

L'impugnazione delle concessioni edilizie

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale consolidato il termine per l'impugnazione delle concessioni edilizie decorre dal giorno in cui si è avuta piena conoscenza del contenuto della concessione.

Ciò si attua in modo diverso per le concessioni ordinarie e per le concessioni in sanatoria: mentre per le prime la piena conoscenza dell'opera che è stata autorizzata si verifica, di regola, con la conoscenza dell'atto concessorio, per le concessioni in sanatoria essa si verifica da quando si sappia che per una determinata opera, già esistente e definita, è stata rilasciata la concessione in sanatoria.

La piena ed effettiva conoscenza del provvedimento è fatto la cui prova rigorosa incombe alla parte che eccepisce la tardività dell'impugnativa e tale profilo non può ritenersi acquisito quando l'onere si sia limitato a fornire la data dell'adozione e dell'affissione all'albo del provvedimento comunale impugnato.

N. 08017/2010 REG.SEN.

N. 03530/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 3530 del 2010, proposto da ***** e *****, rappresentati e difesi dagli avv.ti ***** e *****, ed elettivamente domiciliati presso quest'ultima in Roma, via Costabella n. 32, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Comune di Fiumicino, non costituito in giudizio;

Regione Lazio, non costituita in giudizio;

Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del ministro legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

nei confronti di

MB Immobiliare s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'***** , ed elettivamente domiciliata presso quest'ultima in Roma, via Maria Adelaide n. 12, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda quater, n. 2782 del 22 febbraio 2010;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali e di Mb Immobiliare S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 ottobre 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati ***** , ***** in sostituzione di ***** e l'avvocato dello Stato

*****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 3530 del 2010, ***** e ***** proponevano appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda quater, n. 2782 del 22 febbraio 2010 con la quale era stato dichiarato irricevibile il ricorso proposto contro il Comune di Fiumicino, il Ministero per i beni e le attività culturali, la Regione Lazio e la controinteressata MB Immobiliare s.r.l. per l'annullamento: del permesso di costruire n. 236/2008 del Comune di Fiumicino in data 3.11.2008 alla soc. MB Immobiliare per la demolizione di fabbricato esistente e realizzazione di un complesso edilizio residenziale in loc. Fregane, Via Rapallo-Via Nettuno; della concessione edilizia in sanatoria n. 228/S/2006; dell'autorizzazione paesaggistica n. 141/A/2008 rilasciata il 12.8.2008; in parte qua dell'art. 17 delle NTA del PRG nel testo vigente di cui alla delibera di G.R. Lazio n. 162 del 31.3.2006.

A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al giudice di prime cure, le parti ricorrenti avevano premesso di essere proprietari di un villino sito nel territorio di Fiumicino, Località Fregene, Via Nettuno.

La loro proprietà confina con un altro lotto di terreno individuato in catasto al foglio 705, all. 373, part. nn. 257, 415 e 1114 ed avente una superficie complessiva di circa 2.037 mq. su cui insiste una villa ad uso residenziale oggetto di un precedente provvedimento di sanatoria.

Con provvedimento del 3/11/08, il Comune di Fiumicino ha rilasciato alla controinteressata soc. MB

Immobiliare S.r.l. il permesso di costruire n. 236/2008 per la demolizione del fabbricato esistente su detta area e la realizzazione di un complesso edilizio residenziale composto da n. 8 unità.

Il progetto prevede la demolizione della vecchia villa, in parte ampliata abusivamente e poi condonata, avente una volumetria complessiva di mc. 1.742,50, e la ricostruzione di un complesso immobiliare formato da otto unità abitative di mc. 1.707,80.

I ricorrenti hanno quindi impugnato gli atti indicati in epigrafe deducendo i seguenti motivi di gravame:

1) Censure a carico della concessione in sanatoria n. 228/S/2006 rilasciata l'11/5/06.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 35 della L. 47/85. Eccesso di potere per errore dei presupposti. Difetto di istruttoria.

La villa oggetto di demolizione era stata ampliata dai precedenti proprietari abusivamente.

Il secondo piano del fabbricato pari a mc. 400, è stato condonato con il provvedimento impugnato.

Deducono i ricorrenti che la sanatoria sarebbe stata rilasciata illegittimamente non essendo il fabbricato ultimato né alla data del 1/10/83 o a quella del 31/12/93 (a seconda della normativa sul condono applicabile), in quanto privo delle tamponature perimetrali, dotato di una semplice copertura in legno, e privo di qualunque impianto dal quale desumere la destinazione residenziale.

2) Censure a carico del permesso di costruire n. 236/2008.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 17 e 54.6 delle N.T.A. del P.R.G. vigente e dell'art. 33 del Piano particolareggiato del comprensorio di Fregene approvato nel 1999. Eccesso di potere per errore dei presupposti. Difetto di istruttoria.

Lamentano i ricorrenti l'illegittimità del permesso di costruire in quanto il fabbricato supererebbe di gran lunga l'indice di fabbricabilità fondiario dello 0,35 mc/mq stabilito dall'art. 33 delle N.T.A. del P.P. di Fregene per la zona F1 nella quale ricade in l'area.

Il permesso di costruire sarebbe stato rilasciato sulla base della disposizione recata dall'art. 17 del P.R.G. di Fiumicino riguardante gli interventi sul patrimonio edilizio oggetto di sanatoria ex art. 31 della L. 47/85, secondo cui sul patrimonio legittimato con permesso di costruire in sanatoria potrebbero essere eseguiti interventi di ristrutturazione edilizia, di demolizione e parziale e/o totale ricostruzione dell'immobile e successiva ricostruzione dello stesso anche con cambi di destinazione d'uso, a condizione che le parti oggetto di ricostruzione siano realizzate nel rispetto delle norme di piano e con il mantenimento della superficie utile lorda di pavimento e della volumetria complessiva condonata.

Deducono i ricorrenti che detta norma non sarebbe applicabile al caso di specie perché riguardante i soli manufatti oggetto di condono, e nella fattispecie la maggior parte del fabbricato sarebbe stata realizzata legittimamente, atteso che il condono riguarderebbe soltanto mc 400 su un totale di mc 1740.

Per poter conservare la cubatura esistente, la ricorrente avrebbe dovuto realizzare una ristrutturazione con mantenimento della sagoma e della tipologia edilizia, e non realizzare un organismo in tutto differente dal precedente.

3) Censure a carico dell'art. 17 delle N.T.A. del P.R.G. di Fiumicino nel testo vigente di cui alla delibera della G.R. Lazio n. 162 del 31/3/06.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 10 del D.P.R. n. 380/01, come modificato dal D.Lgs. n. 301/02.

Impugnano i ricorrenti la norma dell'art. 17 delle N.T.A. del P.R.G. che prevede una definizione di ristrutturazione non conforme a quella prevista dall'art. 3 del D.P.R. 380/01, poiché non contiene la previsione del rispetto della sagoma originaria.

4) Censure a carico dell'autorizzazione paesaggistica n. 141/A/2008 rilasciata il 12/8/08 dal Comune di Fiumicino.

Violazione e falsa applicazione della normativa del P.T.P. n. 2 sub ambito 2. Eccesso di potere per errore e falsità dei presupposti. Assoluto difetto di istruttoria.

Deducono i ricorrenti che l'autorizzazione paesistica sarebbe stata rilasciata illegittimamente perché basata su una documentazione non rispondente alla situazione dei luoghi.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 27 delle N.T.A. del P.T.P. adottato con delibera della G.R. del Lazio n. 556 del 25/7/07, modificata dalla successiva delibera della G.R. n. 1025 del 21/12/07. Eccesso di potere per errore dei presupposti. Difetto di istruttoria.

Deducono i ricorrenti che il terreno sul quale deve essere realizzato l'intervento edificatorio risulta sottoposto alla disposizione recata dall'art. 27 delle N.T.A. del P.T.P., e che quindi per il rilascio del provvedimento impugnato sarebbe stata necessaria la previa redazione dello studio di inserimento paesistico (SIP), che invece non sarebbe stato eseguito.

6) Illegittimità derivata e riflessa.

Il permesso di costruire sarebbe viziato per illegittimità derivata dai vizi dai quali risulterebbero affetti sia la concessione in sanatoria che l'autorizzazione paesaggistica.

Costitutosi in giudizio il Comune di Fiumicino nonché la controinteressata MB Immobiliare s.r.l., il giudizio, dopo l'accoglimento dell'istanza cautelare con ordinanza n. 2295/09, veniva deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva irricevibile il ricorso perché notificato tardivamente, nonostante che l'atto fosse stato consegnato tempestivamente all'ufficiale giudiziario che aveva invece non rinvenuto la sede della parte controinteressata.

Contestando le statuizioni del primo giudice, le parti appellanti evidenziavano la correttezza della loro azione, atteso che la fase di notifica del ricorso era stata correttamente adempiuta, dovendosi evidenziare invece l'erroneo comportamento dell'ufficiale notificatore, ed insistendo ulteriormente nelle doglianze di merito, già proposte in primo grado.

Nel giudizio di appello, si costituiva l'Avvocatura dello Stato per il Ministero per i beni e le attività culturali e la parte controinteressata MB Immobiliare s.r.l., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

All'udienza del giorno 11 maggio 2010, l'istanza cautelare veniva accolta con ordinanza n.2083/2010.

All'udienza del giorno 15 ottobre 2010, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato e merita accoglimento entro i termini di seguito precisati.

2. - In via preliminare, occorre esaminare la questione dell'ammissibilità del ricorso proposto in primo grado, che il T.A.R. ha ritenuto tardivo.

Il giudice di prime cure ha riscontrato che gli attuali appellanti, proprietari di un fabbricato adiacente a quello oggetto di intervento edilizio, con istanza del 14 novembre 2008 avevano chiesto al Comune di Fiumicino di avere copia del permesso di costruire rilasciato alla società MB Immobiliare S.r.l., accesso autorizzato con nota del 16 dicembre 2008. Recatisi a visionare gli atti e ad estrarne copia, hanno poi richiesto la notifica del ricorso nei confronti della società controinteressata, Soc. MB Immobiliare S.r.l. presso la sua sede di Roma, Via della Casetta Mattei n. 206 in data 14 febbraio 2009.

La notifica non è andata a buon fine, e dalla relata di notifica risulta che "non potuto notificare perché non rinvenuta all'indicato domicilio. Si precisa che esiste uno studio commerciale chiuso al momento dell'accesso. Il detto nominativo non figura nell'elenco delle società affisso alla cassetta postale del suindicato studio commerciale".

I ricorrenti hanno ritirato l'atto non notificato, ed in data 10 marzo 2009 hanno depositato il ricorso dinanzi al T.A.R. in assenza della notifica al controinteressato, contraddittore necessario.

Nella camera di consiglio del 1 aprile 2009, il procuratore dei ricorrenti ha rappresentato al Tribunale di non aver potuto evocare in giudizio la controinteressata ed ha chiesto di essere rimesso in termini per la notifica.

Afferma il T.A.R. che in quella data il collegio non ha adottato un provvedimento formale di remissione in termini limitandosi ad invitare i ricorrenti alla rinnovazione della notifica e rinviando nel contempo la

causa alla camera di consiglio del 20 maggio 2009 per decidere sulla domanda cautelare a contraddittorio integro. Ed i ricorrenti hanno notificato il ricorso alla controinteressata il 27 aprile 2009 presso il medesimo indirizzo di Roma, Via della Casetta Mattei n. 206.

A parere del giudice di prime cure, il ricorso, alla data del suo deposito avvenuto il 10 marzo 2009, era inammissibile per mancata evocazione in giudizio della controinteressata necessaria, società MB Immobiliare S.r.l. la quale si è costituita in giudizio soltanto a seguito della notifica del ricorso ricevuta in data 27 aprile 2009.

Pertanto, ritenuto che non vi fosse stata alcuna autorizzazione alla rinnovazione della notifica, ha dichiarato inammissibile il ricorso.

2.1. - La decisione del T.A.R. è errata e va emendata.

La Sezione non può che osservare come l'autorizzazione alla rinnovazione della notifica del ricorso debba ritenersi espressamente disposta dal giudice di prime cure.

Si riporta a tale fine il contenuto dell'ordinanza del 21 maggio 2009, con la quale il T.A.R. ha accolto l'istanza cautelare proposta:

“Considerato che i ricorrenti avevano provveduto a notificare il ricorso alla società presso l'esatto indirizzo di Via della Casetta Mattei n. 206 e che la notifica non era andata a buon fine in quanto l'Ufficiale Giudiziario, recatosi in loco, aveva trovato l'ufficio chiuso;

Ritenuto pertanto, che non può essere imputato ai ricorrenti il mancato perfezionamento della notifica,

dipendendo da fattori a loro esterni;

Rilevato, che già alla Camera di Consiglio del 1 aprile 2009 il Collegio, riconoscendo l'errore scusabile, aveva autorizzato i ricorrenti alla rinnovazione della notifica del ricorso alla società controinteressata, rinviando all'uopo la trattazione della causa, come può dedursi dal verbale di udienza;

Considerato che la notifica è stata correttamente eseguita, e la società controinteressata si è costituita in giudizio;

Considerato che il ricorso - ad un primo sommario esame - pare presentare sufficienti profili di fondatezza quanto meno limitatamente alla censura sub b), e all'interpretazione prospettata dell'art. 17 delle N.T.A. del P.R.G., e che l'inizio dei lavori - comportando il mutamento irreversibile dei luoghi - integra i presupposti della gravità ed irreparabilità del pregiudizio".

Appare evidente che il T.A.R. ha ritenuto esistenti i presupposti per la concessione della misura cautelare sul presupposto dell'intervenuta autorizzazione alla rinnovazione della notifica. Non si può quindi che notare come il giudice di primo grado abbia agito "contra factum proprium", negando in sentenza un dato di fatto che aveva ritenuto accertato in ordinanza. Il richiamo all'assenza di un provvedimento espresso, richiamo sul quale il primo giudice fonda la declaratoria di inammissibilità, non può quindi giustificare il proprio assunto, atteso che gli originari ricorrenti non solo avevano fatto affidamento sul comportamento del T.A.R. ma anche avevano agito in conseguenza, contando sulle stesse affermazioni del detto giudice. Che poi il provvedimento, che deve essere ritenuto esistente sulla base della stessa ordinanza cautelare del 20 maggio 2009, non sia stato esternato nelle forme di rito, è fatto che evidenzia una carenza nella verbalizzazione o nella pubblicazione, ma non può certamente essere considerato indice dell'inesistenza dell'autorizzazione stessa, sulla cui sostanza concordano sia gli attuali appellanti come lo stesso T.A.R. che ha considerato il fatto all'interno del citato provvedimento cautelare.

Conclusivamente, il ricorso di primo grado deve ritenersi, a seguito della rinnovazione della notifica, come autorizzata dal T.A.R., correttamente introdotto, e pertanto deve essere accolta la doglianza proposta in merito dalle parti appellanti.

3. - Superata l'eccezione di inammissibilità, va ora esaminato il merito della questione, non toccato dal primo giudice che si è fermato al solo aspetto procedurale della tempestività del ricorso.

L'appello è fondato e va accolto.

Ritiene la Sezione di doversi soffermare prioritariamente sulla questione dell'intervenuto condono della sopraelevazione sull'immobile di cui si verte, trattandosi di una fattispecie che, determinando la complessiva volumetria computabile del manufatto, ha fornito al Comune il supporto per il rilascio del titolo edilizio impugnato.

A parere degli appellanti, il detto atto di condono non doveva essere rilasciato in quanto la sopraelevazione in questione non possedeva gli estremi per fruire del chiesto beneficio, perché il secondo piano della villa, di cubatura pari a circa 400 mc., non era stato completato, consistendo invece in una mera struttura con copertura in legno, poggiante non su pilastri in muratura ma in pali, anch'essi in legno, e dando prova di tale assunto con documentazione anche fotografica.

Tale ricostruzione è avversata dalla controparte che evidenzia non solo la sanabilità di detta costruzione, ma anche la tardività dell'impugnativa, essendo stata rilasciato il titolo in sanatoria con provvedimento n. 228/S/2006, e quindi in data risalente.

3.1. - La doglianza degli appellanti deve essere accolta.

In via preliminare, va osservato che l'azione contro la concessione rilasciata in sanatoria non può essere considerata tardiva. È, infatti, principio giurisprudenziale consolidato che il termine per l'impugnazione delle concessioni edilizie decorre dal giorno in cui si è avuta piena conoscenza del contenuto della concessione, si attua in modo diverso per le concessioni ordinarie e per le concessioni in sanatoria: mentre per le prime la piena conoscenza dell'opera che è stata autorizzata si verifica, di regola, con la conoscenza dell'atto concessorio, per le concessioni in sanatoria essa si verifica da quando si sappia che per una determinata opera, già esistente e definita, è stata rilasciata la concessione in sanatoria (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 21 dicembre 2004, n. 8147; id., sez. VI, 27 dicembre 2007, n. 6674).

Va inoltre precisato che la piena ed effettiva conoscenza del provvedimento è fatto, la cui prova rigorosa incombe alla parte che eccepisce la tardività dell'impugnativa e tale profilo non può ritenersi acquisito quando l'onere si sia limitato a fornire la data dell'adozione e dell'affissione all'albo del provvedimento comunale impugnato (Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 452).

Pertanto, essendovi unicamente certezza dell'intervenuta conoscenza degli atti dalla data dell'accesso effettuato presso il Comune di Fiumicino, l'impugnazione deve ritenersi tempestiva.

Del pari è fondato il profilo di merito in relazione all'illegittimità della sanatoria concessa. Anche in questo caso, stante la situazione di fatto sopra descritta, non può che soccorrere l'interpretazione giurisprudenziale per cui ai fini della sussistenza dei presupposti per l'ottenimento della sanatoria, per opere non ultimate devono intendersi quelle completate almeno al rustico, ossia mancanti solo delle finiture, ma necessariamente comprensive delle tamponature esterne che realizzino in concreto i volumi rendendoli individuabili ed esattamente calcolabili. Infatti, per lavori attinenti alle strutture realizzate e che siano strettamente necessari alla loro funzionalità si intendono i soli lavori necessari per assicurare la funzionalità di quanto già costruito in modo tale da aver già acquistato una fisionomia tale da renderne riconoscibile il disegno progettuale e la destinazione e non lavori destinati ad integrare le opere con interventi edilizi che danno luogo di per sé a nuove strutture (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, 27 giugno 2008, n. 3288; in termini anche Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2000, n. 5216; Cass. Pen., 25-5-1999 e 26-5-1992).

Il provvedimento abilitativo rilasciato in sanatoria si è quindi fondato su presupposti non conformi alla disciplina normativa, e pertanto va dichiarato illegittimo e come tale annullato.

4. - L'accoglimento della pregressa ragione di censura, imponendo al Comune una nuova valutazione sulla possibilità della concessione alla demolizione e ricostruzione della villa in oggetto, impone alla Sezione di arrestare qui la propria disamina ed in particolare impedisce di verificare la legittimità o meno delle norme tecniche attuative gravate dagli appellanti che, stante l'annullamento del permesso di costruire, non vengono ora più in discorso.

5. - L'appello va quindi accolto e conseguentemente va annullato il permesso di costruire n. 236/2008 del Comune di Fiumicino in data 3.11.2008 alla soc. MB Immobiliare per la demolizione di fabbricato esistente e realizzazione di un complesso edilizio residenziale in loc. Fregane, Via Rapallo-Via Nettuno, la concessione edilizia in sanatoria n. 228/S/2006 e l'autorizzazione paesaggistica n. 141/A/2008 rilasciata il 12.8.2008, mentre non può essere accolta la censura in relazione all'art. 17 delle NTA del PRG nel testo vigente di cui alla delibera di G.R. Lazio n. 162 del 31.3.2006, in quanto si tratta di norma regolamentare non venuta in evidenza nella presente questione. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente le spese processuali tra le parti appellanti e la Regione Lazio ed il Ministero per i beni e le attività culturali, mentre nei confronti del Comune di Fiumicino e della MB Immobiliare s.r.l. le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Accoglie l'appello n. 3530 del 2010 e per l'effetto in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda quater, n. 2782 del 22 febbraio 2010, accoglie il ricorso di primo grado;
2. Compensa integralmente tra le parti appellanti e la Regione Lazio ed il Ministero per i beni e le attività culturali le spese del doppio grado di giudizio.
3. Condanna il Comune di Fiumicino e la MB Immobiliare s.r.l. a rifondere a ***** e ***** le spese del doppio grado di giudizio, che liquida a carico del Comune in €. 3000,00 (euro tremila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., ***** e rimborso spese generali, come per legge, ed a carico della MB Immobiliare s.r.l. in €. 2000,00 (euro duemila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., ***** e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 15 ottobre 2010, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

*****, Presidente

*****, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

***** , ***** , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/l-impugnazione-delle-concessioni-edilizie/>