

N. 00746/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00857/2015 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 857 del 2015, proposto da:
SDM Piccola Società Cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Zedda, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Cugia n. 43;

contro

Comune di Carloforte, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Murgia, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Tiziano n. 3;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 3000 del 12.3.2015 resa dal responsabile del Settore Urbanistica ed Edilizia Privata del Comune di Carloforte, con la quale è stato disposto l'annullamento dell'autorizzazione edilizia in accertamento di conformità n. 81/2014, già resa dal Responsabile del Settore Urbanistica ed Edilizia Privata del Comune di Carloforte, notificata in data 13.3.2015;

- dell'ordinanza dirigenziale n. 10/2015, del 12.3.2015, notificata in data 13.3.2015 a firma del medesimo dirigente Responsabile del Comune di Carloforte, con cui è stata ordinata la demolizione del fabbricato ad uso alberghiero di proprietà della ricorrente Società Piccola Cooperativa SDM, ubicato in Loc. Spagnole, Carloforte, distinto in catasto fabbricati al F. 18, mapp. sub 1016, sub 1 e sub 2.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Carloforte;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2017 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso in esame, che costituisce trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica notificato al Comune di Carloforte in data 11 luglio 2015, la SDM Piccola Società Cooperativa a r.l. chiede l'annullamento del provvedimento, di cui alla determinazione del dirigente dell'area urbanistica, n. 3300 del 12 marzo 2015, con il quale il Comune di Carloforte ha annullato d'ufficio la concessione n. 81 del 13 giugno 2013, rilasciata alla società ricorrente a seguito di accertamento di conformità di cui all'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 (sul presupposto dell'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica, ai sensi dell'art. 167 del codice dei beni culturali di cui al d.lgs. n. 42 del 2004). Nella motivazione dell'annullamento d'ufficio si sostiene, sulla scia di quanto statuito dal giudice penale nella medesima vicenda, *«che l'accertamento di conformità edilizia rilasciato deve reputarsi illegittimo, dovendo sussistere la c. d. "doppia*

conformità" sia al momento dell'esecuzione dell'opera abusiva, sia a quello della domanda di accertamento di conformità e non potendo, quindi, quest'ultimo essere legittimamente condizionato all'effettuazione di opere edilizie volte a rendere il fabbricato conforme agli strumenti urbanistici».

In premessa, si sottolinea, infatti, che «con sentenza n. 2276 del 27.11.2011, divenuta irrevocabile il 10.07.2013, il Tribunale penale di Cagliari ordinava la demolizione del fabbricato in oggetto perché realizzato in totale difformità/assenza dalle concessioni edilizie ed autorizzazioni paesaggistiche citate nella stessa sentenza»; e che il Tribunale penale di Cagliari, con ordinanza del 20 maggio 2014, aveva rigettato «i ricorsi tesi ad ottenere la revoca dell'ordine di demolizione del fabbricato emesso con la citata sentenza del Tribunale di Cagliari n. 2276 del 27/10/2011, sul presupposto dell'avvenuto rilascio della compatibilità paesaggistica postuma e dell'accertamento di conformità edilizia; con tale Ordinanza, infatti, il Tribunale di Cagliari riteneva illegittimi sia l'autorizzazione paesaggistica postuma, in considerazione della natura ed entità delle opere abusive, sia l'accertamento di conformità edilizia, dovendo sussistere la c. d. "doppia conformità" sia al momento dell'esecuzione dell'opera abusiva, sia a quello della domanda di accertamento di conformità e non potendo, quindi, quest'ultimo essere legittimamente condizionato all'effettuazione di opere edilizie volte a rendere il fabbricato conforme agli strumenti urbanistici».

2. - Con il medesimo ricorso, la società chiede, inoltre, l'annullamento dell'ordinanza di demolizione emessa dall'amministrazione comunale con provvedimento dirigenziale n. 10 del 12 marzo 2015.
3. - Avverso i predetto provvedimenti, la società ricorrente deduce plurime censure che saranno esaminate nella parte in diritto.
4. - Si è costituito in giudizio il Comune di Carloforte, chiedendo che il ricorso sia respinto.
5. - All'udienza pubblica del 25 ottobre 2017, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Con il primo motivo, deducendo *“Eccesso/sviamento di potere per erroneità dei presupposti in ordine alla vincolatività dei provvedimenti penali. Violazione del procedimento”*, la ricorrente, nel rammentare il contenuto della motivazione addotta dall’amministrazione comunale, incentrata sulla illegittimità rilevata dal giudice penale in sede di esecuzione, sostiene che *«il vaglio operato dal giudice penale della concessione in sanatoria ... ha avuto luogo in una sede, quale quella dell’esecuzione di un precedente giudicato, dalla quale non potevano derivare [...] effetti di accertamento definitivo propri della “cosa giudicata”»*.

Con il secondo motivo, la ricorrente sviluppa la medesima censura di sviamento di potere, lamentando come l’amministrazione comunale – con l’autoannullamento impugnato – si sia pedissequamente adeguata alle valutazioni effettuate dal giudice penale, senza alcuna autonoma valutazione dell’interesse pubblico in gioco nella vicenda.

Con il terzo motivo, la ricorrente ritiene illegittimo il provvedimento di annullamento d’ufficio in ragione della violazione dell’art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, con particolare riguardo alla assenza – nel caso di specie – di una adeguata valutazione degli elementi ulteriori rispetto al ripristino della mera legalità e alla mancata ponderazione tra interesse pubblico e interesse del privato.

Con il quarto e il quinto motivo, si sostiene la violazione dell’art. 38 del D.P.R. n. 380/2001, che prevederebbe la sanzione demolitoria come del tutto residuale ed eventuale rispetto alla sanatoria procedimentale del titolo. L’amministrazione comunale avrebbe dovuto, quindi, prima dell’annullamento del titolo edilizio, procedere alla sanatoria dei vizi rilevati.

Con il sesto motivo, deducendo *“Eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta”*, censura il provvedimento impugnato anche sotto il profilo della abnormità e della sproporzione.

7. - I primi tre motivi possono essere trattati congiuntamente, considerato che con essi si sollevano vizi relativi al ritenuto difetto dei presupposti indicati dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

8. - Le censure non sono fondate.

9. - Come accennato, la vicenda in esame è stata oggetto di un processo penale il cui giudizio di cognizione si è concluso con la sentenza della Corte di Cassazione, Terza Sezione penale, 15 ottobre 2013 (ud. 10 luglio 2013), n° 42345, che ha dichiarato inammissibili i ricorsi, confermando la sentenza della Corte di Appello di Cagliari, del 16 luglio 2012, che aveva condannato l'amministratore delegato e il socio della odierna ricorrente SDM, nonché il responsabile del procedimento e il responsabile dell'area tecnica del Comune di Carloforte, il progettista e direttore dei lavori, l'esecutore dei lavori *«per i reati di cui agli articoli 44, lettera c), d.p.r. 380/2001 (capo A) e 181, comma 1 bis, d.lgs. 42/2004 (capo B) - reati per cui gli imputati erano in concorso tra loro – [per] aver realizzato in zona sottoposta a vincolo paesaggistico e in assenza della necessaria autorizzazione paesaggistica regionale "un manufatto edilizio a destinazione alberghiera, integralmente diverso, per caratteristiche planivolumetriche e di utilizzazione, dal relativo progetto approvato dalla Commissione Edilizia"; per Masala e Grosso era altresì contestato, quale abuso d'ufficio, il rilascio della concessione 105/2005 e delle successive varianti senza la predetta autorizzazione paesaggistica, così intenzionalmente avendo procurato ai committenti dell'opera un ingiusto vantaggio patrimoniale.»*. Successivamente, sulla scorta dell'accertamento di conformità rilasciato dal Comune di Carloforte con la determinazione del responsabile del settore Area Tecnica, del 13 giugno 2013, n. 81, i condannati chiedevano, mediante incidente di esecuzione, la revoca dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo. Con ordinanza del 19 maggio 2014, il Tribunale penale di Cagliari, nella veste di giudice dell'esecuzione, respingeva l'incidente di esecuzione, sul presupposto che la predetta concessione in

sanatoria sia da considerare illegittima, in quanto rilasciata sulla base di una autorizzazione paesaggistica postuma a sua volta illegittima per il contrasto con l'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004; e perché *«illegittimamente condizionata all'esecuzione di ulteriori interventi edilizi, aventi la finalità di adeguare, mediante la realizzazione di opere ulteriori (rispetto a quelle presenti all'atto della presentazione della domanda di sanatoria), le concrete caratteristiche plano volumetriche del manufatto agli strumenti urbanistici»*. Con sentenza della Cassazione, Terza Sezione penale, 23 settembre 2015 (ud. 1 luglio 2015), n. 38556, che ha definitivamente respinto i ricorsi, la decisione sulla istanza di revoca dell'ordinanza di demolizione è passata in giudicato (c.d. giudicato esecutivo, ai sensi dell'art. 666 del c.p.p.).

10. - Sulla base di quanto appena precisato, si possono esaminare le questioni sollevate con i motivi di ricorso, cercando di ordinarle intorno ai presupposti normativi indicati dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

10.1. - In primo luogo, appaiono del tutto evidenti i vizi di legittimità che l'amministrazione comunale ha posto alla base dell'autoannullamento. L'accertamento di cui all'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 è subordinato, infatti, alla verifica della c.d. doppia conformità delle opere oggetto della sanatoria, ossia alla verifica di conformità rispetto alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al tempo della esecuzione delle opere sia al momento della presentazione della domanda di accertamento in sanatoria. Il rilascio di un permesso in sanatoria con prescrizioni, con le quali si subordina l'efficacia dell'accertamento alla realizzazione di lavori che consentano di rendere il manufatto conforme alla disciplina urbanistica vigente al momento della domanda o al momento della decisione, contraddice, innanzitutto sul piano logico, la rigida direttiva normativa poiché la previsione di condizioni o prescrizioni smentisce qualsiasi asserzione circa la doppia conformità dell'opera, dimostrando che tale conformità non sussiste se non

attraverso l'esecuzione di modifiche ulteriori e postume (rispetto alla stessa presentazione della domanda di accertamento in sanatoria). Il punto è ormai pacifico in giurisprudenza: si veda, *ex multis*, Cons. St., VI, 4 luglio 2014, n. 3410.

Nel caso di specie, la concessione in sanatoria n. 81/2013, come si è già veduto, si pone in contrasto col paradigma normativo sopra delineato, posto che è stata rilasciata a condizione che fossero eseguite ulteriori opere, come risulta dalla piana lettura della concessione (cfr. doc. 55 di parte ricorrente) e come puntualmente rilevato nella motivazione dell'impugnato provvedimento di annullamento d'ufficio.

10.2. - Anche il secondo vizio di legittimità, rilevato dal giudice penale e fatto proprio dall'amministrazione comunale, deve ritenersi fondato, tenuto conto che l'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 può essere adottata «per i lavori realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati» (art. 167, comma 4, del d.lgs. n. 42/2004).

10.3. - Per concludere sul punto, le censure sollevate dalla ricorrente sono infondate, quindi, sia nella parte in cui si deduce l'assenza di una autonoma valutazione dell'amministrazione in ordine alle illegittimità rilevate dal giudice penale, sia nella parte in cui si lamenta il difetto di motivazione sui profili sopra esaminati.

11. - La seconda questione attiene alla carente motivazione dell'annullamento d'ufficio in ordine alle ragioni di interesse pubblico (ulteriori rispetto al mero ripristino della legalità) e alla prevalenza di queste sull'interesse della società ricorrente alla conservazione del provvedimento annullato.

Peraltro, le critiche formulate dalla ricorrente non tengono conto dei riflessi sull'attività amministrativa di quanto emerge dagli accertamenti derivanti dai

provvedimenti giurisdizionali sopra richiamati, e in particolare dalle conseguenze che l'accertamento della illegittimità della concessione in sanatoria (di cui alla determinazione n. 81/2013), pronunciato dal giudice ordinario in sede penale, produce in termini di vincoli giuridici sulla successiva attività dell'amministrazione comunale.

Anche a non voler seguire la risalente tesi secondo cui l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi assume i contorni della doverosità giuridica per l'amministrazione competente, quando l'invalidità dell'atto sia stata dichiarata in una sentenza del giudice ordinario passata in giudicato (per effetto di quanto previsto dall'art. 4 della legge n. 2248/1865, All. E, legge cont. amm.), non si può non tenere conto del fatto che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto determina, quantomeno, la dequotazione (per usare una fortunata espressione) dell'obbligo di motivare sulla sussistenza di un interesse pubblico specifico e concreto all'annullamento. In queste ipotesi, infatti, l'amministrazione non deve argomentare in maniera diffusa sulla sussistenza di un interesse pubblico a procedere all'autoannullamento, dovendo, anzi, provvedere (sempre) ad annullare gli atti dichiarati illegittimi dal g.o. a meno che non emerga un interesse pubblico specifico e concreto *a non provvedere* all'autoannullamento dell'atto. In altri termini, in questi casi, la valutazione che deve essere effettuata dall'amministrazione si volge non alla ricerca, in positivo, di una ragione per annullare in autotutela, ma alla ricerca, in negativo, di una ragione per non annullare.

E nel caso di specie, non emergono elementi che avrebbero sorretto una decisione diversa dall'autoannullamento, nemmeno sotto il profilo di una pretesa tutela dell'affidamento della ricorrente fondata sulla apparente legittimità della concessione in sanatoria o maturata per il tempo trascorso tra il rilascio dell'atto invalido e il successivo provvedimento di annullamento d'ufficio.

Infatti, come risulta dalla documentazione in atti, il procedimento in autotutela è stato tempestivamente avviato dal Comune di Carloforte, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, con la nota del 30 giugno 2014 (cfr. doc. 60 di parte ricorrente); ossia, a poco più di un anno dalla determinazione n. 81/2013, del 13 giugno 2013, concernente l'accertamento in conformità; e a poco più di un mese dall'ordinanza emessa dal Tribunale penale di Cagliari (del 19 maggio 2014).

Pertanto, la tempestività della decisione dell'amministrazione comunale, nonché il particolare sviluppo che da tempo aveva assunto la vicenda in esame (basti pensare alle descritte vicende legate al procedimento penale), escludono che il privato possa avere maturato un affidamento incolpevole.

12. - Anche il quarto e il quinto motivo non sono fondati.

E' pur vero che l'art. 38 del D.P.R. n. 380/2001, secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (seguita anche dalla Sezione: si veda T.A.R. Sardegna, sez. II, 30 gennaio 2017, n. 61), è applicabile nelle ipotesi in cui il titolo edilizio sia affetto sia da vizi formali-procedimentali che di natura sostanziale; con la conseguenza che l'amministrazione comunale può rimuovere anche vizi sostanziali del permesso di costruire, purché questi siano emendabili (*«L'art. 38 t.u. n. 380 del 2001 [...] va interpretato nel senso che in caso di annullamento del titolo edilizio per vizi sostanziali la sanatoria (recte, la rinnovazione del titolo, l'emanazione di un nuovo permesso di costruire) è consentita qualora si sia trattato di vizi emendabili, che possono essere rimossi, ed è preclusa soltanto qualora si tratti di vizi inemendabili»*: cfr. Consiglio di Stato sez. VI 10 settembre 2015 n. 4221). Nel caso di specie, tuttavia, si tratta di difformità (tra le opere realizzate e quelle consentite con l'originaria concessione) non emendabili, ove si tenga conto di quanto risulta dallo stesso provvedimento di accertamento in sanatoria (di cui alla determinazione del responsabile del settore Area Tecnica, del 13 giugno 2013, n. 81, annullata con il provvedimento impugnato col ricorso in epigrafe) in cui si rileva la eccedenza volumetrica derivante dalla esecuzione *«di n. 2*

vani finiti, di cui uno destinato a bagno, con altezza interna superiore ai mt. 2,40: interventi che sono in contrasto con gli strumenti adottati sia al momento della realizzazione dell'opera (P.U.C.) che al momento della domanda ...». Vizio sostanziale non emendabile; e, difatti, non emendato nemmeno in sede di accertamento in conformità di cui all'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, se non attraverso la condizione (illegittima, come si è già veduto) della esecuzione di ulteriori lavori idonei a ricondurre l'altezza dei vani predetti al di sotto dei 2,40 mt (il che avrebbe escluso i relativi volumi dal calcolo della cubatura assentita con la originaria concessione edilizia).

13. - In conclusione, il ricorso deve essere integralmente respinto.

14. - Si giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese giudiziali, considerata la peculiarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Francesco Scano

IL SEGRETARIO