

Pubblicato il 07/11/2018

Sent. n. 2522/2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3020 del 2017, proposto da Coop. Edilizia il Fontanile Soc. Coop., Coop. Edilizia Le Corti di Monticello Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Claudio Linzola, Gian Maria Menzani, con domicilio eletto presso lo studio Claudio Linzola in Milano, via Hoepli n. 3; contro

Comune di San Donato Milanese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Viviani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Galleria San Babila 4/A;

per l'annullamento, previa adozione di misure cautelari,

- della nota in data 21.11.2017 del Comune di San Donato Milanese, Sportello Unico per l'Edilizia, a firma Ing. Biolzi;

- della nota in data 11.12.2017 del Comune di San Donato Milanese, Sportello Unico per l'Edilizia, a firma Ing. Biolzi;

- nonché del provvedimento/comunicazione in data 14.12.2017 del Comune di San Donato Milanese, a firma Ing. Biolzi, prot. 48057.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Donato Milanese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2018 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha impugnato due provvedimenti di diniego della proroga dell'efficacia dei titoli edilizi richiesti dalle Cooperative ricorrenti ed il provvedimento del 14.12.2017 con il quale si subordina il completamento degli edifici all'eliminazione degli abusi, per i seguenti motivi.

A) Quanto a tutti e tre gli atti impugnati.

I) Illegittimità per violazione di legge: violazione dell'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n°241.

I provvedimenti di diniego della proroga dell'efficacia dei titoli edilizi richiesti dalle Cooperative ricorrenti ed il provvedimento del 14.12.2017 che sostanzialmente rigetta il piano di "conformizzazione" non sono stati preceduti dal doveroso preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della legge sul procedimento amministrativo.

B) Quanto ai dinieghi di proroga del termine dei titoli edilizi.

II) Illegittimità per violazione di legge: violazione dell'art. 15, comma secondo, del d.p.r. 6 giugno 2001, n°380; illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo della manifesta ingiustizia, del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione e della manifesta irragionevolezza.

Secondo la ricorrente l'Amministrazione comunale oltenera in toto le ragioni poste a fondamento della richiesta di proroga – l'indisponibilità del cantiere per 164 giorni – ed oppone (erroneamente, come si vedrà) la mancanza di un "piano d'azione" volto a superare le (pretese) difformità edilizie riscontrate.

III) Illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione e dell'errore di fatto.

Il provvedimento che nega la proroga, motivato con riferimento al fatto che il Comune è impossibilitato a valutare la congruità del periodo di proroga richiesto mancando ancora ad oggi l'individuazione specifica dei lavori da eseguire per ottenere la "conformizzazione" e dei relativi tempi di esecuzione sarebbe erroneo in punto di fatto poiché in data 6.12.2017 con note prot. 337/2017/MW/cm e prot. 338/2017/MW/cm le Cooperative "Le Corti di Monticello" e "Il Fontanile" producevano una dettagliatissima proposta di piano di lavori, in espresso riscontro della nota in data 8.11.2017 con la quale l'Ing. Biolzi richiedeva lumi in ordine agli interventi da realizzarsi per ripristinare la conformità.

C) Quanto al provvedimento comunale del 14.12.2017.

IV) Illegittimità per eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, violazione dell'articolo 22 comma 2 bis t.u. edilizia, contraddittorietà tra atti.

Secondo la ricorrente vi sarebbe contraddizione nell'operato del Comune in quanto da un lato esso respinge la richiesta di proroga di validità dei permessi di costruire, perché non conformizzate le opere ai titoli; dall'altro, senza proroga di validità dei titoli, non si capisce nemmeno come si possano fare i lavori di pretesa conformizzazione, visto che i titoli edilizi non producono più effetti per decorso del termine di efficacia.

La difesa del Comune chiede la reiezione del ricorso poiché l'eliminazione delle opere abusive in variante essenziale costituisce il presupposto per l'esecuzione degli ulteriori interventi e per concludere i lavori oggetto del permesso; anche la decisione in ordine alla proroga richiesta resta subordinata alla presentazione, da parte delle ricorrenti, dei relativi progetti di conformizzazione.

All'udienza del 17 luglio 2018 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo di ricorso è infondato in quanto dall'esame degli atti risulta che si sono svolti diversi incontri tra le parti in merito al problema della conformazione dell'attività edilizia ai titoli abilitativi, sicché deve ritenersi che l'apporto collaborativo del privato sia stato ampiamente fornito e di conseguenza non fosse più necessario aprire una ulteriore fase partecipativa formale già svoltasi mediante il coinvolgimento diretto nella fase di attuazione dell'attività di vigilanza edilizia.

Infatti, secondo la giurisprudenza prevalente, la mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta ex se l'illegittimità del provvedimento finale, in quanto la norma sancita dall'art. 10-bis cit., va interpretata alla luce del successivo art. 21-octies, co. 2, l. n. 241 del 1990. Da ciò deriva non solo che l'interessato non può limitarsi a denunciare in ricorso l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, ed è tenuto ad allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti nella fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto del provvedimento finale, ma anche a dimostrare che nella fase procedimentale partecipata anteriore all'adozione del provvedimento impugnato non vi è stata alcuna discussione in merito al contenuto dell'atto, il quale è stato adottato senza contraddittorio e costituisce quindi una sorpresa procedimentale.

Il motivo va quindi respinto.

2. I motivi secondo e terzo, relativi alla proroga dei lavori sono fondati.

Ai sensi dell'art. 15, 2° comma, d.P.R. 380/01 "La proroga può essere accordata, con provvedimento motivato, per fatti sopravvenuti, estranei alla volontà del titolare del permesso, oppure in

considerazione della mole dell'opera da realizzare, delle sue particolari caratteristiche tecnico-costruttive, o di difficoltà tecnico-esecutive emerse successivamente all'inizio dei lavori, ovvero quando si tratti di opere pubbliche il cui finanziamento sia previsto in più esercizi finanziari.”

Nel caso di specie, l'indisponibilità del cantiere per 164 giorni in ragione dei contrasti insorti con la ditta incaricata dei lavori costituisce circostanza oggettivamente ascrivibile ai “fatti sopravvenuti, estranei alla volontà del titolare del permesso” che giustificano la richiesta di proroga.

A ciò si aggiunge che il rapporto esistente tra il titolo edilizio rilasciato ed eventuali abusi edilizi realizzati durante i lavori si svolge in termini di totale autonomia.

Infatti il permesso a costruire decade per l'inosservanza dei termini fissati per l'inizio e l'ultimazione dei lavori, eventualmente prorogati, o per l'entrata in vigore di nuove previsioni urbanistiche con le quali il provvedimento sia in contrasto, salvo che i relativi lavori siano stati iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio.

Invece nel caso di abusi edilizi l'art. 27 c. 3 del DPR 380/01 prevede la sospensione dei lavori alla quale segue il provvedimento di demolizione, per il caso in cui le opere abusive non siano state nel frattempo demolite, salva la possibilità di accertamento di conformità.

La realizzazione di abusi edilizi non può quindi incidere sulla validità ed efficacia del titolo e, di conseguenza, non può essere causa di impedimento al rilascio del provvedimento di proroga dei termini, con conseguente decadenza del titolo.

Nella stessa ottica la giurisprudenza ha chiarito che i procedimenti di verifica della legittimità del titolo edilizio rilasciato, da un lato, e di accertamento degli abusi edilizi senza titolo, dall'altro lato, hanno natura ed effetti diversi, il primo riconducibile all'attività di amministrativa attiva soggetta ai principi dell'autotutela; il secondo riconducibile all'attività sanzionatoria (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 17/10/2017 n° 8).

Né d'altro canto si verificano vuoti di tutela in quanto i provvedimenti di sospensione e di demolizione impediscono che le opere abusive siano portate ad ulteriore esecuzione o che ne siano realizzate ulteriori.

Il secondo ed il terzo motivo di ricorso vanno quindi in questi termini accolti.

3. Anche il quarto motivo è fondato.

Ulteriore conseguenza della separazione tra problemi di validità ed efficacia del titolo edilizio da un lato e comportamento di realizzazione di opere difformi dal titolo dall'altro è che non sia possibile utilizzare il potere di proroga del titolo edilizio come strumento di pressione per ottenere la conformazione dell'attività del privato al titolo medesimo, in quanto così si viola il principio di tipicità degli atti amministrativi. Di qui la fondatezza della censura imperniata sulla circostanza che, muovendo dalla necessità di vedere eliminati gli abusi asseritamente commessi dalle ricorrenti, il “... *terzo provvedimento impugnato è viziato perché non tiene conto dei dinieghi di proroga dei termini di validità del permesso di costruire ...*” (così a pag. 12 del ricorso).

Il motivo va quindi accolto.

4. La peculiarità della controversia giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti, fatta salva la restituzione del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate. Dispone la restituzione del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO