

**Pubblicato il 20/01/2023**

**Sent. n. 732/2023**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 698 del 2018, proposto da [omissis], rappresentati e difesi dagli avvocati Alessandro Bianconi e Paolo Giovannelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Paolo Giovannelli in Roma, via Giovanni Nicotera, 29;  
contro

Comune di San Cesareo, Regione Lazio, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 09782/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2022 il Cons. Roberta Ravasio;

Dato atto che parte appellante, con memoria depositata il 20 novembre 2022 ha chiesto il passaggio della causa in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Parte appellante è proprietaria nel Comune di San Cesareo, del fondo censito al locale Catasto terreni al Foglio [omissis], mapp. [omissis].

2. A seguito di sopralluoghi, effettuati il [omissis], il Responsabile del Settore edilizia privata e controllo del territorio del Comune ha accertato che sul fondo censito catastalmente al Foglio [omissis], mapp. [omissis], derivante dal frazionamento delle originali particelle nn. [omissis], erano state eseguite, in totale assenza di titolo edilizio, opere compendiate in 13 fabbricati distribuiti in 3 lotti residenziali, dei quali 5 fabbricati risultavano avere uso residenziale e gli altri uso magazzino o comunque pertinenziale, oltre a due piscine, alla sistemazione dell'area circostanza e alla realizzazione della recinzione contornante i tre lotti, eseguita in mattonelle di tufo.

3. Preso atto di ciò il Responsabile del servizio, con ordinanza n. [omissis], accertata l'identità dei proprietari dei fondi interessati; dato atto che le opere abusive insistono in zona che il Piano Regolatore Generale ha destinato a Zona Agricola E – sottozona 2, soggetta a vincolo di Zona Sismica di classe 2B; ritenuto che *“la realizzazione dei lavori, i frazionamenti catastali e gli atti di compravendita sopra elencati determinano l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dall'art. 30 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e dell'art. 23 della legge regionale 11 agosto 2008 n. 15, in quanto si ravvisa, nella fattispecie, una lottizzazione abusiva a scopo edificatorio”*, tanto

premessi ha ordinato ai 5 proprietari, tra i quali [omissis], la sospensione dei lavori, intimando il divieto di disporre dei suoli e delle opere eseguite e disponendo, contestualmente, l'immediata trascrizione dell'ordinanza medesima nei registri immobiliari.

4. [omissis] hanno impugnato innanzi al TAR per il Lazio, sede di Roma, l'indicata ordinanza.

5. Il TAR, con la sentenza in epigrafe indicata, ha respinto il ricorso.

6. [omissis] hanno proposto appello fondato sui motivi che così si possono riassumere:

(i) il TAR avrebbe errato per non aver considerato che il Comune ha emesso l'ordinanza senza dare agli interessati comunicazione dell'avvio del relativo procedimento;

(ii) il TAR avrebbe errato nell'applicare l'art. 30 del DPR 380/01 e l'art. 23 della L.R. 15/08 e nell'affermare che le opere realizzate sui fondi degli appellanti avrebbero indotto uno stravolgimento del territorio: tale evento è da escludersi, sia per l'inidoneità intrinseca delle opere a "stravolgere" il territorio, sia per la ragione che l'area era già stata oggetto di urbanizzazione e di fenomeni insediativi, con realizzazione di viabilità e di servizi;

(iii) il TAR, infine, avrebbe disatteso il disposto dell'art. 64 c.p.a., omettendo di dare per ammessi fatti che l'Amministrazione resistente non avrebbe specificamente contestato.

7. Le Amministrazioni non si sono costituite in giudizio e la causa è stata chiamata per la discussione alla pubblica udienza del 1° dicembre 2022, in occasione della quale è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

8. L'appello merita di essere accolto in ragione della fondatezza del primo motivo di ricorso, che ha rilievo assorbente.

9. Con il ricorso di primo grado gli appellanti lamentavano che l'ordinanza impugnata era stata adottata dal Comune al termine di un procedimento del quale essi non avevano mai ricevuto notizia e che, pertanto, si era svolto senza che essi avessero la possibilità di parteciparvi, fornendo il loro contributo. Essi, quindi, deducevano l'illegittimità dell'ordinanza impugnata per violazione dell'art. 7 della L. n. 241/90.

10. Il TAR ha ritenuto che la comunicazione di avvio del procedimento non fosse necessaria, venendo in considerazione attività vincolata, a fronte della quale il contributo degli interessati non avrebbe potuto condurre ad una diversa decisione.

11. Con il primo motivo d'appello [omissis] hanno contestato l'indicato capo della sentenza appellata, deducendo che la giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi nel senso che i provvedimenti che contestano l'esistenza di una lottizzazione abusiva sono soggetti alla comunicazione di avvio del procedimento: ciò per la ragione che "*l'individuazione della lottizzazione abusiva presuppone indagini complesse che impongono la necessaria partecipazione dei soggetti interessati al relativo procedimento, per cui deve essere consentita ad essi la proposizione delle rispettive osservazioni e deduzioni*" (*ex plurimis, Cons. St., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1809; Consiglio Stato, Sezione V, 11 maggio 2004 n. 2953, 29 gennaio 2004 n. 296 e 23 febbraio 2000 n. 948*).". Di contro, i casi in cui non deve essere garantita la partecipazione endoprocedimentale al privato sono stati espressamente tipizzati dal Legislatore all'art. 13 della L. 241/90, e tra essi non rientra l'adozione di un provvedimento qual è quello oggetto di impugnazione.

11.1. Il TAR avrebbe inoltre erroneamente affermato che gli appellanti nulla avrebbero argomentato in ordine all'importanza della loro partecipazione al procedimento. All'opposto con il ricorso di primo grado gli odierni appellanti hanno chiaramente affermato che "*se l'Amministrazione avesse correttamente consentito ai ricorrenti la partecipazione al procedimento amministrativo, sarebbe emerso che i manufatti oggetto di causa siano stati realizzati per soddisfare le esigenze abitative delle famiglie dei ricorrenti e dei figli minori, con essi conviventi, come dimostrato con le allegazioni che si versano in atti, e che gli stessi manufatti non concretino i presupposti per configurare la lottizzazione abusiva come illegittimamente e arbitrariamente fatto nei provvedimenti impugnati*".

12. La censura è fondata.

13. La Sezione ha recentemente richiamato l'attenzione sulla importanza di assicurare il rispetto delle garanzie procedurali anche con riferimento ai provvedimenti a contenuto vincolato, sul presupposto che *“gli atti a contenuto vincolato sono tali nel senso che il relativo contenuto dispositivo non viene determinato dall'amministrazione, ma è predeterminato da norme, di rango primario o secondario, sulla base di determinate situazioni di fatto. La natura vincolata di un provvedimento, dunque, non esime l'amministrazione dall'esperire una accurata istruttoria finalizzata ad accertare i fatti rilevanti e ad individuare, sulla base di questi, le norme applicabili al caso di specie; e proprio questa fase istruttoria deve essere svolta nel contraddittorio con l'interessato, in applicazione di un principio sotteso alle norme che prevedono le garanzie procedurali, nonché del principio, ora recepito all'art. 1, comma 2 bis, della L. n. 241/90, secondo cui “I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”* (Cons. di Stato, Sez. VI, n. 483 del 16 gennaio 2023).

13.1. Di conseguenza, *“..per quanto il contenuto della decisione finale possa essere predeterminato da una regola di diritto, l'amministrazione deve rispettare il principio del contraddittorio nel corso di tutto il procedimento, perché la regola da applicare si innesta sempre su una situazione fattuale che va accertata e perché la collaborazione dell'interessato può rivelarsi utile anche nella individuazione della norma da applicare al caso di specie e, comunque al fine di prevenire errori dell'amministrazione. La circostanza che in una eventuale sede giurisdizionale tale accertamento possa essere, all'occorrenza, replicato o integrato, non giustifica e non rende accettabile una istruttoria procedimentale carente, o celebrata in violazione del contraddittorio, poiché ciò significherebbe alterare la funzione del Giudice Amministrativo e del processo amministrativo, assegnando ad essi un ruolo almeno parzialmente sostitutivo di quello istituzionalmente assegnato all'Amministrazione e al procedimento amministrativo, e anche perché la non accuratezza del procedimento amministrativo – sede nella quale, a differenza della sede giurisdizionale, rilevano anche interessi cd. semplici o di fatto, e dove il privato può contraddire anche nel merito in senso proprio, oltre che sul piano della legittimità - inevitabilmente induce il cittadino a ricorrere al contenzioso giurisdizionale anche solo per avere la possibilità di esprimersi, per la prima volta, su determinate affermazioni contenute nell'atto impugnato. Tutto ciò costituisce un risultato (non solo lesivo per il cittadino, per quanto appena osservato, ma anche) chiaramente non voluto dal legislatore, che, infatti, all'articolo 21 octies della L. n. 241/90, ha circoscritto la regola della non annullabilità dell'atto adottato in violazione delle regole sul procedimento, limitandone l'applicabilità ai casi in cui sia “palese” che il contenuto dispositivo dell'atto impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato: affinché si possa evitare l'annullamento giurisdizionale per illegittimità connesse alla violazione delle norme sul procedimento, dunque, non deve essere necessario alcun particolare accertamento istruttorio in punto di fatto, né si deve richiedere al Giudice Amministrativo di dirimere una particolare questione di diritto, poiché simili attività giurisdizionali dimostrano, a posteriori, che nel momento in cui la decisione veniva adottata dall'amministrazione non era “palese” che essa costituisse l'unica possibile.”..*

13.2. Per le considerazioni che precedono il Collegio ritiene di dover condividere le pronunce di questo Consiglio di Stato, che in più di una occasione – come ha rilevato parte appellante – ha affermato che gli accertamenti e l'istruttoria sottesi all'accertamento di una lottizzazione abusiva sono sempre connotati da un certo grado di complessità che rende pressoché necessaria la partecipazione al relativo procedimento dei soggetti interessati, *“restringendo, pertanto, lo spazio entro il quale può trovare applicazione la norma di cui all'art. dell'art. 21 octies comma 2 L. 241/1990”* (Consiglio di Stato, VI, 18 marzo 2019, n. 1759; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2953 dell'11 maggio 2004): Ciò *“anche se al provvedimento di cui all'art. 18 della l. n. 47/1985 deve comunque riconoscersi una indubbia natura vincolata, atteso che lo stesso deve essere preceduto dal mero accertamento della realtà materiale ed è destinato ad incidere, con funzioni di qualificazione giuridica, su di essa con provvedimenti che potranno poi comportare l'adozione di successivi provvedimenti di acquisizione delle aree lottizzate”* (Cons. St, Sez. III del 10 settembre 2012 n. 4795; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1809, del 27 marzo 2013), e a maggior ragione per il fatto che i provvedimenti che

contestano l'esistenza di una lottizzazione abusiva hanno pesanti effetti, anche ablatori, nei confronti dei destinatari.

13.3. Ne consegue che, in termini generali, l'avvio del procedimento sanzionatorio per lottizzazione abusiva non può prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento e che lo spazio residuo per l'eventuale applicazione dell'art. 21 *octies* della L. 241/90 è veramente esiguo, trattandosi di fattispecie in cui è infrequente che l'esistenza della lottizzazione abusiva sia così palese da potersi prescindere dal confronto procedimentale e da poter rimettere la decisione direttamente al Giudice Amministrativo.

13.4. Nel caso di specie, pur dovendosi constatare la presenza di vari elementi che denunciano una fattispecie di lottizzazione abusiva, non si può però affermare che la conclusione cui è giunto il Responsabile del Servizio, nel provvedimento impugnato, fosse così "palese" da potersi prescindere dalla instaurazione del contraddittorio.

13.5. Né il Collegio ritiene, nel caso di specie, che possa trovare applicazione l'orientamento espresso da alcuni precedenti di questo Consiglio di Stato (Cons. di Stato, Sezione IV, n. 3073/2016 e Sezione VI n. 5805/2018), secondo cui, avendo il provvedimento di sospensione adottato ai sensi dell'art. 30 del D.P.R. n. 380/2001 natura cautelare e non sanzionatoria, l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento si giustificerebbe per esigenze di celerità: si è osservato, in particolare, che *"L'art. 7 della legge sul procedimento amministrativo oltre a prescrivere tale obbligo, ne giustifica l'omissione in presenza di ragioni derivanti da particolari esigenze di celerità. Tali situazioni che giustificano l'omissione sono dunque atipiche e sono frutto di un bilanciamento di interessi fatto dalla stessa amministrazione, laddove decida di omettere tale adempimento"* (Cons. di Stato, Sez. IV, n. 3076/2016, cit).

13.6. Il Collegio non intende discostarsi dall'indicato orientamento, che qualifica il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 30, comma 7, quale provvedimento di natura cautelare; rileva, tuttavia, che nel caso di specie i primi sopralluoghi del Responsabile del servizio sono stati effettuati nel mese di febbraio 2016, ma il provvedimento che ha intimato la sospensione dei lavori, il divieto di disporre degli immobili e ordinato la trascrizione nei registri immobiliari è stata adottato solo il 15 aprile 2016, ovvero due mesi dopo l'inizio del procedimento, ed è arduo immaginare che durante questo tempo il Responsabile del procedimento non abbia avuto l'opportunità di informare e sentire i proprietari prima di adottare il provvedimento di cui si discute, anche perché non sarebbe stato vincolato al rispetto di determinati "termini a difesa", incompatibili con la utile adozione del provvedimento sospensivo.

14. In conclusione, è fondato il primo motivo d'appello, già posto a fondamento del ricorso di primo grado. Ne consegue che l'appellata sentenza va riformata e che il ricorso di primo grado va accolto, con annullamento dell'ordinanza impugnata nei limiti dell'interesse degli appellanti, con assorbimento di tutte le ulteriori censure – il cui scrutinio richiederebbe oltre tutto un'attività istruttoria su fatti e circostanze, comunque contestati (da una parte nel procedimento e dall'altra nel processo), il che comporterebbe il protrarsi di questo giudizio - e con salvezza degli ulteriori provvedimenti.

15. In esecuzione della presente decisione il Comune di San Cesareo dovrà riaprire il procedimento, rideterminandosi dopo aver instaurato il contraddittorio con i proprietari.

16. La peculiarità della vicenda giustifica, nondimeno, la compensazione delle spese del giudizio tra tutte le parti.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione; per l'effetto, in riforma della appellata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado e annulla l'ordinanza del Comune di San Cesareo n. [omissis] nei limiti dell'interesse degli appellanti, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti.

Visto l'art. 34, comma 1, lett. e) c.p.a., dispone che il Comune di San Cesareo si ridetermini come indicato al paragrafo 15 della motivazione.

Compensa le spese tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE

Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO