

EDILIZIA ED URBANISTICA: Consiglio di Stato, Sezione Quarta, Sentenza 10 luglio 2023, n. 6715, in Foro Italiano n. 10/2023, pag. 462, con nota di richiami.

1. Edilizia e urbanistica — Richiesta di permesso di costruire — Diniego — Coerenza con una disposizione non menzionata — Illegittimità del diniego per difetto di motivazione — Esclusione.

2. Edilizia e urbanistica — Dimensioni minime degli alloggi — Determinazione nel regolamento edilizio comunale — Legittimità.

3. Edilizia e urbanistica — Regolamento edilizio-tipo nazionale — Natura giuridica — Atto normativo — Esclusione — Funzione di raccordo — Parametro di legittimità del regolamento edilizio comunale — Esclusione.

1. La circostanza che un diniego di permesso di costruire trovi riscontro in una disposizione transitoria non espressamente richiamata nel provvedimento negativo non determina l'illegittimità del diniego per difetto di motivazione, posto che il riferimento alle norme applicabili al caso concreto integra la c.d. giustificazione del provvedimento e non la sua motivazione in senso stretto.

2. Il regolamento edilizio può contenere disposizioni concernenti i limiti di dimensionamento degli alloggi validi per l'intero territorio comunale, senza che possa configurarsi un contrasto con la disciplina dettata dal d.m. 5 luglio 1975, che (anche rispetto alle superfici, contemplate dall'art. 2) prevede limiti che attengono ai soli requisiti igienico-sanitari principali dei locali d'abitazione.

3. Il regolamento edilizio-tipo nazionale, approvato con l'intesa Stato-regioni-enti locali 20 ottobre 2016, e il conseguente regolamento edilizio-tipo regionale, non hanno natura normativa o contenuto innovativo, svolgendo solo «una funzione di raccordo e coordinamento meramente tecnico e redazionale», e comunque è fatto salvo il potere dei comuni di adeguare i contenuti del regolamento tipo alle singole realtà locali; di conseguenza, non sono idonei a fungere da parametro di legittimità di previsioni del regolamento edilizio comunale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Laigueglia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2023 il consigliere Luca Monteferrante;

Dato atto delle istanze di passaggio in decisione depositate dagli avvocati Luigi Piscitelli e Paolo Gaggero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con istanza del 9 giugno 2002, la Eurocase Costruzioni s.r.l. (in prosieguo ditta Eurocase) ha chiesto il rilascio del titolo abilitativo per la realizzazione di un edificio residenziale unifamiliare nel Comune di Laigueglia. Seguiva una richiesta di integrazione documentale da parte del Comune.

1.1. Successivamente, con nota del 9 agosto 2018 la società dava nuovo impulso all'istanza che veniva, tuttavia, respinta con provvedimento del 6 settembre 2018, per contrasto con l'art. 47,

comma 2, dell'allora vigente regolamento edilizio comunale che, nel testo modificato con la deliberazione consiliare n. 14 del 5 aprile 2018, prevede che la superficie lorda degli alloggi non possa essere inferiore a mq. 50,00, mentre l'edificio in progetto ha una superficie lorda di mq 39,20.

1.2. La società ha quindi impugnato il diniego con ricorso al T.a.r. per la Liguria articolando quattro motivi di censura:

a) violazione dell'art. 4 e dell'art. 20 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380. Violazione del regolamento edilizio-tipo nazionale, approvato con l'intesa Stato-Regioni-Enti locali 20 ottobre 2016, e del regolamento edilizio-tipo regionale, approvato con deliberazione della Giunta regionale della Liguria n. 316 del 14 aprile 2017. Violazione dell'art. 32 del regolamento edilizio del Comune di Laigueglia, approvato con deliberazione di C.C. n. 47 del 10/06/1991, esecutivo dal 16 maggio 1992, e successive modifiche ed integrazioni. Eccesso di potere per travisamento, erroneità dei presupposti. Disapplicazione dell'art. 117 del regolamento edilizio del Comune di Laigueglia 2017-2018. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241. Difetto di motivazione.

b) illegittimità dell'art. 117 del regolamento edilizio del Comune di Laigueglia 2017-2018 per violazione dell'art. 4 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e degli artt. 2 e 3 della legge regionale 6 giugno 2008 n. 16. Violazione del regolamento edilizio-tipo approvato con l'intesa 20 ottobre 2016 e delle disposizioni transitorie di cui al regolamento edilizio-tipo regionale, approvato con deliberazione della Giunta regionale della Liguria n. 316 del 14 aprile 2017. Eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà intrinseca e perplessità, travisamento. Illegittimità derivata del diniego;

c) illegittimità dell'art. 47, secondo comma, del regolamento edilizio del Comune di Laigueglia 2017-2018. Violazione dell'art. 4 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e degli artt. 2 e 3 della legge regionale 6 giugno 2008 n. 16. Violazione dell'art. 3 del decreto del Ministro della Sanità 5 luglio 1975. Violazione della disciplina transitoria di cui alla deliberazione della Giunta regionale della Liguria n. 316 del 14 aprile 2017. Eccesso di potere per sviamento, illogicità, perplessità e contraddittorietà intrinseca, difetto di istruttoria, travisamento. Illegittimità derivata del diniego;

d) violazione dell'art. 10 *bis* della legge 7 agosto 1990 n. 241. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione del principio del contraddittorio e del giusto procedimento.

2. Con sentenza n. 287 del 12 maggio 2020 il T.a.r. per la Liguria ha respinto il ricorso per le seguenti motivazioni:

a) l'art. 117 del regolamento edilizio del Comune di Laigueglia, seppur disallineato rispetto alle previsioni del regolamento-tipo regionale in tema di disciplina transitoria, nell'affermare la applicabilità della sopravvenuta disciplina regolamentare alla domanda della ricorrente, fa corretta applicazione del principio *tempus regit actum* e non è illegittimo, anche in considerazione della natura non normativa del regolamento tipo, avente finalità di raccordo e coordinamento meramente

tecnico e redazionale, secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 125 del 2017;

b) premessa l'inconferenza del richiamo al d.m. 5 luglio 1975 - operato dalla ricorrente - che (anche per le superfici: art. 2) contiene la previsione di limiti che attengono ai soli requisiti igienico-sanitari, ha ribadito la legittimità del regolamento edilizio del Comune nella parte in cui disciplina la struttura minima degli alloggi stante l'ampia latitudine dell'art. 4, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001;

c) ha ritenuto la ragionevolezza della contestata previsione regolamentare che, imponendo una superficie minima di mq. 50, risulterebbe orientata a contenere l'incremento del carico urbanistico;

d) ha ritenuto non viziate l'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza edificatoria, facendo applicazione dell'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990.

3. Avverso tale sentenza ha interposto appello (affidato a tre motivi estesi da pagina 4 a pagina 19 del ricorso) la ditta Eurocase chiedendone la riforma in quanto ritenuta errata in diritto.

4. Si è costituito in giudizio il Comune di Laigueglia per resistere all'appello, concludendo per la sua reiezione, con conferma integrale della sentenza appellata.

5. Alla udienza pubblica del 16 febbraio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione, previo deposito di memorie conclusive in data 13 gennaio 2023 e di replica, da parte della sola appellante, in data 26 gennaio 2023, con le quali le parti hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

6. L'appello è, nel suo complesso, infondato.

7. Giova premettere in fatto che:

a) con deliberazione del Consiglio comunale n. 48 del 13 novembre 2017, il Comune aveva approvato il proprio *“nuovo Regolamento edilizio comunale elaborato in attuazione del Regolamento Edilizio tipo approvato dalla Regione Liguria con D.G.R. n. 316 del 14 aprile 2017”*;

b) il testo del regolamento in questione veniva successivamente modificato con la deliberazione del Consiglio comunale n. 14 del 5 aprile 2018, che – per quanto rileva ai fini di causa – è intervenuta sull'articolo 47, in relazione alle dimensioni minime degli alloggi: mentre infatti la versione originaria prevedeva che *“L'alloggio monostanza, per una persona, deve avere una superficie utile comprensiva dei servizi, non inferiore a mq. 28 e non inferiore a mq. 38 per due persone”*, quella risultante dalla modifica *de qua* è del seguente tenore: *“negli interventi sugli edifici esistenti e negli interventi di nuova costruzione non è consentita la realizzazione di unità abitative aventi Superficie Lorda (SL) inferiore a 50 (cinquanta) mq., fatte salve diverse previsioni di strumentazione urbanistica generale”*;

c) proprio in forza della modifica sopravvenuta, in vigore al momento della adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, l'istanza è stata respinta, nonostante il regolamento

edilizio tipo prescrivesse di considerare la più favorevole disciplina vigente al momento della presentazione dell'istanza.

8. Con il primo motivo l'appellante deduce: erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha rigettato il primo ed il secondo motivo di ricorso. Difetto di motivazione. Violazione dell'art. 112 c.p.c.. Fondatezza dei due motivi. Illegittimità del diniego e dell'art. 117 REC.

8.1. Giova al riguardo rammentare che con il primo motivo del ricorso di primo grado aveva lamentato: la illegittimità del diniego perché in contrasto con la disciplina regionale e nazionale che ha stabilito che le disposizioni dei regolamenti comunali adeguati al regolamento edilizio tipo nazionale non si applicano ai procedimenti già avviati, che devono essere conclusi sulla base della disciplina vigente al momento della domanda; né potrebbe prevalere sulla normativa regionale e nazionale l'art. 117 del regolamento comunale che, in contrasto con le prime, prevede l'applicazione del nuovo regolamento alle pratiche in corso; con il secondo motivo, aveva invece dedotto la illegittimità dell'art. 117 del regolamento edilizio comunale per contrasto con le disposizioni regionali e nazionali che stabiliscono che i regolamenti adeguati a quello tipo si applicano ai procedimenti avviati dopo la loro entrata in vigore; conseguentemente il diniego sarebbe illegittimo per invalidità derivata.

8.2 Il T.a.r., sul punto, come si è visto, ha disatteso le predette censure rilevando il carattere non vincolante del regolamento tipo, secondo le precisazioni fornite al riguardo dalla Corte costituzionale con sentenza n. 125 del 2017 e, conseguentemente, ha ritenuto legittimo il regolamento edilizio comunale approvato con delibera di Consiglio Comunale n. 14 del 2008 nella parte in cui (art. 117), in applicazione del principio *tempus regit actus*, ha stabilito l'applicabilità delle proprie disposizioni a tutti i procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore, in modo difforme da quanto previsto dalla delibera di Giunta regionale n. 316 del 14 aprile 2017 - di recepimento dell'intesa 20 ottobre 2016 approvata dalla conferenza unificata Stato, Regioni, Comuni per l'adozione del regolamento edilizio-tipo di cui all'art. 4, comma 1-sexies, del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 – che prevede, al contrario, quanto segue: *“I procedimenti edilizi avviati prima dell'approvazione dell'adeguamento del regolamento edilizio comunale alle definizioni uniformi sono conclusi sulla base della disciplina vigente al momento della presentazione delle relative istanze”*.

8.3. L'appellante contesta nuovamente la concreta applicabilità delle nuove disposizioni del regolamento edilizio comunale alla fattispecie in esame, dovendosi, a suo dire, far prevalere l'applicazione della disciplina previgente, vale a dire quella operante in passato (segnatamente al tempo della presentazione dell'istanza di concessione edilizia) e sino al 2018, che consentiva la

realizzazione di alloggi inferiori a 50 mq., in applicazione della disciplina transitoria regionale, conforme all'Intesa Stato, Regioni, autonomie locali.

8.4. Il motivo è infondato.

8.4.1. La sentenza appellata sul punto ha fatto corretta applicazione dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 125 del 2017 che, proprio al fine di assicurare il rispetto delle disposizioni costituzionali poste a presidio dell'autonomia delle Regioni e degli enti locali, da un lato ha escluso che il regolamento tipo abbia natura normativa o contenuto innovativo, svolgendo *“una funzione di raccordo e coordinamento meramente tecnico e redazionale”*, dall'altra ha espressamente fatto salvo il potere dei comuni di adeguare i contenuti del regolamento tipo alle singole realtà locali precisando che *“Alla intesa potrà seguire il recepimento regionale e l'esercizio del potere regolamentare da parte degli enti locali. Questi, nell'adempire al necessario obbligo di adeguamento delle proprie fonti normative al “tipo” concertato in Conferenza unificata e recepito dalle singole Regioni, godranno di un ragionevole spazio per intervenire con riferimenti normativi idonei a riflettere le peculiarità territoriali e urbanistiche del singolo comune, tramite l'esercizio delle potestà regolamentari loro attribuite in materia edilizia (art. 117, sesto comma, Cost.; artt. 2, comma 4, e 4 del citato TUE)”*.

8.4.2 Non trattandosi di fonte regolamentare statale e non innovando in alcun modo la disciplina edilizia, il regolamento edilizio tipo non è idoneo a fungere da parametro di legittimità del regolamento edilizio comunale – neppure in relazione alla disciplina transitoria contenuta all'art. 117 - che, proprio nell'ottica indicata dalla corte costituzionale di assicurare *“un ragionevole spazio per intervenire con riferimenti normativi idonei a riflettere le peculiarità territoriali e urbanistiche del singolo comune”*, ha ritenuto immediatamente applicabile, anche alle pratiche in corso, la nuova disciplina in tema di requisiti dimensionali dei locali da destinare alla residenza, al fine di contenere il carico urbanistico ed evitare che il mercato immobiliare si orientasse prevalentemente verso le seconde case, con il rischio di concreto spopolamento delle realtà locali, visto che dimensioni minori di 50 mq. degli alloggi, da un lato comportano un aumento delle unità immobiliari complessive da destinare ad usi occasionali, dall'altro non consentono ragionevolmente insediamenti familiari stabili.

8.4.3. Quanto precede è in linea con quanto già osservato dalla sezione con sentenza n. 8426 del 28 dicembre 2020.

8.4.4. Del resto, nel caso di specie, a giustificare la prevalenza della disciplina transitoria regionale non v'è l'esigenza di attenuare l'impatto della nuova normativa tecnica sopravvenuta – così come resa uniforme e coordinata dal regolamento tipo - rendendola inapplicabile alle istanze già pendenti ma, al contrario, viene in rilievo una fondamentale scelta politica di governo del territorio che l'ente

locale, nella sua autonomia e nel rispetto di quelle peculiarità territoriali indicate dalla Corte costituzionale, deve poter decidere di rendere immediatamente cogente, proprio perché preordinata a scelte di indirizzo politico – e non meramente tecniche - sul fabbisogno abitativo locale.

E' dunque la peculiare natura "politica" della disposizione in contestazione che giustifica e rende legittima la disposizione transitoria di cui all'art. 117, sebbene quest'ultima abbia portata generale in relazione anche a tutte le previsioni del regolamento edilizio di natura tecnica che recepiscono i contenuti del regolamento tipo ma che, nel caso di specie, non vengono in rilievo.

8.5. Da altra angolazione l'appellante lamenta che la sentenza sarebbe viziata per omessa pronuncia e difetto di motivazione, non avendo statuito in relazione alla doglianza con cui era stato evidenziato che nel diniego impugnato il Comune avrebbe ommesso di citare la norma transitoria contestata e non esplicita alcuna ragione per giustificare l'applicazione alla fattispecie, pur originata da una istanza anteriore alla entrata in vigore della nuova disciplina, dell'art. 47 del nuovo regolamento edilizio comunale.

8.5.1. Sebbene il T.a.r. non si sia espressamente pronunciato sul punto, il motivo è infondato poiché il diniego, nel richiamare espressamente l'art. 47, comma 2 "del R.E. approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 14 del 5/04/2018.....", rinvia all'intero regolamento edilizio e quindi anche alla disciplina transitoria, ivi contenuta all'art. 117, in forza della quale l'art. 47 doveva ritenersi applicabile al caso di specie.

8.5.2. Poiché le disposizioni di legge attributive del potere e, in generale, quelle applicabili al caso di specie integrano la c.d. giustificazione del provvedimento e non la sua motivazione in senso stretto, è sufficiente il loro richiamo – come accaduto nel caso di specie - nel corpo della motivazione – di regola nelle premesse dell'atto - per dare evidenza delle "ragioni giuridiche" della decisione, secondo quanto prescritto dall'art. 3, comma 1 della legge n. 241 del 1990.

8.6. Deduce, ancora, omessa pronuncia del T.a.r. in relazione alla censura con cui ha dedotto il carattere contraddittorio e perplesso dell'art. 117 del regolamento edilizio; ciò in quanto nella prima parte si uniforma al principio regionale e nazionale, stabilendo che il regolamento si applica ai procedimenti avviati dopo la sua entrata in vigore mentre nella seconda stabilisce che si applica anche ai procedimenti in corso.

8.6.1. L'art. 117 del regolamento edilizio recita "*Le norme del presente Regolamento si applicano: a) ai progetti presentati tramite SCIA, CILA o altra richiesta che comporti il rilascio di titolo abilitativo espresso, presentate successivamente all'entrata in vigore del Regolamento; b) ai progetti già presentati, per i quali non sia ancora rilasciato il permesso di costruire o altro titolo abilitativo espresso da rilasciarsi ad esito di procedimento di competenza dello Sportello Unico per le Attività Produttive o di altra amministrazione all'uopo preposta dalla normativa vigente*".

8.6.2. Il Collegio non ravvisa al riguardo alcuna contraddittorietà: la disposizione infatti, a scanso di equivoci, afferma che il nuovo regolamento edilizio si applica sia alle istanze presentate successivamente alla sua entrata in vigore che a quelle già presentate, a quella data, e per le quali non sia ancora stato rilasciato il permesso di costruire o altro titolo abilitativo espresso.

Il motivo è dunque infondato.

9. Con un secondo complesso motivo deduce: erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il terzo motivo di ricorso. Difetto di motivazione. Omissione di pronuncia. Illogicità manifesta. Fondatezza del terzo motivo ed illegittimità dell'art. 47 REC, come modificato nel 2018.

Critica la sentenza appellata nella parte in cui ha disatteso il terzo motivo di ricorso con cui, in relazione all'art. 47 del regolamento edilizio, aveva osservato:

- a) il contrasto con il decreto del Ministro della sanità 5 luglio 1975 che non prevede la limitazione in contestazione, con l'effetto di eliminare la possibilità di realizzare una tipologia abitativa consentita in via generale dalla norma statale;
- b) la limitazione ivi contemplata sarebbe ingiustificata e non è coerente con l'oggetto del regolamento, introducendo precetti che dovrebbero essere adottati nell'ambito della pianificazione urbanistica;
- c) avrebbe una finalità sviata, volta a rimediare, con una sorta di salvaguardia, le conseguenze dell'annullamento del PUC ad opera del giudice amministrativo;
- d) sarebbe intrinsecamente incongrua nella sua formulazione.

9.1 Il motivo è infondato per le seguenti ragioni.

9.2. Sul punto il T.a.r. ha osservato che:

- a) *“come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 747 e 6 maggio 2013, n. 2433), il potere regolamentare del Comune di intervenire sulla struttura minima degli alloggi è giustificato dall'ampia latitudine dell'art. 4, comma 1, del t.u. edilizia (“Il regolamento che i comuni adottano ai sensi dell'articolo 2, comma 4, deve contenere la disciplina delle modalità costruttive, con particolare riguardo al rispetto delle normative tecnico-estetiche, igienico-sanitarie, di sicurezza e vivibilità degli immobili e delle pertinenze degli stessi”). Ne consegue che, accanto alle specifiche regole tecniche sull'attività costruttiva, possono essere legittimamente collocate nel regolamento edilizio le disposizioni concernenti i limiti di dimensionamento degli alloggi validi per l'intero territorio comunale”;*
- b) *“Tale disciplina, peraltro, non ha nulla a che vedere con quella dettata dal d.m. 5 luglio 1975 che (anche per le superfici: art. 2) contiene la previsione di limiti che attengono ai soli requisiti igienico-sanitari principali dei locali d'abitazione (cfr. Cons. Stato, sent. n. 747/2014)”;*

c) *“Sotto un diverso profilo, non si può dubitare circa la ragionevolezza della contestata previsione regolamentare che, imponendo una superficie minima di mq 50, risulta evidentemente orientata a contenere l’incremento del carico urbanistico e disincentivare il mercato delle “seconde case” destinate ai villeggianti, ossia ad arginare un fenomeno che, come efficacemente chiarito con le menzionate pronunce del giudice d’appello, costituisce fonte di pregiudizio per la qualità dell’ambiente e per le esigenze delle collettività residenti”.*

9.3 Il Collegio condivide tali motivazioni che si collocano peraltro in un risalente indirizzo giurisprudenziale di cui il T.a.r. ha dato puntualmente conto, le cui argomentazioni resistono alla critica appellatoria.

9.4 Giova tuttavia soffermarsi su un aspetto: il fatto che il PUC - che prevedeva la superficie minima di 50 mq. nelle trasformazioni alberghiere – sia stato annullato dal T.a.r. per la Liguria, con sentenza confermata in appello (da Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2019 n. 2651) non può ritenersi circostanza sintomatica di un esercizio sviato del potere poiché la finalità di ripristinare il vincolo annullato è comunque coerente con la natura, l’ampiezza e soprattutto le finalità del potere esercitato, ricordate dal T.a.r. alla luce dei precedenti specifici in tema.

10. Con il terzo motivo di appello la società deduce: erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il quarto motivo del ricorso introduttivo. Difetto di motivazione. Violazione degli artt. 10-*bis* e 21-*octies* della legge n. 241 del 1990. Fondatezza del motivo. Illegittimità del diniego.

10.1 Lamenta che l’amministrazione, prima di adottare il diniego impugnato, non le avrebbe comunicato, ai sensi dell’art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, le ragioni ostative all’accoglimento e non avrebbe attuato alcuna forma di contraddittorio.

10.2. Sostiene che la disposizione del secondo periodo dell’art. 21-*octies* non troverebbe applicazione nel caso della violazione dell’art. 10-*bis*, nel quale il preavviso di diniego rende possibile il dialogo con il richiedente, consentendo all’amministrazione di rivedere la proposta di decisione e all’istante di presentare una modifica della domanda che la renda accoglibile.

10.3 Questa conclusione sarebbe oggi confermata dall’art. 12, comma 1, lett. i), del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, che ha espressamente escluso l’applicazione dell’art. 21-*octies*, secondo comma, secondo periodo, «al provvedimento adottato in violazione dell’articolo 10-*bis*» e che troverebbe applicazione nel presente giudizio, in quanto non ancora definito. Sicché in riforma dell’appellata sentenza, il diniego impugnato dovrebbe ritenersi illegittimo per violazione dell’art. 10-*bis* della legge n. 241 del 1990 e andrebbe annullato.

10.4. Il motivo è infondato.

10.5. Deve premettersi che il T.a.r. ha fatto buon governo dell’art. 21-*octies*, comma secondo, secondo periodo della legge n. 241 del 1990 nella parte in cui afferma che *“Il provvedimento*

amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Ciò in quanto l'effetto preclusivo discendente dall'art. 47, comma 2 del regolamento edilizio non avrebbe potuto, obiettivamente, condurre ad una diversa decisione rispetto a quella adottata, rendendo il contenuto del provvedimento sostanzialmente vincolato, con conseguente irrilevanza di qualsiasi ipotetico contributo partecipativo.

Tanto a prescindere dal fatto che il permesso di costruire abbia di per sé natura tendenzialmente vincolata, come affermato dalla costante giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 2965 del 2021 e n. 2366 del 2018, nonché sez. VI, n. 6265 del 2018), circostanza, questa, che determina la non annullabilità del provvedimento, a motivo della predetta violazione procedimentale, già ai sensi della prima parte del comma 2 del menzionato articolo 21 *octies*.

10.5.1. L'appellante obietta che tale disposto normativo non troverebbe però applicazione nel caso del preavviso di rigetto, come confermato dalla modifica dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo operata dall'art. 12, comma 1, lettera i), legge n. 120 del 2020 secondo cui “*La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis*”.

10.5.2. Senochè, contrariamente a quanto opina l'appellante l'orientamento dominante in seno alla giurisprudenza è stato nel passato nel senso della applicabilità al preavviso di rigetto della previsione di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, secondo periodo (Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2022, n. 7993; sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1081; sez. II, 17 settembre 2019, n. 6209; sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1156; sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 256; id., 27 settembre 2018, n. 5562; id. 28 ottobre 2019, n. 7333), tanto che è presumibile ritenere che la novella legislativa rinvenga la propria *ratio* proprio nella finalità di affermare il principio opposto e che, pertanto, abbia portata innovativa e, come tale, valevole solo per il futuro, soprattutto qualora si acceda alla tesi della natura di norma sostanziale dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 (Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307).

10.5.3. Invero l'orientamento prevalente in seno alla giurisprudenza amministrativa è nel senso che si tratti di norma processuale (Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2017 n. 511; *ex plurimis* nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048; sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4925; sez. V, 2 febbraio 2010, n. 4931; sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414; sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5969; sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763; sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307; sez. VI, 11 settembre 2006, n. 5260; sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5547; sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 6192, 6193 e 6194; sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4614) dal che dovrebbe trarsi il corollario della sua

immediata applicabilità ai giudizi in corso, ivi compreso il presente, anche in relazione a provvedimenti adottati prima della sua entrata in vigore, come prospettato dalla appellante.

10.5.4. Senonchè nel caso di specie la modifica – operata dall’art. 12, comma 1, lett. i) del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito dalla legge n. 120 del 2020 - è entrata in vigore il 17 luglio 2020, dopo la pubblicazione della sentenza appellata (risalente al 12 maggio 2020), e non può pertanto essere invocata per sostenerne la erroneità, in applicazione del principio generale sulla successione delle leggi di natura processuale nel tempo, che non ammette l’estensione dell’effetto retroattivo alle fasi processuali già esaurite (c.d. *factapraeterita*), rappresentata, nel caso di specie, dal giudizio di primo grado.

10.5.5. Come di recente ribadito dalla giurisprudenza civile (cfr. Cass. civ., sez. III, 15 dicembre 2015, n. 25216) “...secondo la dottrina tradizionale, recepita dalla giurisprudenza (Cass. 12 maggio 2000, n. 6099; nonchè, tra le altre, Cass. 20 settembre 2006, n. 20414 in motivazione, e Cass. 15 febbraio 2011, n. 3688), il principio del *tempus regit actum* trova fondamento nell’articolo 11 preleggi e comporta che gli atti del processo traggano validità ed efficacia dalla legge vigente al tempo in cui sono compiuti.

Da tale principio derivano due conseguenze in caso di successione di norme processuali nel tempo:

- a) applicazione immediata della nuova regola ai processi pendenti con riguardo a tutti gli atti ancora da compiere;*
- b) conservazione della validità e dell’efficacia degli atti compiuti nel vigore della regola abrogata (c.d. *factapraeterita*).*

*Alla prima conseguenza fa riferimento la dottrina pressochè unanime allorchè, con espressione ormai tralatizia, usa ripetere che lo *jussuperveniens* in materia processuale è per sua natura di immediata applicazione.*

*Alla seconda conseguenza fa riferimento la giurisprudenza allorchè puntualizza che “il principio dell’immediata applicazione della legge processuale sopravvenuta...ha riguardo soltanto agli atti processuali successivi all’entrata in vigore della legge stessa, alla quale non è dato incidere, pertanto, sugli atti anteriormente compiuti, i cui effetti restano regolati, secondo il fondamentale principio del *tempus regit actum*, dalla norma sotto il cui imperio siano stati posti in essere” (Cass. n. 6099/2000 cit.). Con il corollario che quando il giudice procede ad un esame retrospettivo delle attività svolte, ne stabilisce la validità applicando la legge che vigeva al tempo in cui l’atto è stato compiuto, essendo la retroattività della legge processuale un effetto che può essere previsto dal legislatore con norme transitorie, ma che non può essere liberamente ritenuto dall’interprete (così Cass. n. 20414/06 cit., la cui motivazione prosegue osservando che “una indebita applicazione retroattiva della legge processuale si ha sia quando si pretenda di applicare la legge sopravvenuta*

ad atti posti in essere anteriormente all'entrata in vigore della legge nuova, sia quando si pretenda di associare a quegli atti effetti che non avevano in base alla legge del tempo in cui sono stati posti in essere").

Le decisioni appena menzionate esprimono tutte il principio, direttamente correlato alla regola del tempus regit actum, secondo cui gli effetti di tutti gli atti processuali (delle parti e del giudice) sono quelli regolati dalla legge vigente nel momento in cui l'atto (di parte) è posto in essere o il provvedimento (del giudice) è pronunciato, e non possono essere, invece, effetti che la legge sopravvenuta ricollega all'uno od all'altro."

10.5.6. Dal principio di diritto richiamato – che, come si è ricordato, conferma consolidati orientamenti in materia di successione nel tempo delle norme processuali - discende che la correttezza della sentenza appellata deve essere scrutinata alla luce della disciplina vigente al momento in cui la causa è stata trattenuta in decisione in primo grado, all'esito della udienza pubblica, che non contemplava il divieto espresso di operatività dell'art. 21-*octies*, comma 2, e che anzi era orientata in senso opposto, legittimando il giudice alla verifica giudiziale circa il carattere non invalidante della violazione procedimentale denunciata, anche in relazione alla omissione del preavviso di rigetto.

10.5.7. In ogni caso – e la circostanza è, di per se, dirimente – in base al tenore testuale del novellato comma 2 cit., emerge che:

- a) è sottratto al divieto di non annullabilità degli atti amministrativi affetti da vizi formali il solo vizio di omessa comunicazione del preavviso di rigetto (di cui al più volte menzionato art. 10 *bis*), relativo a provvedimenti espressione di esercizio discrezionale della funzione pubblica;
- b) soggiace al divieto di non annullabilità il provvedimento che, pur non preceduto dal preavviso di rigetto, abbia, *ex ante*, natura vincolata come tendenzialmente accade per il permesso di costruire (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 2965 del 2021 e n. 2366 del 2018, nonché sez. VI, n. 6265 del 2018).

Ne discende che anche tale capo della sentenza deve essere confermato con conseguente reiezione del motivo di appello.

10.5.7. In conclusione, alla luce delle motivazioni esposte, l'appello deve, in definitiva, essere respinto.

11. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55 e dell'art. 26, comma 1, c.p.a.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna la società appellante alla rifusione in

favore del Comune delle spese del grado che si liquidano complessivamente in euro 6000,00 oltre IVA, CAP e spese generali come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore