



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1286 del 2014, proposto dalla s.r.l. **Bgm Costruzioni**, Bartolomeo Telesca, rappresentati e difesi dall'avvocato Domenico Biscione, con domicilio eletto presso Luigia D'Amico in Roma, via Cicerone, 49;

contro

Comune di Avigliano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Buscicchio, con domicilio eletto presso Giancarlo Viglione in Roma, Lungotevere dei Mellini, 17;

Canio Coviello;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA – POTENZA: SEZIONE I n. 329/2013, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Avigliano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2014 il consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti gli avvocati Biscione e Buscicchio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La s.r.l. Telesca Costruzione (oggi s.r.l. B.G.M. costruzioni, in seguito "ricorrente"), con il ricorso n. 64 del 2009 integrato da motivi aggiunti proposto al Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, ha chiesto l'annullamento dell'ordinanza prot. n. 3695 del 16 gennaio 2009, con la quale il Responsabile del Settore urbanistica e assetto del territorio del Comune di Avigliano ha sospeso l'esecuzione dei lavori di cui alle DIA presentate il 31 ottobre 2007 ed il 14 febbraio 2008; delle note del Comune di Avigliano prot. n. 15460 del 2 dicembre 2008 e prot. n. 572 del 16 gennaio 2009, di comunicazione di avvio del procedimento, e della nota prot. n. 884 del 19 gennaio 2009, di integrazione alla comunicazione di avvio del procedimento; delle ordinanze comunali n. 3696 del 9 febbraio 2009, di annullamento dei titoli abilitativi formati sulle Dia predette, e n. 3702 del 17 febbraio 2009 di ingiunzione alla demolizione delle opere illegittimamente eseguite nei piani seminterrati primo, secondo e terzo, con conseguente ripristino dello stato dei luoghi.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, sezione prima, con la sentenza n. 329 del 2013, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti e compensato tra le parti le spese del giudizio.

3. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado, con domanda cautelare di sospensione dell'esecutività.

La domanda cautelare è stata respinta con l'ordinanza n. 1075 del 2014 venendo contestualmente fissata l'udienza pubblica del 21 ottobre 2014 per la trattazione della controversia nel merito.

4. All'udienza del 21 ottobre 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado si afferma, in sintesi, quanto segue:

- ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge regionale n. 8 del 2002, il recupero delle volumetrie dei locali seminterrati e interrati per uso terziario e/o commerciale può essere consentito soltanto se gli edifici interessati sono stati legittimamente realizzati al 31 dicembre 2006 ovvero siano stati oggetto di concessione edilizia alla stessa data;
- questo presupposto non ricorre nel caso di specie poiché: a) a fronte della concessione edilizia rilasciata nel 2002 (n. 165), comprendente 3 piani interrati, la ricorrente ha messo fuori terra tutte le pareti di tali piani rendendoli seminterrati (con ulteriori tre piani interrati), con un aumento volumetrico di 4.380,27 mc e portando l'altezza del fabbricato a 22,10 m. rispetto a quella di 12,5 m. consentita dal PRG; b) ai sensi della norma sopra citata la Regione Basilicata ha statuito legittimamente l'obbligo della concessione edilizia per il recupero volumetrico dei locali interrati e seminterrati (in luogo della DIA); c) risultandone che al 31 dicembre 2006 la ricorrente non aveva costruito l'edificio in modo legittimo (avendo anche modificato le quote delle strade di piano, delle aree pubbliche e delle sistemazioni esterne già approvate, in violazione anche dell'art. 5, comma 2, lett. a), della legge citata), considerato che il permesso di costruire in sanatoria rilasciato con il provvedimento n. 321 del 2005 aveva riguardato soltanto talune minori difformità;
- l'Amministrazione non ha violato i principi in materia di autotutela essendo l'interesse pubblico in re ipsa data l'entità degli aumenti volumetrico e di altezza nella specie realizzati, né quello sul legittimo affidamento avendo l'Amministrazione accertato le violazioni con l'ordinanza n. 3317 del 23 dicembre 2004 e tenuto conto del non lungo tempo decorso tra la presentazione delle DIA, il 31 dicembre 2007 e il 14 febbraio 2008, l'emanazione dell'impugnata ordinanza del 9 febbraio 2009 n° 3696,

con conseguente legittimità dell'impugnata ordinanza di demolizione n. 3702 del 17 febbraio successivo adottata ai sensi degli articoli 38, comma 2-bis e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001;

– l'irrogazione della sanzione pecuniaria, possibile peraltro solo in caso di parziale difformità dal permesso di costruire ai sensi dell'art. 34 del d.P.R. citato, può eventualmente soltanto seguire l'irrogazione di quella demolitoria, che ha natura di diffida e ricognizione dell'abuso, e quando il privato non vi abbia ottemperato;

– si precisa, infine, che l'Amministrazione: pur avendo richiamato l'art. 27, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha in realtà applicato l'art. 21-quater della legge n. 241 del 1990; che le garanzie partecipative sono state nella specie assicurate, essendo sufficiente allo scopo la specificazione, nelle ordinanze n. 3696 e n. 3702 del 2009, dell'avvenuta valutazione della nota presentata dalla ricorrente il 30 gennaio 2009; che, infine, le ordinanze in questione devono ritenersi legittime bastando al riguardo la fondatezza anche di uno solo dei plurimi motivi su cui sono basate.

2. Nell'appello si censura la sentenza:

– per avere considerato la concessione edilizia n. 165 del 2002 come il solo titolo edilizio di riferimento mentre con il permesso di costruire in sanatoria n. 4 del 2005 (indicato nella sentenza con il n. 321 del 2005), mai annullato, sono state autorizzate le opere per cui è causa essendo state consentite le aperture al piano terzo sottostrada di accesso ai piani dei volumi tecnici e con ciò anche l'aumento di altezza del fabbricato, risultando l'edificio nel complesso conforme ai progetti assentiti con la relativa domanda oltre che con le DIA precedenti;

– in particolare, ai sensi della legge regionale n. 8 del 2002 è da ritenere titolo edilizio valido per il recupero delle volumetrie dei locali seminterrati e interrati la DIA del 14 febbraio 2008, essendo entrata in vigore la legge nel gennaio 2002 e perciò prima dell'entrata in vigore del D.P.R. n. 380 del 2001 imperniato sulla DIA e sul permesso di costruire, fermo restando che l'Amministrazione, se di diverso avviso, avrebbe

dovuto annullare il permesso di costruire n. 4 del 2005 e adottare i provvedimenti inibitori riguardo alle DIA nei termini di legge e non, come avvenuto, dopo 440 e 300 giorni, rispettivamente, per la DIA del 2007 e per quella del 2008;

– quanto sopra conferma che i provvedimenti impugnati sono viziati poiché adottati in violazione dei principi sull'autotutela, in particolare perché non intervenuti entro un termine ragionevole, con la formazione del legittimo affidamento della ricorrente sulla sussistenza del titolo abilitativo tacito e, a fronte di ciò, altresì difettosi nella motivazione per non essere stato precisato l'interesse pubblico attuale, specifico e concreto alla loro base;

– dovendosi infine considerare che la demolizione delle opere eseguite nei tre piani seminterrati e il ripristino dello stato dei luoghi comporterebbero la demolizione dell'intera costruzione, risultando perciò i provvedimenti impugnati illegittimi anche per tale profilo.

3. L'appello è infondato per le ragioni che seguono.

3.1. Il permesso di costruire in sanatoria n. 4 del 2005, come in esso specificato conformemente alla relazione tecnica allegata al progetto (doc. n. 1 del fascicolo di parte ricorrente), è stato rilasciato per “1) maggiori superfici di ingombro del fabbricato di 20 cm per lato dovuto all'aumento dello spessore di 10 cm delle pareti di tompagno;...2) minime variazioni interne alle singole unità immobiliari; 3) formazione di nicchie sui balconi per contenere le caldaie bruciatori; 4) minime variazioni prospettiche”.

Al riguardo si osserva che: a) gli interventi così autorizzati sono del tutto diversi da quelli per cui è causa, comportanti un non autorizzato incremento volumetrico di 4.380,27 mc., essenzialmente consistenti nella messa fuori terra delle pareti dei piani previsti, nell'originaria concessione edilizia n. 165 del 2000 per la costruzione dell'edificio, in un piano seminterrato da adibire a box auto e in due piani completamente interrati inaccessibili e, conseguentemente, oggetto dell'ingiunzione

di demolizione n. 3317 del 2004; b) la domanda del permesso di costruire in sanatoria per lavori di “Recupero dei volumi tecnici interrati” è stata respinta con determinazione n. 3449 del 2006 (doc. n. 3 del fascicolo di primo grado dell’Amministrazione resistente); c) perciò il permesso di costruire n. 4 del 2005 non è sostitutivo della concessione edilizia n. 165 del 2002 che, come correttamente ritenuto dal primo giudice, resta il provvedimento di riferimento per valutare la conformità degli interventi di cui qui si tratta.

3.2. Con successive DIA presentate il 31 ottobre 2007 (n. 101-bis) e 14 febbraio 2008 (n. 15) in variante al permesso di costruire n. 4 del 2005 la ricorrente comunicava lavori per “piccole modifiche dei prospetti e modifiche delle sistemazioni esterne” e per il “recupero dei locali secondo e terzo seminterrati esistenti con la legge regionale N.1, del 30.01.2007, per trasformarli da volumi tecnici a destinazione terziario commerciale ...”, essendo stata in effetti già realizzata in precedenza la messa fuori terra di volumi tecnici, come provato dalle determinazioni n. 3317 del 2004 e n. 3449 del 2006 sopra citate.

3.3. Legittimamente perciò il Comune resistente ha emanato i provvedimenti impugnati sulla base della legge regionale 4 gennaio 2002, n. 8 (Recupero dei sottotetti e dei locali seminterrati ed interrati esistenti) per il cui art. 1, comma 3, nel testo vigente *ratione temporis*, il recupero delle volumetrie dei locali seminterrati e interrati al solo scopo di destinarli ad uso terziario e/o commerciale “può essere consentito purché gli edifici interessati siano stati legittimamente realizzati al 31 dicembre 2006, ovvero siano oggetto di concessione edilizia alla stessa data.”; condizioni queste nella specie non sussistenti non risultando realizzato legittimamente l’edificio alla data suddetta né essendo contemplate le opere di recupero volumetrico, in fatto eseguite, nei titoli edilizi rilasciati prima di tale data.

Non vale al riguardo il richiamo, fatto in appello, all’entrata in vigore della normativa sulla DIA di cui all’art. 22 del d.P.R. n. 380 del 2001 considerato, come

correttamente indicato dal primo giudice, il relativo comma 4, per il quale *“Le regioni a statuto ordinario con legge possono ampliare o ridurre l’ambito applicativo delle disposizioni di cui ai commi precedenti”*.

3.4. In questo quadro deve essere altresì osservato che, nella descrizione delle opere di cui alle DIA sopra citate, è indicata “la realizzazione di una strada di accesso ai piani tecnici che partendo dalla strada comunale di Via Omissis giunge dai piani tecnici al piazzale a valle del fabbricato che sarà realizzato contestualmente alla strada” per essere destinato a parcheggio (cfr. “Planimetria sistemazione esterna” allegata alla DIA n. 15 del 2008), comportando ciò lo sbancamento del terreno sottostante alla via Omissis e perciò la modifica “delle quote delle strade di piano, delle aree pubbliche e delle sistemazioni esterne già approvate”, anche preclusa dalla già citata legge regionale n. 8 del 2002 (art. 5, comma 2, lett. a).

3.5. Ciò richiamato, quanto all’intervenuto annullamento dei titoli formatisi in conseguenza delle DIA (provvedimento n. 3696 del 2009) e alla successiva ingiunzione di demolizione (n. 3702 del 2009), la giurisprudenza ha chiarito che *“...in caso di presentazione di dichiarazione di inizio di attività, l’inutile decorso del termine previsto per legge ai fini dell’esercizio del potere inibitorio all’effettuazione delle opere...non comporta che l’attività del privato, ancorché del tutto difforme dal paradigma normativo, possa considerarsi legittimamente effettuata e, quindi possa andare esente dalle sanzioni previste dall’ordinamento per il caso di sua mancata rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle previsioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi”* (Cons. Stato, Sez. VI, n. 1909 del 2013); così come, quanto alla ponderazione degli interessi nell’adozione di provvedimenti repressivi di abusi edilizi, è stato altresì chiarito che *“L’ordine di demolizione di una costruzione abusiva integra una sanzione di natura oggettiva e reale che costituisce atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi pubblici coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione; né,*

infine, è configurabile un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il mero decorso del tempo non sana, e l'interessato non può dolersi del fatto che l'amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi? (Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4878).

Nel caso di specie peraltro, riguardo all'asserita formazione di un legittimo affidamento, si deve rilevare, da un lato, che la ricorrente risultava già edotta della contraria posizione dell'Amministrazione stante l'emanazione dei citati provvedimenti n. 3317 del 2004 e n. 3449 del 2006 e, dall'altro, il non lungo tempo trascorso tra la presentazione delle DIA (2007/2008) e il loro annullamento disposto con atto n. 3696 del 2009, essendo stata data in precedenza comunicazione di avvio del procedimento (nota n. 15460 del 2 dicembre 2008). E' corretta infine la valutazione del primo giudice sulla obbligatorietà della diffida a demolire come prima e necessaria fase del procedimento repressivo, avendo chiarito la giurisprudenza, sin dalla sua formazione nel contesto del sistema sanzionatorio introdotto con la l. 28 febbraio 1985 n. 47 che "il primo atto del procedimento per la repressione di abusi edilizi è costituito dalla diffida dell'autorità comunale al responsabile dell'opera, perché demolisca, adeguandosi spontaneamente all'ordine di ripristino della legalità edilizia, restando all'amministrazione la successiva scelta della sanzione pecuniaria o della demolizione, in ragione delle concrete esigenze della fattispecie" (Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1650).

4. Per le ragioni che precedono l'appello è infondato e deve essere perciò respinto.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello in epigrafe n. 1286 del 2014.

Condanna la parte appellante, s.r.l. BGM Costruzioni, al pagamento delle spese del secondo grado del giudizio a favore del Comune di Avigliano,

appellato, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre gli accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente
Maurizio Meschino, Consigliere Estensore
Carlo Mosca, Consigliere
Vincenzo Lopilato, Consigliere
Marco Buricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 27/11/2014

IL SEGRETEARIO

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