



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 Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 507 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Fondazione Pace per la volontà di Don Luigi e Rina Tommasini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gian Alberto Ferrerio, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, Via Vascelli, 8;

contro

Comune di Bologna, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Giulia Carestia, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale del Comune in Bologna, piazza Maggiore 6; Direttore P.T. Settore Territorio e Urbanistica Comune Bologna, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento del Comune di Bologna - Settore Ambiente e Territorio Condono Edilizio P.G. n. 46294/86 in data 7 ottobre 1998, non notificato, portante diniego di condono edilizio per opere realizzate in Bologna, Via Rivabella n.2/3;

con motivi aggiunti notificati in data 11 giugno 2009:

- della nota in data 20 maggio 2009 P.G. n. 104514/09 del Comune di Bologna, settore Territorio e Urbanistica - Edilizia - Procedure Amministrative e Contenzioso con la quale, in esito alla produzione documentale integrativa relativa alla domanda di condono edilizio P.G. n. 46294/86, si comunica che tale documentazione non può essere presa in considerazione "Essendo terminato il procedimento speciale di condono";
con motivi aggiunti notificati il 14 dicembre 2009:
- dell'ordinanza di rimessione in pristino ex art. 33 D.P.R. n. 380/01 P.G. n. 258673/09, emessa in data 19 ottobre 2009.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2016, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 28 aprile 2009 la ricorrente ha impugnato il provvedimento P.G. n. 46294/1986 del 7 ottobre 1998 recante diniego di concessione in sanatoria, ai sensi del Capo IV della legge n. 47/1985, riferito ad abusi realizzati su immobili in Via Rivabella n. 2/3.

Con motivi aggiunti notificati in data 11 giugno 2009 la ricorrente ha impugnato la nota in data 20 maggio 2009, Rif. P.G. n. 104514/2009, recante diniego di riesame della pratica di condono P.G. n. 46294/1987, formulando anche istanza di sospensione.

Si è costituito in giudizio il Comune di Bologna, eccependo la manifesta tardività del ricorso introduttivo e l'inammissibilità dei motivi aggiunti.

In subordine ne ha chiesto la reiezione per infondatezza.

Con ordinanza n. 473/2009, confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 5603/2009, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

Con motivi aggiunti notificati il 14 dicembre 2009 la ricorrente ha impugnato l'ordinanza di rimessione in pristino ex art. 33 D.P.R. n. 380/01 P.G. n. 258673/09, emessa in data 19 ottobre 2009.

Dopo apposita dichiarazione di permanenza dell'interesse al ricorso da parte della ricorrente, le parti hanno depositato memorie conclusive.

Il Comune ha riferito che, nelle more del giudizio, non sono pervenute all'Amministrazione notizie in merito né al ripristino né alla regolarizzazione delle opere.

Riferisce, altresì, di aver soprasseduto all'esecuzione coattiva del provvedimento avendo appreso della pendenza di un contenzioso civile fra l'odierna ricorrente ed il sig. Giannerini Graziano volto ad accertare l'acquisto per usucapione da parte della Fondazione degli immobili oggetto di ripristino. La causa è stata chiamata all'udienza pubblica del 19 gennaio 2016 nel corso della quale il difensore del Comune ha replicato all'avversa obiezione, sollevata nella memoria di replica del 22 dicembre 2015, circa la non debenza degli "oneri riflessi" e ha chiesto di poter depositare una sentenza e un articolo di una rivista che si occupano del suddetto tema.

Il Collegio ha accolto l'istanza e, all'esito, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Con il ricorso introduttivo la Fondazione Pace, in qualità di erede del defunto don Luigi Tommasini, ha impugnato il provvedimento del 7 ottobre 1998, di diniego di concessione in sanatoria, ai sensi del Capo IV della L. 47/1985, relativo ad abusi edilizi realizzati su un immobile sito in Via Rivabella n. 2/3.

La domanda era stata presentata in data 1 aprile 1986 (P.G. n. 46294) dal costruttore e proprietario Don Luigi Tommasini.

La ricorrente sostiene, in via pregiudiziale, di essere venuta a conoscenza del diniego di condono soltanto poco tempo prima della proposizione del

ricorso, in quanto il provvedimento non sarebbe mai stato ritualmente notificato al *de cuius* e incentra il ricorso su un unico motivo con il quale, nel premettere che il defunto don Tommasini non avrebbe ricevuto neanche le richieste di integrazione documentale inviate dal Comune il 30 dicembre 1989 e il 25 settembre 1990, ritiene comunque illegittime le suddette richieste e, di conseguenza, anche il diniego di condono.

Con i primi motivi aggiunti la ricorrente ha, altresì, impugnato la nota del 20 maggio 2009, con la quale, a “conferma di quanto già comunicato in data 10/11/2003” relativamente ad una precedente richiesta di riesame P.G. n. 131859/2003 del 15 luglio 2003, l'Amministrazione comunale comunicava di non poter prendere in considerazione la documentazione integrativa inviata dalla ricorrente essendo ormai da undici anni concluso il procedimento di condono, non potendo, altresì, riaprire i relativi termini di legge.

In tale gravame la ricorrente sostiene che l'istanza del 30 aprile 2009, con cui è stata depositata in Comune la documentazione integrativa sulla pratica di condono edilizio PG 46294/86, non sarebbe una nuova istanza di riesame e che, dunque, la nota del 20 maggio 2009 non potrebbe considerarsi un atto meramente confermativo di un precedente diniego di riesame.

Il Comune di Bologna, nel costituirsi in giudizio, ha eccepito la tardività del ricorso introduttivo documentando la regolarità di tutte le notifiche eseguite a don Tommasini negli anni 1989 – 1998 e facendo presente che, in ogni caso, la Fondazione ricorrente era a conoscenza del diniego di condono edilizio almeno dal 15 luglio 2003, data in cui, con atto P.G. n. 131859/2003, la Fondazione Pace, a mezzo del proprio Tecnico Ing. Massimo Grandi, aveva già richiesto, una prima volta, un riesame della pratica di condono (doc. 4 del fascicolo del Comune).

Il Comune ha eccepito, inoltre, l'inammissibilità dei motivi aggiunti, proposti avverso la nota in data 20 maggio 2009, in quanto atto meramente confermativo del precedente diniego di riesame datato 10 novembre 2003 e mai impugnato (doc. 3 id.).

Con l'ulteriore ricorso per motivi aggiunti la Fondazione ricorrente ha impugnato l'ordinanza di rimessione in pristino, adottata ai sensi dell'art. 33 D.P.R. 380/2001, relativa alle opere edilizie abusive per cui è causa, accertate nell'edificio di via Rivabella n. 2/3 con verbale della Polizia Municipale n. 108/2006 del 30 maggio 2006 (doc. 16 id.).

Nel suddetto verbale le opere sono descritte come segue: “ a) Realizzazione di due unità immobiliari autonome, ricavate nel sottotetto del fabbricato, cui si accede dal vano scale condominiale; b) Relativamente ad un'altra unità immobiliare sita al piano terzo, si rileva la presenza di una veranda sul fronte ovest e di modifiche dispositive interne”.

Dopo il sopralluogo, in data 26 giugno 2006 (doc. 17 id.), il Comune ha inviato alla ricorrente l'invito al ripristino spontaneo.

Tale invito precisava che sarebbe stato necessario, trattandosi di opere abusive realizzate su immobile ricadente in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, acquisire l'accertamento di compatibilità paesaggistica per le opere esterne realizzate in difformità ai titoli presentati (e non condonate).

Con l'ordinanza impugnata il Comune, dato atto della realizzazione di interventi in assenza di idoneo titolo, ha classificato le opere abusive come “riconducibili per tipologia alla nozione di ristrutturazione edilizia così come definita dall'art. 3 e dall'art. 10 del DPR n. 380/2001” e conseguentemente ha ordinato il ripristino dello stato dei luoghi, entro il termine di 90 giorni dalla data di notifica del provvedimento, preavvertendo che, in caso di inottemperanza, il Comune avrebbe provveduto coattivamente ai sensi dell'art. 33 D.P.R. n. 380/2001.

Il secondo ricorso per motivi aggiunti è affidato a cinque motivi: il primo di illegittimità derivata, il secondo con cui si denuncia la mancata comunicazione di avvio del procedimento, il terzo con cui si deduce il difetto di motivazione dell'ordinanza di ripristino, il quarto con cui si contesta che l'abuso sia quello indicato nell'ordinanza impugnata, il quinto con cui si sostiene l'illegittimità dell'ordine di demolizione non essendo stata eseguita la preventiva verifica

della praticabilità effettiva del ripristino.

3. Il ricorso introduttivo è irricevibile per manifesta tardività.

Dalla documentazione prodotta dal Comune risulta pacificamente che le richieste di documentazione integrativa - tutte contenenti il preavviso che in mancanza di adempimento, “la domanda si riterrà rigettata” – in data 4 luglio 1989 (doc. 7 id.) e in data 30 dicembre 2009 (doc. 8 id.), inviate a Tommasini Luigi nel domicilio di via della Cavriola 2 in Bologna, furono ricevute regolarmente.

L’ulteriore richiesta, in data 25 settembre 1990 (doc. 9 id.) è stata regolarmente ricevuta a mezzo posta in data 7 gennaio 1990.

La successiva richiesta, inviata il 30 giugno 1997 (doc. 5 id.), è tornata al mittente per mancato recapito, con la dicitura “casa disabitata”.

Il Comune, dunque, eseguiva ricerche anagrafiche (v. intercalare tra doc. 9 e 10) e trovava conferma che la residenza del destinatario non era mutata, pertanto inviava l’ultima richiesta, in data 18 dicembre 1997, la quale tornava al mittente con la dicitura “fatto ricerche risulta sconosciuto” (doc. 10 id.).

Il Comune assumeva, pertanto, il provvedimento di diniego notificandolo, dopo aver assunto informazioni (doc. 6 id.), al sig. Tommasini presso la Casa di Riposo San Rocco di Camugnano, località nella quale il destinatario si era trasferito senza, evidentemente, chiedere il cambio di residenza, avvenuto solo in data 19 aprile 2002 (doc. 6 del fascicolo del ricorrente).

Detto atto veniva ritirato da un delegato della Casa di riposo, senza obiezioni. Le surriferite circostanze già smentiscono l’assunto della ricorrente circa la pretesa irregolarità delle notifiche.

Pertanto è documentato che, in data 15 luglio 2003, l’ing. Massimo Grandi, con riferimento alla suddetta pratica di condono edilizio, scriveva al Comune per conto della Fondazione Pace, chiedendo un riesame della pratica di condono (doc. 4 del fascicolo del Comune) affermando espressamente che “in occasione di una verifica tecnica presso i Vs. uffici in data 10/7/2003 ho potuto verificare che il condono edilizio in oggetto è stato diniegato”.

E' pacifico, dunque, che quantomeno dal luglio del 2003, data in cui pacificamente aveva incaricato un tecnico a tal fine, la Fondazione Pace era edotta dell'esistenza del diniego di condono.

Nella richiesta, peraltro, il Tecnico della Fondazione ricorrente si doleva del fatto che la documentazione integrativa era "stata richiesta almeno due volte al vecchio indirizzo di residenza di don Luigi Tommasini ignorando, e risulta nella pratica, che lo stesso era emigrato a Camugnano presso la locale struttura per anziani e pertanto, legalmente, tale documentazione risulta non richiesta".

Osserva il Collegio che la suddetta dichiarazione conferma non solo che il sig. Tommasini, fin dal 1989 era di fatto residente a Camugnano ma, soprattutto e in conseguenza, che il diniego di condono debba ritenersi correttamente notificato, il 12 ottobre 1998, proprio presso la Casa di Riposo di Camugnano.

4. I primi motivi aggiunti sono inammissibili.

La nota comunale in data 20 maggio 2009, in risposta alla pretesa di depositare documentazione integrativa, è certamente, quanto ai contenuti, un atto meramente confermativo del precedente diniego di riesame del 10 novembre 2003, rimasto inoppugnato.

Invero, la richiesta di riesame della pratica di condono presentata il 15 luglio 2003, era stata respinta dal Comune, con nota del 10 novembre 2003, sulla base della "carezza di documentazione essenziale all'esame ed alla positiva definizione della domanda, pur a seguito di regolare richiesta di presentazione della documentazione stessa".

Nella nota impugnata con i motivi aggiunti il Comune così si esprime: "conferma quanto già comunicato in data 10/11/2003 alla richiesta di riesame P.G. n. 131859/2003, ossia la documentazione è pervenuta oltre i termini espressamente indicati nell'atto di diniego..." (doc. 2 id.).

Per consolidata giurisprudenza, al fine di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo (e perciò non impugnabile) ovvero sia una

conferma in senso proprio (e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini), occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione degli interessi.

In particolare, non può considerarsi meramente confermativo rispetto ad un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché solo l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può dare luogo a un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita ad un provvedimento diverso dal precedente e quindi suscettibile di autonoma impugnazione.

Ricorre invece l'atto meramente confermativo quando l'amministrazione, a fronte di un'istanza di riesame, si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione (Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667).

Nel caso di specie non è revocabile in dubbio che il Comune non abbia svolto alcuna ulteriore istruttoria limitandosi a richiamare il precedente.

Né può essere condivisa la tesi della ricorrente secondo cui non potrebbe trattarsi di atto meramente confermativo a fronte di istanze di contenuto diverso: la prima di riesame, la seconda di deposito di documentazione integrativa.

Ciò in quanto, la singolarità della pretesa di depositare, dopo 13 anni, documentazione integrativa in una pratica di condono edilizio, per di più conclusasi ben 5 anni prima con un provvedimento espresso di diniego, in spregio al principio di leale collaborazione e di buona fede che deve improntare i rapporti fra amministrazione e cittadino in senso biunivoco, si profila, con tutta evidenza, strumentale ad eludere il termine decadenziale per impugnare, oramai spirato da anni.

5. I secondi motivi aggiunti, con i quali è stata impugnata l'ordinanza di

rimessione in pristino, sono infondati.

5.1. Quanto al vizio di illegittimità derivata, in disparte la considerazione che in ricorso non sono state formulate censure avverso il provvedimento di diniego del condono edilizio, il Collegio rileva, in ogni caso, che se da una parte l'omessa allegazione della documentazione prevista dall'art. 35 comma 3, L. n. 47 del 1985, preclude il conseguimento della concessione in sanatoria per silenzio - assenso e rende inesistente la domanda stessa, l'omesso riscontro alla richiesta di presentazione di documentazione integrativa produce la decadenza dell'istanza stessa che va considerata *tamquam non esset* (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 18 settembre 2012, n. 951).

Invero, qualora l'amministrazione, a fronte di una domanda di condono edilizio incompleta, richieda all'interessato l'integrazione della documentazione presentata, assegnandogli un termine per provvedere, quest'ultimo è (salvo casi di impossibilità non imputabile) tassativo, sicché l'inottemperanza a tale richiesta determina la chiusura della pratica e costituisce legittimo motivo di diniego della concessione edilizia in sanatoria (Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2714).

5.2. Quanto alla pretesa violazione dell'art. 7 L. 241/90, risulta dagli atti che il Comune ha inviato la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio notificato alla Fondazione ricorrente in data 26 giugno 2006 (doc. 17 id.).

In ogni caso è pacifico che non è necessaria la comunicazione di avvio del procedimento di adozione dell'ordine demolitorio delle opere edilizie abusive, stante la natura di atto vincolato propria dell'ordinanza di demolizione, la quale rende inutile ed influente la partecipazione del destinatario al procedimento repressivo (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 22 ottobre 2015, n. 4968).

Peraltro, nel caso di specie, il Comune aveva fatto eseguire un sopralluogo, in data 30 maggio 2006, al quale era presente un responsabile della Fondazione, sig. Malossi (doc. 16 id.), sicché, essendo stati assunti in contraddittorio anche

gli atti istruttori prodromici all'adozione del provvedimento repressivo, la comunicazione non era dovuta (Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2015, n. 3051).

5.3. Quanto alla dedotta violazione dell'art. 33 del D.P.R. n. 380/2001, al difetto di motivazione e alla mancata considerazione del presunto affidamento ingenerato dal lungo tempo trascorso, deve rammentarsi che l'ordine di demolizione, come tutti i provvedimenti sanzionatori edilizi, è un atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 23 ottobre 2015, n. 2471).

5.4. Con il quarto motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 33 D.P.R. n. 380/2001 poiché a suo dire, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza impugnata, l'intervento abusivo sub a), ossia la trasformazione del sottotetto non abitabile ad uso residenziale, sarebbe stato a suo tempo autorizzato dal Comune con licenza edilizia in data 21 ottobre 1960.

In proposito, come ricavabile dagli atti e come il Comune riferisce, la sanatoria PUT 14585/V1959 P.G. n. 64015/1959 (doc. 14 del fascicolo della ricorrente), aveva comportato effettivamente soltanto il recupero di sottotetto come superficie utile, ma non aveva autorizzato il frazionamento in due unità immobiliari del sottotetto.

Viceversa l'abuso contestato al punto a) dell'impugnata ordinanza, riguarda proprio la realizzazione nel sottotetto di due unità immobiliari autonome.

Pertanto il motivo è manifestamente infondato.

5.5. Con il quinto motivo la ricorrente deduce la violazione sotto altro profilo dell'art. 33 D.P.R. 380/2001 e il difetto di motivazione e di istruttoria, non essendo stata, a suo dire, effettuata la verifica che il ripristino dello stato dei luoghi sia tecnicamente praticabile, adempimento cui la richiamata norma

subordinerebbe l'ordine di ripristino.

Il motivo è infondato atteso che, mentre l'ingiunzione di demolizione costituisce la prima ed obbligatoria fase del procedimento repressivo, in quanto ha natura di diffida e presuppone solo un giudizio di tipo analitico - ricognitivo dell'abuso commesso, il giudizio sintetico - valutativo, di natura discrezionale, circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria (art. 33 comma 2, D.P.R. n. 380/2001), può essere effettuato solo in un secondo momento, cioè quando il soggetto privato non ha ottemperato spontaneamente alla demolizione e l'organo competente emana l'ordine (indirizzato ai competenti uffici dell'Amministrazione) di esecuzione in danno delle ristrutturazioni realizzate in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire o delle opere edili costruite in parziale difformità dallo stesso.

Soltanto nella predetta seconda fase non può ritenersi legittima l'ingiunzione a demolire sprovvista di qualsiasi valutazione circa l'entità degli abusi commessi e la possibile sostituzione della demolizione con la sanzione pecuniaria, sempre se vi sia stata la richiesta dell'interessato in tal senso (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 9 giugno 2015, n. 3120).

Conclusivamente il secondo ricorso per motivi aggiunti deve essere respinto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

A tale ultimo proposito, per completezza espositiva, merita un cenno la questione, discussa in pubblica udienza, circa la liquidabilità degli oneri riflessi a carico della parte soccombente, laddove risulti vittoriosa, come nel caso di specie, un'amministrazione pubblica difesa da un avvocato iscritto all'elenco speciale.

Il Collegio ritiene che risponda a criteri di ragionevolezza equiparare gli avvocati dell'avvocatura pubblica a quelli del libero foro, per quanto riguarda l'attività da essi svolta in giudizio, fermi restando i rapporti interni tra l'avvocato pubblico e l'ente datore di lavoro.

Di conseguenza laddove, come nel caso di specie, risulti vittoriosa un'amministrazione pubblica difesa da un avvocato iscritto all'elenco speciale, la formula comunemente utilizzata nella parte dispositiva "oltre oneri accessori di legge", deve essere intesa nel senso che devono essere corrisposti, dalla parte soccombente, i cd. "oneri riflessi" nella misura di legge, in luogo del CAP e dell'IVA dovuti nella misura di legge all'avvocato del libero foro.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Bologna, Sezione Seconda, definitivamente decidendo sul ricorso in epigrafe e sui motivi aggiunti, così provvede:

- dichiara irricevibile il ricorso introduttivo;
- dichiara inammissibile il primo ricorso per motivi aggiunti;
- respinge il secondo ricorso per motivi aggiunti.

Condanna la parte ricorrente alle spese del giudizio che liquida in € 12.000,00 (dodicimila), oltre oneri accessori di legge.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Laura Marzano, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2016

IL SEGRETARIO

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