

N. 00237/2024REG.PROV.COLL.
N. 10821/2021 REG.RIC.



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 10821 del 2021, proposto da Patrizia Papasidero, Francesco Trimarchi, rappresentati e difesi dagli avvocati Maurizio Romolo e Gabriella Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del primo, sito in Reggio Calabria, via Niccolò Da Reggio, n. 10;

contro

il Comune di Polistena, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Marciano, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Calabria, sez. st. di Reggio Calabria n. 403/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria del Comune di Polistena;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Giuseppe La Greca;

Nessuno per le parti presente all'udienza pubblica del 16 novembre 2023;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con atto del 1° dicembre 2009 il Comune di Polistena autorizzava l'installazione per un anno, quale opera precaria, di una tensostruttura amovibile su terreno di proprietà della signora Papasidero, censito nel catasto del medesimo Comune al foglio di mappa n. 12, particella n. 97.

Scaduto il termine previsto dalla predetta autorizzazione temporanea e constatato che il manufatto non era stato rimosso, il Comune ingiungeva il ripristino dello stato dei luoghi con ordinanza n. 5 del 9 luglio 2014, alla quale seguiva la presentazione di istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 d. P.R. n. 380 del 2001.

2.- Con il ricorso introduttivo e motivi aggiunti proposti in primo grado, gli originari ricorrenti chiedevano l'annullamento – per violazione dell'art. 45 delle NTA del PRG e dell'art. 101 del regolamento edilizio del Comune di Polistena – rispettivamente dell'ordinanza di demolizione e del silenzio-rigetto formatosi sulla correlata istanza di accertamento di conformità.

3.- Il T.ar. Calabria, sez. st. di Reggio Calabria, con sentenza n. 403 del 2021, dichiarava improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo (in ragione della avvenuta presentazione dell'istanza ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 e sul presupposto che tanto bastasse a determinare la caducazione, ovvero l'inefficacia, dell'ordine di demolizione) e, in mancanza del requisito della c.d. doppia conformità ostativa al rilascio del titolo in sanatoria, rigettava il ricorso per motivi aggiunti.

Evidenziava, tra l'altro, il T.a.r. che:

- l'art. 45 delle norme tecniche di attuazione del PRG subordinerebbe la possibilità di adottare la concessione in sanatoria all'osservanza di una serie di indici e parametri (i quali sarebbero citati nella relazione tecnica di accompagnamento del 10 ottobre 2014, pag. 5 della relazione, Tav. 01), tra i quali vi sarebbero quelli della recinzione distaccata di almeno 5 metri dal filo strada e quello del distacco dell'edificio dai confini di almeno 5 metri;

- detti parametri risulterebbero palesemente non rispettati dal manufatto per il quale è causa;

- dalla mera osservazione della documentazione fotografica allegata (tav. 08), emergerebbe che il muro di recinzione della proprietà dei ricorrenti sarebbe addossato al guardrail della strada circostante e che la tensostruttura sarebbe posta a soli 60 cm dalla sede stradale.

4.- Avverso la predetta sentenza hanno interposto appello solamente gli originari ricorrenti chiedendone la riforma nel capo relativo alla reiezione dei motivi aggiunti: essi – affermata la sussistenza della c.d. doppia conformità in presenza di un'area destinata a zona D1 e non a zona C2 – hanno censurato l'errore di giudizio sul primo motivo di ricorso per travisamento dei fatti (recinzione sul confine

legittimamente autorizzata, opera preesistente al PRG, violazione artt. 45 NTA e 101 REU; art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001). Sostengono gli appellanti che:

- il diniego di accertamento di conformità non può, in tesi, fondarsi sul mancato rispetto di una norma regolamentare sopravvenuta, in presenza di un'opera, in tesi, preesistente e legittimamente realizzata;
- la recinzione, quale limite perimetrale della tensostruttura, sarebbe stata legittimamente allocata, considerato che si tratterebbe di un'opera autorizzata in data anteriore all'adozione del PRG;
- il mancato distacco di 5 metri dalla strada non impedirebbe il rilascio del titolo in sanatoria, trattandosi di struttura facilmente smontabile.

5.- Si è costituito in giudizio il Comune di Polistena il quale, con memoria, ha concluso per l'infondatezza dell'appello. Il Comune nulla ha osservato, invece, quanto al capo della sentenza recante la declaratoria di improcedibilità del ricorso avverso l'ordine di demolizione, declaratoria in rito resa sul presupposto (secondo il Tar, ma simile convinzione è revocabile in dubbio alla luce dell'orientamento giurisprudenziale del tutto prevalente che esclude da tempo simile soluzione) della sopravvenuta inefficacia di un provvedimento amministrativo in conseguenza di un semplice atto del privato; né consta se all'indomani della sentenza di primo grado il Comune abbia riadottato un nuovo ordine di demolizione.

6.- All'udienza pubblica del 16 novembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

7.- L'appello è infondato.

8.- Lo schema delineato dall'art. 36 d. P.R. n. 380 del 2001 è quello di un procedimento a iniziativa di parte in cui l'onere di dimostrare la c.d. doppia conformità delle opere è a carico del richiedente. L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta «*si intende rifiutata*».

La formula normativa è interpretata dalla giurisprudenza amministrativa – nel tempo divenuta sostanzialmente unanime e condivisa anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 232 del 2017) – come previsione di una fattispecie di silenzio con valore legale di diniego della proposta istanza (c.d. silenzio-rigetto) e non come mera inerzia nel provvedere (c.d. silenzio-inadempimento).

Sul versante processuale, il privato, con l'impugnazione del provvedimento tacito, non può far valere difetti di motivazione o lacune nel procedimento, attesa l'incompatibilità logica di tali vizi con la fattispecie del silenzio significativo, dovendo, piuttosto, dolersi del suo contenuto sostanziale di rigetto, vale a dire della tacita valutazione di insussistenza della conformità (Corte cost., n. 42 del 2023).

In sostanza, con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale, dovendo costui fornire prova piena della doppia conformità.

9.- Detto onere probatorio non risulta, nel caso di specie, assolto.

9.1.- Come si è detto, con l'ordinanza n. 5 del 2014 il Comune di Polistena aveva ingiunto la rimozione della tensostruttura amovibile, costituita da tre moduli di base dalle consistenti dimensioni ivi specificate, stante la scadenza del termine previsto nella originaria autorizzazione n. 15/2009, considerato, peraltro, che l'iscrizione in catasto ne avrebbe fatto venir meno lo stato di precarietà.

Ora, al fine di contestare il provvedimento tacito di rigetto dell'istanza di sanatoria, i ricorrenti censuravano:

- la violazione dell'art. 45 delle norme tecniche di attuazione dello strumento urbanistico- zona omogenea D1, secondo cui *«eventuali attrezzature artigianali e commerciali la cui esistenza, alla data di adozione del presente PRG possa essere comprovata, anche se non riportate nelle allegate tavole di Piano, sono da considerarsi assimilabili alla zona omogenea D1»*;

- la violazione dell'art. 101 reg. edilizio, secondo cui *«per utilizzazione in atto si intende l'attività (commerciale, artigianale, industriale, turistica, ecc.) effettivamente svolta in un fabbricato o in parte di esso alla data di approvazione del PRG o sue successive varianti»*.

9.2.- Secondo la parte privata, premesso che il PRG è stato approvato in data 27 settembre 2000 e che tutti gli immobili, anche non ricadenti in ZTO «D», la cui esistenza (art. 45) ed utilizzazione in atto (art. 101) *«commerciale e/o artigianale»*, sia comprovata quale effettivamente svolta alla data di adozione del piano (settembre 2000) conserverebbero la destinazione urbanistica ZTO D - sottozona D1 (*«Attrezzature esistenti»*), sussisterebbe nel caso di specie la conformità urbanistica del manufatto quantunque, formalmente ricadente in zona «C2».

9.3.- L'effettiva destinazione urbanistica dell'area in oggetto sarebbe stata anche comprovata dalla circostanza che su detta area è stata richiesta in data 9 novembre 2009 l'autorizzazione temporanea all'installazione della tensostruttura amovibile al fine di realizzare un'adeguata protezione degli autoveicoli dagli agenti atmosferici: assetto, questo, che, in tesi di parte appellante, avrebbe pure consentito il rilascio della c.d. concessione diretta, stante il rispetto dei parametri urbanistici.

9.4.- Ora, come bene evidenziato dalla difesa del Comune già nel giudizio di primo grado, è la stessa parte privata ad aver dichiarato nella richiesta di autorizzazione del 2009 sopra richiamata di utilizzare *«il terreno medesimo»* come piazzale/esposizione, in mancanza di attrezzature per lo svolgimento di attività commerciale o artigianale, e di necessitare solo per un anno di una protezione amovibile per gli autoveicoli, con la conseguenza che nessuna attività risultava esercitata in un *«fabbricato o parte di esso»* come previsto dall'art. 101 più volte citato.

9.5.- Correttamente, poi il T.a.r. ha evidenziato come *«l'art. 45 delle norme tecniche di attuazione del ridetto PRG subordini la possibilità di adottare la concessione in sanatoria all'osservanza di una serie di indici e parametri (puntualmente citati nella relazione tecnica di accompagnamento alla ridetta istanza di sanatoria del 10.10.2014, cfr. pag. 5 della relazione, Tav. 01), tra i quali vi sono quelli della recinzione distaccata di almeno 5 metri dal filo strada e quello del distacco dell'edificio dai confini di almeno 5 metri»*: assetto, questo, che certamente non poteva essere dequotato dalla natura precaria – qui dedotta sul piano strutturale, ma non sul versante funzionale – del manufatto.

9.6.- In altre parole, sottolineato, peraltro, che a negare anche la stessa precarietà strutturale è, di fatto, proprio la stessa parte privata allorché ha ritenuto necessario il rilascio di un titolo concessorio, in mancanza di chiara e concreta prova della c.d. doppia conformità, elemento essenziale, questo, come si è detto, ai fini della invocata favorevole conclusione del procedimento di sanatoria, l'istanza non poteva che essere respinta. D'altronde nessuna questione circa l'applicazione retroattiva della disciplina regolamentare comunale può venire qui in evidenza considerato che il permesso di costruire in sanatoria avrebbe potuto essere rilasciato solo in presenza di un intervento *«conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda»* (art. 36 d. P.R. n. 380 del 2001).

10.- Alla luce delle suesposte considerazioni, l'appello deve essere rigettato, con conseguente conferma, in tale parte, dell'impugnata sentenza.

11.- Le spese del grado seguono la regola della soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo (art. 26 c.p.a.).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo rigetta e, per l'effetto, conferma, in tale parte, l'impugnata sentenza.

Condanna la parte appellante alla rifusione, in favore del Comune di Polistena, delle spese del presente grado di giudizio che liquida in € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre accessori come per legge.

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

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

Hadrian Simonetti, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Giuseppe La Greca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppe La Greca

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT