia Ioannucci, con domicilio eletto presso la medesima, in Roma, via Maria Adelaide, 12;

contro

Comune di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario De Tommasi, con domicilio eletto presso il dr. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;
Dirigente Settore Urbanistica del Comune di Reggio Calabria;

nei confronti di

Pasquale Linguardo, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Panuccio, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, via Sistina, 121;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 00322/2009, resa tra le parti, concernente diniego concessione edilizia per realizzazione immobile a destinazione residenziale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Reggio Calabria e di Pasquale Linguardo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2013 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti l'avv. Pafundi, per delega dell'Avv. Ioannucci, e l'avv. Matassa, per delega degli avv.ti. De Tommasi e Panuccio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Reggio Calabria rilasciava ai sigg.ri Rosa Dattilo ed altri la concessione edilizia n.142 del 25/10/1996 per la realizzazione di un immobile a destinazione residenziale in via Vico Vitetta della predetta città; e tale atto autorizzatorio era fatto oggetto di gravame da parte del sig. Linguardo Pasquale ed altri innanzi al Tar della Calabria, che accoglieva il ricorso con sentenza n.890/97.

Nella predetta sede il primo giudice annullava l'impugnata concessione in quanto era stata autorizzata la costruzione di un immobile di altezza superiore a quella assentibile in base alla normativa antisismica. Tale decisione era a sua volta confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 4165 del 16/5/2003.

Con ordinanza n.7260 del 27 maggio 2004 il Comune di Reggio Calabria revocava la citata concessione edilizia, ordinando altresì lo sgombero e la demolizione del fabbricato. Detto provvedimento era impugnato innanzi al Tribunale amministrativo territoriale dagli attuali appellanti con ricorso n. 1378/2004.

Quindi i medesimi presentavano una domanda di sanatoria ex lege n.326/2003 e successivamente (in data 30/11/2004) una istanza di rilascio di una nuova concessione edilizia, cui faceva seguito, da parte del Comune, il rilascio, in data 4 aprile 2007, del permesso di costruire n. 63 “in variante alla concessione edilizia n.142 del 25/10/96 e successiva proroga del 23/3/2001 prot. n. 3965” e tanto “per ottemperare alle prescrizioni contenute nella sentenza del Consiglio di Stato del 16/5/2003 n.4165/03 in relazione al manufatto sito in fregio alla via Vico Vitetta di Reggio Calabria”.

Detto ultimo permesso di costruire era impugnato dal controinteressato sig. Linguardo Pasquale con ricorso sempre proposto innanzi al Tar Calabria , rubricato al n.638/2008.

Con sentenza n.322/09 l'adito Tribunale, riuniti i due ricorsi sopra ricordati, rigettava il primo (n.1378/04) e dichiarava il secondo (n.638/08) improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse., in

quanto la reiezione del primo ricorso “dispiega effetti caducanti sulla concessione edilizia in variante” (la n.63/07).

Avverso tale decisum, ritenuto errato ed ingiusto sono insorti i sigg.ri Mollica Francesco e gli altri appellanti meglio in epigrafe indicati, deducendo a sostegno del proposto gravame, i seguenti motivi:

A) in relazione al ricorso di primo grado n.1378/04:

- 1) erroneità della sentenza per mancato esame delle prove e mancata valutazione di un punto decisivo e fondamentale della controversia ;
- 2) mancata valutazione del D.M. 14/1/2008;
- 3) mancata pronuncia su un punto fondamentale della domanda ed erronea applicazione dell’art. 7 della legge n.241 del 1990;
- 4) erronea applicazione dell’art.38 del DPR n.308 del 2001;
- 5) mancata valutazione di un punto decisivo della domanda; erronea applicazione ed interpretazione dell’art.3 della legge n.241 del 1990;

B) con riferimento al ricorso di prime cure n.638/08:

- 6) erroneità dei presupposti della sentenza impugnata;
- 7) erroneità della sentenza sotto vari profili.

Si è costituito in giudizio il Comune di Reggio Calabria, che ha contestato la fondatezza dell’appello, chiedendone la reiezione.

Altresì costituito in giudizio è il sig. Linguardo Pasquale, a suo tempo ricorrente di primo grado avverso l’originaria concessione edilizia n.142/96, nonché avverso la concessione in variante n.63/06, che ha chiesto che l’appello all’esame sia dichiarato inammissibile e comunque infondato.

Le parti hanno poi depositato apposite memorie ad ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza pubblica dell'11 giugno 2013 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dalla disamina di alcuni profili di inammissibilità sollevati dalla difesa del controinteressato sig. Linguardo Pasquale, che per il vero, secondo la prospettazione difensiva, appaiono diretti nei confronti di alcuni motivi di gravame più che nei confronti dell'impugnativa nella sua integralità, rivelandosi l'appello nel merito infondato.

Il primo gruppo di censure articolate sui primi cinque mezzi di gravame investono le osservazioni e statuizioni rese dal Tar in ordine alle questioni giuridiche sollevate dagli attuali appellanti, all'epoca originari ricorrenti di primo grado, a contestazione della legittimità dell'ordinanza n.7260/2004 con cui il Comune di Reggio ha deciso di revocare, in autotutela, la già rilasciata concessione n.142/96 e disposto la demolizione dell'intero fabbricato realizzato in virtù di tale titolo ad aedificandum.

Con riferimento al giudizio di primo grado, il Tar in relazione ai vizi di legittimità sia di tipo procedurale, sia di carattere sostanziale denunciati dagli interessati, con la sentenza qui gravata ha affermato la validità dei provvedimenti repressivi adottati dal Comune, conseguendo l'obbligo di sgombero e demolizione del fabbricato de quo al giudicato di cui alla sentenza di questo Consiglio di Stato n. 4165/2003 e tenuto, in ogni caso, conto della impossibilità di sanare gli edifici costruiti in violazione dei limiti massimi fissati dalla normativa antisismica

Parte appellante non condivide tali conclusioni e rileva la erroneità giuridica delle rese statuizioni, sulla base di profili di doglianza articolati su motivi che possono così riassumersi:

a) gli interessati hanno presentato al Comune in data successiva all'adozione del provvedimento ripristinatorio (ordinanza n.7260 del 27/5/2004) e prima della proposizione del relativo gravame giurisdizionale, istanza di sanatoria ex lege n.326/2003 e tale circostanza avrebbe dovuto far dichiarare il relativo ricorso improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse per essere l'impugnata ordinanza paralizzata o comunque superata dall'innescato procedimento di definizione della sanatoria, ma tale questione non è stata affrontata dal primo giudice;

b) il Tar ha rilevato la impossibilità di sanare gli ultimi piani dell'edificio de quo, perché realizzato in violazione dei limiti di altezza derivanti dalla normativa antisismica, senza tener, però, presente che il D.M. 16/1/1996, recante il limite di altezza di 11 metri , era stato abrogato con il D.M. 14/1/2008, che ha eliminato i precedenti limiti, con l'ulteriore precisazione che il Genio Civile aveva rilasciato per il progetto de quo il relativo nulla osta;

c) oltre a non tenere conto della mutata disciplina antisismica, il primo giudice ha fornito una erronea interpretazione in ordine alla mancata applicazione delle disposizioni garantistiche di cui alla legge n.241/90, laddove invece il provvedimento repressivo avrebbe dovuto essere preceduto dall'invio della comunicazione dell'avvio del procedimento; e ciò ha impedito agli interessati di produrre le loro osservazioni;

d) erroneamente il giudice di prime cure ha ritenuto non applicabile la procedura di cui all'art.38 del DPR n.380 del 2001, mentre l'Amministrazione aveva l'obbligo di istruire e valutare la fase procedimentale prevista dal citato articolo, onde verificare la sussistenza delle condizioni di applicabilità della norma de qua;

e) l'amministrazione ha emesso il provvedimento ripristinatorio senza motivare circa la possibilità di adottare soluzioni alternative, in ciò inverandosi, in violazione dell'art.3 della legge n.241/90, il vizio di difetto di motivazione della legge n.241/90, censura che, però, non è stata presa in considerazione dal giudice di prime cure.

Le censure rassegnate nei suindicati motivi non colgono nel segno.

Procedendo nell'ordine, quanto alla questione sub a) il Collegio non intende decampare dall'orientamento più volte espresso da questo stesso Collegio secondo il quale la presentazione di un'istanza di sanatoria rende inefficace il precedente provvedimento ripristinatorio e quindi improcedibile la relativa impugnazione per sopravvenuta carenza di interesse (Cons. Stato Sez. IV 16 settembre 2011 n.5228 ; idem 16 aprile 2012 n.2185); ma tale principio non è nella specie applicabile.

Invero, l'obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi previamente sulla domanda di sanatoria e la conseguente paralizzazione degli effetti dell'atto repressivo insorgono se ed in quanto è ravvisabile la ordinaria ipotesi di un onere di verifica dell'eventuale sanabilità di ciò che si è costruito sine titulo, ma qui tale ultima condizione non è rinvenibile, posto che:

1) è intervenuto uno specifico giudicato, quello formatosi sulla sentenza di questo Consiglio di Stato n.4165/03, che ha sancito la illegittimità

della concessione edilizia n.142/96, nella sua integralità; ed è in ragione degli effetti vincolanti della res iudicata che il Comune ha proceduto ad adottare l'ordinanza di revoca del titolo edilizio, con il conseguente ordine di demolizione del fabbricato de quo;

2) l'abuso non è sanabile, giacché la costruzione è stata realizzata in difformità dalla normativa dettata in materia antisismica dal D.M. n.19 del 16/1/1996 che sancisce vincoli di inedificabilità assoluta insuscettibili di deroghe.

Su queste problematiche si è peraltro soffermato il primo giudice, esprimendosi nei sensi sopra evidenziati (vedi rispettivamente punto II pag.5 e pag.8 della sentenza),, sicché l'impugnato decisum risulta esente dal vizio di mancata pronuncia fatto valere dalla parte appellante.

La seconda questione posta dagli appellanti, quella indicata sub b) neppure appare convincente.

La costruzione è stata a suo tempo autorizzata e realizzata in vigenza della normativa di tutela del territorio all'epoca vigente, tra cui si annovera il D.M 16/1/1996, che detta a presidio dei vincoli antisismici (art.1 punto C3) l'altezza massima dei fabbricati e i provvedimenti che hanno rilevato e sanzionato il contrasto con tale normativa con l'esercizio del relativo ius poenitendi da parte del Comune non possono non far riferimento alla disciplina in vigore al momento dell'accertato abuso nonché a quello di adozione degli atti che vanno a ripristinare la legalità violata, secondo il noto principio giurisprudenziale del tempus regit actum (ex multis, da tempo risalenti, Cons. Stato Sez. V 9 febbraio 1994 n 614; idem 8 aprile 1996 n.152; 29 aprile 2000 n.2544)

V'è di più: nel caso de quo, i provvedimenti qui in discussione sono assunti per adeguare lo stato di fatto a quello di diritto, in esecuzione di un giudicato reso da questo giudice di appello in ordine alla illegittimità del rilasciato titolo ad aedificandum, giudicato che ha cristallizzato la situazione di non conformità alla normativa in rilievo; il che imponeva appunto la rimozione di quanto illegittimamente posto in essere (cioè la costruzione del fabbricato).

E' evidente che il giudizio sulla correttezza e legittimità delle determinazioni di tipo repressivo assunte dall'Amministrazione comunale non può non avvenire con riferimento ai parametri di fatto e diritto che hanno contrassegnato la vicenda, come svoltasi all'epoca; e la normativa successivamente intervenuta, costituita dal D.M.14 gennaio 2008, e che sarebbe modificativa della disciplina di cui al D.M. 16/1/1996, si pone al di fuori del perimetro del giudizio di cognizione a suo tempo instaurato, fermo restando, naturalmente la possibilità di far valere nella sede amministrativa quanto in proposito rappresentato, con la eventuale proposizione di una progettazione recante una indicazione dell'altezza del fabbricato conformemente ai parametri di legge.

Quanto ai vizi di tipo procedimentale denunciati dagli appellanti cui si è accennato al suindicato punto c), gli stessi non sussistono.

Non si può ravvisare alcun sacrificio delle esigenze partecipative dei soggetti interessati alla luce del carattere vincolante delle determinazioni oggetto di impugnativa, sia perché i provvedimenti repressivi si fondano su presupposti evidenti e di agevole ricostruzione (Cons. Stato Sez. IV 15 maggio 2009 n.3029), sia in ragione del disposto di cui all'art.21 octies comma 2 della stessa legge n.241/90, che esenta

l'Amministrazione dall'onere di comunicazione ex art.7 per quei provvedimenti, come quelli qui all'esame, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

In ogni caso, non si può certo dire che il Comune abbia adottato ex abrupto le determinazioni repressive, dal momento che gli interessati hanno partecipato al precedente giudizio conclusosi con la sentenza del Consiglio di Stato n.4165/03 e che rappresenta la scaturigine degli atti ripristinatori de quibus, dimostrando di essere ben edotti ab origine dei fatti che hanno contrassegnato la vicenda.

Le questioni di cui ai succitati punti d) ed e), che, per le connessioni logiche tra loro intercorrenti, possono essere trattate congiuntamente, costituiscono il “ cuore” della controversia, dovendosi qui dare atto che di esse il Tar si è occupato oltrech  funditus anche correttamente.

L'art. 38 del DPR 6 giugno 2001 n.3890 (Testo unico dell'edilizia) disciplina il regime sanzionatorio applicabile nelle ipotesi in cui l'intervento edilizio sia stato realizzato sulla base di un titolo poi annullato, con la espressa previsione dell'irrogazione di una sanzione pecuniaria ... “ove non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino...” .

La norma   finalizzata ad introdurre un regime sanzionatorio pi  mite per le opere edilizie realizzate conformemente ad un titolo abilitativo successivamente rimosso rispetto ad altri interventi abusivi eseguiti sin dall'origine in assenza di titolo, con il chiaro intento di tutelare un certo affidamento del privato, regime che consente la conservazione del bene (Cons. Stato Sez. IV 10/8/2011 n.4770).

Ora nella specie non si può escludere in capo agli interessati una situazione di buona fede, ma il fatto è che nel caso de quo siamo al di fuori del campo operativo della norma sopra illustrata, recante sostanzialmente una forma di sanatoria a formazione progressiva (con la sanzione pecuniaria in luogo della rimozione).

Invero, anche tenuto conto della stessa formulazione letterale della disposizione (“qualora non sia possibile .. la rimozione dei vizi delle procedure amministrative ...”), l’effetto, per così dire, sanante della stessa è circoscritto alle sole ipotesi in cui il titolo ad aedificandum sia stato annullato per vizi di carattere formale e procedurale, non essendoci, così, spazio per l’applicazione della sanzione pecuniaria, allorché sia stata acclarata la sussistenza di un vizio di natura sostanziale (Cons. Stato Sez. V 12 maggio 2006 n.2960).

Nella specie, è stata accertata la non conformità della costruzione alle prescrizioni di carattere vincolante recate in materia di normativa antisismica dal D.M. 16/1/1996, laddove per il fabbricato de quo è prevista, in relazione alla larghezza della strada su cui si affaccia (via Vico Vitetta), l’altezza massima consentita di 11 metri, mentre risulta essere stato assentito per 18 metri, con violazione dunque delle disposizioni in questione.

All’uopo appare utile osservare come la prescrizione relativa all’altezza de qua non è uno standard “normale”, nel senso che non riguarda, come per il requisito dell’altezza previsto dall’art. 8 del D.M. n.1444 del 1968, un aspetto squisitamente edilizio della gestione dell’assetto del territorio: qui l’altezza degli edifici viene regolamentata ai fini antisismici, in cui l’elemento in questione ha una sua palese e specifica

rilevanza, andando in particolare ad incidere sulla velocità di inclinazione delle strutture del fabbricato e quindi sugli aspetti di sicurezza e di incolumità pubblica sottesi alla normativa dettata dal D.M. del 1996. Questi hanno un pregnaanza essenziale in relazione agli interessi che si vanno a proteggere e sono, dunque, assolutamente vincolanti e non suscettibili di qualsiasi deroga.

Stante la natura tecnica del rilievo, il vizio accertato non può non attenere alla costruzione nella sua unitarietà, non essendo scindibile quanto realizzato in conformità all'altezza prescritta (11 metri) e quanto in più eseguito. E siccome "l'alterazione" investe l'edificio nella sua integralità, la costruzione non può comunque essere conservata oltre l'altezza massima consentita con riferimento alla strada su cui si affaccia.

Quanto testè osservato circa la natura e gli effetti del vizio sostanziale rilevato a carico della costruzione rende inammissibile il vizio di difetto di motivazione, pure dedotto nei confronti dell'Amministrazione, per non avere la medesima motivato "circa la possibilità di adottare soluzioni alternative alla ingiunta demolizione". Non è configurabile per il Comune (e quindi non sussiste onere motivazionale ad ho) l'esercizio di un potere tecnico-discrezionale sussumibile sotto la figura di una propensione per l'una o l'altra scelta (demolizione o sanzione pecuniaria), perché la stessa è impedita dalla portata assolutamente vincolante dell'anomalia riscontrata, la quale non ammette "sanatoria" sia pure sotto forma di sanzione pecuniaria e neppure una demolizione parziale.

L'Amministrazione dunque, in esecuzione del giudicato in precedenza emesso sul punto da questo Consiglio di Stato, non poteva non adottare le misure "conseguenziali" di ripristino dello stato dei luoghi, senza che potessero residuare spazi di applicazione della norma di favore recata dal citato art. 38 del DPR n.380/2001.

Rimane da esaminare l'altro gruppo di censure formulate nei confronti del capo della sentenza che si è occupato di definire il ricorso di prime cure rubricato al 638/2008 e rivolte avverso la concessione n.63 del 4 aprile 2007 rilasciata "in variante alla concessione edilizia n.142 del 25/10/1996 per ottemperare alle prescrizioni della sentenza del Consiglio di stato n del 16/5/2003 n.4165/2003", laddove il Tar ha dichiarato improcedibile il ricorso stesso per sopravvenuta carenza di interesse.

Parte appellante con le doglianze variamente articolate con i motivi 6 e 7 denuncia in sostanza la erroneità della sentenza sotto uno specifico profilo: la concessione n.63/07 non sarebbe una concessione in variante, bensì un autonomo e nuovo titolo ad aedificandum, rilasciato in applicazione del giudicato, che imponeva una nuova rivalutazione della vicenda edilizia.

L'assunto difensivo propugnato con i mezzi d'impugnazione non ha pregio.

Vero è che il Tar ha dato atto, in relazione alla seconda impugnativa proposta dall'attuale appellato, della improcedibilità del gravame, ma, a parte la formula di carattere processuale utilizzata, il primo giudice ha comunque messo in evidenza l'aspetto fondamentale di questa seconda "vicenda" e cioè che il titolo rilasciato con il nomen di permesso di

costruire n.63/07 in variante alla concessione edilizia n.142/96 rimane un'autorizzazione collegata ontologicamente alla pregressa concessione n.142/96, di guisa che l'accertata illegittimità del primo titolo edilizio non può non ridondare negativamente sulla validità del secondo titolo abilitativo.

Ma se anche per assurdo si volesse ritenere che il permesso de quo non sia una variante della prima concessione, le cose non cambierebbero, nel senso che l'elemento "tranchant" - costituito dalla accertata non conformità alla normativa antisismica della eseguita costruzione intesa nella sua globalità, così come sancito dal giudicato più volte menzionato, senza che possa farsi luogo a qualunque deroga, sub specie di "sanzione- sanatoria" - comporta che non era possibile all'epoca rilasciare una nuova concessione, né in variante, né in via autonoma che potesse riguardare i piani del fabbricato fino all'altezza del limite degli 11 metri e tanto meno fino all'altezza dei 18 metri in concreto realizzati. In definitiva, anche per questa parte il primo giudice ha correttamente definito il rapporto giuridico in rilievo, evidenziando l'assenza di vizi di legittimità dell'operato posto in essere dal Comune.

In forza delle suesposte considerazioni, l'appello, in quanto infondato, va respinto.

La peculiarità e complessità della vicenda inducono a disporre l'integrale compensazione delle spese e competenze del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese e competenze del giudizio compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)