



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 1138 del 2015, proposto da Piero Porru e Andesiti S.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Pubusa e Paolo Pubusa, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

contro

Comune di Cagliari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Frau, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Nicola Giancaspro in Roma, via Postumia, 1; Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Murrone e Mattia Pani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda) n. 618/2014, resa tra le parti, concernente diniego accertamento di conformità di opere edilizie;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari e della Regione Autonoma della Sardegna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2023 il Cons. Thomas Mathà;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È appellata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna di reiezione del ricorso proposto dal Piero Porro e dalla Andesiti S.r.l. avverso il provvedimento adottato dal Comune di Cagliari del 2010 che rigettava la richiesta di accertamento di conformità per l'ampliamento di un garage interrato nel Comune di Cagliari in via dei Conversi snc.

2. I predetti ricorrenti insorgevano contro la determinazione dirigenziale n. 6500/2010 del 21.6.2010.

3. Sul piano fattuale, nel presente giudizio viene in rilievo un intervento edilizio che, per quanto riguarda questa causa, ha realizzato un garage interrato in difformità dalla concessione edilizia del 1993 (n. 8/93/C). Dopo aver accertato nel 1994 che alcuni lavori riguardanti il garage erano difformi dal citato permesso di costruire n. 8/1993, il Comune nel 1995 sospendeva i lavori.

3.1 Il sig. Porru presentava il 18.9.1995 una richiesta di permesso di costruire in sanatoria per sanare la difformità rilevata, e sebbene la Commissione Edilizia esprimeva parere favorevole (a condizione della presentazione di ulteriori elaborati tecnici, successivamente depositati dall'istante, e, in un secondo momento, richiedeva ancora l'individuazione di distanze, prontamente consegnate dal sig.

Porru) e l'Ufficio tutela del Paesaggio della Regione rilasciava il relativo Nulla Osta, la pratica non veniva ultimata.

3.2 Nel 2009 veniva inoltrato presso il SUAP del Comune una nuova domanda di accertamento di conformità (l'immobile era stato *medio tempore* ceduto all'impresa Andersiti srl).

3.3 Il SUAP, con provvedimento del 21.6.2010, ha rigettato la domanda.

4. Secondo i ricorrenti di primo grado, al contrario, l'atto sarebbe illegittimo, denunciando:

- 1) la violazione della legge regionale n. 23/1985, art. 6, che prevedrebbe la competenza del Sindaco e non del dirigente di adottare tali atti;
- 2) la violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990 per il mancato invio del preavviso di rigetto contenente i motivi ostativi all'accoglimento della domanda;
- 3) la violazione di legge e l'eccesso di potere in quanto l'ufficio comunale avrebbe sovrapposto le sue valutazioni negative sul piano paesaggistico malgrado il competente ufficio regionale si fosse già favorevolmente espresso nel 1992 e nel 2009 in ordine alla compatibilità dell'opera con i valori tutelati;
- 4) la violazione dell'art. 25 delle NTA del PTP e l'eccesso di potere per difetto dei presupposti, in quanto nel caso *de quo* non si sarebbe realizzato alcun incremento di volumetria e dunque sarebbe erroneo il richiamo all'art. 25 del PTP di Molentargius-Monte Urpinu;
- 5) la violazione dell'art. 16 comma 1 della legge regionale n. 23/1985, in relazione all'art. 25 del PTP di Molentargius-Monte Urpinu, in quanto in ragione del tempo della prima presentazione della domanda (1995), della quale la seconda costituirebbe una mera reiterazione, le norme di attuazione del PTP regionale (entrato in vigore nel 2006) non dovrebbero trovare applicazione; l'illegittimità dell'art. 25 delle NTA del PTP in riferimento all'art. 27 dello Statuto della Regione

Autonoma Sardegna in quanto rientrerebbe tra le attribuzioni del Consiglio regionale e non nella competenza della giunta.

5. Si era costituito in reiezione il Comune, spiegando l'infondatezza del gravame.

6. Il TAR rigettava il ricorso rilevando la legittimità del provvedimento del Comune.

7. Appellano la sentenza Pietro Porru e la Andersiti s.r.l., riproponendo sostanzialmente i motivi di censura spiegati in primo grado, ma adattati all'impostazione della sentenza del TAR.

7.1 Con il primo motivo di appello si deduce il vizio di incompetenza, violazione dell'art. 6 della L.R. 23/1985 nella parte in cui attribuisce al sindaco la competenza all'adozione di provvedimenti amministrativi.

7.2 Con il secondo motivo si censura la violazione dell'art. 10-*bis* della L. n. 241/1990 chiedendo la riforma della sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto inapplicabile al caso di specie tale articolo che prevede la comunicazione del preavviso di diniego.

7.3 A prosieguo gli appellanti sostengono, con il terzo motivo del ricorso, che a fronte del parere favorevole dell'ufficio Tutela del Paesaggio della Regione Autonoma Sardegna e del parere favorevole condizionato della Commissione Edilizia, la determinazione assunta dal Comune di Cagliari sarebbe manifestamente illogica e contraddittoria.

7.4 Con la quarta doglianza si lamenta la violazione dell'art. 25 delle NTA del PTP, sostenendo che – trattandosi di un intervento a carattere conservativo che non comporta aumento di volumetria – lo stesso non sarebbe in contrasto con la disposizione di cui all'art. 25 delle NTA del PTP Molentargius-Monte Urpinu.

7.5 Con il quinto motivo dell'appello si eccepisce la violazione dell'art. 16 della L.R. n. 23/1985 (sempre in relazione all'art. 25 del PTP).

7.6 Infine, con l'ultimo motivo gli appellanti affermano l'illegittimità dell'art. 25 delle NTA del PTP Regionale con riferimento all'art. 27 dello Statuto Sardo.

8. Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione comunale di Cagliari e la Regione Autonoma della Sardegna ritenendo l'appello inammissibile ed infondato.

9. Con ordinanza n. 10863 del 2022 la Sezione:

- premesso che gli appellanti con il primo motivo censurano la gravata sentenza per l'erronea interpretazione dell'incompetenza del dirigente ad adottare il provvedimento di diniego, atteso che in base all'art. 16 della legge regionale n. 23/1985 sarebbe ancora il Sindaco l'organo competente ad accogliere o rigettare le domande di sanatoria edilizia, rilevava che la resistente amministrazione comunale, nella memoria del 2.6.2022 affermava invece che la maggioranza degli atti edilizi di natura gestionale nel Comune sono – in base agli artt. 6, comma 2, e 107, comma 3 della legge n. 127/1997 – affidati al dirigente responsabile del rispettivo settore, atteso che l'esplicito riferimento ai “*provvedimenti amministrativi*” nella citata legge 127/1997 (che concerne quindi l'intera attività amministrativa dell'ente locale) incardinerebbe la titolarità dell'attività di gestione ed amministrazione attiva in capo al funzionario dirigente, indipendentemente dalla tipologia e dal regime giuridico del singolo atto;

- considerava che sin dal d.lgs. n. 80/1998 è stato introdotto, nell'ambito dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (compresi gli enti locali, per espresso richiamo normativo; attualmente, la previsione di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001), il principio di distinzione tra organi di indirizzo politico-amministrativo ed attività di gestione. A completamento di tale principio la disposizione di cui all'art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 80/1998 ha previsto che “*a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le disposizioni previgenti che conferiscono agli organi di governo l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi di cui all'art. 3, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, si*

intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti". Tale previsione è stata, successivamente, abrogata dalla disposizione di cui all'art. 72, comma 1, lett. bb), del d.lgs. n. 165/2001 che, tuttavia, conferma la competenza dirigenziale nell'emanazione dei provvedimenti amministrativi (cfr., Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2014, n. 3147);

- rilevava che tale principio è destinato sicuramente ad esplicare i suoi effetti, come limite, anche nei confronti della legislazione regionale, ed anche laddove la potestà in materia edilizia sia configurata come di tipo o livello primario, restando tuttavia da chiarire se in termini invalidanti o caducanti eventuali previsioni della legge regionale contrastanti con tale principio generale, ovvero non oggetto di adeguamento ad esso (come parrebbe essere il caso dell'art. 16 della l.r. 23/1985 in questione, rimasto invariato negli anni e dove ancora si fa menzione del Sindaco);

- riteneva utile che le difese si confrontino su questo specifico tema, tenuto anche conto che dal provvedimento gravato non emerge se il dirigente sia stato delegato a tale attività e sulla base di quale atto organizzativo, di natura regolamentare, dell'amministrazione dal quale possa risultare la specifica competenza e funzione dirigenziale nell'emanazione dei provvedimenti (su istanze di sanatoria), ad onta del disposto della norma regionale nel suo significato letterale.

10. Successivamente le parti hanno depositato memorie su tale tema il 7.1.2023, il 10.1.2023 ed il 11.1.2023.

11. Nell'udienza pubblica del 9 febbraio 2023 la causa è stata introitata dal Collegio per la decisione.

12. Preliminarmente, il Collegio può rilevare l'infondatezza della censura contenuta nel primo motivo di appello, e vertente sull'asserita erronea interpretazione dell'incompetenza del dirigente ad adottare il provvedimento di diniego, in quanto in base all'art. 16 della legge regionale n. 23/1985 sarebbe il Sindaco l'organo

competente ad accogliere o rigettare le domande di sanatoria edilizia e non il dirigente.

12.1 Il Comune, con la memoria depositata il 7.1.2023, ha dedotto:

- l'introduzione del principio di separazione tra politica e amministrazione sarebbe dovuta all'art. 51 della legge n. 142/1990 ("Ordinamento delle Autonomie Locali"), che lo ha codificato per la dirigenza degli enti locali ancora prima dell'avvio del processo di contrattualizzazione del pubblico impiego;
- il d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 ("TUEL") attribuirebbe a tale principio valenza cardinale, sviluppandolo all'interno del medesimo circuito tripolare "indirizzo-gestione-verifica", descritto dall'art. 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165;
- l'art. 107 del TUEL sancirebbe la competenza dei dirigenti degli enti territoriali in merito alla direzione degli uffici e dei servizi, secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti, i quali devono uniformarsi al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo, attribuendo quindi ai dirigenti l'adozione di tutti gli atti e provvedimenti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno; essi sarebbero pertanto titolari di poteri di gestione tra cui è ricompresa l'attività in materia edilizia. Il provvedimento gravato sarebbe stato correttamente adottato dal dirigente dello Sportello Unico per le attività Produttive e l'edilizia (SUAP, poi SUAPE) nell'ambito del procedimento in conferenza di servizi conclusosi con determinazione espressa di rigetto;
- il predetto servizio è stato istituito dal comune di Cagliari con deliberazione della Giunta Comunale n. 745/1999, successivamente (delibera n. 137/2006) è stato adottato il regolamento per l'organizzazione e il funzionamento del servizio;

- una corretta lettura del quadro normativo ed una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 della L.R. n. 23/1985 non potrebbe che condurre a sostenere che laddove nella disciplina regionale sia presente la parola "Sindaco" questa dovrebbe intendersi sostituita dalla parola "Dirigente" al quale sono state chiaramente trasferite *ex lege* tutte le competenze di carattere amministrativo.

12.2 Il Collegio rileva che in base a quanto affermato e congruamente documentato dall'Amministrazione Comunale, la censura riguardante l'incompetenza del dirigente si rileva inammissibile, in quanto i ricorrenti non hanno impugnato gli atti presupposti, rispetto a quello qui impugnato, che disciplinano specificamente la competenza del dirigente del SUAP ad adottare gli atti in materia edilizia.

12.3 La competenza dirigenziale risulta infatti:

a) dalla delibera della Giunta Comunale n. 745 del 28.4.1999 (doc. 1 del Comune di Cagliari), che istituiva il servizio dello Sportello Unico per le attività produttive (SUAP), richiamando il d.lgs. 112/1998;

b) dalla delibera della Giunta Comunale n. 137 del 30.3.2006 (doc. 2 del Comune), che approvava il regolamento che disciplinava nel dettaglio l'organizzazione ed il funzionamento del servizio (doc. 4 del Comune); da tale provvedimento emerge all'articolo 4 che il SUAP esercita funzioni di carattere amministrativo, per la gestione del procedimento unico ed all'art. 6 comma 2 compete al dirigente responsabile l'emanazione del provvedimento. Il SUAP (oggi SUAPE) è competente anche per tutti i procedimenti in materia edilizia, non solo di attività produttive.

12.4 Risulta al Collegio che tali atti non sono stati gravati dagli appellanti, e discendendo dai medesimi specificamente la competenza dirigenziale come atto amministrativo di carattere organizzativo, era onere dei ricorrenti impugnarli deducendone nella prospettiva degli stessi ricorrenti il loro contrasto con la

disposizione della legge regionale che ancora fa menzione del sindaco quale autorità competente a provvedere sulle istanze di conformità in materia edilizia, con conseguente inammissibilità della censura (e conseguente irrilevanza della questione di legittimità costituzionale della norma regionale nel caso *de quo*, di cui in effetti sarebbe piuttosto problematico, altrimenti, fornire in questa sede un'interpretazione costituzionalmente orientata, che altro non sarebbe se non un intervento manipolativo ovvero sostitutivo, della parola "dirigente" a quella di "sindaco", intervento per l'appunto riservato semmai al Giudice delle leggi; ma prima ancora alla Regione nell'esercizio della potestà legislativa che le è propria e che ben potrebbe finalmente intervenire in senso modificativo, come ha fatto per tutto il resto).

13. Proseguendo con lo scrutinio dei motivi dell'appello, il Collegio rileva la fondatezza del ricorso sotto l'assorbente motivo della violazione dei diritti partecipativi del cittadino previsti dall'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990 rilevata con il secondo motivo dell'appello.

13.1 I ricorrenti hanno dedotto nel ricorso di primo grado che il rigetto della domanda di sanatoria è stato adottato senza la previa comunicazione dei motivi ostativi, prevista per i procedimenti su istanza di parte. Il TAR ha però rilevato che i ricorrenti avevano partecipato alla Conferenza di servizi attraverso il loro tecnico incaricato e quindi le esigenze di garanzia procedimentale sottese dalla norma sarebbero state salvaguardate. Pertanto, accertava il primo Giudice, si doveva valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non avessero inciso sulla sua legittimità sostanziale; inoltre, l'ufficio comunale avrebbe fondato le sue argomentazioni su elementi obiettivi che non avrebbero potuto avere esito diverso con un ulteriore apporto procedimentale.

13.2 Tali assunti del TAR non sono però condivisibili, e risulta invece apprezzabile la critica degli odierni appellanti nel senso che tale partecipazione del tecnico ha avuto luogo durante la procedura, ma prima che l'orientamento del diniego si fosse formato. Ma l'art. 10-*bis* impone che dopo la maturazione della propensione al diniego di un'istanza di parte debba essere comunicato al privato il relativo preavviso: non nella fase di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della medesima legge n. 241/1990, ma nella fase pre-decisoria, una volta terminata l'istruttoria.

13.3 Inconferente nel caso di specie è anche il richiamo del TAR all'art. 21-*octies* della l. 241/1990 sulla decisione della P.A. in base ad elementi obiettivi, non suscettibili di diversa interpretazione, in quanto:

- i) si trattava (come emerge anche dai successivi motivi di impugnazione) di questioni che riguardano l'analisi e la decisione sull'art. 25 delle Norme Tecniche di Attuazione del P.T.P. Molentargius-Monte Urpinu, che – come risulta dalla rispettiva censura in merito – non era e non è tutt'oggi di facile soluzione;
- ii) gli appellanti potevano rilevare la contraddittorietà dell'operato della P.A. fra l'ammissione da parte del servizio edilizia privata del Comune al mantenimento della volumetria originaria dell'interramento del garage ed il diniego che invece ha negato questo dato (come rilevato nella seduta della conferenza dei servizi);
- iii) non era affatto scontata, come emerge dagli atti depositati, l'incidenza dell'ampliamento del garage nella valutazione complessiva delle opere (e la differenza tra quelle assentite originariamente).

13.4 Questo è sufficiente per rilevare che in base ad un ulteriore approfondimento ed eventuali nuovi accertamenti (sia sugli elaborati tecnici, sia sulla situazione dei luoghi o in base a nuove valutazioni) l'esito poteva essere anche diverso.

13.5 Occorre premettere, al riguardo, che un'applicazione corretta dell'art.10-*bis* della legge n. 241 del 1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende

assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio pre-decisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione (Cons. Stato, sez. I, 25 marzo 2015, n. 80; id., sez. VI, 2 maggio 2018 n. 2615). Solo il *modus procedendi* appena descritto permette che la disposizione di riferimento assolva la sua funzione di consentire un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che si traduca in un inutile e sterile adempimento formale (peraltro neppure rispettato nel caso di specie). In linea generale va ribadito che, l'istituto del preavviso di rigetto, stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui al citato art. 10-*bis* in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di uno apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda. Nel caso di specie, contrariamente a quanto desumibile dalla sentenza appellata, non è applicabile la sanatoria processuale, a fronte dell'impossibilità di escludere a priori, a fronte degli elementi dedotti da parte istante anche in sede giudiziale, che il procedimento potesse concludersi diversamente. Se appare in generale necessario garantire il preliminare esame degli elementi istruttori prodotti da parte originaria istante nell'ambito della naturale sede procedimentale, ciò occorre a maggior ragione nel caso di specie. In proposito, gli elementi da approfondire nella naturale e prioritaria sede procedimentale, debitamente evidenziati in sede giudiziale da parte istante, assumono rilievo sotto due profili: per un verso, in relazione alla verifica circa l'effettiva consistenza dell'abuso in questione, per un altro verso, in

relazione alla verifica circa l'invocata applicabilità o meno dell'art. 25 delle N.T.A. del P.T.P.

14. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va accolto e, per l'effetto, va annullato il provvedimento impugnato, salvi i successivi atti dell'amministrazione, auspicabilmente dopo avere la stessa Regione, in sede legislativa, con quanta più sollecitudine possibile "ammodernato" l'art. 16 della l.r. 23/1985.

15. Sussistono giustificati motivi, a fronte della particolarità della vertenza, per compensare le spese del 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 il ricorso di primo grado ed annulla la determinazione dirigenziale n. 6500/2010 del 21.6.2010. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Thomas Mathà

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI