

Pubblicato il 14/03/2023

N. 02661/2023REG.PROV.COLL.

N. 05811/2017 REG.RIC.



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5811 del 2017, proposto da Carmelo Simone Bella e Andrea Bella, rappresentati e difesi dall'avvocato Bruno Santamaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Seregno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Bertacco e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – sede di Milano (Sezione Prima), n. 01437/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2023 il Consigliere Lorenzo Cordi e lette le conclusioni rassegnate dalle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I signori Carmelo Simone Bella e Andrea Bella hanno appellato la sentenza n. 1437 del 2017, con la quale il T.A.R. per Lombardia – sede di Milano (Sezione Prima) aveva respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto avverso:

i) il provvedimento del Comune di Seregno del 6 novembre 2006 di diniego espresso in relazione alla “*D.I.A. in variante*” n. 695/2004;

ii) l'ordinanza n. 402 del 19 luglio 2007 a firma del Dirigente Area Territorio, con cui l'Amministrazione aveva ingiunto la demolizione delle opere eseguite nell'immobile di proprietà.

2. Gli appellanti sono proprietari di un terreno sito in via Milano del Comune di Seregno, ove è collocato un fabbricato interrato di circa 400 mq., adibito in passato ad uso deposito di materiali e stivaggio di prodotti agricoli. I sig.ri Bella avevano ottenuto il permesso di costruire n. 1/2003 del 22 luglio 2003 per la realizzazione di opere di risanamento conservativo. Dopo la concessione del titolo il Comune aveva eseguito un sopralluogo, accertando l'intervenuta demolizione e ricostruzione del fabbricato ed ordinando la sospensione dei lavori con provvedimento del 12 marzo 2004. In data 22 novembre 2004 gli appellanti avevano depositato una d.i.a. in variante rispetto al titolo, finalizzata alla demolizione e alla ricostruzione della muratura perimetrale, alla realizzazione di una rampa di accesso e al cambio di destinazione d'uso dell'immobile da deposito ad autorimessa. A seguito di ulteriore sopralluogo l'Amministrazione aveva riscontrato l'avvenuta esecuzione di parte delle opere (rampa di accesso e bocche di lupo), ordinando la sospensione dei lavori anche al fine di operare una compiuta verifica della conformità urbanistica ed edilizia delle

opere. L'Amministrazione aveva richiesto, inoltre, delle integrazioni documentali e, successivamente, aveva comunicato il diniego al rilascio del titolo ritenendo: *i)* le opere in contrasto con quanto consentito dalle N.T.A. del piano particolareggiato del P.L.I.S. che ammetteva i soli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, restauro e risanamento conservativo (punto 3a); *ii)* il cambio di destinazione d'uso in contrasto con le prescrizioni generali del Piano nella parte in cui vietavano “*la realizzazione di box privati, esclusi quelli al piano terreno di edifici esistenti ovvero nel sottosuolo, entro il limite dei muri perimetrali*” (punto 4i).

3. Gli odierni appellanti hanno proposto ricorso dinanzi al T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano deducendo:

i) la violazione della previsione di cui all'art. 23 del D.P.R. n. 380/2001 per avere il Comune atteso quasi 10 mesi dall'ultimo adempimento documentale prima di comunicare il provvedimento di diniego;

ii) la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza;

iii) la violazione di legge o comunque il difetto dei presupposti a fondamento del provvedimento, in quanto l'eventuale contrarietà dell'intervento agli strumenti urbanistici, stante il lungo decorso del tempo, non si sarebbe potuta manifestare con una comunicazione di diniego ma, al limite, attraverso un provvedimento di annullamento in autotutela, munito di peculiare motivazione in ordine all'interesse pubblico alla base della decisione;

iv) la conformità dell'intervento edilizio allo strumento urbanistico e in particolare alle prescrizioni generali di cui al punto 4i) delle vigenti N.T.A. del piano particolareggiato del P.L.I.S.

3.1. Successivamente i sig.ri Bella hanno proposto ricorso per motivi aggiunti avverso l'ordinanza n. 402 con la quale si era ingiunta la demolizione delle opere. A sostegno dell'ulteriore domanda di annullamento, gli odierni appellanti hanno riproposto le medesime censure articolate nel ricorso introduttivo del giudizio.

4. Il T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano ha respinto il ricorso, come integrato da motivi aggiunti, osservando che:

i) l'istanza non poteva qualificarsi come d.i.a. in variante al p.d.c. in quanto, trattandosi di variazioni essenziali, si sarebbe dovuto applicare il regime giuridico previsto per un nuovo titolo e, pertanto, “*necessariamente*” tale istanza doveva presentarsi “*prima della realizzazione dei lavori oggetto delle stesse, data l'incisività delle opere da eseguire*”;

ii) le opere di demolizione e ricostruzione realizzate rientravano nel novero delle c.d. “*varianti essenziali*”, e, inoltre, l'istanza era inoltrata dopo l'esecuzione di parte delle opere;

iii) in sostanza, i sig.ri Bella prima avevano realizzato opere di demolizione e ricostruzione senza un valido titolo a supporto e poi avevano presentato una d.i.a. “*in variante*” all'originario permesso di costruire, attinente, in realtà, ad opere già eseguite e senza alcuna istanza di sanatoria per le stesse;

iv) l'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza non rendeva illegittimo l'operato dell'Amministrazione che aveva, comunque, rappresentato più volte i profili di criticità dell'intervento;

v) in ogni caso, l'interlocuzione procedimentale non avrebbe determinato un diverso esito della decisione risultando legittime le ragioni a fondamento del diniego;

vi) non poteva condividersi il motivo relativo alla tipologia di provvedimento adottato atteso che l'istanza, erroneamente qualificata come una d.i.a. in variante al permesso di costruire e riguardante opere già eseguite (denunciate come da realizzare *ex novo*), non aveva dato vita ad un permesso edilizio produttivo di effetti;

vii) doveva ritenersi infondato anche il quarto motivo in quanto i lavori di demolizione e ricostruzione della muratura perimetrale (insieme all'inserimento di una rampa di accesso) non sarebbero potuti rientrare nella categoria di interventi ammissibili in relazione alle costruzioni esistenti, ossia “*manutenzione ordinaria,*

manutenzione straordinaria, restauro e risanamento conservativo”, così come espressamente previsto dalle N.T.A. del piano attuativo del p.l.i.s.;

viii) la reiezione delle censure del ricorso introduttivo determinava, inoltre, la reiezione del ricorso per motivi aggiunti, sorretto da motivi di invalidità derivata;

ix) in ogni caso l'ordine di demolizione non doveva essere preceduto da comunicazione di avvio del procedimento, né da sorretto da una specifica motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico alla demolizione delle opere, né, in ultimo, poteva ritenersi generico.

5. I signori Bella hanno appellato la sentenza, proponendo quattro motivi di ricorso.

5.1. Con il primo motivo hanno censurato il capo della sentenza nella parte in cui, in violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il giudice di primo grado ha ritenuto inammissibile, nella circostanza, la disciplina della d.i.a. in quanto i lavori erano intesi alla realizzazione di varianti “*essenziali*” che, pertanto, eccedevano la tipologia ammessa dalla legge, senza che l'Amministrazione avesse mai eccepito nulla in merito, integrando, quindi, d'ufficio l'oggetto del provvedimento. Secondo la prospettazione degli appellanti, inoltre, il diniego dei lavori, intervenuto oltre due anni dopo la presentazione della denuncia di inizio attività e a quasi 10 mesi di distanza dall'ultima integrazione documentale, avrebbe potuto attuarsi soltanto attraverso l'attivazione dei poteri di autotutela, con le connesse garanzie partecipative dei privati, tra cui la comunicazione di avvio del procedimento e quella dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Inoltre, doveva ritenersi violato l'affidamento riposto dai privati in ordine alla legittimità del proprio operato, anche in ragione delle interlocuzioni precedenti con l'Amministrazione.

5.2. Con il secondo motivo i signori Bella hanno censurato la sentenza nella parte in cui aveva ritenuto non necessaria la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

5.3. Con il terzo motivo i signori Bella hanno dedotto la violazione del dovere di lealtà e correttezza e di non aggravamento del procedimento, avendo l'Amministrazione avanzato specifiche e gravose richieste documentali, ingenerando, inoltre, il legittimo affidamento circa l'esito favorevole del procedimento.

5.4. Con il quarto motivo i signori Bella hanno dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado stante, in primo luogo, l'asserita violazione della L. n. 122/1989 (ritenuta applicabile alla fattispecie dallo stesso Ente comunale), e in ragione della dedotta conformità delle opere alle previsioni urbanistiche operanti nel caso di specie.

6. Si è costituito in giudizio il Comune di Seregno chiedendo di respingere il ricorso in appello.

7. In vista dell'udienza del 16.2.2023 le parti hanno depositato memorie conclusionali e memorie di replica. All'udienza del 16.2.2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Entrando in *medias res* il Collegio evidenzia come sia fondata la censura racchiusa nel primo motivo di ricorso.

8.1. Parte appellante evidenzia, in primo luogo, come la non riconducibilità dei lavori alla previsione di cui all'art. 22, comma 2, del D.P.R. n. 380/2001 (nel testo vigente *ratione temporis*) sia rilevata dal Giudice *ex officio* in quanto non contestata dall'Amministrazione.

8.2. Il rilievo è fondato ove si consideri che la qualificazione della variante non è aspetto che sorregge la decisione comunale la quale si sostiene, invece, sulla ritenuta non conformità delle opere alle regole di cui alle n.t.a. del piano particolareggiato del p.l.i.s. e del cambio di destinazione d'uso alle prescrizioni generali delle n.t.a. In sostanza, l'Amministrazione comunale non articola alcun rilievo sul tema relativo alla qualificazione della variante e alla necessità di ricorrere a un titolo diverso da una

d.i.a. ex art. 22, comma 2, del D.P.R. n. 380/2001, nel testo vigente *ratione temporis*. La statuizione del Giudice di primo grado termina, quindi, per individuare una ragione ostativa diversa e ulteriore rispetto al provvedimento comunale. Né può condividersi la tesi del Comune appellato secondo il quale si tratterebbe di una qualificazione giuridica dei fatti di causa e di una precisazione di carattere formale. Infatti, la pronuncia effettua in *parte qua* non una ricostruzione fattuale ma una qualificazione dell'intervento strumentale all'individuazione di una ragione ostativa alla validità del titolo, diversa dai motivi indicati dal Comune.

8.3. La statuizione del T.A.R. esclude, quindi, la legittimità del provvedimento sulla base di *rationes decidendi* che non trovano fondamento nell'impianto motivazionale dell'atto amministrativo, incorrendo, in tal modo, “*nel vizio di ultrapetizione, oltre che nella violazione del principio di separazione dei poteri ex art. 34, comma 2, c.p.a.*”: “*sotto il primo profilo, la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato emerge, altresì, qualora, ammettendo una integrazione postuma della motivazione sottesa al provvedimento, il giudice statuisca su una fattispecie oggettivamente diversa da quella prospettata nel provvedimento gravato, con evidente lesione dei diritti di difesa della parte ricorrente (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28)*”; “*sotto il secondo profilo, il giudice, qualora abbia formulato argomentazioni a sostegno del provvedimento impugnato che ne alterano l'impianto motivazionale, emette una pronuncia su poteri non ancora esercitati, in violazione del disposto di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a., venendo esaminata la legittimità di nuove questioni a sostegno della decisione censurata, non previamente decise dal competente organo amministrativo*” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 settembre 2021, n. 6218).

8.4. Inoltre, occorre considerare come il Giudice di primo grado ritenga insussistenti alcuni presupposti imprescindibili del titolo. Tale statuizione non soltanto integra la motivazione del provvedimento ma termina erroneamente per ritenere legittima un'azione amministrativa non tempestiva e non conforme ai canoni legali di riferimento.

8.5. Infatti, dalla documentazione in atti emerge che: *i)* gli odierni appellanti avevano presentato la d.i.a. in variante in data 22.11.2004; *ii)* l'Amministrazione aveva comunicato il nominativo del responsabile del procedimento in data 1.12.2004; *iii)* con telegramma del 23.12.2004, l'Amministrazione aveva comunicato la sospensione dei termini della d.i.a. per effettuare verifiche di conformità; *iv)* con nota del 16.6.2005, il Comune di Seregno aveva richiesto documentazione integrativa e tale richiesta era stata ottemperata in data 9.9.2005; *v)* con ordinanza n. 244 del 22.12.2005, l'Amministrazione aveva disposto la sospensione dei lavori; *vi)* con successiva nota del 25.10.2005, l'Amministrazione aveva sollecitato la presentazione della documentazione integrativa ritenuta mancante; *vii)* con plurimi depositi, dal 27.10.2005 al 3.2.2006, gli interessati avevano provveduto alle integrazioni documentali richieste; *viii)* soltanto in data 20.11.2006 il Comune di Seregno aveva notificato il definitivo diniego all'esecuzione delle opere, ritenute in contrasto con la normativa vigente.

8.6. Dalla disamina della documentazione in atti emerge, quindi, la tardività del diniego comunale che interviene dopo circa due anni dalla presentazione della d.i.a. Pur considerando le interruzioni e le sospensioni dei termini, il diniego comunale interviene, comunque, dopo oltre nove mesi dall'adempimento documentale richiesto agli appellanti senza, inoltre, evidenziare ulteriori carenze. In questa situazione l'Amministrazione avrebbe dovuto agire con le modalità e le garanzie previste dalla previsione di cui all'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990 al fine di rimuovere gli effetti di una d.i.a. *medio tempore* consolidatisi proprio per l'inerzia del Comune. Tale circostanza non è meramente formale ma, al contrario, implica l'operatività delle regole di garanzia invocate dagli appellanti e l'obbligo per l'Amministrazione di calibrare la motivazione sulle ragioni di interesse pubblico alla rimozione del titolo. Garanzie e approfondimenti della decisione che sono omesse e difettano nel caso di specie. Come evidenziato dalla Sezione, costituisce *jus*

receptum il principio per cui “*affinché il potere di intervento “tardivo” sulla d.i.a. possa dirsi legittimamente esercitato, è indispensabile che, ai sensi dell’art. 21 nonies l. n. 241 del 1990, l’autorità amministrativa invii all’interessato la comunicazione di avvio del procedimento, che l’atto di autotutela intervenga tempestivamente e che in esso si dia conto delle prevalenti ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, diverse da quelle al mero ripristino della legalità violata, che depongono per la sua adozione, tenendo in considerazione gli interessi dei destinatari e dei controinteressati”* (Consiglio di Stato, sez. VI, 30 ottobre 2017, n. 5018).

8.7. In ultimo non può ritenersi non necessaria l’attivazione dello specifico procedimento di cui all’art. 21-*nonies* L. n. 241/1990 assumendo la non completezza e non veridicità della d.i.a. Invero, si tratta anche in tal caso di elementi non contestati dall’Amministrazione nel provvedimento impugnato e, comunque, non idonei ad escludere l’obbligo sopra indicato ove si consideri che, secondo la giurisprudenza della Sezione, il dispositivo tecnico denominato “*silenzio-assenso*” risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l’inerzia “*equivalente*” a provvedimento di accoglimento. Tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell’atto amministrativo. Con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge. Reputare, invece, che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla disciplina della annullabilità: tale trattamento differenziato, per l’altro, neppure discenderebbe da una scelta legislativa oggettiva, aprioristicamente legata al tipo di materia o di procedimento, bensì opererebbe (in modo del tutto eventuale) in dipendenza del comportamento attivo o inerte della p.a. Inoltre, l’impostazione di “*convertire*” i requisiti di validità della fattispecie “*silenziosa*” in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell’istituto: nessun vantaggio,

infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda. L'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore – rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione – viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi “*silenziosamente*”. L'ammissibilità di un provvedimento di diniego tardivo si porrebbe in contrasto con il principio di «*collaborazione e buona fede*» (e, quindi, di tutela del legittimo affidamento) cui sono informate le relazioni tra i cittadini e l'Amministrazione (ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, della L. n. n. 241 del 1990 che codifica principio già immanente nell'ordinamento) (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746). Inoltre, nel caso di specie, non è neppure asseribile la sussistenza di una radicale inconfigurabilità della d.i.a. che, anche nella tesi del Comune, contrasta con le prescrizioni urbanistiche di zona ma non è considerata priva di integrale aderenza al modello normativo astratto prefigurato dal legislatore.

8.8. In ragione di quanto esposto il primo motivo di ricorso in appello deve ritenersi fondato.

9. Le considerazioni esposte esonerano il Collegio dalla disamina degli ulteriori motivi in quanto la censura accolta riguarda il vizio più radicale dedotto dalla parte (*cf.* Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27.4.2015, n. 5) e comportano l'annullamento degli atti e l'integrale soddisfazione della pretesa della ricorrente. Pertanto, in accoglimento del ricorso in appello e in riforma della sentenza appellata, deve essere accolto il ricorso introduttivo del giudizio di primo e devono annullarsi gli atti impugnati; deve, altresì, essere accolto, il ricorso per motivi aggiunti con annullamento della consequenziale ordinanza di demolizione disposta dal Comune.

10. Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate ai sensi degli articolo 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77 che dichiara l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi nella non univocità di orientamenti sul tema del silenzio-assenso in materia edilizia.

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 appellata, accoglie il ricorso introduttivo del giudizio e il ricorso per motivi aggiunti e annulla i provvedimenti impugnati. Compensa tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

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

Sergio De Felice, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere, Estensore

Giovanni Gallone, Consigliere

L'ESTENSORE
Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO