

## GIURISPRUDENZA

▲ Scaricabile dal sito dell'ordine.

*È legittima l'esclusione da una gara d'appalto di una società che abbia presentato l'offerta in una busta incollata e solo parzialmente chiusa, ove il bando stabilisca espressamente che le modalità di presentazione dell'offerta avvengano in busta chiusa e sigillata.*

Lo ha stabilito il Consiglio di Stato che ha confermato la pronuncia del giudice di prime cure, precisando che:

- le previsioni contenute nel bando costituiscono la "legge speciale" della gara e se inosservate danno luogo all'esclusione;
- il termine "sigillare" indica la realizzazione di una chiusura tale da impedire ogni accesso o renderne evidenti eventuali tentativi, quindi va inteso in senso estensivo di utilizzo di "ogni mezzo fornito di opportuno contrassegno che abbia la funzione d'impedire l'eventuale manomissione o violazione di una chiusura".

Di conseguenza, l'inosservanza delle modalità di sigillatura delle buste espressamente previste dalla lex specialis di gara, costituisce legittima causa di esclusione del concorrente.

### Valutazioni tecniche delle commissioni di gara

*Il giudice non può entrare nel merito tecnico, salvo censure plausibili sui criteri valutativi.*

In sede di valutazione comparativa delle offerte tecniche presentate nelle gare d'appalto le valutazioni tecniche, caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla opinabilità dell'esito della valutazione, sfuggono al sindacato intrinseco del giudice amministrativo,

se non vengono in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o circa la loro applicazione. Questo il principio chiarito dal Consiglio di Stato, con la sentenza 08/03/2011, n. 1464 ▲.

Le valutazioni della Commissione di gara in ordine all'(in)idoneità tecnica delle offerte dei vari partecipanti alla gara costituiscono, invero, espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, alle quali non possono essere contrapposte le valutazioni di parte circa la (in)sussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle suddette valutazioni tecnico-discrezionali, non sindacabili se non sotto il profilo dei criteri.

### Costruzioni nelle Zone Agricole

*Nelle zone agricole, se la normativa regionale consente solo opere funzionali al fondo, è inibito qualsiasi altro intervento.*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2041 del 1° aprile 2011 ▲, riformando la precedente pronuncia dei TAR che annulla il provvedimento comunale di diniego alla realizzazione di una strada in zona agricola a servizio di un nuovo immobile a destinazione residenziale, dichiara che qualora una disposizione normativa regionale preveda espressamente che nelle zone agricole possano realizzarsi esclusivamente opere funzionali alla conduzione del fondo agricolo, limitando pertanto gli interventi in tali zone non solo dal punto di vista della realizzazione di volumetria fruibile, ma anche in relazione a qualsiasi tipo di attrezzatura o infrastruttura che possa comunque incidere sulla copertura della superficie, deve ritenersi che anche l'intervento consistente nella realiz-

zazione di una strada debba essere subordinato e/o possa essere assentito solo a seguito dell'esito positivo della preventiva verifica della effettiva necessità della medesima strada per la conduzione del fondo (negata nel caso in esame).

Al riguardo il Consiglio di Stato ricorda come, secondo il più diffuso orientamento giurisprudenziale, «non può riconoscersi incompatibilità – e pertanto non occorre la preventiva approvazione di una variante – fra la destinazione a zona agricola contenuta in uno strumento urbanistico e la costruzione di una strada che l'attraversi, qualora la destinazione specifica non sia alterata e turbata» (Cons. Stato, sez. IV, sentenza 9 dicembre 1983 n. 907); dichiarando tuttavia che tale criterio generale, di carattere interpretativo, non può trovare applicazione qualora venga a scontrarsi con espresse previsioni normative, anche regionali, di senso opposto.

### Lavori senza autorizzazione in zone vincolate

*Cassazione: si configura il reato anche se il vincolo è stato apposto ai sensi di norme non più vigenti.*

In tema di paesaggio, la fattispecie delittuosa di cui all'art. 181, comma 1-bis, lettera a), del D. Leg.vo 42/2004, consistente nell'esecuzione di lavori senza la prescritta autorizzazione su immobili o aree dichiarati di notevole interesse pubblico, introdotta dall'art. 36, comma 1, lettera c), L. 308/2004, è configurabile anche se la dichiarazione è avvenuta con provvedimento emesso ai sensi delle disposizioni previgenti.

Si è espressa in questo senso la Corte di Cassazione, con la sentenza 09/03/2011, n. 9278 ▲.

La Corte ha rilevato come l'originaria formulazione del citato art. 181, comma 1-bis, lettera a), del D. Leg. vo 42/2004 prevedesse quale fattispecie criminosa l'esecuzione di lavori di qualsiasi genere su «beni immobili ed aree che, ai sensi dell'art. 136, per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori».

Con il successivo D. Leg. vo 157/2006 è stato poi eliminato l'inciso «ai sensi dell'art. 136» (l'art. 136 disciplina l'individuazione di immobili ed aree di notevole interesse pubblico), con ciò intendendo estendere l'applicabilità della sanzione più grave ai lavori eseguiti su immobili o aree dichiarati di notevole interesse pubblico con qualsiasi provvedimento vincolistico, anche se emesso ai sensi dei provvedimenti previgenti.

### ■ Permesso di costruire illegittimo e responsabilità funzionario pubblico

*La Cassazione spiega quando può esservi concorso nel reato di inosservanza delle norme urbanistiche.*

In materia edilizia non c'è dubbio che l'art 27 del D.P.R. 380/2001 ponga a carico del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale un obbligo di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale, per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e dei regolamenti, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi, imponendogli di intervenire ogni qualvolta venga accertato l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo o in difformità della normativa urbanistica, attraverso la emanazione di provvedimenti interdittivi

e cautelari. Egli è quindi certamente titolare di una posizione di garanzia che gli impone di attivarsi per impedire l'evento dannoso, ma non può a suo carico configurarsi la fattispecie di concorso nel reato (nel caso esaminato si contestava al funzionario pubblico il rilascio di una concessione edilizia macroscopicamente illegittima, in quanto palesemente in contrasto con le norme tecniche di attuazione del vigente Piano Regolatore, da ciò derivando anche il concorso nel reato di cui all'art. 44, comma 1 lettera a), del D.P.R. 380/2001) qualora non venga provata a suo carico la «cosciente e volontaria partecipazione alla condotta illecita», che si concretizzi in un contributo causale rilevante e consapevole (sotto il profilo del dolo e della colpa) alla realizzazione dell'evento.

Questo l'importante principio statuito dalla Corte di Cassazione con la sentenza 09/03/2011, n. 9281 [▲](#).

### ■ Ritardo nel rilascio del permesso di costruire

*Risarcimento del danno dovuto all'inosservanza del termine per il rilascio del permesso di costruire.*

Due recenti sentenze del Consiglio di Stato entrano nel merito del risarcimento del danno ingiusto, previsto dall'articolo 2-bis della legge 241/1990 (introdotto dalla legge 69/2009), cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento da parte della PA e dei soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative.

Con la sentenza n. 1271 del 28 febbraio 2011, che annulla la precedente pronuncia dei TAR, il Consiglio di Stato riconosce quale dovuto il risarcimento dei danni derivanti dal ritardo

nel rilascio di un permesso di costruire in variante, avvenuto con due anni di ritardo solo dopo la presentazione di un ricorso avverso il silenzio, il cui accoglimento da parte del TAR conferma come non sussistesse alcun elemento ostativo per il rilascio del provvedimento.

Partendo dal presupposto che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino, si deve ritenere che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo in grado anche di inficiare un investimento, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica.

Oltre a dettare alcuni criteri per la quantificazione del danno, il Consiglio di Stato stabilisce anche che, in sede di determinazione del risarcimento del danno da ritardo nel rilascio di un permesso di costruire, può essere liquidato anche il danno biologico, il quale costituisce quell'aspetto del danno non patrimoniale che afferrisce all'integrità fisica della persona.

Con la sentenza n. 1335 del 2 marzo 2011, che annulla la precedente pronuncia dei TAR, il Consiglio di Stato stabilisce che non può essere accolta una domanda di risarcimento del danno derivante dal ritardato rilascio di un permesso di costruire, nel caso in cui risulti l'insussistenza in capo all'Ente locale degli elementi costitutivi di responsabilità produttiva di danno risarcibile.

Nel caso in esame il ritardo risulta determinato esclusivamente dal responsabile dell'Ufficio tecnico comunale, il quale, per tale ritardo, è stato sottoposto a procedimento penale, conclusosi con una condanna in primo grado, sostanzialmente confermata in appello, con la quale è stato condannato anche al risarcimento del danno in favore dell'Ente locale costituitosi parte civile; motivo per il quale

risulta spezzato il rapporto organico esistente tra datore di lavoro e dipendente.

### ■ Nozione di «volumi tecnici»

*Non possono essere tali manufatti di ingombro rilevante, con propria autonomia funzionale.*

Con l'importante sentenza n. 7217 del 25/02/2011 [▲] la Corte di Cassazione torna sull'identificazione della nozione di «volume tecnico».

Per l'identificazione della nozione di «volume tecnico», assumono valore tre ordini di parametri:

- il primo, positivo, di tipo funzionale, relativo al rapporto di strumentalità necessaria del manufatto con l'utilizzo della costruzione alla quale si connette;
- il secondo negativo, ricollegato all'impossibilità di soluzioni progettuali diverse (nel senso che tali costruzioni non devono potere essere ubicate all'interno della parte abitativa);
- il terzo, negativo, ricollegato ad un rapporto di necessaria proporzionalità tra tali volumi e le esigenze effettivamente presenti.

Ne deriva che la nozione in esame può essere applicata solo alle opere edilizie completamente prive di una propria autonomia funzionale, anche potenziale, ed invece esclusa rispetto a locali, in specie laddove di ingombro rilevante, oggettivamente incidenti in modo significativo sui luoghi esterni.

### ■ Sottotetti e volumi tecnici

*Leggi e regolamenti prevalgono sugli strumenti urbanistici ed edilizi locali. Nozione di volumi tecnici.*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 678 del 28 gennaio 2011 [▲], riferita all'annullamento di un permesso di costruire rilasciato per la realizzazione di un sottotetto, chiarisce come la controversia derivante dalla impugnazione di un permesso di costruire costituisca una disputa non già tra privati ma tra privato e pubblica amministrazione, ricorda la prevalenza delle fonti normative primarie (leggi e regolamenti) sugli strumenti urbanistici ed edilizi locali, ribadisce la nozione di volumi tecnici.

Viene quindi confermato l'annullamento del permesso di costruire, rilasciato in base alle norme del regolamento edilizio che stabiliscono una specifica disciplina in merito alle distanze, ai sottotetti e alla definizione di volumi tecnici, le quali risultano in contrasto con le definizioni contenute nell'art. 3 del t.u. edilizia (DPR 380/2001), che prevalgono sulle disposizioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi, costituendo criterio ermeneutico generale per la intera disciplina urbanistico-edilizia su base locale.

Nel merito viene ricordato come i volumi tecnici di un edificio siano solo quelli destinati esclusivamente agli impianti necessari per l'utilizzo della abitazione e che non possano essere ubicati al suo interno.

Pertanto non sono tali - e sono computabili quindi ai fini della volumetria consentita - le soffitte, gli stenditoi chiusi e quelli di sgombero; parimenti non è volume tecnico un piano di copertura, definito impropriamente sottotetto, se costituente in realtà una mansarda in quanto dotato di rilevante altezza media rispetto al piano di gronda.

Inoltre viene ricordato come il privato, che si ritenga danneggiato da un'attività edilizia autorizzata (che - nel caso in esame - ha violato le norme in tema di distanza fra costruzioni e di queste con i confini), ha diritto alla

c.d. "doppia tutela", che si caratterizza per essere concorrente ma separata per le diverse posizioni giuridiche di diritto soggettivo e interesse, in quanto la controversia derivante dalla impugnazione di un permesso di costruire costituisce una disputa non già tra privati ma tra privato e pubblica amministrazione, nella quale la posizione del primo si atteggia a interesse legittimo, con conseguente spettanza della giurisdizione al giudice amministrativo, mentre spetta al giudice ordinario qualora venga richiesto il risarcimento del danno ovvero la rimozione dell'opera (in tal caso infatti è implicita una richiesta di disapplicazione dell'atto illegittimo).

Al riguardo ricorda inoltre come risulti pacifica la ammissibilità del ricorso collettivo, proposto da una pluralità di soggetti, se i ricorrenti agiscono a tutela di posizioni analoghe, lese da atti aventi identico contenuto e quando non sussista un conflitto di interessi tra i ricorrenti; quest'ultima condizione nel senso che l'interesse sostanziale fatto valere non presenti punti di contrasto o conflitto, e l'eventuale accoglimento del gravame avanti al giudice amministrativo possa tornare a vantaggio di tutti (che non sarebbe, per esempio, se in virtù dell'accoglimento per mancato rispetto delle distanze, l'arretramento del fabbricato portasse a una nuova violazione nei confronti di un ricorrente e non dell'altro).

### ■ Distanze legali in caso di demolizione e ricostruzione

*Se la ricostruzione non è fedele si tratta di nuova costruzione; cosa cambia ai fini delle distanze tra costruzioni.*

Con l'importante sentenza n. 802 del 04/02/2011 [▲], il Consiglio di Stato ha chiarito in quali casi un intervento di demolizione e ricostruzione va con-

siderato come «nuova costruzione», e come questo debba essere trattato ai fini dell'applicazione delle norme sulle distanze legali, ed in particolare del principio della prevenzione.

Ciò che contraddistingue la ristrutturazione dalla nuova edificazione è la già avvenuta trasformazione del territorio, attraverso un'edificazione di cui si conservi la struttura fisica (sia pure con la sovrapposizione di un «insieme sistematico di opere, che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente»), ovvero la cui stessa struttura fisica venga del tutto sostituita, ma, in quest'ultimo caso, con ricostruzione, se non «fedele» (termine espunto dall'attuale disciplina), comunque rispettosa della volumetria e della sagoma della costruzione preesistente.

Il principio della prevenzione, che ricorre quando il fondo è situato in un comune sprovvisto di strumenti urbanistici, non è applicabile quando l'obbligo di osservare un determinato distacco dal confine sia dettato da regolamenti comunali in tema di edilizia e di urbanistica, avuto riguardo al carattere indiscutibilmente cogente di tali fonti normative, da intendersi preordinate alla tutela, oltre che di privati diritti soggettivi, di interessi generali.

Proprio in quest'ottica la giurisprudenza sottolinea che solo nel caso in cui i regolamenti edilizi stabiliscano espressamente la necessità di rispettare determinate distanze dal confine, non può ritenersi consentita la costruzione in aderenza o in appoggio a meno che tale facoltà non sia consentita come alternativa all'obbligo di rispettare le suddette distanze.

Non verificandosi la situazione appena esaminata, il principio della prevenzione assume tutta la sua valenza, consentendo, in ossequio a quanto previsto dagli art. 873 e seguenti del Codice Civile, a chi edifica per primo

sul fondo contiguo ad altro tre diverse facoltà:

- in primo luogo, quella di costruire sul confine;

- in secondo luogo, quella di costruire con distacco dal confine, osservando la distanza minima imposta dal codice civile ovvero quella maggiore distanza stabilita dai regolamenti edilizi locali;

- infine quella di costruire con distacco dal confine a distanza inferiore alla metà di quella prescritta per le costruzioni su fondi finitimi, facendo salvo in questa evenienza la facoltà per il vicino, il quale edifichi successivamente, di avanzare il proprio manufatto fino a quella preesistente, previa corresponsione della metà del valore del muro del vicino e del valore del suolo occupato per effetto dell'avanzamento della fabbrica.

Nel caso concreto esaminato dalla Corte con la pronuncia in commento, l'intervento edilizio assentito con il permesso di costruire impugnato, prevedendo la realizzazione di un intervento di demolizione e ricostruzione con sagoma e volumi diversi rispetto al fabbricato preesistente, è stato ritenuto inquadrabile tra le nuove costruzioni, e dunque è stato ritenuto applicabile, stante il rispetto degli altri requisiti di legge, il principio della prevenzione, che tra i due proprietari confinanti consente a quello che costruisce per primo le possibilità sopra elencate.

#### ■ Sanatoria edilizia con provvedimento «implicito»

*Il Consiglio di Stato: ammissibile la sanatoria edilizia per fatti concludenti.*

A seguito dell'entrata in vigore della L. 10/1977, non è più sostenibile che il rilascio del parere della commissione edilizia comunale e la sua comunicazione equivalgono al rilascio della

concessione edilizia comunale (ora permesso di costruire) E' quanto ha ribadito il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 813 del 07/02/2011.

Con la pronuncia in esame la Corte ha peraltro ammesso il riferimento all'ipotesi, di creazione prevalentemente giurisprudenziale, che è posta sotto la denominazione di «provvedimento implicito», che proprio dall'esame delle fattispecie di sanatoria degli abusi edilizi ha tratto più diffusa applicazione. Tale istituto emerge in particolare le quante volte l'Amministrazione pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente. al contenuto del provvedimento formale corrispondente.

Nel caso particolare esaminato dalla sentenza era stata prefigurata quantificazione degli oneri concessori, il cui pagamento com'è noto è univocamente connesso al rilascio della concessione edilizia.

#### ■ Edificabilità aree destinate a verde pubblico

*Non sono edificabili le aree destinate a verde pubblico o altre attrezzature pubbliche.*

I terreni siti in zona che sia stata concretamente vincolata ad un utilizzo meramente pubblicitico (verde pubblico, attrezzature pubbliche, ecc), sono soggetti ad un vincolo di destinazione che preclude ai privati tutte quelle forme di trasformazione del suolo che sono riconducibili alla nozione tecnica di «edificazione».

Di conseguenza detti terreni non possono essere considerati come fabbricabili ai fini dell'applicazione dell'ICI.

Si è espressa in questi termini la sezione Tributaria della Corte di Cassazione, con l'Ordinanza 26/11/2010, n. 24098 [▲].

### ■ Valore delle aree edificabili

*Il Giudice può disattendere i valori determinati dal Comune, in presenza di prova contraria.*

Le delibere con le quali il Comune provvede ai sensi dell'art. 52 della L. 446/1997, ad indicare i valori di riferimento delle aree fabbricabili, costituiscono esercizio del potere, riconosciuto al Consiglio Comunale dall'art. 59 lettera g), della medesima L. 446/1997, nonché dal D. Leg. vo 267/2000, di determinare periodicamente e per zone omogenee i valori venali in comune commercio delle aree fabbricabili, al fine della delimitazione del potere di accertamento del Comune qualora l'imposta sia versata in misura non inferiore a quella predeterminata.

Lo ha affermato la Corte di Cassazione, sezione Tributaria, con la sentenza 03/12/2010, n. 24573 [▲].

Dette delibere rappresentano dunque fonti di presunzioni utilizzabili dal Giudice, al pari del cosiddetto « redditemetro », ma non hanno valore imperativo ed ammettono prova contraria.

Ne consegue che allorché nel processo il Giudice ritenga raggiunta la prova, o perché fornita dall'interessato o perché comunque emergente dagli atti di causa, che ad una area edificabile non possa essere applicato il valore stimato dal Comune, può disattendere, e procedere su istanza

di parte ad una stima diversa ed autonoma, utilizzando tuttavia i parametri di legge (art. 5, comma 5, D. Leg. vo 502/1992).

Né si verifica alcuna violazione dell'art. 7 del D. Leg. vo 546/1992, atteso che non si tratta di disapplicare un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, a causa di una ritenuta illegittimità dello stesso (ovvero di contrasto tra l'atto amministrativo ed una legge o comunque un provvedimento normativo di rango superiore) vertendosi invece in tema di questione di fatto, ovvero di comprovata inadeguatezza dei criteri generali di stima elaborati al Comune in sé legittimi, in relazione alle caratteristiche specifiche di una determinata area edificabile.

### ■ Revisione rendita catastale senza variazioni edilizie

*Si tratta di attività interna e che non richiede il previo sopralluogo. Il contribuente potrà contestare in giudizio le motivazioni.*

La revisione delle rendite catastali urbane, in assenza di variazioni edilizie, è regolata dall'art 3, comma 58, della L. 662/1996 e, ricorrendone i presupposti (ripartizione del territorio comunale in microzone), dall'art. 1, comma 335, della L. 311/2004.

Essa, proprio per l'assenza di variazioni edilizie, non richiede la previa visita sopralluogo dell'ufficio e non è condizionata ad alcun contraddittorio endoprocedimentale.

È quanto affermato dalla Corte di Cassazione, sezione Tributaria, con la sentenza 03/11/2010, n. 22315 [▲].

La motivazione dell'atto di riclassamento, secondo i principi generali in materia di accertamento di maggior valore, mira a delimitare l'ambito del-

le ragioni adducibili dall'ufficio nella successiva fase contenziosa ed a consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa. Per questo, l'effettiva sussistenza dei dati necessari a giustificare la correttezza della categoria, della classe e della rendita attribuite all'immobile andrà verificata, nell'ambito dei parametri addotti, nella sede contenziosa, in contraddittorio con il contribuente.

Tale verifica attiene tuttavia non alla idoneità della motivazione dell'atto, ma al merito propriamente detto della controversia.

In sede contenziosa infatti, procedendosi alla indispensabile valutazione di merito, dovrà appunto verificarsi se la categoria e la classe attribuite all'immobile, con conseguente innalzamento della rendita, risultino adeguatamente sostenute dai dati, indicati nella motivazione dell'atto, della cui sussistenza l'ufficio abbia dato prova in giudizio, in contraddittorio con il contribuente.

### ■ La pertinenza paga l'ICI se è edificabile

*Ai fini ICI l'area edificabile va sempre tassata autonomamente, anche se costituisce pertinenza di altro immobile.*

In tema di imposta comunale sugli immobili, l'art 2 del D. Leg. vo 504/1992, che esclude l'autonoma tassabilità delle aree pertinenziali, fonda l'attribuzione della qualità di pertinenza sul criterio fattuale e cioè sulla destinazione effettiva, concreta e durevole della cosa al servizio od ornamento di un'altra, determinando la «sterilizzazione» stabile del diritto edificatorio eventualmente sussistente sulla medesima area. E' quanto affermato dalla Corte di Cassazione, sezione tributaria, con la sentenza 29/10/2010, n. 22128 [▲].

Secondo la Corte dunque non è sufficiente la semplice destinazione dell'area a «giardino» (a parte l'indeterminatezza del termine), occorrendo che la pertinenza costituisca «fiscalmente» parte integrante del fabbricato, ed inoltre la soggezione ad ICI non è impedita da eventuali servitù che gravino sul terreno.

La Corte ha altresì citato la precedente sentenza n. 25127 del 30 novembre 2009, ove si affermava che la circostanza che il contribuente abbia ottenuto dalla amministrazione comunale una concessione per la realizzazione di una recinzione unica intorno ad un fabbricato e a terreni edificabili oggetto della pretesa fiscale ai fini ICI, non appare sufficiente a qualificare tali terreni come pertinenza del fabbricato (e quindi soggetti a imposta in una con il fabbricato stesso e non tassabili autonomamente).

Un'area edificabile, quand'anche costituente pertinenza di un fabbricato e/o comunque soggetta a servitù private escludenti la sua edificazione, è infatti sempre e comunque suscettibile (nel concorso delle altre necessarie condizioni) di «asservimento», anche per impegno privato, all'edificazione di altra area.

Il presupposto logico dell'asservimento infatti va rinvenuto nella indifferenza, ai fini del corretto sviluppo della densità edilizia, per come configurato negli atti pianificatori, della materiale collocazione dei fabbricati, atteso che, per il rispetto dell'indice di fabbricabilità fondiaria, assume esclusiva rilevanza il fatto che il rapporto tra area edificabile e volumetria realizzabile nella zona di riferimento resti nei limiti fissati dal piano, risultando del tutto neutra l'ubicazione degli edifici all'interno del comparto.

### ■ Piano paesistico: natura e contenuti

*Gli effetti inibitori del piano paesistico prescindono dall'elevazione sul piano di campagna delle opere e dalla loro consistenza volumetrica.*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 371 del 19 gennaio 2011, riformando la precedente pronuncia dei TAR che annulla il diniego ad un'autorizzazione paesaggistica per la realizzazione di una piscina in area vincolata, ricorda come già in precedenza si sia espresso in merito della natura del piano paesistico che, a differenza di uno strumento urbanistico, non è volto al dimensionamento dei nuovi interventi, quanto alla valutazione ex ante della loro tipologia ed incidenza qualitativa.

Questo in quanto, avendo una funzione conservativa degli ambiti reputati meritevoli di tutela, non può essere subordinato a scelte di tipo urbanistico, per loro natura orientate al governo dello sviluppo edilizio e infrastrutturale (Consiglio di Stato, sezione II, sentenza 3018/1997) ▲].

Ne consegue che la disciplina di tutela di una zona prescinde dall'assenza di verticalizzazioni e dall'inidoneità di un manufatto (nella specie: piscina) ad introdurre una nuova volumetria; in quanto la realizzazione di manufatti con scavo nel sottosuolo - indipendentemente dal conteggio del volume agli effetti degli indici di edificabilità secondo la disciplina riconducibile al singolo strumento urbanistico - dà luogo ad un nuovo e diverso assetto dei luoghi e determina l'asservimento a diversi utilizzi, resi possibili dalla nuova costruzione.

### ■ Aree agricole nella pianificazione comunale

*La classificazione ad uso agricolo può derivare dalla semplice volontà di sottrarre parte del territorio a nuove edificazioni.*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 352 del 18 gennaio 2011 ▲], confermando la precedente pronuncia dei TAR, ribadisce come la classificazione, all'interno del piano urbanistico comunale, di un'area ad uso agricolo non debba rispondere necessariamente all'esigenza di promuovere l'insediamento di specifiche attività agricole, in quanto tale destinazione può trovare la sua ragion d'essere nella discrezionale volontà dell'amministrazione locale di sottrarre parte del territorio comunale a nuove edificazioni.

Richiamando precedenti pronunce in tal senso (sentenze 869/1998 e 4920/2010), il Consiglio di Stato ribadisce come la destinazione di un'area di piano regolatore a verde agricolo possa coerentemente essere funzionale all'esigenza di conservazione dei valori naturalistici e di contenimento del fenomeno di espansione edilizia, di per sé idoneo, quest'ultimo, a compromettere i valori paesaggistici della zona.

Nello specifico, rileva come non risulti di carattere abnorme né irrazionale la scelta di classificare l'area (dell'appellante) come agricola boscata, in linea con gli obiettivi dell'amministrazione di assicurare una più adeguata tutela all'ambiente naturale dei luoghi in questione; tutela riferita ad un bene pubblico di rango costituzionale (come, per altro, ricordato dalla Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 25010/2008), e ciò a maggior ragione allorché i luoghi siano già contrassegnati da fenomeni di significativa urbanizzazione.

## ■ Valutazione impatto ambientale e valutazione ambientale strategica

*Differenza fra verifica della sostenibilità ambientale di un piano/programma e verifica dell'impatto ambientale di un progetto.*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 133 del 12 gennaio 2011 [▲], riformando parzialmente la precedente pronuncia dei TAR, osserva come il Codice dell'ambiente (d.lgs. 152/2006) distingue tra il "parere motivato" che conclude la fase di V.A.S. (art. 5, comma 1, lettera m-ter) e il "provvedimento" di V.I.A. (art. 5, comma 1, lettera p), per cui trova conferma che solo nella procedura di V.I.A. si è in presenza di una sequenza procedimentale logicamente e ontologicamente autonoma.

Questa osservazione porta il Consiglio di Stato a dichiarare che la V.A.S. non costituisca un procedimento o subprocedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione, bensì un passaggio endoprocedimentale di esso, concretantesi nell'espressione di un "parere" che riflette la verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione medesima.

## ■ Condono edilizio e rapporti con la sanatoria ordinaria

*La Cassazione: il divieto di autorizzazione paesaggistica in sanatoria non si applica alle leggi speciali sul condono edilizio.*

La normativa sui condono edilizio assume certamente carattere di specialità rispetto alle disposizioni che disciplinano la possibilità di sa-

nanatoria degli abusi edilizi in via ordinaria (art. 36 del D.P.R. 380/2001), sicché il divieto di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, di cui all'art. 146, comma 4, del D. Leg.vo 42/2004, come sostituito dall'art 2, comma 1 lettera s), del D. Leg.vo 63/2008, non si applica alle ipotesi in cui la sanatoria stessa sia prevista da una normativa speciale quale quella in materia di condono edilizio.

Peraltro, va anche osservato che il predetto divieto deve ritenersi applicabile esclusivamente agli abusi commessi successivamente all'entrata in vigore del D. Leg.vo 42/2004.

Sono questi gli importanti principi stabiliti dalla Corte di Cassazione, con la sentenza n. 761 del 14 gennaio 2011 [▲].

Con la medesima pronuncia la Corte ha altresì ribadito il proprio consolidato orientamento giurisprudenziale sul tema della sospensione dell'ordinanza di demolizione di un manufatto abusivo impartita con sentenza di condanna, a seguito della presentazione della domanda di sanatoria edilizia.

Detta sospensione può avvenire solamente previo accertamento delle seguenti condizioni:

- tempestività e proponibilità della domanda;
- effettiva ultimazione dei lavori entro il termine previsto per accedere al condono;
- tipo di intervento e dimensioni volumetriche compatibili con la legge speciale sul condono;
- insussistenza di cause di non condonabilità assoluta;
- avvenuto integrale versamento dell'oblazione;
- eventuale rilascio di un permesso in sanatoria o sussistenza di un permesso in sanatoria tacito.

## ■ Annullamento aggiudicazione dopo la stipula del contratto di appalto

*L'annullamento dell'aggiudicazione comporta l'automatica inefficacia del contratto, anche se già stipulato.*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 11 del 4 gennaio 2011 [▲], confermando la precedente pronuncia dei TAR, ha ribadito come l'Amministrazione abbia, in presenza di adeguate esigenze di interesse pubblico, il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto.

In tale evenienza e in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale, ovvero, come nella specie, l'annullamento a seguito di autotutela degli atti della procedura amministrativa, comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti.

Infatti il contratto non ha una autonomia propria ed è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato restando "caducato" a seguito dell'annullamento degli atti che ne hanno determinato la sottoscrizione.

In particolare, l'accertata illegittimità della procedura di affidamento di un'opera o di un servizio da parte di una pubblica amministrazione determina, in generale, oltre l'annullamento degli atti di aggiudicazione ritenuti illegittimi anche l'inefficacia del contratto eventualmente già sottoscritto. Al riguardo viene richiamata la sentenza 30 luglio 2008 n. 9 resa dal Consiglio Stato in Adunanza plenaria, secondo cui l'annullamento dell'ag-

giudicazione determina un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'Amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato.

### ■ DIA: effetti prodotti nei rapporti tra privati

*Sarà l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato a pronunciarsi definitivamente sulla natura della DIA.*

8

La IV Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sugli effetti prodotti nei rapporti fra privati dai lavori eseguiti a seguito di una denuncia di inizio attività (DIA), evidenzia come le diverse tesi sulla natura dell'istituto – quale provvedimento amministrativo tacito ovvero quale atto privato sottoposto a controllo dell'amministrazione – possano portare a conclusioni diametralmente opposte sul punto dei rimedi esperibili da parte del terzo, nel senso che la «qualificazione giuridica» dell'istituto sostanziale condiziona l'accesso alle «tecniche di tutela» della posizione del terzo pregiudicato.

Con l'occasione la Sezione ricostruisce i diversi orientamenti giurisprudenziali in materia. La tesi secondo cui sia inammissibile il ricorso proposto per

l'annullamento della denuncia di inizio attività, intesa come atto avente natura oggettivamente e soggettivamente privata, ha avuto un riconoscimento in sede giurisprudenziale (ex plurimis, da ultimo, Cons. Stato, IV, 13 maggio 2010, n.2919; Cons. Stato, V, 22 febbraio 2007, n. 948).

Tale inammissibilità della impugnativa troverebbe comunque un rimedio nell'azione avverso il silenzio-inadempimento; il terzo che intende opporsi all'intervento, una volta decorso il termine per l'esercizio del potere inhibitorio, sarebbe legittimato unicamente a presentare all'amministrazione formale istanza per la adozione dei provvedimenti sanzionatori previsti e ad impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi, oppure a impugnare il provvedimento emanato all'esito della avvenuta verifica.

Di recente, poi, la VI Sezione del Consiglio di Stato (sentenza 9 febbraio 2009 n.717) ha concluso per la tesi dell'atto privato, nei confronti del quale il terzo potrebbe agire dinanzi al giudice amministrativo per l'accertamento della inesistenza dei presupposti stabiliti dall'ordinamento.

La opposta tesi (cd «provvedimentale»), che i terzi che ritengano di essere pregiudicati dalla effettuazione di una attività edilizia assentita in modo implicito possano agire dinanzi al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento del titolo abilitativo formatosi per il decorso del termine

fissato dalla legge entro cui l'amministrazione può impedire gli effetti della D.I.A., ha anch'essa avuto riconoscimento in sede giurisprudenziale (Cons. Stato; IV, 13 gennaio 2010 n.72). In altra recente sentenza (4 maggio 2010, n.2558) poi, la stessa IV Sezione del CdS, senza prendere specifica posizione sulla natura giuridica dell'istituto ma solo ai fini della risoluzione del problema della tempestività della impugnativa avverso una denuncia di inizio di attività, ha sostenuto che - sia che si aderisca alla tesi privatistica sia che si aderisca a quella del titolo abilitativo implicito - in ogni caso l'azione costituente il rimedio del terzo pregiudicato deve attenersi al termine decadenziale di sessanta giorni (ex art. 21 legge 6 dicembre 1971, n. 1034), rilevando altresì che la struttura tradizionalmente impugnatoria del giudizio amministrativo può riguardare anche fattispecie a formazione provvedimento implicita, come la DIA in materia edilizia.

Dopo un'ampia illustrazione delle diverse tesi, analizzate nell'evoluzione del contesto normativo, rilevando che l'argomento sottoposto al suo esame ha dato luogo a contrasti giurisprudenziali (nella specie, rimedi e tutela del terzo avverso la DIA), la IV Sezione, «consapevole della delicatezza delle questioni e del loro evidente carattere di massima», con l'ordinanza n. 14 del 5 gennaio 2011 ne rimette l'esame all'Adunanza plenaria.