



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9404 del 2009, proposto dalla Società Stemy S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Comune di Cattolica, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Gori, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104; Comune di Cattolica, Dirigente del Settore Urbanistica – Sportello Unico per l'Edilizia, non costituito;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo per l'Emilia-Romagna, Sezione II, n. 1145 del 3 agosto 2009.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Cattolica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2010 il consigliere Vito Poli e udito per la parte appellante l'avvocato Clarizia;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 10 dicembre 2004, la società Stemar s.r.l., affittuaria della struttura turistica Hotel Vienna, ubicata nel comune di Cattolica e di proprietà della società Stemy s.a.s. (in prosieguo la società), ha presentato domanda di condono edilizio straordinario ai sensi del d.l. n. 269 del 2003 e della l.r. n. 23 del 2004, per la seguente opera: <<ampliamento della camera sul balcone adiacente e realizzazione di vano al servizio della cucina>>.

1.1. Nel corso dell'istruttoria del procedimento di condono, la polizia municipale, in data 8 maggio 2006, ha eseguito un sopralluogo presso l'Hotel Vienna accertando che erano in corso lavori non autorizzati di chiusura del terrazzo.

1.2. Attivato il relativo procedimento sanzionatorio, è stato emanato il consequenziale ordine di sospensione dei lavori (cfr. nota prot. n. 148/06 in data 9 maggio 2006).

1.3. Stante la mancata produzione di alcuni documenti preventivamente richiesti dallo sportello unico, è stato negato il condono straordinario (cfr. provvedimento prot. n. 150/2006 del 10 maggio 2006) ed ordinata la rimessione in pristino dei luoghi (cfr. ordinanza prot. n. 194/06 del 7 giugno 2006 notificata anche alla società Stemy e non impugnata); il diniego di condono è stato impugnato dalla società Stemar con ricorso straordinario al Capo dello Stato in data 6 settembre 2007 (successivamente trasposto davanti al T.a.r. dell'Emilia – Romagna ed iscritto al n.r.g. 64/2008).

1.4. Entrata in vigore una variante al regolamento edilizio (approvata con delibera comunale n. 65 del 30 luglio 2007), la società Stemy ha presentato una nuova

domanda di sanatoria (prot. n. 16990 – PE n. 2007/292), che è stata respinta con determinazione dirigenziale prot. n. 24161 del 20 dicembre 2007.

1.5. Rinnovato il procedimento sanzionatorio a cagione della negativa conclusione della procedura di sanatoria, il comune ha disposto nuovamente la demolizione delle opere abusive realizzate sul piano rialzato del terrazzo dell'Hotel (cfr. ordinanza prot. n. 14800/08 del 6 giugno 2008, notificata alla società il successivo 10 giugno 2008 e rimasta inoppugnata).

1.6. Il 3 settembre 2008 la società Stemar ha inoltrato al comune una istanza rivolta alla revisione del provvedimento di diniego del condono edilizio straordinario n. 150/06; anche tale domanda è stata disattesa nel decisivo presupposto che non ricorressero le condizioni per l'esercizio del potere di autotutela (cfr. nota prot. n. 26310 del 15 ottobre 2008).

1.7. In data 17 ottobre 2008 la società Stemy ha presentato, a mente dell'art. 14, l.r. n. 23 del 2004 una <<domanda di riconversione in oblazione del decreto di demolizione inerente alla domanda di Concessione Edilizia in sanatoria ai sensi della Legge 326/2003 e della Legge Regionale 23/2004 presentata in data 10/12/2004 prat. 9471 a nome della Ditta Stemar Hotel srl>> (assunta al protocollo comunale n. 26463).

2. Non avendo ricevuto riscontro alla richiesta di applicazione della pena pecuniaria sostitutiva, la società ha adito il T.a.r. dell'Emilia – Romagna, chiedendo la condanna dell'amministrazione ai sensi dell'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971.

3. L'impugnata sentenza – sezione II, n. 1145 del 3 agosto 2009 – ha respinto il ricorso ritenendo che il privato mirasse, inammissibilmente, a riaprire un procedimento concluso in sede amministrativa.

4. Con ricorso notificato il 17 novembre 2009, e depositato il successivo 24 novembre, la società ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r., contestando:

- a) la tardività dell'istanza di riconversione non essendo previsto alcun termine per la sua proposizione;
- b) l'asserita conclusione del procedimento sanzionatorio alla data di proposizione della domanda di conversione;
- c) la violazione dell'art. 17, l.r. n. 24 del 2004;
- d) la rilevanza della omessa impugnativa dell'ordine di demolizione;
- e) la mancata valutazione, da parte dell'amministrazione, dell'opportunità di applicare la sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria anche al fine di evitare pregiudizi alla statica dell'edificio.

5. Si è costituito il comune deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

6. La causa è passata in decisione alla camera di consiglio del 26 gennaio 2009.

7. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Il ricorso allo speciale rito disciplinato dall'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971, nel particolare caso di specie, non può trovare ingresso per due autonome ma convergenti ragioni.

7.1. Secondo il prevalente e preferibile indirizzo giurisprudenziale, al quale la sezione aderisce, l'oggetto del giudizio speciale introdotto dall'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971 è costituito dall'inerzia dell'amministrazione, non diversamente qualificata dalla legge, a fronte dell'obbligo di rispondere ad una istanza che sollecita l'esercizio di poteri procedurali tipizzati (cfr. da ultimo Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311).

Conseguentemente, si esclude l'ammissibilità del ricorso al rito speciale in tutte le ipotesi di silenzio significativo (silenzio assenso e silenzio diniego), nelle quali l'omissione è legalmente equiparata ad un provvedimento espresso (cfr. ex plurimis Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3373, resa in relazione a silenzio rigetto su istanza di accertamento di conformità edilizia; Cons. giust. amm., 28 aprile 2008, n. 371; Comm. spec. 17 gennaio 2001, n. 1242/2000).

Sebbene l'art. 2, l. n. 205 del 2000 (che ha introdotto l'art. 21 bis cit.), non indichi testualmente avverso quale tipo di silenzio il ricorso sia proponibile, il nuovo rimedio processuale, funzionale ad una condanna dell'amministrazione a provvedere, non si attaglia all'ipotesi del silenzio significativo, in cui il problema dell'inerzia è risolto a monte dal legislatore con l'attribuzione di una valenza attizia, favorevole o contraria agli interessi del privato, contro la quale sono proponibili gli ordinari strumenti di impugnazione.

Nella specie, esiste una precisa disposizione normativa che attribuisce al silenzio dell'autorità amministrativa il valore di diniego dell'istanza di applicazione della sanzione pecuniaria.

Si tratta dell'art. 15, l.r. n. 23 del 2004 <<Interventi eseguiti in parziale difformità dal titolo abilitativo>> (attuativo con innovazioni, nel territorio della regione Emilia Romagna, della disciplina nazionale recata in parte qua, dall'art. 34, t.u. ed.), che si riporta per comodità: <<1. Gli interventi di nuova costruzione e di ristrutturazione edilizia eseguiti in parziale difformità dal titolo abilitativo sono rimossi o demoliti a cura e spese del responsabile dell'abuso entro il congruo termine, non superiore a centoventi giorni, stabilito dallo Sportello unico per l'edilizia con propria ordinanza, decorso il quale l'ordinanza stessa è eseguita a cura del Comune e a spese del responsabile dell'abuso.

2. Fuori dai casi di cui all'articolo 10, lo Sportello unico per l'edilizia, su richiesta motivata dell'interessato presentata a seguito dell'avvenuta sospensione dei lavori, irroga una sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile conseguente alla realizzazione delle opere, determinato ai sensi dell'articolo 21, comma 2, e comunque non inferiore a 1.000 Euro, qualora accerti, con apposita relazione tecnica, l'impossibilità della rimozione o demolizione delle opere abusive in relazione al pregiudizio strutturale e funzionale che sarebbe arrecato alle parti residue dell'immobile. In tale ipotesi il Comune può prescrivere l'esecuzione di opere dirette a rendere l'intervento più consono al contesto ambientale, assegnando

un congruo termine per l'esecuzione dei lavori. Lo Sportello unico per l'edilizia si pronuncia sulla richiesta entro novanta giorni, decorsi i quali la richiesta stessa si intende rifiutata.

3. Nei casi di cui al comma 2, è corrisposto il contributo di costruzione di cui all'articolo 27 della legge regionale n. 31 del 2002, qualora dovuto>>.

Circa l'applicabilità, all'abuso edilizio posto in essere dall'appellante, della disposizione sancita dal menzionato art. 15, la sezione osserva che essa discende, sul piano formale, dalla mancata impugnazione di tutti gli ordini di demolizione che si sono succeduti nel tempo e che hanno provveduto a tipizzare l'illecito edilizio in questione; sul piano sostanziale, dalla tipologia degli abusi accertati e dalla loro oggettiva sussunzione nello schema astratto dei lavori eseguiti in parziale difformità dal titolo edilizio diviso dal menzionato art. 15, co.2, l.r. n. 24 del 2004.

In conclusione deve affermarsi che a mente del combinato disposto degli artt. 34, t.u. ed. e 15, co. 2, l.r. Emilia Romagna n. 23 del 2004, il rito speciale disciplinato dall'art. 21 bis, l. n.1034 del 1971 non è utilizzabile in caso di inerzia del comune protratta per oltre 90 giorni dalla data di presentazione, da parte del privato, di una istanza di applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva della demolizione delle opere abusive, valendo tale inerzia come diniego tacito.

7.2. Un ulteriore ordine di considerazioni conduce a ritenere inaccoglibile la domanda di condanna dell'amministrazione ai sensi del più volte menzionato art. 21 bis.

Il presupposto per l'esperibilità del rito speciale è la sussistenza di un obbligo di provvedere in capo alla p.a. che riceve la relativa istanza del privato.

Si tratta dunque di stabilire se, come sostiene l'appellante, non essendo stato individuato dalla legge un termine per la richiesta di applicazione della pena pecuniaria, la relativa istanza non incontri ostacoli nell'avvenuta emanazione dell'ordine di demolizione, per giunta rimasto inoppugnato; ovvero, e detto in altro

modo, se siano configurabili sine die, da un lato, la legittima facoltà che il privato chieda la sostituzione della demolizione con la sanzione pecuniaria, dall'altro, il conseguente obbligo dell'autorità comunale di prendere in esame tale richiesta.

Al quesito deve essere data risposta negativa.

7.2.1. A mente dell'art. 34, t.u. ed. <<Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire>>, sotto il profilo sanzionatorio, la regola generale per interventi ed opere eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire è quella della demolizione dell'opera abusivamente realizzata ed il ripristino dello stato dei luoghi; tuttavia, analogamente a quanto disposto dall'art. 33 del medesimo t.u. ed., per le ipotesi di ristrutturazione abusiva, nel caso in cui il ripristino dello status quo ante si riveli impossibile, si prevede, in alternativa alla demolizione, la corresponsione di una somma di denaro variamente determinata in base alla tipologia dell'immobile su cui è stato realizzato l'abuso.

Per quanto di interesse ai fini della presente controversia, rileva individuare:

- a) la natura dell'ordine di demolizione rivolto al responsabile dell'abuso affinché provveda, a sua cura e spese, al ripristino;
- b) la conseguente collocazione temporale, all'interno del relativo procedimento, della decisione dell'amministrazione di infliggere una pena pecuniaria, sia essa o meno sollecitata da una istanza del responsabile.

Sul punto la sezione non intende discostarsi dalla tesi che riconosce alla demolizione la funzione di sanzione principale, a contenuto ripristinatorio dello status quo ante, consentendo l'applicazione della sanzione pecuniaria in ipotesi circoscritte ed oggettive (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1325; sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7030; Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2002, Pizzuti).

Non può accogliersi la diversa impostazione, pure propugnata in giurisprudenza, in forza della quale l'ordine di demolizione emanato ai sensi dell'art. 34 cit., costituirebbe una semplice diffida al trasgressore con la conseguenza che la scelta

fra la demolizione d'ufficio e la irrogazione della sanzione pecuniaria atterrebbe ad un momento e ad un procedimento successivo ed autonomo rispetto alla diffida stessa (cfr. Cons. St., sez. II, 14 febbraio 2007, n. 10509/2004; sez. VI, 28 febbraio 2000, n. 1055).

Dal punto di vista della struttura, infatti, il procedimento sanzionatorio disciplinato dall'art. 34 (sulla falsariga di quanto diviso dall'art. 33 cit.), appare unitario; sotto il profilo funzionale, la decisione dell'amministrazione di infliggere la misura pecuniaria non costituisce deroga al carattere obbligatorio e vincolato dell'esercizio del potere repressivo: che si debba ripristinare la legalità violata, a tutela dell'ordinato assetto del territorio, è fuori dubbio; nello schema legale, l'alternatività si appunta sul contenuto della sanzione, consentendo l'inflizione della pena pecuniaria solo in presenza della impossibilità di demolire; tale valutazione tecnica, rimessa in via esclusiva all'autorità amministrativa, non può che essere effettuata, sul piano logico e cronologico, prima dell'emanazione dell'ordine demolitorio rivolto al privato.

La circostanza che, scaduto infruttuosamente il termine per l'adempimento spontaneo della misura ripristinatoria, quest'ultima venga realizzata d'ufficio, non consente di configurare un nuovo ed autonomo procedimento avente finalità e presupposti diversi: il ripristino dello stato dei luoghi a cura dell'amministrazione, infatti, costituisce una semplice modalità attuativa della già inflitta sanzione demolitoria, non il momento culminante dell'esercizio del potere repressivo.

Del resto, anche l'esecuzione della sanzione pecuniaria è affidata in prima battuta alla spontanea adesione del responsabile e, solo in un secondo momento, viene attuata coattivamente dall'autorità.

7.2.2. Tali conclusioni sono ancor più rafforzate, nella vicenda che occupa, dall'esame della disciplina regionale di riferimento.

Invero, il già illustrato art. 15, l.r. n. 23 del 2004 cit., coordinato con le disposizioni recate dall'art. 4, della medesima l.r. <<Sospensione dei lavori ed assunzione dei provvedimenti sanzionatori>>, nel disciplinare il procedimento di segnalazione, controllo e repressione dell'abusivismo edilizio fissa le seguenti sanzioni procedurali:

- a) segnalazione degli abusi da parte di cittadini, ufficiali o agenti di polizia giudiziaria;
- b) accertamento degli illeciti, anche d'ufficio, da parte dei competenti organi tecnici;
- c) adozione dell'ordinanza di sospensione dei lavori, eventualmente in corso, entro quindici giorni dall'accertamento (limitatamente alle violazioni di maggiore entità);
- d) durata della sospensione dei lavori fino all'esecuzione dei provvedimenti definitivi;
- e) comunicazione dell'ordine di sospensione ai responsabili, da valere come notizia di avvio del procedimento sanzionatorio ai sensi della l. n. 241 del 1990;
- f) decorrenza del termine di quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori;
- g) facoltà del privato, a decorrere dalla comunicazione dell'ordine di sospensione dei lavori, di chiedere motivatamente la sostituzione della demolizione con la sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento di valore venale dell'immobile e comunque non inferiore a 1.000 euro;
- h) obbligo dello sportello unico di accertare, con apposita relazione tecnica, l'impossibilità della demolizione o rimozione delle opere abusive in relazione al pregiudizio strutturale e funzionale che sarebbe arrecato alle parti residue dell'immobile, con la conseguenziale irrogazione della misura pecuniaria in sostituzione della demolizione, eventualmente accompagnata da obblighi accessori di mitigazione ambientale dell'abuso;

i) concessione allo sportello unico del termine di novanta giorni, decorrente dalla richiesta del responsabile dell'abuso, per pronunciarsi sopra di essa, decorso il quale la richiesta si intende negata.

E' evidente, pertanto, che sebbene non sia espressamente individuato un termine entro il quale il responsabile possa chiedere la sostituzione della sanzione demolitoria con quella pecuniaria, quest'ultimo debba esercitare tale facoltà, formulando apposita richiesta, nel periodo compreso fra la data di comunicazione dell'ordine di sospensione dei lavori e lo spirare del termine di quarantacinque giorni a disposizione dell'autorità per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori, ovvero, tutt'al più, (qualora ricorrano situazioni di ritardo nella comunicazione del provvedimento di sospensione dei lavori o nella definizione del procedimento sanzionatorio), entro e non oltre la data in cui l'amministrazione irroga in concreto la sanzione ripristinatoria.

8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;
- condanna l'appellante a rifondere in favore del comune di Cattolica le spese, gli onorari e le competenze del presente giudizio che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Goffredo Zaccardi, Presidente FF

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Sandro Aureli, Consigliere

Vito Carella, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione