

EDILIZIA ED URBANISTICA: Accertamento di conformità dei manufatti - Certificato di agibilità - Presupposti per il rilascio - Art. 26 d.P.R. n. 380 del 2001 - Potere di intervento da parte del Comune.

Cons. Stato, Sez. II, 25 gennaio 2021, n. 702

- in *Urbanistica e appalti*, 3, 2021, pag. 345 e ss., con commento di Alesandro Licci Marini, *Rapporto fra agibilità e conformità urbanistico - edilizia*

*“[...] l'accertamento della piena conformità dei manufatti alle norme urbanistico-edilizie ed alle prescrizioni del permesso di costruire, nonché alle disposizioni di convenzione urbanistica, costituisce il presupposto indispensabile per il legittimo rilascio del certificato di agibilità [...].
“Ancor prima della logica giuridica è d'altronde la ragionevolezza ad escludere che possa essere utilizzato, per qualunque destinazione, un fabbricato non conforme alla normativa urbanistico-edilizia e, come tale, in potenziale contrasto con la tutela del fascio di interessi collettivi alla cui protezione quella disciplina è preordinata (corretto uso del suolo, difesa dell'ambiente, salubrità degli abitati, sicurezza e stabilità delle costruzioni)” [...].*

La richiesta del certificato di agibilità presuppone necessariamente la conformità delle opere realizzate al progetto approvato, dato che la richiesta deve essere corredata da una dichiarazione resa in tal senso dell'interessato; sussiste inevitabilmente un collegamento funzionale tra i due provvedimenti, atteso che il rilascio del certificato di agibilità presuppone la conformità delle opere al permesso di costruire ed allo strumento urbanistico, con la conseguenza che va negato il rilascio del detto certificato nel caso di opera abusiva o difforme dal titolo abilitativo edilizio rilasciato [...]

Tale rilevanza dell'aspetto urbanistico edilizio non può essere estranea anche alla previsione dell'art. 26 del D.P.R. 380 del 2001, che costituisce la norma di chiusura del sistema della agibilità, consentendo al Comune di intervenire in tutti i casi in cui non sussista l'agibilità dell'immobile, pur in presenza dell'avvenuto rilascio del certificato di agibilità [...].”

FATTO

Il Consiglio comunale di San Floro con delibera del 12 novembre 2002 aveva approvato un Piano per l'edilizia economia e popolare in località Torre del Duca, con assegnazione dei terreni alla cooperativa a r.l. Azzurra 83. In relazione alla destinazione dei terreni, in parte in zona agricola, in parte in zona D, con la delibera n. 26 del 18 settembre 2003, per la realizzazione dell'intervento, era stata approvata una variante allo strumento urbanistico vigente, in base al procedimento previsto dall'art. 14 della legge regionale 16 aprile 2002, n. 19.

Il 13 luglio 2004 è stata, quindi, stipulata la convenzione edilizia con la cooperativa edilizia Azzurra 83 per la realizzazione del complesso di edilizia economico residenziale comprensivo di 77 alloggi e di un edificio polifunzionale.

La convenzione prevedeva l'assegnazione alla cooperativa della proprietà delle aree su cui realizzare l'intervento e la successiva la restituzione al Comune delle aree a *standards* e delle aree sulle quali dovevano essere eseguite le opere di urbanizzazione nonché il rilascio del certificato di abitabilità subordinato alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria (art. 5).

Sulla base di tale convenzione, è stato rilasciato alla cooperativa Azzurra 83 il permesso di costruire n. 318 del 13 luglio 2004 per la realizzazione degli alloggi e del centro polifunzionale; nel progetto assentito era indicata la destinazione commerciale di due piani (piano terra e primo) e a ristorante del secondo piano; successivamente per tale centro polifunzionale è stata rilasciata la variante n. 340 del 5 gennaio 2006, con destinazione d'uso commerciale per il piano terra, ristorante al primo piano e ad albergo al secondo piano; con provvedimento del responsabile dell'area tecnica del 5 gennaio 2006 il permesso è stato anche volturato alla società Teorema s.p.a., per la realizzazione di parte delle opere, tra cui l'edificio polifunzionale, a seguito della delibera del Consiglio comunale del 15 novembre 2005.

Il 13 novembre 2007, la società Teorema presentava una DIA per mutamento di destinazione ad albergo anche del primo piano.

L'11 aprile 2008 è stata presentata ulteriore DIA per la realizzazione di una cabina termica, idrica, di climatizzazione in muratura annessa all'edificio polifunzionale.

Successivamente, la società Teorema, il 19 marzo 2009, presentava istanza per il rilascio del certificato di agibilità.

Con nota del 10 aprile 2009, il Responsabile dell'ufficio tecnico comunicava di non potere rilasciare il certificato, non essendo completa la domanda e comunque non essendo state completate e collaudate le opere di urbanizzazione previste dalla convenzione.

La società replicava con nota del 24 aprile 2009.

Il Responsabile dell'ufficio tecnico del Comune il 5 maggio 2009 ribadiva il diniego al rilascio del certificato, specificando la documentazione mancante, richiamando un provvedimento di sospensione (del 27 gennaio 2009) per opere abusive adottato dal Comune e gli obblighi derivanti dalla convenzione.

La società Teorema presentava nuove osservazioni con nota del 5 giugno 2009 e successivamente presentava la documentazione con la richiesta di certificato di agibilità, ai sensi dell'art. 25 del

D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, con ulteriore documentazione presentata il 3 settembre 2009, a seguito di comunicazioni degli uffici comunali del 3 e del 26 agosto 2009.

Il Responsabile dell'ufficio tecnico, con nota del 23 settembre 2009, si esprimeva in senso contrario alla richiesta, rilevando vari profili di illegittimità delle opere realizzate rispetto agli obblighi derivanti dalla convenzione, quali la modifica della destinazione d'uso anche del piano terra in albergo (hall ed altri servizi alberghieri) senza alcun idoneo titolo, la modifica della destinazione d'uso del piano primo da ristorante ad albergo, non essendo idoneo quale titolo abilitativo la DIA del 2007, comportando una modifica di destinazione tra categorie diverse, ai sensi della legge urbanistica regionale, ed essendo stato rilasciato l'originario permesso di costruire sulla base della variante urbanistica e della convenzione. .

La società Teorema replicava a tale nota contestando le varie affermazioni del Responsabile dell'ufficio tecnico.

Con ordinanza del Responsabile dell'ufficio tecnico n. 45 del 5 novembre 2009 è stata dichiarata la inagibilità dell'edificio, ai sensi dell'art. 26 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, richiamando la nota del 23 settembre 2009.

Avverso tale provvedimento e avverso la nota del 23 settembre 2009 è stato proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Calabria, sede di Catanzaro, inviato alla notifica il 20 novembre 2009, per varie censure di violazione di legge, sostenendo la violazione dell' art. 26 del D.P.R. 380 del 2001 e all'art. 222 del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265, trattandosi di norme relative al profilo igienico sanitario degli immobili e non a quello edilizio; di incompetenza trattandosi di provvedimento contingibile e urgente non adottato dal Sindaco e comunque di provvedimento del Responsabile tecnico emanato in materia sanitaria; di eccesso di potere per difetto ed erroneità dei presupposti, difetto di motivazione ed istruttoria, travisamento dei fatti, illegittimità derivata, contraddittorietà, illogicità manifesta e manifesta ingiustizia, contestando la sussistenza dei presupposti per incidere sulla agibilità dell'immobile, il cui certificato si doveva comunque intendere rilasciato per silenzio assenso.

Con ordinanza n. 1022 del 10 dicembre 2009 il Tribunale amministrativo ha respinto la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato, non ravvisando profili di fondatezza del ricorso. L'ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Stato, in sede di appello cautelare, con ordinanza n. 610 del 3 febbraio 2010, facendo riferimento anche al diniego di agibilità del 23 settembre 2009 *“legittimamente motivato con riguardo alla non regolarità dell'edificio sotto il profilo urbanistico”*, escludendo, inoltre, l'avvenuta formazione del silenzio assenso.

Con la sentenza n. 2717 del 2010 il ricorso è stato accolto affermando la illegittimità del provvedimento, basato sulla non conformità edilizia dell'immobile, ritenendo l'agibilità "*finalizzata esclusivamente ad un controllo igienico-sanitario, non assumendo alcun rilievo sotto il profilo urbanistico –edilizio*".

Avverso tale sentenza è stato proposto il presente atto di appello dal Comune di San Floro, con cui si è dedotto che il provvedimento di inagibilità non potesse tenere conto della non conformità delle opere rispetto ai titoli edilizi originari e dell'inadempimento degli obblighi convenzionali relativi alle opere di urbanizzazione; inoltre la mancanza di allacci idrici e fognari dovuti al mancato completamento delle opere di urbanizzazione comportava, comunque, l'inagibilità anche sotto il profilo igienico sanitario dei locali.

Il 4 luglio 2014 si è costituita nel presente giudizio la società Torre del Duca s.r.l. subentrata, per atto di scissione del 29 marzo 2013, alla Teorema s.p.a..

L'8 aprile 2015, la società Torre del Duca depositava al Tribunale amministrativo regionale della Calabria, sede di Catanzaro, ricorso per l'ottemperanza alla sentenza n. 2717 del 2010, accolto con la sentenza n. 1139 del 1 giugno 2016, con cui è stato affermato l'obbligo del Comune di provvedere sulla agibilità, è stato assegnato all'Amministrazione il termine di novanta giorni per provvedere e, in mancanza, è stato nominato quale Commissario *ad acta* il Prefetto di Catanzaro, con facoltà di subdelega.

Avverso la sentenza di ottemperanza il Comune di San Floro ha proposto appello (R.G. n. 5344 del 2016) definito con la sentenza n. 6958 del 14 ottobre 2019, che ha affermato che dal giudicato della sentenza n. 2717 del 2010 derivava solo l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere senza vincoli sul contenuto del provvedimento.

In esecuzione della sentenza di ottemperanza era stato emesso dal Commissario *ad acta*, a seguito di accertamenti tecnici, del consulente tecnico appositamente nominato nel corso dell'esecuzione, il provvedimento del 28 aprile 2017, con è stata dichiarata la inagibilità del complesso immobiliare per la non conformità edilizia nonché per il mancato completamento delle opere di urbanizzazione, ai sensi dell'art. 5 della convenzione edilizia, con impossibilità di procedere agli allacci ai servizi pubblici e, quindi, rilevante anche ai fini igienico- sanitari relativi all'agibilità dell'immobile.

Tale provvedimento del Commissario è stato impugnato con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Calabria, sede di Catanzaro, respinto con sentenza n. 1191 del 2017, avverso cui è stato proposto l'appello R.G. n. 2473 del 2018 allo stato pendente davanti ad altra Sezione di questo Consiglio.

Nel frattempo, il Comune di San Floro con verbale del 2 marzo 2010 aveva proceduto all'accertamento degli abusi edilizi nel complesso immobiliare, in particolare costituiti dai mutamenti di destinazione d'uso in mancanza di idoneo titolo abilitativo del piano terra e del piano primo trasformati, rispettivamente, da destinazione commerciale a ristorante e da destinazione ristorante ad albergo; dalle alterazioni della sagoma e dei prospetti dell'edificio rispetto ai progetti assentiti; dalla trasformazione delle aree a standards, che avrebbero dovuto essere restituite al Comune.

Il 5 agosto 2010 la società Teorema presentava domanda di accertamento di conformità, respinta dal Comune, con provvedimento del 7 dicembre 2012, in quanto le opere oggetto della sanatoria erano state realizzate in difformità dal piano attuativo, dalla convenzione urbanistica stipulata e in carenza dei parcheggi pertinenziali, ai sensi dell'art. 41 *sexies* della legge 17 agosto 1942 n. 1150. Tale diniego è stato impugnato con ricorso al T.A.R. Calabria, sede di Catanzaro, respinto con sentenza n. 1711 del 14 novembre 2017, a seguito di verifica disposta dal Tribunale amministrativo. Avverso tale sentenza è pendente l'appello R.G. n. 3671 del 2018 proposto dalla società Torre del Duca.

Il 2 ottobre 2014 la società Torre del Duca presentava SCIA per sanatoria edilizia e per agibilità. Per le opere abusive di cui al verbale del 2010 è stata successivamente emanata ordinanza di demolizione il 12 febbraio 2018.

Tale provvedimento è stato impugnato con ricorso al T.A.R. Calabria, Catanzaro, respinto con sentenza n. 1645 del 19 ottobre 2020, unitamente al ricorso con cui era stato impugnato il provvedimento del 29 settembre 2017 del Responsabile dell'area tecnica manutentiva e vigilanza del Comune di chiusura dell'attività turistico – alberghiera e ai relativi motivi aggiunti con oggetto la determina dell'8 novembre 2017 di diniego della SCIA per agibilità dei locali. Avverso tale sentenza allo stato non risulta proposto appello.

Nella memoria depositata il 7 maggio 2020 la società Torre del Duca ha eccepito l'inammissibilità dell'appello non contenute critiche puntuali alla sentenza. Ha poi fatto riferimento ad accertamenti tecnici relativi ad altri giudizi pendenti successivi alla proposizione dell'appello da cui sarebbe emersa la regolarità edilizia ed urbanistica del complesso immobiliare della società appellata; ha comunque contestato nel merito la fondatezza dell'appello.

La difesa del Comune di San Floro ha chiesto rinvio della udienza pubblica del 16 giugno 2020, in relazione alla situazione di emergenza sanitaria che non aveva consentito di interloquire con gli uffici comunali e di acquisire la documentazione necessaria per la difesa in giudizio.

Il Comune di San Floro ha poi presentato memoria di replica contestando le argomentazioni difensive della Torre del Duca e chiedendo la valutazione della eventuale riunione del presente giudizio con l'appello pendente R.G. n. 2473 del 2018.

Anche la società Torre del Duca ha presentato memoria di replica, insistendo nelle proprie tesi difensive

Con ordinanza del 19 giugno 2020 è stato disposto il rinvio richiedendo, altresì, al Comune di San Floro chiarimenti relativi al successivo sviluppo della vicenda, con particolare riferimento agli atti e provvedimenti adottati dagli uffici comunali; è stata quindi depositata documentazione, tra cui l'atto del Commissario *ad acta* del 28 aprile 2017 e l'ordinanza di demolizione del 12 febbraio 2018.

Per l'udienza pubblica del 24 novembre 2020 hanno presentato memorie sia il Comune di San Floro che la società Torre del Duca, insistendo nelle proprie argomentazioni.

La difesa del Comune ha presentato istanza di passaggio in decisione senza discussione orale

Il 23 novembre 2020 la difesa della società Torre del Duca ha depositato in giudizio la ricevuta della SCIA per agibilità presentata al Comune il 17 novembre 2020.

All'udienza pubblica telematica del giorno 24 novembre 2020, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello proposta dalla difesa della società appellata, in quanto l'appello sarebbe meramente riproduttivo delle difese di primo grado e non conterrebbe specifiche critiche alla sentenza appellata.

L'eccezione è infondata, in relazione ai consolidati orientamenti giurisprudenziali, per cui - se il principio di specificità dei motivi di impugnazione, posto dall' art. 101, comma 1, c.p.a., impone che sia rivolta una critica puntuale alle ragioni poste a fondamento della sentenza impugnata, non essendo sufficiente la mera riproposizione dei motivi contenuti nel ricorso introduttivo - peraltro l'appello è, comunque, da ritenersi ammissibile se dallo stesso sia possibile desumere quali siano le argomentazioni fatte valere da chi ha proposto l'impugnazione in contrapposizione a quelle evincibili dalla sentenza impugnata. Pur se i vizi non risultano scanditi in specifici ordini di censure, è, quindi, sufficiente che sia rivolta una diretta critica alle argomentazioni svolte dalla sentenza impugnata (cfr. di recente Consiglio di Stato Sez. VI, 3 febbraio 2020, n. 857; Sez. II, 12 maggio 2020, n. 3430).

L'appello al Consiglio di Stato, alla luce del combinato disposto degli artt. 38 e 40, comma 1, lett. d) c.p.a., non deve essere limitato a una generica riproposizione dei motivi di ricorso disattesi dal giudice di primo grado, ma deve contenere una critica ai capi della sentenza appellati; a tal fine, non

è richiesto l'impiego di formule sacramentali, mentre si esige l'onere specifico, a carico dell'appellante, di formulare una critica puntuale della motivazione della sentenza appellata in modo che il giudice di appello sia posto nella condizioni di comprendere con chiarezza i principi, le norme e le ragioni per cui il primo giudice avrebbe dovuto decidere diversamente (Cons. Stato Sez. VI, 20 agosto 2019, n. 5761; Sez. IV, 28 giugno 2018, n. 3980; Sez. II, 15 ottobre 2020, n. 6264). Applicando tali coordinate giurisprudenziali, al caso di specie, si deve ritenere che l'appello proposto, anche se in parte riproduttivo delle argomentazioni difensive del primo grado e redatto anche tramite la riproduzione integrale di documenti e sentenze, abbia comunque introdotto dirette critiche alle argomentazioni della sentenza impugnata, in particolare con riferimento alla affermazione fondamentale della sentenza ovvero che il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 26 del D.P.R. 380 del 2001 prescinde dalla regolarità edilizia dell'immobile.

Pertanto, l'appello deve ritenersi ammissibile.

Ritiene, poi, il Collegio di precisare che, anche se nella ricostruzione in fatto si è dato atto, per completezza della ricostruzione, delle varie vicende che hanno interessato il complesso immobiliare, anche successivamente alla instaurazione del presente giudizio, questo ha ad oggetto la legittimità del provvedimento del Responsabile tecnico del Comune di San Floro adottato il 5 novembre 2009, con cui è stata dichiarata la inagibilità dell'edificio, ai sensi dell'art. 26 del D.P.R. 380 del 2001, e della precedente nota del 23 settembre 2009, relativa alla istanza presentata dalla società Teorema il 27 giugno 2009, secondo quanto devoluto con l'atto di appello ovvero riguardo alla possibilità, esclusa dal giudice di primo grado, di valutare nell'ambito del procedimento di agibilità vari profili anche di conformità edilizia dell'immobile, essendo questo il motivo di appello proposto del Comune e non essendo state riproposte nel presente giudizio le censure del ricorso di primo grado assorbite nella sentenza, quali le contestazioni in ordine alla effettivo accertamento degli abusi nonché l'avvenuta formazione del silenzio assenso sul certificato di agibilità.

Pertanto, gli abusi edilizi rilevati dal Comune nel complesso immobiliare della società Torre del Duca sono ormai stati presi in considerazione in ulteriori accertamenti e provvedimenti dell'Amministrazione comunale, oggetto di altri giudizi, da ultimo quello definito con la sentenza del T.A.R. Calabria-Catanzaro n. n. 1645 del 19 ottobre 2020, avverso la quale, allo stato, non risulta proposto appello.

Con riferimento, invece agli atti successivi riguardanti l'agibilità del complesso immobiliare, in particolare al provvedimento del Commissario *ad acta* del 28 aprile 2017, che, in esecuzione della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Calabria- Catanzaro n. 1139 del 1 giugno 2016 (di ottemperanza alla sentenza oggetto del presente appello), ha negato l'agibilità del

complesso immobiliare in questione, ritiene il Collegio che tale provvedimento non abbia fatto venire meno l'interesse del Comune al presente giudizio, sussistendo l'interesse all'accertamento della legittimità dell'originario provvedimento - nei limiti sopra indicati dell'oggetto del giudizio in base all'effetto devolutivo dell'appello- ai fini della esclusione di eventuali responsabilità risarcitorie dell'Amministrazione.

Peraltro, ritiene il Collegio di non dover disporre la riunione del presente giudizio con l'appello R.G. 2473 del 2018, pendente davanti ad altra Sezione di questo Consiglio - avente ad oggetto la sentenza n. 1191 del 2017 con cui è stato respinto il ricorso avverso il provvedimento del Commissario *ad acta* del 28 aprile 2017- in quanto il presente giudizio è relativo all'appello della sentenza, dalla cui ottemperanza è scaturito l'atto impugnato in quella sede, e pone quindi una questione di carattere pregiudiziale, relativa alla legittimità del provvedimento originariamente emanato dall'Amministrazione comunale circa l' agibilità dell'immobile.

Quanto al deposito in giudizio, peraltro, tardivamente della SCIA per agibilità presentata il 17 novembre 2020, ritiene il Collegio che anche tale SCIA non faccia comunque venire meno l'interesse del Comune alla decisione del presente giudizio per le argomentazioni già sopra evidenziate e, comunque, non riguardi la legittimità di quanto disposto dal Comune con gli atti del 23 settembre e del 5 novembre 2009.

Nel merito l'appello del Comune è fondato.

Ai sensi dell'art. 24 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, nel testo vigente al momento di presentazione della istanza della società Teorema e di adozione dei provvedimenti impugnati in primo grado, il 23 settembre 2009 e il 5 novembre 2009, *“il certificato di agibilità attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente.*

2. Il certificato di agibilità viene rilasciato dal dirigente o dal responsabile del competente ufficio comunale con riferimento ai seguenti interventi:

a) nuove costruzioni;

b) ricostruzioni o sopraelevazioni, totali o parziali;

c) interventi sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di cui al comma 1.

3. Con riferimento agli interventi di cui al comma 2, il soggetto titolare del permesso di costruire o il soggetto che ha presentato la denuncia di inizio attività, o i loro successori o aventi causa, sono tenuti a chiedere il rilascio del certificato di agibilità. La mancata presentazione della domanda comporta l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da 77 a 464 euro.

4. Alla domanda per il rilascio del certificato di agibilità deve essere allegato copia della dichiarazione presentata per la iscrizione in catasto, redatta in conformità alle disposizioni dell'articolo 6 del regio decreto-legge 13 aprile 1939, n. 652, e successive modificazioni e integrazioni”.

L'art. 25 disciplinava il procedimento per il rilascio del certificato di agibilità nei seguenti termini: “entro quindici giorni dall'ultimazione dei lavori di finitura dell'intervento, il soggetto di cui all'articolo 24, comma 3, è tenuto a presentare allo sportello unico la domanda di rilascio del certificato di agibilità, corredata della seguente documentazione:

a) richiesta di accatastamento dell'edificio, sottoscritta dallo stesso richiedente il certificato di agibilità, che lo sportello unico provvede a trasmettere al catasto;

b) dichiarazione sottoscritta dallo stesso richiedente il certificato di agibilità di conformità dell'opera rispetto al progetto approvato, nonché in ordine alla avvenuta prosciugatura dei muri e della salubrità degli ambienti;

c) dichiarazione dell'impresa installatrice che attesta la conformità degli impianti installati negli edifici adibiti ad uso civile alle prescrizioni di cui agli articoli 113 e 127, nonché all'articolo 1 della legge 9 gennaio 1991, n. 10, ovvero certificato di collaudo degli stessi, ove previsto, ovvero ancora certificazione di conformità degli impianti prevista dagli articoli 111 e 126 del presente testo unico.

2. Lo sportello unico comunica al richiedente, entro dieci giorni dalla ricezione della domanda di cui al comma 1, il nominativo del responsabile del procedimento ai sensi degli articoli 4 e 5 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

3. Entro trenta giorni dalla ricezione della domanda di cui al comma 1, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, previa eventuale ispezione dell'edificio, rilascia il certificato di agibilità verificata la seguente documentazione:

a) certificato di collaudo statico di cui all'articolo 67;

b) certificato del competente ufficio tecnico della regione, di cui all'articolo 62, attestante la conformità delle opere eseguite nelle zone sismiche alle disposizioni di cui al capo IV della parte II;

c) la documentazione indicata al comma 1;

d) dichiarazione di conformità delle opere realizzate alla normativa vigente in materia di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche di cui all'articolo 77, nonché all'articolo 82.

4. Trascorso inutilmente il termine di cui al comma 3, l'agibilità si intende attestata nel caso sia stato rilasciato il parere dell'A.S.L. di cui all'articolo 5, comma 3, lettera a). In caso di autodichiarazione, il termine per la formazione del silenzio-assenso è di sessanta giorni.

5. *Il termine di cui al comma 3 può essere interrotto una sola volta dal responsabile del procedimento, entro quindici giorni dalla domanda, esclusivamente per la richiesta di documentazione integrativa, che non sia già nella disponibilità dell'amministrazione o che non possa essere acquisita autonomamente. In tal caso, il termine di trenta giorni ricomincia a decorrere dalla data di ricezione della documentazione integrativa*".

In base all'art. 26, *"il rilascio del certificato di agibilità non impedisce l'esercizio del potere di dichiarazione di inagibilità di un edificio o di parte di esso ai sensi dell'articolo 222 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265"*.

Tale ultima disposizione prevede *"il podestà, sentito l'ufficiale sanitario o su richiesta del medico provinciale, può dichiarare inabitabile una casa o parte di essa per ragioni igieniche e ordinarne lo sgombero"*.

Si deve considerare che il precedente art. 221 del Testo unico delle leggi sanitarie disciplinava il rilascio dell'abitabilità, *"quando, previa ispezione dell'ufficiale sanitario o di un ingegnere a ciò delegato, risulti che la costruzione sia stata eseguita in conformità del progetto approvato, che i muri siano convenientemente prosciugati e che non sussistano altre cause di insalubrità"* con previsione analoga a quella contenuta nell'art. 25 del D.P.R. 380 del 2001 riferita alla dichiarazione del richiedente.

Secondo il giudice di primo grado l'agibilità e per conseguenza il potere previsto dal TULS riguarderebbero solo i profili igienico - sanitari e non la conformità edilizia dell'immobile.

Il Collegio non condivide tale ricostruzione.

Il potere attribuito, ai sensi dell'art. 26 del D.P.R. 380 del 2001 e dell'art. 222 del TULS, deve ritenersi comunque strettamente connesso alla disciplina della abitabilità ora agibilità.

L'art. 221 del TULS richiedeva espressamente l'accertamento anche in ordine alla conformità dell'edificio al progetto approvato.

L'art. 25 comma 1 lettera b) del D.P.R. 380 del 2001 prevede, analogamente, che il richiedente dichiari espressamente la conformità dell'opera al progetto approvato.

La giurisprudenza di questo Consiglio è consolidata nel ritenere che l'accertamento della piena conformità dei manufatti alle norme urbanistico-edilizie ed alle prescrizioni del permesso di costruire, nonché alle disposizioni di convenzione urbanistica, costituisca il presupposto indispensabile per il legittimo rilascio del certificato di agibilità (Consiglio di Stato sez. IV, 24 ottobre 2012, n. 5450; Sez. IV, 21 novembre 2013, n. 5523; Sez. IV, 2 maggio 2017, n. 1996). *"Ancor prima della logica giuridica è d'altronde la ragionevolezza ad escludere che possa essere utilizzato, per qualunque destinazione, un fabbricato non conforme alla normativa urbanistico-*

edilizia e, come tale, in potenziale contrasto con la tutela del fascio di interessi collettivi alla cui protezione quella disciplina è preordinata (corretto uso del suolo, difesa dell'ambiente, salubrità degli abitati, sicurezza e stabilità delle costruzioni” (Cons. Stato Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2760).

La richiesta del certificato di agibilità presuppone necessariamente la conformità delle opere realizzate al progetto approvato, dato che la richiesta deve essere corredata da una dichiarazione resa in tal senso dell'interessato (Cons. Stato Sez. VI, 8 giugno 2020, n. 3631); sussiste inevitabilmente un collegamento funzionale tra i due provvedimenti, atteso che il rilascio del certificato di agibilità presuppone la conformità delle opere al permesso di costruire ed allo strumento urbanistico, con la conseguenza che va negato il rilascio del detto certificato nel caso di opera abusiva o difforme dal titolo abilitativo edilizio rilasciato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2018 n. 3212).

Analoghe considerazioni erano svolte dalla giurisprudenza con riferimento alla previgente disciplina e alla licenza di abitabilità, che, pur avendo una funzione diversa da quella della concessione edilizia, presuppone che il manufatto sia conforme alla disciplina urbanistica (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 592; Sez. V, 12 dicembre 2008, n. 6174), con la conseguenza che l'autorizzazione per l'agibilità dei locali non poteva essere rilasciata, qualora gli stessi risultino non fossero conformi alla disciplina urbanistico-edilizia (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2005, n. 1543).

Tale rilevanza dell'aspetto urbanistico edilizio non può essere estranea anche alla previsione dell'art. 26 del D.P.R. 380 del 2001, che costituisce la norma di chiusura del sistema della agibilità, consentendo al Comune di intervenire in tutti i caso in cui non sussista l'agibilità dell'immobile, pur in presenza dell'avvenuto rilascio del certificato di agibilità.

Ne deriva la legittimità dei provvedimenti impugnati in primo grado basati sulla non conformità edilizia dell'immobile.

Né si può ritenere che tale disposizione preveda un potere eccezionale e straordinario attribuito al Sindaco, in base al riferimento contenuto nell'art. 222 TULS al podestà.

Tale previsione, infatti, era evidentemente collegata alla disposizione precedente dell'art. 221 TULS che attribuiva la competenza al podestà anche per il rilascio della licenza di abitabilità.

Sotto tale profilo, si tratta di un provvedimento, che deve ritenersi rientrare, a seguito del trasferimento delle competenze all'adozione dei provvedimenti amministrativi, anche in materia edilizia, con la riforma degli enti locali a partire dalla legge n. 142 del 1990, nella competenza generale del Dirigente o in mancanza del soggetto preposto all'ufficio competente del Comune.

Peraltro, nel caso di specie, il Comune ha richiamato la disposizione dell'art. 26 del D.P.R. 380/2001, a seguito delle numerose note da parte della società Teorema, con cui si era sostenuta l'avvenuta formazione del certificato per silenzio assenso - da ultimo quella in data 22 ottobre 2009, a seguito dei rilievi contenuti nella nota del Responsabile del servizio tecnico comunale del 23 settembre 2009 - in risposta alle varie comunicazioni comunali con cui si era negato il certificato di agibilità.

Si deve, sotto tale profilo, rilevare che l'art. 26 consente l'esercizio del potere, in caso di avvenuto rilascio del certificato di agibilità; il che non esclude l'ordinario potere di intervenire dell'Amministrazione negando il rilascio di un certificato in assenza dei presupposti, come effettivamente avvenuto, nel caso di specie, con la comunicazione del 23 settembre 2009 e nelle precedenti comunicazioni, o di intervenire su un procedimento avviato ad istanza di parte ma in cui non si è formato il silenzio assenso, in mancanza dei presupposti previsti dalla legge.

Ritiene il Collegio, sul punto, di richiamare la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che ritiene, con riferimento alle ipotesi di silenzio assenso in materia edilizia, che affinché il provvedimento implicito di assenso possa "formarsi" debbano sussistere tutti i presupposti richiesti dalla disciplina di riferimento; altrimenti, nel caso di provvedimento espresso sarebbero richiesti all'amministrazione (e all'interessato) tutti i presupposti e le condizioni normativamente indicate per il rilascio dell'atto, mentre in caso di provvedimento implicito si prescinderebbe dal dato normativo, di modo che l'esistenza del provvedimento si determinerebbe in modo diverso (e del tutto casualmente determinato) a seconda che l'amministrazione provveda nel termine indicato dalla legge, ovvero rimanga inerte, con la conseguenza di una inammissibile disparità di trattamento, inoltre, si perverrebbe a "costruire" una tipologia di provvedimento implicito sganciata dal rispetto del principio di legalità desumibile dall'art. 97 Cost. Pertanto, il decorso del tempo, senza che la P.A. si sia espressa, rende possibile un provvedimento implicito di accoglimento dell'istanza solo a condizione che ricorra la piena conformità delle opere alla regolamentazione urbanistica non potendosi ottenere per *silentium* quel che non sarebbe altrimenti possibile mediante l'esercizio espresso del potere da parte della P.A. (Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 agosto 2016, n. 3509; 5 settembre 2016, n. 3805; 19 aprile 2017, n. 1828; 26 luglio 2017, n. 3680; 26 aprile 2018, n. 2513). Nel caso di specie, non si poteva, dunque, ritenere neppure formato il silenzio assenso, avendo l'Amministrazione più volte indicato la incompletezza della domanda e la non conformità edilizia dell'immobile, necessario presupposto per il rilascio del certificato di agibilità, da ultimo nella nota del Responsabile del servizio tecnico del Comune del 23 settembre 2009.

In conclusione l'appello è fondato e deve essere accolto con riforma della sentenza impugnata e reiezione del ricorso di primo grado.

In considerazione della particolarità e complessità della vicenda in fatto sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato con sede in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2020 convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere