

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 484 del 2007, proposto da N. S. ,
rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Finelli e Giuseppe Fimiani, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Patrizia Finelli in Roma, via G.
Calderini, 68;

contro

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dagli avvocati Antonio Andreottola e Fabio Maria Ferrari, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avvocato Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio
Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania – Sez. IV - n. 19115/2005, resa tra le
parti, concernente realizzazione piano di sopraelevazione - diniego sanatoria

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste la memoria difensiva dell'appellato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017 il Cons. Giuseppa
Carluccio e udito per le parti l'avvocato Pafundi su delega di Andreottola.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia concerne la richiesta di accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 30 del 2001 (t.u. edil.), inoltrata dal signor S. N. in riferimento alla realizzazione di un piano in sopraelevazione su un immobile di sua proprietà, sito a, in zona F, parco territoriale, sottozona Fa/1, aree agricole, secondo il PRG, variante approvata nel giugno 2004, artt. 40, 45 e 46.
2. Con determinazione dirigenziale n. 793 del 23 novembre 2004, la richiesta è stata rigettata ed è stato ordinato il ripristino dello stato dei luoghi.
 - 2.1. Il provvedimento ha richiamato il parere della Commissione edilizia, nonché l'ordinanza di riduzione in pristino n. 497 del 22 luglio 2004. Ha messo in risalto che, sulla base delle norme del PRG vigente, l'edificazione era consentita nella zona Fa/1 solo in connessione alla conduzione diretta del fondo agricolo; mentre, la parte istante non aveva dimostrato di avere i requisiti richiesti dall'art. 40, co. 13 del PRG. Conseguentemente, ai sensi dell'art. 36 del t.u. edil. cit., secondo il quale è necessario che l'opera realizzata sia conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente, sia al momento della realizzazione dell'abuso, sia al momento della presentazione della domanda, ha ritenuto l'intervento realizzato non sanabile.
3. Avverso tale provvedimento il signor N. S. ha proposto ricorso al T.a.r., deducendo difetto di motivazione, eccesso di potere, violazione dell'art. 36 cit., la mancata comunicazione dell'avviso di inizio del procedimento.
4. Il T.a.r., con la sentenza indicata in epigrafe, ha rigettato il ricorso. Il primo giudice ha ritenuto assorbente la considerazione che l'istante non aveva mai provato di essere titolare della qualifica soggettiva richiesta per poter procedere alle opere edilizie nella zona agricola; non solo nella fase amministrativa, ma neanche in sede giurisdizionale.
5. Avverso la suddetta sentenza il signor N. S. ha proposto appello.
Ha resistito il Comune, che ha depositato tempestiva memoria.

6. L'appello è infondato e va rigettato.

6.1. L'appellante omette di censurare l'argomentazione centrale della decisione gravata, fondata sulla mancanza di ogni prova in ordine al requisito soggettivo della conduzione del fondo per potere avere la legittimazione alla effettuazione degli interventi edilizi.

6.2. Infatti, si ripropongono le censure di primo grado, deducendo il difetto di motivazione del provvedimento di diniego per non potersi ritenere integrata la stessa mediante il richiamo al parere tecnico che si limiterebbe a richiamare le norme del PRG violate. Peraltro, il provvedimento impugnato non si limitava al richiamo delle disposizioni violate, ma esplicitava chiaramente il contenuto della violazione delle stesse.

6.3. Né può avere alcun rilievo la dedotta omessa comunicazione dell'avvio del procedimento o del preavviso di diniego.

In limine, si osserva in primo luogo che l'accertamento di conformità è oggetto di un procedimento ad istanza di parte, per cui non necessita di avviso di avvio del procedimento stesso.

In secondo luogo l'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento di una istanza (c.d. preavviso di rigetto) è stato introdotto nell'ordinamento dalla legge n. 15 del 2005, mentre nel caso all'esame il diniego fu adottato nel 2004.

Ciò premesso in particolare, in linea generale è peraltro inequivocabile la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio, secondo la quale:

a) l'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241 del 1990 distingue due diverse fattispecie. La prima è generale e riguarda il caso in cui l'attività amministrativa sia vincolata e l'Amministrazione abbia violato una disposizione che contempla un requisito formale o procedimentale. La seconda ha carattere particolare e riguarda il caso in cui sia violata la disposizione che contempla il requisito procedimentale della comunicazione di avvio del procedimento. Tale ultima fattispecie si applica in

presenza di attività sia vincolata che discrezionale (Cons. Stato Sez. III, n. 2218 del 2017);

b) il suddetto articolo, che ha introdotto un'eccezione alla invalidità comminata dall'art. 7 della medesima legge n. 241, relativamente ai provvedimenti non preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento, prevede che anche il provvedimento amministrativo che non abbia natura vincolata non è, comunque, annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (Cons. Stato Sez. III, n. 3590 del 2014);

c) la mancata comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, prevista dall'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, non conduce all'annullabilità del provvedimento quando si tratti di un atto di natura vincolata, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (Cons. Stato Sez. IV, n. 1208 del 2014).

6.3.1. Nella specie, si è in presenza di attività vincolata e, comunque, dal giudizio è risultato chiaramente che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

6.4. Quanto, poi, all'ordine di riduzione in pristino, si tratta della reiterazione di una ordinanza precedente (n. 497 del 22 luglio 2004). Comunque, secondo pacifica giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 4204 del 2016; Sez. VI, n. 3620 del 2016; Sez. IV, n. 26 del 2016; Sez. III, n. 2411 del 2015), non è necessaria la comunicazione d'avvio del procedimento sanzionatorio edilizio, atteso appunto il carattere assolutamente vincolato del provvedimento.

7. In conclusione, l'appello è rigettato. Le spese processuali del grado seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- a) respinge l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;
- b) condanna l'appellante al pagamento, in favore del Comune, delle spese ed onorari, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre accessori come per legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Giuseppa Carluccio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppa Carluccio

IL PRESIDENTE
Antonino Anastasi

IL SEGRETARIO