



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 4406 del 2017, proposto da Deidda Letizia, rappresentata e difesa dall'avvocato Armando Gamalero, domiciliato presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Comune di Bargagli, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 1130/2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2023 il Cons. Giovanni Gallone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. In data 30 giugno 2011, Deidda Letizia, odierna appellante, ha presentato un'istanza di permesso di costruire per l'ampliamento di un edificio rurale sito nel territorio del Comune di Bargagli in Via XXV Aprile n. 17, in stato di avanzato degrado, incluso nella zona EP-agricolo-produttiva di cui all'art. 46 delle N.T.A. del P.R.G., non sottoposta a vincolo paesaggistico.

1.1 Con nota prot. n. 2605/13 del 27 febbraio 2014, il predetto Comune ha dato riscontro alla suddetta istanza comunicando a Deidda Letizia "che la Commissione edilizia nella seduta del 28/01/2014 ha espresso il seguente parere: FAVOREVOLE" ed indicandole gli adempimenti (marca da bollo, diritti di segreteria, ecc.) ancora occorrenti per il rilascio del titolo edilizio.

1.2 Senza attendere quest'ultimo, l'appellante ha dato avvio ai lavori ed è stata destinataria dell'ordinanza di demolizione n. 3 del 14 ottobre 2014.

Ha, quindi, presentato una prima istanza di sanatoria in data 10 gennaio 2015 che è stata respinta con nota prot. n. 105/15 del 4 marzo 2015 sulla base del parere della C.E. 26 febbraio 2015.

Con l'ausilio di un nuovo professionista ha, successivamente, presentato una seconda istanza di regolarizzazione in data 14 maggio 2015 che è stata respinta con il provvedimento dirigenziale prot. n. 2170 del 12.6.2015, sulla base della seguente motivazione tratta dal parere negativo della C.E. dell'11 giugno 2015: "Contrario attesa la insussistenza della specie dei requisiti di cui all'art. 36 comma 1 D.P.R. n. 380/01 (doppia conformità) in capo alle opere oggetto di richiesta di rilascio di permesso di costruire in sanatoria. Infatti, anche alla luce della maggioritaria giurisprudenza in materia «l'art. 36 T.U. edilizia ammette all'accertamento di conformità le opere eseguite nel senso di realizzato, venendo dunque in rilievo l'opera dello stato di fatto in cui si trova e non in quello ipotetico che potrebbe

verificarsi a seguito dell'effettiva realizzazione degli interventi indicati nell'istanza di sanatoria o in atti successivi»".

2. Deidda Letizia ha impugnato tale provvedimento di diniego dinanzi al T.A.R. per la Liguria, chiedendone l'annullamento.

2.1 A sostegno del ricorso di primo grado sono state dedotte le seguenti censure:

1) *erroneità della sentenza per violazione dell'art. 10-bis, legge 7.8.1990, n. 241 e s.m.i., eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, difetto di presupposto ed assoluta carenza di istruttoria e di motivazione;*

2) *erroneità della sentenza per violazione dell'art. 36, comma 1, D.P.R. n. 6.6.2001, n. 380, eccesso di potere per falsità di presupposto, travisamento, perplessità, illogicità e contraddittorietà, carenza di istruttoria e di motivazione;*

3) *violazione e falsa applicazione dell'art. 3, legge 7.8.1990, n. 241 e s.m.i.. Eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione;*

4) *erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione, sotto diverso profilo, dell'art. 36, comma 1, D.P.R. n. 6.6.2001, n. 380, violazione e falsa applicazione degli artt. 9, 10, 45, 46 del P.R.G. comunale, eccesso di potere per difetto di presupposto, carenza assoluta di istruttoria e di motivazione.*

3. Ad esito del giudizio di primo grado, con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. per la Liguria ha respinto il ricorso proposto da Deidda Letizia.

4. Con ricorso notificato il 17 maggio 2017 e depositato il 16 giugno 2017 Deidda Letizia ha proposto appello avverso la suddetta sentenza.

4.1 A sostegno dell'impugnazione ha dedotto le censure così rubricate:

1) *erroneità della sentenza per violazione dell'art. 10-bis, legge 7.8.1990, n. 241 e s.m.i., eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, difetto di presupposto ed assoluta carenza di istruttoria e di motivazione;*

- 2) *erroneità della sentenza per violazione dell'art. 36, comma 1, D.P.R. n. 6.6.2001, n. 380, eccesso di potere per falsità di presupposto, travisamento, perplessità, illogicità e contraddittorietà, carenza di istruttoria e di motivazione;*
- 3) *violazione e falsa applicazione dell'art. 3, legge 7.8.1990, n. 241 e s.m.i.. Eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione;*
- 4) *erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione, sotto diverso profilo, dell'art. 36, comma 1, D.P.R. n. 6.6.2001, n. 380, violazione e falsa applicazione degli artt. 9, 10, 45, 46 del P.R.G. comunale, eccesso di potere per difetto di presupposto, carenza assoluta di istruttoria e di motivazione.*
5. Non si è costituito in giudizio l'appellato Comune di Bargagli.
6. Con decreto n. 106 del 28 giugno 2017 l'apposita Commissione istituita presso il Consiglio di Stato ha accolto in via provvisoria l'istanza di ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato avanzata dall'appellante.
7. L'8 febbraio 2023 l'appellante ha depositato memorie difensive.
8. All'udienza pubblica del 16 marzo 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato e deve essere respinto.
2. Con il primo motivo di appello si censura la sentenza impugnata nella parte in cui la stessa ha respinto il primo motivo del ricorso di primo grado, a mezzo del quale è stata dedotta la violazione dell'art. 10-bis della L. n. 241 del 1990, osservando che “la determinazione conclusiva da assumere era vincolata ed era stata preannunciata dall'esauriente comunicazione 4.3.2015 della commissione edilizia”. In proposito osserva l'appellante che detta statuizione sarebbe errata in quanto:
- la comunicazione (*rectius* parere) della C.E., cui la sentenza fa riferimento, si riferisce ad una precedente e diversa, istanza di sanatoria (quella del 10 gennaio 2015, non quella del 14 maggio 2015), sulla cui inconferenza pare concordare il

T.A.R. medesimo (“a diversa opinione non può indurre l’avvenuta presentazione di una nuova domanda di sanatoria da parte dell’interessata”);

- con riferimento a tale seconda istanza, la C.E. ha espresso, in data 11 giugno 2015, un diverso parere (riportato nel provvedimento impugnato);

- la pronuncia su una (diversa) istanza di accertamento di conformità non può ritenersi “vincolata”, o, comunque, vincolante;

- in ogni caso, la ricorrente non ha potuto giovare del momento partecipativo di cui all’art. 10-bis, L. n. 241 del 1990.

3. Con il secondo motivo di appello si censura la sentenza impugnata nella parte in cui la stessa ha respinto il secondo motivo del ricorso di primo grado, a mezzo del quale è stata dedotta la violazione dell’art. 36, comma 1, D.P.R. n. 380 del 2001, ritenendo insussistente il requisito della cd. “doppia conformità” e osservando che la relativa “motivazione del provvedimento era già contenuta nella ricordata formulazione del parere 4.3.2015, che aveva preso in esame il fabbricato abusivo e le norme sulle quali avrebbe dovuto essere parametrata la sanatoria richiesta. La situazione non è poi mutata a seguito della proposizione della domanda di sanatoria che ha dato inizio al procedimento concluso con l’atto impugnato”. In particolare, il T.A.R. avrebbe ommesso di valutare la specifica motivazione fornita dal Comune nell’atto impugnato e nel parere reso dalla C.E., surrogando illegittimamente quest’ultima con quella contenuta in un atto (il parere della C.E. del 4 marzo 2015) che sarebbe estraneo al procedimento.

Parte appellante aggiunge, sul punto, che la normativa edilizia ed urbanistica del Comune di Bargagli (in particolare il P.R.G. del 1999) risulterebbe del tutto invariata nel periodo intercorso tra l’accertamento dell’abuso e l’esame della relativa istanza di sanatoria sicché non si potrebbe dubitare della sussistenza del requisito della cd. “doppia conformità”.

4. Con il terzo motivo di appello si censura la sentenza impugnata nella parte in cui la stessa ha respinto il terzo motivo del ricorso di primo grado, a mezzo del quale è stata dedotta la violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990. In particolare, si sostiene che dagli atti impugnati e dallo stesso ragionamento del Giudice di primo grado non emergerebbero, con la dovuta chiarezza, le ragioni di diritto e di fatto poste a fondamento del diniego con la conseguenza che l'appellante, intenzionata a regolarizzare un piccolo abuso edilizio in una zona dell'entroterra ligure priva di vincoli paesaggistico-ambientali, non sarebbe stata messa in condizione di provvedere, laddove possibile, ad adeguare l'intervento alla normativa vigente.

5. Con il quarto motivo di appello si censura la sentenza impugnata nella parte in cui la stessa ha respinto il quarto motivo del ricorso di primo grado, a mezzo del quale è stata dedotta la violazione, sotto diverso profilo, dell'art. 36, comma 1, D.P.R. n. 6.6.2001, n. 380 nonché degli artt. 9, 10, 45, 46 del P.R.G. del Comune di Bargagli. Più segnatamente, si sostiene che l'istanza di accertamento di conformità presentata dall'odierna appellante risulterebbe conforme "alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso sia al momento della presentazione della domanda" e che tale conformità sarebbe così evidente da superare anche il contenuto della "comunicazione 4.3.2015" e sarebbe stata compiutamente evidenziata al Comune se quest'ultimo avesse correttamente avviato il contraddittorio previsto dall'art. 10-bis n. 241 del 1990. L'art. 46 delle N.T.A. del PRG, relative alla zona EP, in cui ricade l'immobile di proprietà della ricorrente, consente, infatti, un'ampia gamma di interventi edilizi (v. art. 46 P.R.G.: "sono consentiti gli interventi di cui alle lettere a1[manutenzione ordinaria], a2[manutenzione straordinaria], a3[restauro e risanamento conservativo], a4 [ristrutturazione edilizia], a5, [ricostruzione edilizia], a6[ristrutturazione urbanistica], a7 [ricostruzione su sedime], a8[demolizione], B[nuova costruzione], e C di cui all'art. 10 [in realtà art. 9].... Per le costruzioni esistenti alla data di

adozione del P.R.G. è consentito l'incremento del 20% del volume una sola volta ...”). Inoltre, secondo l'appellante, ove il contraddittorio dell'art. 10-bis della L. n. 241 del 1990 fosse stato instaurato, la stessa avrebbe potuto evidenziare al Comune l'applicabilità al caso di specie della L.R. 49/2009 (c.d. Piano Casa della Regione Liguria), di modo che il contestato ampliamento volumetrico avrebbe certamente potuto essere sanato. Né al riguardo avrebbe potuto essere eccepita l'impossibilità di utilizzare il bonus previsto dal c.d. Piano Casa per la sanatoria di un abuso, atteso che la norma in questione (art. 5, comma 1, lett. a) L.R. n. 49/2009) impedisce che gli edifici abusivi possano essere aumentati in volume, ma non preclude un ampliamento abusivo di un fabbricato regolarmente esistente. Nella specie, risulterebbe per contro pacifico che:

- l'appellante ha realizzato un ampliamento di una preesistenza edilizia legittima e non abusiva;
- l'ampliamento contestato è stato realizzato, in assenza di titolo edilizio, ma nella vigenza della L.R. n. 49/2009;
- quest'ultima legge era in vigore alla data di presentazione della sanatoria.

6. Tutte le suddette censure, che possono essere esaminate congiuntamente stante l'intima connessione tra loro esistente, sono prive di giuridico fondamento.

Preme, anzitutto, rilevare che l'accertamento di conformità ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 è, per costante orientamento giurisprudenziale (da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 15/09/2022, n. 7993), atto *tout court* vincolato, il cui rilascio è saldamente ancorato, senza alcun margine discrezionale di apprezzamento, al riscontro della sussistenza dei suoi presupposti (*in primis* la cd. “doppia conformità”).

Proprio alla luce di tale natura non è dato riscontrare alcun reale *vulnus* alle prerogative partecipative dell'odierna appellante, la quale è stata messa in condizione di prendere parte al procedimento (tanto da ricevere una formale

convocazione dinanzi alla C.E. per l'esame della pratica edilizia, a cui la stessa ha presenziato con l'assistenza di professionisti di fiducia).

6.1 Del resto, quanto alla lamentata mancata emanazione di un preavviso di diniego in relazione alla nuova istanza di accertamento di conformità del 14 maggio 2015, è sufficiente osservare che la giurisprudenza di questa Sezione formatasi in relazione alla violazione dell'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990 (nella versione *ratione temporis* applicabile anteriore alla riforma del 2020) ha avuto, a più riprese, occasione di ribadire che “la mancata comunicazione del preavviso di rigetto da parte del Comune, lungi dall'atteggiarsi a vizio meramente formale, è tale da potenzialmente pregiudicare dal punto di vista sostanziale gli interessi delle appellanti, poiché qualora alle stesse fosse stato comunicato il preavviso di rigetto e le motivazioni su cui esso si basava, queste ultime avrebbero potuto senz'altro orientare l'Amministrazione ad adottare un provvedimento, quanto meno in linea teorica, diverso” ma con la condivisibile precisazione che “La violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare” (Consiglio di Stato sez. VI, 01/03/2018, n.1269; in termini, più di recente, anche Consiglio di Stato , sez. VI , 15/09/2022 , n. 7993, secondo cui “il diniego di sanatoria è atto vincolato, cosicché la mancata comunicazione del relativo preavviso non comporta, in base al principio di cui all' art. 21-octies, comma 2, l. 241/1990 effetti vizianti, ove il Comune non avrebbe potuto emanare provvedimenti differenti”).

6.2 Ebbene, nel caso di specie, appare evidente che contenuto dispositivo di provvedimento non avrebbe potuto essere diverso alla luce di quelle che sono le

consolidate coordinate interpretative in materia di accertamento del requisito del cd. “doppia conformità” ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Più segnatamente, quest’ultimo non sussiste anche nell’ipotesi di sopravvenienza di una disciplina urbanistica o edilizia più favorevole per l’istante (quale, per ipotesi, l’invocata disciplina della L.R. Liguria n. 49/2009 - c.d. Piano Casa della Regione Liguria) rispetto a quella originaria (più restrittiva). Ciò in quanto presupposto indefettibile per il rilascio del permesso in sanatoria è “la non contrarietà del manufatto abusivo alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione sia al momento della presentazione dell’istanza di sanatoria” (così ex multis Consiglio di Stato, sez. VI, 02/05/2022, n. 3437).

In ogni caso, l’intervento de quo non risulta conforme alla vigente disciplina urbanistica posta dall’art. 46 del P.R.G. del Comune di Bargagli in quanto esso determina un ampliamento volumetrico fortemente esorbitante la soglia massima stabilita per la zona EP (pari al massimo al 20% dell’originaria volumetria) essendo, nel caso di specie, riscontrabile un aumento complessivo di mc 97,29, molto maggiore ai mc 51,26 consentiti (*id est* il 20 % dell’originaria volumetria di fabbricato esistente pari a mc 256,30).

Sotto altro profilo va evidenziato che proprio il requisito della c.d. “doppia conformità”, per come costruito dall’art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 spinge a ritenere inammissibile la concessione di una sanatoria con prescrizioni atteso che in giurisprudenza “costituisce ius receptum che il conseguimento del permesso di costruire in sanatoria, ai sensi dell’art. 36 cit., richiede che l’intervento edilizio risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda di sanatoria. Corollario di ciò è che il titolo in sanatoria non può contenere alcuna prescrizione, poiché altrimenti postulerebbe, in contrasto con l’art. 36 citato, non già la «doppia conformità» delle opere abusive, ma una sorta di conformità ex post,

condizionata all'esecuzione delle prescrizioni e, quindi, non esistente né al momento della realizzazione delle opere, né al tempo della presentazione della domanda di sanatoria, bensì eventualmente solo alla data futura e incerta in cui il ricorrente abbia ottemperato a tali prescrizioni” (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, 13 gennaio 2021, n. 423; Consiglio di Stato, sez. VI, 24 giugno 2020, n. 4058; Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 325; T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 09/03/2021, n.619; T.A.R. Basilicata, sez. I, 3/1/2020, n. 16; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 28/10/2016, n. 5010; T.A.R. Liguria, sez. I, 15/1/2016, n. 45).

Alla luce delle considerazioni testè svolte appare, peraltro, irrilevante che il giudice di prime cure abbia fatto riferimento in sentenza, per un *lapsus calami*, al parere della C.E. del 4 marzo 2015 (relativo alla prima istanza di sanatoria). E, infatti, lo stesso va con tutta evidenza letto come riferito al successivo parere C.E. dell'11 giugno 2015 relativo all'istanza denegata (atto che, infatti, è espressamente richiamato nel provvedimento impugnato).

Del resto, sul piano sostanziale, il dovere di motivazione del diniego risulta essere stato adeguatamente assolto da P.A. mettendo semplicemente in evidenza l'invarianza della disciplina urbanistica nel periodo compreso tra la realizzazione dell'abuso e la presentazione dell'istanza ex art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001 oltre che dal riferimento per relationem ai pareri della C.E.. Depone, in questa direzione, la giurisprudenza amministrativa (da ultimo Consiglio di Stato, sez. II, 06/03/2020, n. 1643) secondo cui “Ai fini del diniego di sanatoria edilizia, implicando lo stesso una verifica di carattere vincolato circa la conformità della richiesta con la normativa urbanistico -edilizia, non necessita motivazione ulteriore rispetto a quella relativa alla rispondenza dell'istanza alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie vigenti al momento dell'esame della domanda e al momento di realizzazione delle opere.”

7. Per le ragioni sopra succintamente esposte l'appello è infondato e deve essere respinto con conferma della sentenza appellata.

7.1 Va, tuttavia, confermata, sussistendone i presupposti, in considerazione della non manifesta infondatezza dell'impugnazione proposta, l'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato disposta, con decreto n. 106 del 2017, in favore dell'appellante dall'apposita Commissione istituita presso questo Consiglio di Stato. Il compenso spettante al difensore avv. Armando Gamalero è liquidato come in dispositivo e deve essere posto a carico dell'Erario.

8. Le spese di lite sono da considerarsi irripetibili in ragione della circostanza che le stesse seguirebbero ex artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c. la soccombenza e sarebbero, pertanto, da porre a carico dell'appellante in favore del Comune di Bargagli, il quale, tuttavia, non si è costituito in giudizio.

P.Q.M.

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

Spese irripetibili.

Conferma l'ammissione dell'appellante al beneficio del patrocinio a spese dello Stato disposta con decreto n. 106 del 2017 dell'apposita Commissione istituita presso questo Consiglio di Stato.

Liquida in favore del difensore della parte appellante avv. Armando Gamalero, a titolo di compenso professionale, la somma di € 1.100,00 (millecento/00), oltre gli accessori di legge ordinandone il pagamento a carico dell'Erario.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Gallone

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI