

Publicato il 09/06/2023

N. 05663/2023REG.PROV.COLL.  
N. 00009/2020 REG.RIC.



**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 Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9 del 2020, proposto dal signor xxxxx, rappresentato e difeso dagli avvocati xxxxx, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo dei suindicati difensori in Roma, viale xxxxx;

*contro*

il Comune di Pistoia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato xxxxx con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sez. III, 8 maggio 2019 n. 678 resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pistoia nonché i documenti prodotti;

Esaminate le ulteriori memorie, anche di replica, con documenti e le note depositate dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del 27 aprile 2023 il Cons. Stefano Toschei. Si registra il deposito di note d'udienza a cura dei difensori di entrambe le parti in controversia con richiesta di passaggio in decisione della causa senza previa discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. – Il presente giudizio in grado di appello ha ad oggetto la richiesta di riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sez. III, 8 maggio 2019, n. 678 con la quale il TAR ha respinto il ricorso (n. R.g. 138/2013), proposto dal signor xxxx xxxxx, al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento n. 720 del 29 ottobre 2012, adottato dal dirigente del Servizio Governo del territorio e edilizia privata del Comune di Pistoia, con il quale è stata respinta *“la domanda di permesso di costruire in sanatoria ai sensi della L.R. 53/2004 relativa a: costruzione di locale di sgombero costruito in assenza di concessione edilizia posto in Pistoia (...)”*.

2. - La vicenda che fa da sfondo al presente contenzioso in grado di appello può essere sinteticamente ricostruita sulla scorta dei documenti e degli atti prodotti dalle parti controvertenti nei due gradi di giudizio nonché da quanto sintetizzato nella parte in fatto della sentenza qui oggetto di appello, come segue:

- il signor xxxxxxè proprietario di un immobile, che in passato era adibito a mulino, costituito da due piani fuori terra oltre a un piano interrato e un seminterrato, edificato su un terreno sul quale insiste, a nord-est del fabbricato principale, un altro edificio (di modeste dimensioni) costituito da un unico piano fuori terra articolato in due locali a uso ripostiglio, separato

dal fabbricato principale da un “gorile” anch’esso ricadente nella proprietà dell’odierno appellante;

- sull’area in cui ricade l’immobile insistono sia un vincolo ambientale *ex art. 1 l. 29 giugno 1939, n. 1497* che un vincolo idrogeologico e, sotto il versante urbanistico, detta area, secondo il pregresso PRG del Comune di Pistoia, era destinata a “zona agricola di rispetto ambientale E2” mentre il fabbricato, nel regime urbanistico attuale, è classificato come F4;

- in data 31 marzo 2004 il signor xxxxx presentava al Comune di Pistoia domanda di condono *ex art. 32, comma 26, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269* convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, avente ad oggetto la costruzione, senza titolo edilizio, di un manufatto in ampliamento della pertinenza nord-est del fabbricato principale costituito da un secondo locale accessorio a forma trapezoidale a uso ripostiglio-sgombero, in aderenza alla esistente dipendenza, tanto da formare un unico corpo di fabbrica, il tutto per una superficie complessiva di mq 15,40 ed un’altezza non superiore a m. 2 fuori terra;

- con atto del 28 gennaio 2012, il Comune di Pistoia, comunicava il preavviso di rigetto dell’istanza di condono, ai sensi dell’art. 10-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241, perché “*il manufatto oggetto di condono edilizio [ricade] in zona sottoposta a vincolo paesaggistico*” e tenuto conto che “*l’abuso risulta posizionato ad una distanza insufficiente dal fabbricato di fronte*” (così, testualmente, nella motivazione del preavviso di diniego);

- seguiva al preavviso di diniego il provvedimento n. 720 del 20 ottobre 2012 con il quale il Comune di Pistoia respingeva definitivamente la domanda di condono presentata dal signor xxxx nel 2004;

- quest’ultimo impugnava il suddetto provvedimento (n. 720/2012) dinanzi al TAR per la Toscana che respingeva il ricorso proposto sui seguenti presupposti: a) il primo motivo di ricorso con cui il signor xxxxx contestava la richiesta dell’amministrazione comunale di documentare la conformità urbanistica dell’intervento per il quale aveva avanzato istanza di

sanatoria straordinaria, sostenendo che tali elementi avrebbero dovuto essere acquisiti d'ufficio dal comune perché già in possesso dell'amministrazione precedente e comunque perché detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni, deve ritenersi infondato. Sul punto il giudice di primo grado ha osservato che *“il procedimento di rilascio dei titoli edilizi (anche in sanatoria) è (...) governato da autonomi principi in base ai quali la possibilità per il privato di far valere il suo interesse pretensivo al provvedimento di sanatoria, comporta l'obbligo di corredare la domanda di tutti gli elementi documentali che la norma indica come necessari per la valutazione della stessa”*; b) né, sotto altro profilo (sempre con riferimento al primo motivo di ricorso in primo grado), può condividersi la contestazione in ordine alla difformità tra le ragioni ostative al rilascio del condono indicate nel preavviso di rigetto e quelle poi effettivamente poste a supporto del provvedimento definitivo. Su tale profilo il TAR ha rammentato che *“il provvedimento definitivo può essere ulteriormente arricchito, in punto di motivazione, da ulteriori elementi emersi nel corso dell'istruttoria, anche sulla base delle osservazioni proposte dall'interessato”*; c) quanto al secondo motivo dedotto dal signor xxxxx in primo grado, con il quale egli lamentava l'erroneità dell'assunto dell'amministrazione in tema di mancato rispetto della misura di distacco tra fabbricati, ai sensi dell'art. 873 c.c., poiché tale norma potrebbe applicarsi solo nelle controversie tra privati quando, cioè, i fabbricati appartengano a soggetti diversi, mentre nel caso all'esame, entrambi sono di proprietà del ricorrente, anch'esso è ritenuto dal giudice di primo grado non condivisibile. Sul punto, infatti, si è autorevolmente affermato dalla giurisprudenza del giudice civile (ad es. Cass. civ., Sez. II, 17 novembre 2003 n. 17339) che la *“violazione della previsione regolamentare che nega la possibilità di costruire nelle zone di distacco (...) si riverbera nei soli rapporti con la PA, e determina quindi l'illegittimità dell'opus dal punto di vista amministrativo”*, sicché il giudice di primo grado ne fa seguire l'irrelevanza della proprietà degli immobili rispetto ai quali si fa questione (edilizia) in merito alla legittimità delle distanze, in quanto *“La previsione regolamentare è posta a tutela dell'interesse pubblico in materia di igiene e sanità,*

*conseguendone che lo strumento urbanistico comunale, nel disciplinare il territorio individuando le zone territoriali omogenee di cui al D.M. 2 aprile 1968, n. 1444, art. 2, deve osservare le prescrizioni dettate in materia di distanze minime tra fabbricati previste per ciascuna delle dette zone dal primo comma dell'art. 9 del medesimo decreto ministeriale (...)*"; d) sulla richiesta di rimessione alla Corte costituzionale della disposizione recata dall'art. 32, comma 27, d.l. 269/2003 e dell'art. 2, comma 5, l.r. Toscana 20 ottobre 2004, n. 53, tacciata di irragionevolezza nella parte in cui prevede requisiti sostanzialmente coincidenti con quelli della sanatoria ordinaria (accertamento di conformità) non compatibili con la fattispecie attinente invece ad una sanatoria straordinaria (o condono edilizio legale), il giudice di primo grado l'ha ritenuta irrilevante in quanto, secondo costante giurisprudenza, la realizzazione, in area assoggettata a vincolo paesaggistico, di nuove costruzioni in assenza di permesso di costruire non è suscettibile di sanatoria sul presupposto che *"(...) nel bilanciamento degli interessi, il Legislatore ha del tutto ragionevolmente ritenuto recessivo, rispetto al rilievo primario dei valori tutelati dall'art. 9 della Costituzione, l'interesse del privato a conseguire ex post il rilascio del titolo edilizio a fronte di un'attività non legittima di edificazione abusiva"*.

3. – Propone quindi appello, nei confronti della suddetta sentenza di primo grado n. 678/2019, il signor xxx xxxx, che ne sostiene la erroneità per cinque complessi motivi di appello (che sostanzialmente ricalcano le cinque censure già dedotte in primo grado e non condivise dal TAR per la Toscana), che possono sintetizzarsi come segue:

I) Erroneità della sentenza, per contrarietà ai principi ricavabili dagli artt. 1, 2, 3, 7, 10-bis l. 241/1990. Erroneità della sentenza per contrarietà ai principi ricavabili dagli artt. 32 d.l. 269/2003, convertito in l. 326/2003. Erroneità della sentenza per contrarietà ai principi ricavabili dagli artt. 32, 33, 35 l. 28 febbraio 1985, n. 47. Sostiene l'odierno appellante che il Comune di Pistoia prima e il TAR per la Toscana poi hanno errato nel considerare indispensabile, al fine dell'accoglimento della domanda di condono, la produzione di una relazione riassuntiva sulla compatibilità paesaggistico

edilizia delle opere oggetto della domanda di sanatoria. Infatti l'asserita incompletezza documentale non avrebbe ad oggetto l'obbligo di corredare la domanda di tutti gli elementi documentali che la norma indica come necessari per la valutazione della stessa, ma atterrebbe ad una "relazione esplicativa" pretesa dal Comune nella quale il privato istante avrebbe dovuto dare conto delle ragioni di compatibilità dell'intervento oggetto di domanda di sanatoria, già correttamente descritto, con lo strumento urbanistico comunale vigente prima dell'entrata in vigore della l.r. Toscana 53/2004 e ciò ai fini del comma 5 dell'art. 2 di tale legge. Piuttosto che sul richiedente il rilascio del condono, una volta che costui abbia assolto (come è avvenuto nel caso di specie) all'onere di allegare alla domanda tutta la documentazione necessaria alla rappresentazione dell'opera e all'istruzione della pratica dal punto di vista 'tecnico', spetta all'amministrazione precedente l'obbligo di verificare se l'opera oggetto di domanda di condono sia o meno compatibile con lo strumento urbanistico comunale. In altri termini, il principio di "autoresponsabilità", invocato dal primo giudice al fine di ritenere legittima la pretesa dell'amministrazione, non può estendersi anche all'attività di verifica sulla conformità dell'intervento oggetto di sanatoria straordinaria, rispetto alla compatibilità con gli strumenti urbanistici comunali;

II) Erroneità della sentenza per contrarietà con i principi ricavabili dagli artt. 873 c.c. e 9 d.m. 2 aprile 1968 n. 1444. Erroneamente ad avviso del TAR la circostanza che l'oggetto della domanda di condono atterrebbe ad un manufatto pertinenziale, il cui proprietario è il medesimo di quello riferibile all'edificio principale, non sarebbe sufficiente a considerare il manufatto come non soggetto alle regole civilistiche delle distanze tra fabbricati, tra le quali rientrano espressamente quelle del Regolamento edilizio, che le possono specificare o integrare come previsto al secondo periodo dell'art. 873 c.c.. Ad avviso dell'appellante il suddetto meccanismo può trovare applicazione solo nell'ipotesi in cui la distanza riguardi manufatti collocati in terreni di proprietà distinte, confinanti tra loro e non invece, come nella specie, all'ipotesi di un

edificio pertinenziale situato all'interno della stessa area (dello stesso proprietario) ove si trovano l'edificio pertinenziale e quello principale;

III) Erroneità della sentenza per violazione dei principi ricavabili dagli artt. 10-*bis* e 21-*octies* l. 241/1990. L'appellante ribadisce anche nella presente sede l'illegittimità nella quale è incorso il Comune di Pistoia nell'adottare il provvedimento definitivo di diniego introducendo motivi di ostacolo all'accoglimento della domanda di condono ulteriori rispetto a quelli già rappresentati con il preavviso di diniego comunicato all'interessato. Illegittimamente il comune procedente con il provvedimento conclusivo di diniego ha rappresentato l'ulteriore ostacolo all'accoglimento dell'istanza di condono costituito dall'asserita inedificabilità dell'area, trovandosi il manufatto pertinenziale all'epoca della sua realizzazione in area agricola di PRG, ragione oppositiva al condono taciuta in sede di comunicazione del preavviso di rigetto;

IV) Illegittimità costituzionale, *in parte qua*, dell'art. 32, comma 27, d.l. 269/2003, conv. con l. 326/2003 nonché dell'art. 2, comma 5, lett. a), l.r. Toscana 53/2004. L'appellante ripropone la questione di legittimità costituzionale, ritenuta non rilevante dal giudice di primo grado, con riferimento alle due disposizioni suindicate per contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., laddove sostanzialmente esse equiparano il condono *ex* d.l. 269/2003 (in caso di presenza di vincoli, anche relativi, sull'area) all'ipotesi di sanatoria ordinaria, richiedendo cioè di fronte a tali fattispecie anche il requisito della conformità urbanistica dell'opera. La questione non sarebbe stata colta pienamente dal TAR, non essendosi avvisto che essa si rivolge alle due disposizioni nella parte in cui ammettono la condonabilità dei manufatti, nelle ipotesi di vincolo (anche di quelli anche relativi come sono quelli che ci occupano), soltanto ove vi sia la conformità con gli strumenti urbanistici locali e persino con i regolamenti edilizi, in tal modo introducendo un ampliamento dello spettro dei potenziali motivi ostativi al rilascio del condono straordinario, rispetto alle ipotesi di sanatoria ordinaria, mentre

invece il condono straordinario dovrebbe contenere previsioni di significativo favore verso chi ha costruito illegittimamente;

V) Erroneità della sentenza per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il giudicato. Omessa pronuncia rispetto al V motivo di ricorso. Riproposizione del motivo assorbito: violazione artt. 1, 3 e 7 l. 241/1990. Il giudice di primo grado non si è pronunciato sul V motivo di ricorso sottoposto alla sua attenzione. Conseguentemente il signor xxxxxxx lo ripropone al giudice di appello ricordando che tutti i provvedimenti di natura sanzionatoria debbono essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento e che quest'ultimo deve essere caratterizzato da un'adeguata fase partecipativa.

4. – Si è costituito in giudizio il Comune di Pistoia contestando analiticamente le avverse prospettazioni e sostenendo la correttezza del comportamento tenuto dall'amministrazione e l'adeguatezza nei contenuti della sentenza qui oggetto di appello.

Conclude il comune appellato chiedendo la reiezione del mezzo di gravame.

Le parti hanno quindi espresso nuovamente le rispettive posizioni, nelle loro memorie conclusive, anche di replica, oltre che nelle note d'udienza, confermando le conclusioni già rassegnate negli atti processuali precedentemente depositati.

5. – Il ricorso in appello, ad avviso del Collegio, non può essere accolto, non potendosi condividere il contenuto delle censure dedotte dalla parte appellante.

Con riferimento al primo motivo di appello promosso dal signor xxxxx va rammentato che:

- l'art. 2, comma 5, lett. a), l.r. Toscana 20 ottobre 2004, n. 53 stabilisce che *“Non sono inoltre in alcun caso ammessi a sanatoria: a) le opere abusive in contrasto con i vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela degli interessi idrogeologici e delle falde acquifere, dei beni ambientali e paesistici nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali ed istituiti prima dell'entrata in vigore della presente legge,*



*e che non siano conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici (...)*”;

- il provvedimento di diniego definitivo di condono impugnato in primo grado (determinazione n. 720 del 2012) richiama espressamente, tramutandolo in motivo (definitivo) di diniego di condono edilizio, quanto già segnalato con il preavviso di diniego comunicato al proprietario con nota prot. 6684 del 28 gennaio 2012 e cioè che *“ricadendo il manufatto oggetto di condono edilizio in zona sottoposta a vincoli paesaggistico, si ritiene che non sia possibile procedere alla sanatoria in quanto non si rispetta l'art.2 comma 5 della L.R. 53/2004 e relativa Circolare interpretativa, in quanto l'abuso risulta posizionato ad una distanza insufficiente dal fabbricato di fronte”*, rappresentando nel contempo che un chiarimento su tale ragione impeditiva al condono edilizio, con riferimento alla surriprodotta disposizione della legge regionale, era stato richiesto al proprietario con nota 21 marzo 2007 prot. 80446;

- sempre nei due atti richiamati (provvedimento di diniego definitivo di condono e atto di preavviso di diniego) si legge che tale richiesta di documentazione integrativa era volta a permettere all'interessato di meglio specificare, anche sotto un profilo tecnico, per quale ragione potesse ritenersi conforme alla previsione di legge regionale la richiesta di rilascio di condono edilizio.

Pare evidente, dunque, da quanto si è appena illustrato, come la richiesta formulata nel corso del procedimento dall'amministrazione all'interessato non fosse ultronea rispetto all'onere documentale e probatorio richiesto dalle norme sul “terzo condono” (sia di fonte statale che regionale) per accompagnare adeguatamente l'istanza di sanatoria edilizia né fosse inutilmente tesa ad appesantire il procedimento, ma si manifestasse, invece, indispensabile per poter verificare la compatibilità tra l'opera oggetto di condono e previsioni normative di ammissione alla sanatoria.

Peraltro, come appare evidente dalla lettura dei motivi di diniego definitivo di condono, la mancata produzione della relazione tecnica richiesta non è la sola

ragione sulla quale poggia la decisione comunale di non addivenire al rilascio del condono.

In argomento è solo il caso di rammentare che, secondo un principio ormai consolidato, ai sensi dell'art. 32, comma 27, lett. d), d.l. 269/2003, le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli, fra cui quello ambientale e paesistico, sono sanabili solo se, oltre al ricorrere delle ulteriori condizioni - e cioè che le opere siano realizzate prima della imposizione del vincolo, che siano conformi alle prescrizioni urbanistiche e che vi sia il previo parere dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo - siano opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria) (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. VI, 26 ottobre 2022 n. 9128 e 1 dicembre 2021 n. 8004). Pertanto, un abuso comportante la realizzazione di nuove superfici e nuova volumetria in area assoggettata a vincolo paesaggistico, come nel caso in esame, non può essere sanato.

6. – Quanto al tema delle distanze tra edifici collocati nella stessa area di proprietà, sollevato con il secondo motivo di appello, va rammentato che per la costante giurisprudenza del giudice civile, le norme sulle distanze tra le costruzioni, integrative di quelle contenute nel codice civile, devono essere applicate indipendentemente dalla destinazione dello spazio intermedio che ne risulti e prescindendo dall'appartenenza di tale spazio a terzi (cfr., tra le altre, Cass. civ., Sez. II, 10 marzo 2022 n. 7794, 31 ottobre 2017 n. 25890 e 23 marzo 2017 n. 7542).

Come ha ricordato ancora la Corte di cassazione (cfr., tra le molte, Cass. civ., Sez. II, 29 gennaio 2018 n. 2093) la previsione regolamentare è posta a tutela dell'interesse pubblico in materia di igiene e sanità, conseguendone che lo strumento urbanistico comunale, nel disciplinare il territorio individuando le zone territoriali omogenee di cui al D.M. 2 aprile 1968, n. 1444, art. 2, deve osservare le prescrizioni dettate in materia di distanze minime tra fabbricati previste per ciascuna delle dette zone dal primo comma dell'art. 9 del medesimo decreto ministeriale, quale disposizione di immediata ed

inderogabile efficacia precettiva, oltre che integrativa rispetto all'art. 873 cod. civ. (cfr., anche, Cass. civ., Sez. II, 19 gennaio 2018, n. 1360).

Ciò vale anche per la costante giurisprudenza di questo Consiglio secondo la quale la disposizione contenuta nell'art. 9 del D.M. n. 1444 del 1968, che prescrive la distanza di dieci metri che deve sussistere tra edifici antistanti, ha carattere inderogabile, poiché si tratta di norma imperativa, la quale predetermina in via generale ed astratta le distanze tra le costruzioni, in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e di sicurezza; tali distanze sono coerenti con il perseguimento dell'interesse pubblico e non già con la tutela del diritto dominicale dei proprietari degli immobili finitimi alla nuova costruzione, tutela che è invece assicurata dalla disciplina predisposta, anche in tema di distanze, dal codice civile (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. IV, sez. IV, 18 luglio 2022 n. 6086, 5 febbraio 2018 n. 707 e 14 settembre 2017 n. 4337; nonché Cass. civ., Sez. II, 14 novembre 2016 n. 23136).

Deriva da quanto sopra la infondatezza della censura dedotta già in primo grado dall'odierno appellante fondata sulla (asserita) inapplicabilità delle specifiche disposizioni contenute negli strumenti edilizi e nei regolamenti comunali in materia di distanze tra edifici in caso di strutture edilizie di pertinenza e di proprietà della stessa persona.

7. – Con il terzo motivo d'appello si sostiene la illegittimità del provvedimento di diniego di condono edilizio in ragione della non coincidenza tra i motivi ostativi al rilascio della sanatoria comunicati con il preavviso di diniego e quelli indicati nel provvedimento definitivo.

In argomento la Sezione, anche recentemente (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 7 aprile 2023 n. 3587), ha chiarito che la difformità tra i motivi recati nel preavviso di diniego a corredo della illustrazione delle ragioni che, a parere dell'amministrazione precedente, si oppongono all'accoglimento dell'istanza presentata e quelli contenuti nel provvedimento definitivo di diniego assumono rilievo, al fine della valutazione della illegittimità del

comportamento tenuto dall'amministrazione precedente, solo successivamente alla novella della l. 241/1990 intervenuta nel 2020.

Infatti, solo dopo il 2020 il legislatore ha ritenuto di introdurre, quale vizio del provvedimento amministrativo, la mancata coincidenza tra i motivi indicati alla parte interessata con il preavviso di diniego e quelli che sorreggono il provvedimento finale sfavorevole (si veda sul punto il nuovo ultimo periodo dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241 che oggi così recita, “*La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis*”, introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. i), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), sicché:

- all'epoca dei fatti l'art. 21-*octies*, comma 2, sopra citato, non recava la specificazione introdotta nel 2020;
- ed infatti (solo) con la stessa novella del 2020 all'art. 10-*bis* sono stati aggiunti i seguenti due ulteriori periodi: “*(...) Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato (...)*”;
- peraltro l'esercizio del potere vincolato che, come è noto, caratterizza il procedimento sanatorio o di condono edilizio giustifica, per costante giurisprudenza, una evidente riduzione degli strumenti partecipativi, escludendo addirittura che sia necessario comunicare il preavviso di diniego.

Discende ulteriormente da quanto sopra che:

- l'obbligo di valutazione delle memorie presentate dai privati durante il procedimento non comporta un onere di analitica contestazione da parte della pubblica amministrazione poiché “*Il dovere della p.a. di esaminare le memorie*

*prodotte dall'interessato a seguito della comunicazione di avvio del procedimento o del preavviso di rigetto da essa inviati non comporta la confutazione analitica delle allegazioni presentate dall'interessato, essendo sufficiente, ai fini della giustificazione del provvedimento adottato, la motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto stesso, e la doverosa valutazione degli apporti infraprocedimentali risente della natura degli stessi; ciò in quanto l'onere valutativo è maggiormente penetrante con riferimento alla prospettazione da parte del privato di elementi fattuali, mentre è attenuato, se non quasi inesistente, allorché le deduzioni del privato contengano valutazioni giuridiche, laddove è sufficiente che l'Amministrazione ribadisca il proprio intendimento, anche alla luce delle tesi” (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2017 n. 873);*

- in ogni caso, la natura vincolata delle determinazioni in materia di abusi edilizi e, quindi, anche delle determinazioni di sanatoria, esclude la possibilità di apporti partecipativi dei soggetti interessati e, conseguentemente, anche di un obbligo di previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della relativa domanda. Ciò anche in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, l. 241/1990, secondo cui il mancato preavviso di diniego non produce effetti viziati ove l'amministrazione non avrebbe comunque potuto emanare provvedimenti diversi da quelli in concreto adottati (cfr. tra le molte, Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2022 n. 5590).

In conclusione la contestata discrasia tra i motivi segnalati con l'atto di preavviso di diniego e i motivi poi indicati nel provvedimento conclusivo di diniego non assume rilievo, nel caso di specie (anche *ratione temporis*), ai fini dell'annullamento dell'atto principalmente impugnato in primo grado.

8. – Con il quarto motivo di appello si propugna la illegittimità costituzionale, *in parte qua*, dell'art. 32, comma 27, d.l. 269/2003, conv. con l. 326/2003 nonché dell'art. 2, comma 5, lett. a), l.r. Toscana 53/2004.

L'art. 32, comma 27, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito con modificazioni in l. 24 novembre 2003, n. 326, disciplina la sanatoria edilizia ivi contemplata in modo invero apparentemente più restrittivo rispetto ai precedenti condoni edilizi di cui all'art. 31 e ss. l. 28 febbraio 1985, n. 47 e

all'art. 39 l. 23 dicembre 1994, n. 724, posto che - per quanto qui segnatamente interessa - pur mantenendo fermo il regime del previo parere espresso dall'autorità preposta alla tutela dei vincoli, contemplato dall'art. 32 della predetta l. 47/1985 e successive modifiche, si dispone nel senso che *“le opere non sono comunque suscettibili di sanatoria, qualora (...) siano realizzate su immobili soggetti a vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela degli interessi (...) dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali qualora istituiti prima della esecuzione di dette opere, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”*.

Secondo il legislatore statale, pertanto, la circostanza che il vincolo paesaggistico preesista rispetto alla realizzazione dell'abuso rende quest'ultimo non sanabile se realizzato o in difformità del titolo edilizio ovvero in difformità alla disciplina urbanistica vigente.

Ai sensi del comma 26 dello stesso art. 32 la Regione Toscana, mediante la l.r. 20 dicembre 2004, n. 53, recante *“Norme in materia di sanatoria edilizia straordinaria”*, ha emanato a sua volta le disposizioni attuative della sanatoria introdotta dal legislatore statale.

L'art. 2, comma 4, di tale legge reca un rinvio formale al divieto di sanatoria di cui al predetto art. 31, comma 27, lett. d), della fonte legislativa statale, nel mentre al susseguente comma 5 ulteriormente si dispone che *“non sono in alcun caso ammessi a sanatoria (...) a) le opere abusive in contrasto con i vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela (...) dei beni ambientali e paesistici nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali ed istituiti prima dell'entrata in vigore della presente legge, e che non siano conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”*, con ciò quindi reiterando il medesimo divieto recato dalla fonte legislativa statale ma con la sostituzione dell'assunto *“non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”* mediante un altro con contenuto sensibilmente diverso, e cioè *“che non siano conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”*, in modo da rimarcare,

mediante l'utilizzo del congiuntivo presente, che la verifica della "*non conformità*" delle opere rispetto alla strumentazione urbanistica va effettuata con riguardo a quella vigente all'epoca dell'entrata in vigore della disciplina legislativa contemplante la sanatoria e non già all'epoca della realizzazione degli abusi.

Al susseguente comma 6, seconda parte, dello stesso art. 2, lo stesso legislatore regionale introduce quindi una deroga al pur dianzi enunciato divieto assoluto di rilascio della sanatoria (cfr. *ivi*: "*non sono ammessi in alcun caso (...)*") disponendo che "*si applica ugualmente l'articolo 32 della l. n. 47 del 1985 per la sanatoria delle opere di cui al comma 5, lettera a), conformi agli strumenti urbanistici*".

In tal modo, quindi, se l'abuso ricade in area assoggettata ad un vincolo paesaggistico preesistente rispetto all'epoca della sua realizzazione ed è stato realizzato senza nulla-osta dell'autorità preposta alla tutela del vincolo medesimo e senza titolo edilizio, può essere ottenuta comunque la sua sanatoria mediante il regime contemplato dall'art. 32 l. 47/1985 e, cioè, previo parere favorevole della predetta autorità preposta alla tutela del vincolo, ma sempreché quanto realizzato in assenza del titolo edilizio risulti comunque conforme alla disciplina urbanistica vigente.

Tale scelta legislativa è dunque tacciata di illegittimità costituzionale dall'odierno appellante il quale fa leva anche, a sostegno della propria tesi, sulla circostanza per cui, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 196 del 28 giugno 2004, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 32, comma 26, d.l. 269/2003 (nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione 326/2003) nella parte in cui non prevede che la legge regionale possa determinare la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissibilità a sanatoria di tutte le tipologie di abuso edilizio di cui all'Allegato 1 alla legge medesima.

Tuttavia va ricordato che, con specifico riferimento alla l.r. Toscana 53/2004 con la successiva sentenza n. 49 del 10 febbraio 2006 la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità

costituzionale proposte in via principale avverso le surriportate disposizioni della legge regionale.

9. - In proposito, sempre con riferimento alle disposizioni tacciate di illegittimità costituzionale nel presente giudizio, vanno aggiunte a quanto sopra alcune considerazioni.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2518; sez. IV, 19 maggio 2010, n. 3174; sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1200), dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, il c.d. terzo condono (previsto dall'art. 32, comma 27, d.l. 269/2003 e dall'art. 2 l.r. Toscana 53/2004) esige, per quanto qui interessa, ai fini della condonabilità delle opere abusive realizzate in zone sottoposte a vincolo paesaggistico che non implica l'inedificabilità assoluta, il parere favorevole espresso dall'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo.

In altri termini, l'insistenza dell'intervento in un'area protetta da un vincolo paesaggistico relativo non comporta un impedimento automatico del condono, ma postula, al contrario, una verifica di compatibilità delle opere con le esigenze di tutela implicate dal vincolo, che compete all'Autorità incaricata dell'amministrazione del regime di tutela, e non al Comune, che deve provvedere (solo) in via definitiva sull'istanza di condono e che resta, quindi, onerato, prima di definire il procedimento, di acquisire il parere della competente Soprintendenza.

Il principio appena enunciato si fonda, in particolare, sul dirimente rilievo che la clausola di salvezza, contenuta nell'art. 32, comma 27, d.l. 269/2003, delle previsioni di cui agli artt. 32 e 33 l. 47/1985 non può che essere decifrata come comprensiva anche del richiamo del precetto che subordina il rilascio del titolo edilizio in sanatoria di opere eseguite su aree vincolate al previo parere favorevole dell'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo, con conseguente esclusione, quindi, di qualsivoglia automatismo preclusivo connesso all'esistenza di un regime di tutela della zona interessata dagli interventi oggetto del condono.



In coerenza con la conclusione appena raggiunta, la previsione della non sanabilità delle opere realizzate su immobili soggetti a vincolo, di cui all'art. 32, comma 27, lett. d) d.l. 269/2003, non può che essere intesa come riferita alle sole ipotesi in cui il regime di protezione implichi l'inedificabilità assoluta dell'area, e non anche ai casi di inedificabilità relativa, in cui, quindi, la indefettibile valutazione della compatibilità dell'intervento edilizio con la disciplina di tutela resta rimessa all'apprezzamento dell'Autorità preposta all'amministrazione del vincolo.

La conformità lessicale dell'art. 2, comma 5, lett. a), l.r. Toscana 53/2004 all'art. 32, comma 27, lett. d) d.l. 269/2003 impedisce, poi, di giungere a conclusioni diverse, avuto riguardo alla disciplina legislativa regionale, con l'avvertenza che la clausola di salvezza degli artt. 32 e 33 l. 47/1985, contenuta nella sola legge statale, e non replicata in quella regionale, deve intendersi comunque applicabile, in ossequio ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale con la sentenza 28 giugno 2004 n. 196, siccome afferente alla disciplina amministrativa fondamentale dell'istituto del condono (che deve, intendersi, come tale, sottratta alle competenze legislative regionali).

Appurata dunque la legittimità costituzionale delle norme indicate dall'odierno appellante (invece) come in contrasto con la Carta costituzionale, va poi detto che, nel caso di specie, la rilevanza della questione di costituzionalità è poi oscurata dalla circostanza che l'ammissibilità del condono edilizio è ostacolata dalla presenza di impedimenti ulteriori, rispetto al regime vincolistico che caratterizza la zona ove insiste l'immobile oggetto della domanda di sanatoria, per contrasto con il regolamento edilizio in ordine alle previsioni delle distanze minime tra edifici e per ragioni di incompletezza procedimentale, per come sopra si è ampiamente specificato, di talché la domanda di sanatoria non poteva neppure essere sottoposta all'attenzione dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo imposto, stante la presenza di tali ragioni comunque impeditive all'accoglimento della domanda a suo tempo presentata dal proprietario dell'immobile abusivo.

10. – Quanto, infine, al quinto e ultimo motivo di appello, con il quale si contesta (in disparte il mancato scrutinio da parte del TAR della stessa censura già proposta innanzi al giudice di primo grado) la mancata comunicazione di avvio del procedimento e comunque la mancata attivazione della partecipazione procedimentale sul “*capo “diffidatorio” del provvedimento impugnato*”, va ribadito quanto già sopra si è riferito circa l’esercizio vincolato del potere posto in capo all’ente locale laddove esso constati la presenza di abusi edilizi.

In altri termini la clausola apposta dal Comune di Pistoia in calce al provvedimento definitivo di diniego di condono edilizio (in cui si legge testualmente che “*Si diffida all'uso della porzione abusiva in quanto priva di legittimità urbanistica e agibilità; inoltre, qualora il ripristino non rechi pregiudizio alla parte conforme, si dispone la demolizione delle porzioni abusive (per le opere demolitorie dovranno essere utilizzate comunicazioni di inizio e fine lavori su apposita modulistica reperibile sul sito internet del Comune o presso l'Ufficio scrivente). Sono fatte salve le procedure di cui al Titolo VIII della L.R. 1/05*”), si presenta, anche sotto il profilo del significato lessicale delle parole utilizzate, quale clausola cautelativa espressa dal comune in seguito all’apprurata abusività dell’opera e soprattutto, a tutela della incolumità delle persone e delle cose, imposta dall’assenza di agibilità del fabbricato realizzato. Essa si presente, dunque, quale disposizione dovuta e conseguente all’apprurata abusività del fabbricato e all’assenza di agibilità dello stesso.

Ne consegue la infondatezza anche della censura dedotta da ultimo nell’atto di appello.

11. - In ragione di quanto si è sopra illustrato il ricorso in appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

Le spese del secondo grado di giudizio seguono la soccombenza, in applicazione del principio di cui all’art. 91 c.p.c., per come richiamato espressamente dall’art. 26, comma 1, c.p.a., sicché il signor xxxxxx va

condannato a rifondere la somma di € 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre accessori come per legge, in favore del Comune di Pistoia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. R.g. 9/2020), come indicato in epigrafe, lo respinge.

Condanna il signor xxxxx a rifondere le spese del grado di appello in favore del Comune di Pistoia, in persona del Sindaco *pro tempore*, che liquida in complessivi € 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 27 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Stefano Toschei**

**IL PRESIDENTE**

**Sergio De Felice**

IL SEGRETARIO