



**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 avente numero di registro generale 5251 del 2011 proposto dal Comune di Collecervino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Cutilli e con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ignazio Abrignani in Roma, piazza delle Belle Arti n. 8,

***contro***

l'arch. -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Daniele Vagnozzi e Laura Di Tilio, e con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale Angelico n. 103,

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, n. -OMISSIS-, resa tra le parti e concernente diniego di permesso di costruire per completamento lavori e sanatoria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'arch. -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza congiunta di passaggio in decisione senza preventiva discussione, depositata dagli avvocati delle parti il 28 settembre 2020.

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2020, il Cons. Giancarlo Luttazi;

Nessuno comparso in udienza per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con atto d'appello notificato all'arch. -OMISSIS- il 1° giugno 2011 e depositato il 23 giugno 2011 il Comune di Collecervino ha impugnato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, n. -OMISSIS-, depositata il 1° dicembre 2010, la quale ha accolto con condanna alle spese, tranne che per la richiesta risarcitoria pure avanzata al Tar, il ricorso n. -OMISSIS-, integrato da motivi aggiunti e proposto dall'arch. -OMISSIS- per l'annullamento: quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento prot. n. -OMISSIS-con cui il Responsabile del Settore tecnico del Comune di Collecervino ha respinto la domanda di permesso di costruire, anche in sanatoria, inoltrata dal ricorrente l'8 maggio 2009 per il completamento dei lavori e per la sanatoria delle difformità riscontrate rispetto ai precedenti assensi edilizi di cui: alla concessione edilizia n. -OMISSIS-per ristrutturazione e ampliamento ai sensi della legge 1 agosto 2002, n. 166; al permesso di costruire in variante ed in sanatoria n. -OMISSIS-; al permesso di costruire n.-OMISSIS-per recupero abitativo del sottotetto ai sensi dell'art. 85 della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15; diniego basato sui seguenti rilievi: mancanza del calcolo delle superfici ai sensi dell'art. 28 della citata legge n. 166/2002; discordanza fra gli elaborati grafici agli atti del Comune (risultanti dai citati assensi

edilizi n. -OMISSIS-) e l'elaborato grafico allegato alla domanda del permesso di costruire in sanatoria relativamente alle altezze interne sia del primo piano che del piano secondo; mancanza degli arredi fissi previsti dal citato permesso costruire n. -OMISSIS-sia per il primo che per il secondo piano (sottotetto);

- della nota 21 luglio 2009 di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e connesso;

quanto ai motivi aggiunti:

- del provvedimento prot. n. -OMISSIS-con cui il suddetto Responsabile ha annullato d'ufficio il citato permesso di costruire -OMISSIS-, perché recante nel relativo elaborato infedeltà circa lo stato dei luoghi;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e connesso, comprese la comunicazione 4 marzo 2010 di avvio del procedimento e la nota 26 marzo 2010 di risposta alle controdeduzioni del ricorrente.

La sentenza appellata ha accolto il ricorso introduttivo quanto ai dedotti profili di eccesso di potere per difetto di motivazione, ed i motivi aggiunti quanto al dedotto difetto di motivazione sull'interesse pubblico attuale e contrario al mantenimento del suddetto permesso di costruire n. -OMISSIS-; ed ha respinto invece la richiesta risarcitoria sul rilievo che essa non era suffragata da alcun principio di prova né sull'*an* né sul *quantum*.

L'appello afferma che la sentenza, partendo da una ricostruzione non sempre puntuale della complessa fattispecie processuale, perviene a conclusioni non corrette sul piano fattuale e di diritto; e rubrica i seguenti motivi:

I. *error in iudicando* relativamente al capo della sentenza appellata che ha annullato il provvedimento in autotutela prot. n. -OMISSIS-;

II. *error in iudicando* relativamente al capo della sentenza appellata che ha annullato per vizio di motivazione il provvedimento di diniego del rilascio del permesso di costruire prot. n. -OMISSIS-;

chiedendo la riforma della sentenza; anche, ove necessario, in base a consulenza tecnica d'ufficio.

L'arch. -OMISSIS- si è costituito per resistere.

In esito ad avviso di perenzione consegnato in data 27 giugno 2016 parte appellante ha depositato, in data 18 gennaio 2017, domanda di fissazione di udienza.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 6 ottobre 2020.

### DIRITTO

L'appello va accolto.

1. - In primo grado l'arch. -OMISSIS- ha chiesto al Tar:

- quanto al ricorso introduttivo, l'annullamento:

del provvedimento prot. n. -OMISSIS- con cui il Responsabile del Settore tecnico del Comune di Collecervino ha respinto la domanda di permesso di costruire, anche in sanatoria, inoltrata dal ricorrente l'8 maggio 2009 per il completamento dei lavori e per la sanatoria delle difformità riscontrate rispetto ai precedenti assensi edilizi di cui: alla concessione edilizia n. -OMISSIS- per ristrutturazione e ampliamento ai sensi della legge 1 agosto 2002, n. 166; al permesso di costruire in variante ed in sanatoria n. -OMISSIS-; al permesso di costruire n. -OMISSIS- per il recupero abitativo del sottotetto ai sensi dell'art. 85 della legge della Regione Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15; diniego basato sui seguenti rilievi:

a) mancanza del calcolo delle superfici ai sensi dell'art. 28 della citata legge n. 166/2002;

b) piano secondo (sottotetto): discordanza nelle altezze interne fra gli elaborati grafici agli atti del Comune (risultanti dai citati assensi edilizi n. -OMISSIS-) e l'elaborato grafico allegato alla domanda del permesso di costruire in sanatoria (di cui alla citata domanda prot. n. -OMISSIS-);

c) piano secondo (sottotetto) mancanza degli arredi fissi previsti nel citato permesso di costruire n. -OMISSIS-;

d) piano primo: discordanza nelle altezze interne fra gli elaborati grafici agli atti del Comune (risultanti dai citati assensi edilizi n. -OMISSIS-) e l'elaborato grafico allegato alla domanda del permesso di costruire in sanatoria (di cui alla citata domanda prot. n. -OMISSIS-);

e) piano primo: mancanza degli arredi fissi previsti nel citato permesso di costruire n. -OMISSIS-.

- quanto ai motivi aggiunti, l'annullamento:

del provvedimento prot. n. -OMISSIS-con cui il suddetto Responsabile ha annullato d'ufficio il citato permesso di costruire -OMISSIS-, perché recante nel relativo elaborato infedeltà circa lo stato dei luoghi.

La sentenza appellata ha:

- accolto il ricorso introduttivo quanto ai dedotti profili di eccesso di potere per difetto di motivazione;

- accolto i motivi aggiunti quanto al dedotto difetto di motivazione sull'interesse pubblico attuale e contrario al mantenimento del permesso di costruire n. -OMISSIS-.

La sentenza ha invece respinto la richiesta risarcitoria, sul rilievo che essa non era suffragata da alcun principio di prova né sull'*an* né sul *quantum*.

1.1 - Il Comune contesta in primo luogo la statuizione della sentenza appellata di accoglimento dei motivi aggiunti proposti avverso il citato provvedimento prot. n. -OMISSIS-, di annullamento d'ufficio del suddetto permesso di costruire -OMISSIS- - concernente "Recupero abitativo del sottotetto ai sensi dell'art. 85 della Finanziaria Regionale 2004" - perché recante nel relativo elaborato infedeltà dei dati circa lo stato dei luoghi.

La sentenza appellata - assorbite le altre censure dei motivi aggiunti - ha ritenuto che il provvedimento di annullamento fosse viziato perché in violazione del principio di diritto, espresso nell'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, che l'annullamento d'ufficio - soprattutto quando interviene a distanza di molto tempo (nella fattispecie 5 anni) - è consentito solo se sussiste un effettivo ed attuale interesse pubblico all'annullamento, da comparare con l'interesse del destinatario e con l'affidamento ingenerato dal comportamento omissivo dell'Amministrazione; profili questi - ha rilevato il Tar - ignorati dal provvedimento prot. n. -OMISSIS-.

In proposito è fondata la censura d'appello la quale - conformemente al controricorso prodotto in primo grado avverso i motivi aggiunti - rileva che quando il Comune ebbe a rilasciare il suddetto titolo abilitativo n. -OMISSIS- annullato in autotutela dava per assodato che l'edificio fosse effettivamente corrispondente ai titoli edilizi in precedenza rilasciati (la concessione edilizia n. -OMISSIS- per la ristrutturazione e l'ampliamento ai sensi della legge n. 166/2002; e in particolare il permesso di costruire in variante ed in sanatoria n. -OMISSIS-); e che invece questo presupposto, alla base dell'annullato provvedimento n. -OMISSIS-, si è poi rivelato insussistente perché le misurazioni sulle quali si fondavano i suddetti precedenti assensi edilizi n. -OMISSIS- non erano state fedelmente riportate dall'interessato, sì da escluderne l'affidamento; affidamento invece allegato dal primo giudice nel prospettare in proposito la carenza della motivazione e la carenza della comparazione degli interessi del privato con l'interesse pubblico, presupposti tali da giustificare l'autotutela da parte del Comune.

Invero lo stesso appellato - pur rilevando: la non essenzialità delle difformità riscontrate, ai sensi dell'art. 32 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che afferma le difformità perfettamente regolarizzabili prima della definitiva chiusura dei lavori; l'inconferenza del riferimento fatto dall'Amministrazione all'art. 85 della legge

regionale n. 15/2004; la non correttezza delle misurazioni prese a riferimento dal Comune - ammette che queste difformità vi sono state.

Ed esse appaiono tali da giustificare l'autotutela del Comune.

In particolare l'appellato, dopo aver fornito propri dati sulle difformità non prospettate al Comune nelle richieste degli assenti edilizi poi ottenuti, afferma espressamente: *“Anche a voler calcolare la volumetria complessiva dei locali sottotetto abitativi, si ottiene un maggior volume pari a mc. -OMISSIS-, corrispondente al 2,27% della volumetria complessiva del fabbricato di circa mc. -OMISSIS-”*; e rileva che ciò rispetterebbe, come altre misurazioni lineari pure esposte dal medesimo appellato, la prevista *“tolleranza di cantiere”* del 3%.

Ma un simile incremento volumetrico risulta notevole; e, riguardando la *“volumetria complessiva dei locali sottotetto abitativi”*, concerne una ben individuata parte dell'immobile, avente propria specifica connotazione (i sottotetti da recuperare ad uso abitativo).

Sicché in proposito viene in rilievo la previsione, relativa agli abusi in volumetria, del precedente articolo 6 (*“Totale difformità”*) della stessa legge regionale n. 52/1989, la quale indica alla lettera *b*) come in totale difformità anche i *“volumi edilizi che, pur rientranti nei limiti stabiliti dal richiamato primo comma del precedente art. 5, comportino la realizzazione di un organismo edilizio, o parte di esso, con specifica rilevanza ed autonoma utilizzazione, rispetto a quello oggetto della concessione”*.

In quest'ottica è corretto ritenere che la *“tolleranza di cantiere”* tale da escludere l'abusività dell'intervento, va posta in relazione con la porzione di immobile cui esso accede, e non, come proposto dall'appellato, con la superficie dell'intero palazzo (confr. Cons. Stato, Sez IV, 22 gennaio 2018, n. 405). E da un simile più corretto raffronto la mancata prospettazione nelle istanze edilizie di volumetria aggiuntiva per metri cubi -OMISSIS- appare non *“tolleranza di cantiere”* ma notevole infedeltà.

L'appellato afferma che nel procedimento penale svoltosi dinanzi al Tribunale di Pescara per gli abusi in discorso, e conclusosi con sentenza di proscioglimento, il giudice ha categoricamente escluso l'ipotesi di falso nel caso di specie; ma il reato di falso (peraltro non specificamente oggetto del proscioglimento, il quale è stato disposto, come indica lo stesso appellato nella propria memoria del 25 agosto 2020, per prescrizione) non coincide, per presupposti oggettivi e soggettivi, con la infedele rappresentazione, ai fini edilizi, della realtà.

Diversamente da quanto affermato dal primo giudice il citato articolo 21-*nonies* della legge n. 241/1990 (il quale nel testo vigente alla data di adozione dell'impugnato annullamento in autotutela prot. n. -OMISSIS- prevedeva al comma 1: *“Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”*) non era applicabile alla fattispecie, né era imposto l'obbligo di puntuale motivazione affermato in proposito dal Tar.

Infatti alla fattispecie, data la non fedele rappresentazione della situazione fattuale alla base degli assenti edilizi, risultavano invece applicabili - e risultano correttamente applicati dall'annullamento in autotutela da parte del Comune - i principi che poi sarebbero stati espressamente indicati nella nota pronuncia dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 17 ottobre 2017, n. 8, e che qui si riportano:

- il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e, in ogni caso, il termine *“ragionevole”* per la sua adozione decorre soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'Amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro;

- l'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione è attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso può essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultino in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio dello *ius poenitendi*);
- la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo; per cui l'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte.

Così appurato il corretto esercizio del potere di annullamento in autotutela risultano, a prescindere da ogni altra considerazione, prive di rilievo le argomentazioni di entrambe le parti circa l'applicazione del citato articolo 85 della legge regionale n. 52/1989, trattandosi di disposizioni finalizzate al recupero abitativo dei sottotetti e non alla sanatoria di assensi edilizi basati su infedeli rappresentazioni di fatto.

Il primo motivo d'appello risulta dunque fondato.

1.2 – Il secondo motivo è proposto avverso il capo della sentenza appellata che ha annullato, per vizio di motivazione, il provvedimento prot. n. -OMISSIS- novembre 2009, di diniego del rilascio del permesso di costruire, per completamento lavori e sanatoria di difformità.

Il diniego è stato opposto dal Comune all'istanza dell'appellato prot. n. -OMISSIS-, volta ad ottenere un permesso di costruire:

- per il completamento di lavori già assentiti con i citati assensi edilizi di cui di cui: alla concessione edilizia n. -OMISSIS-(per la ristrutturazione e l'ampliamento ai sensi della citata legge n. 166/2002); al permesso di costruire in variante ed in

sanatoria n. -OMISSIS-; al permesso di costruire n.-OMISSIS-(per il recupero abitativo del sottotetto ai sensi dell'art. 85 della citata legge della Regione Abruzzo n. 15/2004);

- per la sanatoria delle difformità rilevate rispetto ai precedenti permessi rilasciati.

Il diniego, preceduto da preavviso ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha indicato i seguenti già riferiti motivi ostativi:

a) mancanza del calcolo delle superfici ai sensi dell'art. 28 della citata legge n. 166/2002;

b) piano secondo (sottotetto): discordanza nelle altezze interne fra gli elaborati grafici agli atti del Comune (risultanti dai citati assensi edilizi n. -OMISSIS-) e l'elaborato grafico allegato alla domanda del permesso di costruire in sanatoria (di cui alla citata domanda prot. n. -OMISSIS-);

c) piano secondo (sottotetto): mancanza degli arredi fissi previsti nel citato permesso di costruire n. -OMISSIS-;

d) piano primo: discordanza nelle altezze interne fra gli elaborati grafici agli atti del Comune Comune (risultanti dai citati assensi edilizi n. -OMISSIS-) e l'elaborato grafico allegato alla domanda del permesso di costruire in sanatoria (di cui alla citata domanda prot. n. -OMISSIS-);

e) piano primo: mancanza degli arredi fissi previsti nel citato permesso di costruire n. -OMISSIS-.

La sentenza appellata, accogliendo le censure di primo grado, ha ravvisato i seguenti vizi del provvedimento:

- con riferimento al rilievo *sub a)*: nella Relazione tecnica a corredo della citata domanda prot. n. -OMISSIS- il calcolo delle superfici non era mancante come affermato nell'impugnato diniego comunale; invece quei calcoli erano riportati alle pagine 6 e 7 della suddetta Relazione;

- con riferimento al rilievo *sub e)* nella suddetta Relazione era anche indicato il motivo dell'eliminazione degli arredi fissi al primo piano; ma ciò nonostante - ha osservato il Tar - l'impugnato diniego nulla rilevava in merito a queste specifiche indicazioni contenute nella Relazione tecnica e, in particolare, perché si concretasse comunque inidoneità all'accoglimento della domanda di permesso;
- con riferimento al rilievo *sub c)*: analogo difetto di motivazione e di logicità a fronte delle esplicite controdeduzioni contenute nella suddetta Relazione che gli arredi fissi del secondo piano non erano stati eliminati ma riportati nell'elaborato allegato alla suddetta domanda, e che l'attuale loro mancanza, non essendo stata comunicata l'ultimazione dei lavori, non poteva essere affatto intesa come “*variazione*”, ciò anche in considerazione della circostanza che la relativa domanda era stata inoltrata anche a sanatoria delle difformità esistenti;
- con riferimento ai rilievi *sub b)* e *d)*: analogo difetto di motivazione e di logicità, in considerazione della circostanza che la relativa domanda era stata inoltrata anche a sanatoria delle difformità esistenti.

Relativamente alla parte di sentenza ora in argomento l'appello per un verso contesta i sopra indicati specifici rilievi di carenza di motivazione e di logica ravvisati dal primo giudice e per altro verso denuncia che il Tar non ha considerato:

- 1) che l'impugnato diniego di sanatoria ha tenuto conto dei volumi e delle superfici effettivamente realizzati, anche, in considerazione delle misure effettivamente riscontrate in sede di verifica procedimentale;
- 2) il fondamentale profilo costituito dal vincolo cimiteriale gravante sull'area, e il conseguente limite massimo consentito del 10% della volumetria esistente; limite superato dagli abusi oggetto della respinta domanda di sanatoria, sì da escludere questa sanatoria perché gli abusi erano in contrasto con le norme primarie e regolamentari applicabili alla fattispecie;

- 3) *a fortiori*, le prospettazioni fatte nelle finali repliche di primo grado circa gli specifici calcoli di superficie legittimamente superabile grazie all'incremento del 10% consentito dall'articolo 28 della citata legge n. 166/2002, anche con riferimento all'ammissibilità di superficie degli annessi (quali garage e cantina) e al relativo computo;
- 4) gli specifici calcoli delle volumetrie;
- 5) il richiamo alle norme regolamentari violate;
- 6) il richiamo alle tavole versate in atti in primo grado;
- 7) la mancata utilizzazione da parte del primo giudice, "*in ipotesi estrema e, a tutto volersi concedere*", di una consulenza tecnica d'ufficio.

1.2.1 - Si osserva che quanto ai sopra esposti profili sub 1), 4), 5), 6) 7) la sentenza appellata appare priva dei vizi denunciati, anche con riferimento ai rilievi di carenza di motivazione e di logicità.

Infatti, come rilevato dal primo giudice, dalla documentazione in atti risulta che il calcolo delle superfici non era mancante, come affermato nell'impugnato diniego comunale alla lettera *a*) (sulla quale però v. *infra* il capo 1.2.2), ma erano invece riportati a pag. 6 e 7 della Relazione tecnica a corredo della respinta domanda di permesso di costruire.

Altresì, agli addebiti dell'atto impugnato relativi agli arredi fissi (addebiti che l'atto impugnato indica nel punto *c*) con riferimento al piano secondo (sottotetto) e nel punto *e*) con riferimento al piano primo) la medesima Relazione tecnica esponeva - alla pagina 2 con riferimento al piano secondo sottotetto e alla pagina 7 con riferimento al piano primo - specifiche considerazioni relative a quegli arredi, considerazioni in effetti ignorate nella motivazione dell'atto impugnato, anche perché la relativa domanda era stata inoltrata anche a sanatoria delle difformità esistenti e dunque le relative pronunce dell'Amministrazione avrebbero dovuto

tener conto di quella domanda, espressamente pronunciandosi su tutto quanto in essa evidenziato.

Quanto agli addebiti dell'atto impugnato relativi alla discordanza nelle altezze interne fra l'elaborato grafico allegato alla domanda del respinto permesso di costruire in sanatoria prot. n. -OMISSIS- e quelle - indicate nelle lettere *b)* e *d)* dell'impugnato diniego - risultanti dai pregressi assensi edilizi n. -OMISSIS- appare corretto il rilievo del primo giudice il quale afferma che proprio perché la domanda prot. n. -OMISSIS- era stata inoltrata anche a sanatoria delle difformità riscontrate dal Comune, era logico che vi fosse discordanza fra le misurazioni dei pregressi assensi edilizi e quelle oggetto della domanda di sanatoria; e che su questo profilo è parimenti mancata una motivazione dell'atto impugnato.

Altresì non risulta un vizio di motivazione del Tar circa un richiamo alle norme regolamentari violate (v. sopra il punto 5): un simile specifico richiamo è assente nell'impugnato provvedimento prot. n. -OMISSIS-novembre 2009, né risultano in proposito specifiche prospettazioni nelle difese comunali del primo grado.

Quanto alla censura di mancata utilizzazione da parte del primo giudice di una consulenza tecnica d'ufficio si osserva che dall'esame degli atti non risulta una simile necessità ai fini della pronuncia di primo grado.

1.2.2 - Deve però osservarsi, con riferimento ai rilievi dell'appello sopra indicati *sub* 2) e 3), che in effetti il Tar non ha considerato specifiche prospettazioni esposte dal Comune in primo grado, le quali offrivano una differente interpretazione dell'addebito che il contestato diniego prot. n. -OMISSIS- ascriveva alla respinta domanda prot. n. -OMISSIS-.

Laddove il diniego prot. n. -OMISSIS- ha rilevato, alla lettera *a)*, che tra i motivi ostativi all'assenso edilizio, anche in sanatoria, vi era la "*mancanza del calcolo delle superfici ai sensi dell'art. 28 della citata legge n. 166/2002*" il provvedimento recava un esplicito richiamo a quella disposizione, concernente il vincolo cimiteriale.

Ed in effetti, con riferimento alle superfici assentibili, quell'articolo 28 (*“Edificabilità delle zone limitrofe ad aree cimiteriali”*), modificativo, tra l'altro, dell'articolo 338, ultimo comma, del testo unico delle leggi sanitarie di cui al regio decreto 24 luglio 1934, n. 1265, imponeva *“All'interno della zona di rispetto per gli edifici esistenti sono consentiti interventi di recupero ovvero interventi funzionali all'utilizzo dell'edificio stesso, tra cui l'ampliamento nella percentuale massima del 10 per cento e i cambi di destinazione d'uso, oltre a quelli previsti dalle lettere a), b), c) e d) del primo comma dell'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457”*.

Come denunciato nell'appello, il Comune aveva prospettato al Tar (in particolare nella memoria dell'11 febbraio 2010), così chiarendo il suddetto sintetico - ma pur presente - addebito di cui alla citata lettera a) dell'atto impugnato (*“mancanza del calcolo delle superfici ai sensi dell'art. 28 della citata legge n. 166/2002”*), che *“nella zona in cui ricade l'immobile opera il vincolo cimiteriale che non consente ampliamenti superiori al 10%”*; ed aveva poi il Comune ampiamente illustrato al Tar:

- il superamento di quel limite del 10%;
- che era *“su tali basi che il Comune di Collecervino nell'assumere l'atto di diniego definitivo prot. n. -OMISSIS- ha respinto la richiesta di sanatoria rilevando un inammissibile incremento di altezza/volumetria”*;
- che le misurazioni del fabbricato e degli elaborati grafici di cui alla domanda di permesso di costruire in sanatoria erano in contrasto con quel limite dimensionale del 10%.

La sentenza appellata ha omesso di considerare questi espliciti - e condivisibili - rilievi prospettati in primo grado; sicché essa soggiace alla censura d'appello che lamenta espressamente come *“su un tale aspetto la sentenza risulti gravemente carente e perplessa”*: il suddetto addebito sub a) correttamente escludeva l'assenso edilizio per gli incrementi volumetrici superiori al limite del 10% imposto dal vincolo cimiteriale, e la sentenza appellata avrebbe dovuto pronunciarsi su questo profilo.

Relativamente al presente tema del vincolo cimiteriale l'appellato sostiene che la citata legge regionale n. 15/2004 non esclude alcuna zona dall'applicabilità delle norme in essa contenute, espressamente riferendosi solo ai “*sottotetti esistenti*”. Ma è noto che il vincolo cimiteriale ha carattere assoluto, e può essere derogato esclusivamente nel caso sussistano le condizioni, assenti nel caso di specie, di cui all'art. 388, comma 5, del citato n. 1265/1234 (“*Per dare esecuzione ad un'opera pubblica o all'attuazione di un intervento urbanistico, purché non vi ostino ragioni igienico-sanitarie, il consiglio comunale può consentire, previo parere favorevole della competente azienda sanitaria locale, la riduzione della zona di rispetto tenendo conto degli elementi ambientali di pregio dell'area, autorizzando l'ampliamento di edifici preesistenti o la costruzione di nuovi edifici. La riduzione di cui al periodo precedente si applica con identica procedura anche per la realizzazione di parchi, giardini e annessi, parcheggi pubblici e privati, attrezzature sportive, locali tecnici e serre*”) (v., per tutte, Cons. Stato, Sez. II, 25 maggio 2020, n. 3317).

L'appellato sostiene altresì che la pure citata legge n. 166/2002 sottopone al limite d'aumento massimo del 10% ciò che è rilevante dal punto di vista urbanistico, consentendo, oltretutto, “*la modifica della destinazione d'uso*”; sicché se, paradossalmente, all'entrata in vigore della legge n. 166/2002 l'appellato avesse già realizzato i sottotetti, egli avrebbe potuto effettuare la modifica della destinazione d'uso ai sensi dell'art. 28 della citata legge, senza dover ricorrere alla suddetta legge regionale n. 15/2004. Ma è incontestato che l'aumento di volumetria è successivo all'entrata in vigore della legge n. 166/2002, sicché il presente rilievo non è conferente.

Parimenti non conferente è il richiamo alla modifica d'uso, “*grazie alla legge n. 166/2002*”, del locale “*fondaco*” posto al piano terra del fabbricato in “*letto e bagno*”; modifica che l'odierno appellato rileva d'aver potuto effettuare per la concessione n. -OMISSIS-: si tratta infatti di assensi edilizi diversi da quelli negati con l'impugnato provvedimento prot. n. -OMISSIS-novembre 2009.

L'appellato aggiunge, nella successiva memoria del 25 agosto 2020, che *“nella richiesta del 2009, è stato ampiamente dimostrato, con il ricorso a semplici calcoli, che siffatto limite doveva ritenersi rispettato”*. Ma dagli atti non risulta una simile dimostrazione.

La pronuncia oggetto d'appello deve pertanto essere riformata anche in accoglimento di queste censure motivazionali e sostanziali del secondo motivo d'appello sopra indicati ai numeri 2) e 3) nel precedente capo 1.2 della presente sentenza, le quali afferiscono a un aspetto che sarebbe stato da solo sufficiente a fondare il diniego di permesso di costruire, in modo da rendere recessiva la pur acclarata fondatezza delle ulteriori doglianze accolte dal primo giudice.

2. - In conclusione l'appello deve essere accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La peculiarità della vicenda esaminata induce alla compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

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

Per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellato.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giancarlo Luttazi**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.