

Publicato il 18/03/2019

N. 01759/2019REG.PROV.COLL.
N. 02523/2013 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 2523 del 2013, proposto da Maria Cima, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Forte, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Fabrizio in Roma, Piazzale Clodio, n. 22;

contro

Comune di Fondi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Bruno Barone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Bisozzio in Roma, via Sabotino, n. 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione di Latina, n. 580/2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Fondi;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2019 il
Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Ermanno
Martusciello, in sostituzione dell'avvocato Maurizio Forte, e
Franco Bracciale, in sostituzione dell'avvocato di Bruno Barone;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – Maria Cima ha impugnato dinanzi al T.A.R. per il Lazio, Sezione di Latina, l'ordinanza n. 39 del 18 febbraio 2011 con la quale il Comune di Fondi ha accertato a suo carico una lottizzazione abusiva, respinto la sua domanda di condono edilizio relativa ad un manufatto, ordinato la sospensione dei lavori ed acquisito al patrimonio del Comune le opere ed i terreni di sua proprietà.

2 – La stessa aveva infatti acquistato nel 1979 da Baghino Salvatore un terreno, ubicato in Fondi e distinto in catasto al foglio n. 86, particella n. 663. Su detto fondo, nei primi anni 80, aveva realizzato un manufatto abusivo.

Nel 1991 aveva acquistato un secondo appezzamento (foglio n. 86, particella n. 546) sul quale non ha eseguito alcuna opera.

3 - Con la sentenza n. 580 del 23 luglio 2012, il T.A.R. adito ha respinto il ricorso ravvisando la sussistenza di una lottizzazione cosiddetta mista, e cioè cartolare - a mezzo del frazionamento del terreno - e materiale - a mezzo della costruzione del manufatto ed alle altre opere.

4 – Con ordinanza n. 1565 del 2013 questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensione, rilevando che i provvedimenti impugnati in primo grado erano stati adottati senza la previa comunicazione di avvio del procedimento.

6 – La valutazione sommaria effettuata in sede cautelare deve essere confermata, dovendosi pertanto accogliere il motivo di appello con il quale si contesta il capo della sentenza in cui il T.A.R. ha ritenuto infondato il motivo di censura relativo alla violazione dell'art. 7 L. 241/1990 per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento.

7 - Giova ricordare che l'art. 30 del D.P.R. n. 380/2001 prevede che: *"Si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio"*.

Come noto, la norma appena ricordata disciplina due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva. Ricorre la lottizzazione abusiva cd. "materiale" con la realizzazione di opere che comportano la trasformazione urbanistica ed edilizia dei terreni, sia in violazione

delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, approvati o adottati, ovvero di quelle stabilite direttamente in leggi statali o regionali, sia in assenza della prescritta autorizzazione. Si ha invece lottizzazione abusiva "formale" o "cartolare" quando, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione lottizzatoria di carattere materiale, se ne sono già realizzati i presupposti con il frazionamento e la vendita - o altri atti equiparati - del terreno in lotti che, per le specifiche caratteristiche, quali la dimensione dei lotti stessi, la natura del terreno, la destinazione urbanistica, l'ubicazione e la previsione di opere urbanistiche, o per altri elementi, evidenzino in modo non equivoco la destinazione ad uso edificatorio.

7.1 - La giurisprudenza ha chiarito che è ravvisabile l'ipotesi di lottizzazione abusiva solamente quando sussiste *“un quadro indiziario, sulla scorta degli elementi indicati dalla norma, dalla quale sia possibile desumere in maniera non equivoca la destinazione a scopo edificatorio degli atti posti in essere dalle parti”* (Cons. St., Sez. III, n. 4795 del 2012; *cfr.* anche Cons. St., Sezione IV, 11 ottobre 2006 n. 6060).

In altri termini, ai fini dell'accertamento della sussistenza del presupposto di cui all'art. 18 della l. n. 47/1985 non è sufficiente il mero riscontro del frazionamento di un terreno, ma sussiste anche la necessità di acquisire un sufficiente quadro indiziario dal quale sia possibile desumere in maniera non equivoca la destinazione a scopo edificatorio degli atti posti in essere dalle parti (*cfr.* Cons. St., Sez. V, n. 6810 del 2004).

7.3 – Per tali ragioni, secondo la giurisprudenza *“l'individuazione della lottizzazione abusiva presuppone l'accertamento di una*

serie di elementi, accertamento che implica 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 (Consiglio Stato, Sezione V, 11 maggio 2004 n. 2953, 29 gennaio 2004 n. 296 e 23 febbraio 2000 n. 948): 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).

Ne consegue che, in termini generali, l'avvio del procedimento sanzionatorio per lottizzazione abusiva non può prescindere dalla comunicazione di avvio del procedimento; infatti, essendo molteplici gli elementi che caratterizzano la lottizzazione abusiva, la loro verifica implica un accertamento complesso al quale i soggetti interessati possono utilmente cooperare, 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.

8 – Nel caso di specie, il contenuto delle ulteriori doglianze avverso il provvedimento impugnato, quanto meno in astratto, appaiono idonee a portare ad una decisione differente da quella impugnata, contrariamente a quanto sostenuto dal Giudice di prime cure che, applicando l'art. 21 *octies* comma 2 L. 241/1990,

ha ritenuto ininfluyente la partecipazione del sig. Maisto al procedimento.

Viceversa, nella vertenza in esame, l'omissione procedimentale, lungi dall'integrare un mero vizio formale, ha di fatto precluso un idoneo approfondimento istruttorio delle questioni sollevate dal ricorrente, alcune delle quali bisognose di un adeguato riscontro concreto.

8.1 – In particolare, già nel ricorso originario, al fine di contestare la sussistenza sia oggettiva che soggettiva della lottizzazione abusiva ha allegato che: a) nel provvedimento impugnato viene operata una elencazione di una pluralità di atti di cessione a vario titolo, ma quelli che interessano la ricorrente sono solo quello del 1979 e quello del 1991; b) sul terreno da ultimo acquistato nel 1991 non ha eseguito alcuna opera edilizia atta a mutarne la destinazione.

9 - Alla luce delle considerazioni esposte, come anticipato, deve trovare accoglimento l'appello, dovendosi affermare che nel caso in esame la violazione dell'art. 7 l. 241/90 esplica un effetto invalidante sul provvedimento di diniego impugnato.

9.1 - Invero, la comunicazione di avvio del procedimento, onde non ridurla a mero simulacro del principio del contraddittorio, deve essere intesa quale strumento idoneo a consentire un approfondimento valutativo delle questioni ed una maggiore trasparenza nell'azione amministrativa. Ne consegue che, nel caso di specie, la sua omissione da parte del Comune, lungi dall'atteggiarsi a vizio meramente formale, è tale da potenzialmente pregiudicare dal punto di vista sostanziale gli

interessi degli appellanti; né può essere superata dal contenuto dei provvedimenti risalenti al 1987 e al 1992, emessi ad altri fini.

Ciò in quanto, già in sede procedimentale, gli interessati avrebbero potuto orientare l'Amministrazione ad adottare un provvedimento, quanto meno in linea teorica, diverso.

9.2 - L'assunto che precede non risulta superato dal fatto che nel caso di specie si è al cospetto di un'attività vincolata, non potendosi infatti trascurare la complessità fattuale alla base dell'accertamento della lottizzazione abusiva, rispetto alla quale l'apporto partecipativo del privato ben può rivelarsi non solo utile, ma altresì idoneo a portare ad una differente valutazione dell'amministrazione.

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati *“quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare”* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2010, n. 1476; Cons. Stato, Sez. IV, 4 aprile 2011, n. 2107; Cons. Stato, Sez. IV, 8 marzo 2012, n. 1318).

10 – In definitiva, l'appello deve trovare accoglimento ed in riforma della sentenza del T.A.R. deve trovare accoglimento il ricorso di primo grado, ai sensi della motivazione che precede.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello ed in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso di primo grado, compensando integralmente le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO