

**OGGETTO: CONFERMA DELIBERAZIONI DEL CONSIGLIO COMUNALE N. 110
DEL 2007 E N. 14 DEL 2008**

LA GIUNTA COMUNALE

Relatore : Ass. Stefano Gabanetti

Premesso che:

con deliberazione del Consiglio comunale 28.11.07 n. 100 veniva adottato il P.I.I. (Programma Integrato di Intervento) relativo all'area ubicata in Via Vespucci / Via M. D'Azeglio di proprietà Giovanni Donati e Montesuello s.p.a. e con successiva deliberazione del Consiglio comunale 26.02.08 n. 14 il P.I.I. veniva definitivamente approvato;

in esecuzione del succitato P.I.I. venivano rilasciati permesso di costruire 23.05.08 n. 78, relativo alle opere di urbanizzazione del P.I.I., nonché permesso di costruire 11.12.08 n. 168, relativo alla realizzazione di un nuovo edificio residenziale;

avverso i predetti provvedimenti i sigg.ri Adolfo Simonelli e Lucia Zamboni notificavano ricorso e poi motivi aggiunti, ricorso radicato avanti il TAR Brescia;

con sentenza non definitiva n. 575/11 e poi con sentenza definitiva n. 1723/12 il TAR Brescia rigettava il ricorso proposto dai sigg.ri Simonelli e Zamboni;

avverso la predetta sentenza i sigg.ri Simonelli e Zamboni notificavano appello avanti il Consiglio di Stato a mezzo di ricorso radicato al n. 3748/12 RG;

con sentenza 01.09.15 n. 4079 la sez. IV del Consiglio di Stato, in accoglimento dell'appello, riformava la sentenza del TAR Brescia e per l'effetto annullava i provvedimenti consiliari approvativi del P.I.I. ed i permessi di costruire prima richiamati;

Premesso e ricordato altresì che:

il P.I.I. approvato contemplava l'edificazione di area latistante il soppresso "cimitero di S. Sebastiano", "cimitero" soppresso fin dal 1955 con deliberazione della Giunta comunale 3 febbraio 1955 n. 35, poi ratificata con deliberazione del Consiglio comunale 7 marzo 1955 con la precisazione che da oltre cinquant'anni nessuna sepoltura aveva interessato il predetto "cimitero";

dopo il 1955 vennero rilasciati nel tempo vari titoli edilizi abilitativi alla edificazione proprio sul presupposto che, una volta soppresso il cimitero, fosse venuta meno anche la fascia di rispetto cimiteriale;

siffatta interpretazione del dato normativo ha trovato conferma nella richiamata sentenza del TAR Brescia n. 1723/12;

peraltro la sentenza del Consiglio di Stato n. 4079/15 ha invece statuito che la corretta interpretazione dell'art. 97 del DPR n. 285/1990 impone di ritenere decaduto l'obbligo di rispettare la fascia di rispetto cimiteriale non solo e non tanto in dipendenza del formale provvedimento di soppressione del cimitero, ma anche della

effettiva traslazione di ogni salma dal cimitero predetto con conseguente dissodamento dell'area cimiteriale;

Premesso e ritenuto altresì che:

la sentenza del Consiglio di Stato obbliga l'Amministrazione a valutare gli effetti della stessa sentenza in ordine ai provvedimenti amministrativi al tempo assunti e, in considerazione dell'intervenuto annullamento in sede giudiziale, obbliga a valutare e stabilire se sia possibile o meno rimuovere i vizi invalidanti i provvedimenti medesimi;

l'intervenuto annullamento in sede giudiziale non costituisce ostacolo alla assunzione di un eventuale provvedimento di convalida degli atti annullati in sede giudiziale una volta dimostrata la sussistenza di specifico interesse pubblico e tenuto conto del bilanciamento degli interessi in gioco;

nella specie è indubbio che l'annullamento non è stato provocato da comportamenti illeciti della parte privata, né è il frutto di una alterazione dei dati di fatto, ma va imputato piuttosto ad una controversa interpretazione del dato normativo;

d'altro canto è noto che, pur dovendosi allo stato qualificare le opere edilizie realizzate come prive del titolo abilitativo in ragione del sopravvenuto annullamento in sede giudiziale, la posizione di chi si sia visto annullare un permesso di costruire non è affatto equiparabile a quella di chi abbia commesso un abuso edilizio; nel primo caso non solo difetta la volontà di violare la legge, ma anzi si ingenera un affidamento in capo al privato tanto più se, come nel caso di specie, l'annullamento non sia riconducibile ad un comportamento doloso del privato, ma semmai ad una interpretazione del dato normativo oggettivamente complessa;

in applicazione di tale principio svariate decisioni giurisprudenziali hanno valorizzato il principio in forza del quale l'eventuale annullamento, anche in sede giudiziale, del titolo abilitativo alla edificazione non conduce in via automatica alla demolizione delle opere colpite da annullamento, ma impone in via preliminare di accertare se sia possibile rimuovere i vizi, anche di carattere sostanziale, che hanno condotto all'annullamento e ciò perché il regime sanzionatorio di cui all'art. 38 DPR n. 380/01 va inteso quale norma di favore volutamente finalizzata a distinguere la posizione di chi abbia commesso un abuso da quella di chi abbia costruito in conformità a titolo poi annullato (in tal senso si vedano, tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 12.05.14 n. 2398; Cons. Stato, sez. IV, 17.05.12 n. 2852; Cons. Stato, sez. IV, 17.09.12 n. 4923; TAR Lombardia-Milano, sez. II, 06.12.12 n. 2944;

l'avvenuta approvazione del P.I.I. e la sottoscrizione della relativa convenzione hanno comportato l'insorgere a carico della parte privata di specifici obblighi cui la stessa ha adempiuto con indubbio vantaggio per la collettività;

l'eventuale travolgimento integrale dei provvedimenti al tempo assunti non solo, dunque, non arrecherebbe particolari vantaggi per la collettività, ma, anzi, esporrebbe l'Amministrazione a potenziali azioni risarcitorie;

Dato atto che è stato attivato procedimento finalizzato a valutare gli effetti della sentenza concedendo alle parti interessate congruo termine per formulare i loro apporti partecipativi e rilevato sul punto che:

i sigg.ri Simonelli e Zamboni hanno sostanzialmente avvalorato la tesi secondo la quale, a fronte di un annullamento del titolo edilizio, l'unica ed automatica sanzione derivante consisterebbe nella demolizione delle opere divenute abusive;

la predetta tesi non trova peraltro unanime conforto in giurisprudenza, ivi comprese quelle decisioni citate proprio dai sigg.ri Simonelli e Zamboni; solo a titolo esemplificativo, la sentenza Cons. Stato, sez. IV n. 2398/14 statuisce espressamente che "se è vero che l'edificazione intervenuta in base a titolo successivamente annullato equivale ad edificazione senza titolo, è altrettanto vero (e ragionevole) che il legislatore non equipara, quanto agli effetti sanzionatori, le due fattispecie, rendendo necessario comparare l'interesse pubblico al recupero dello status quo ante con il rispetto delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino incolpevole dell'illegittimità, al contrario confidante nell'esercizio legittimo del potere amministrativo. Ciò comporta che - dapprima nella verifica della necessità di irrogazione della sanzione (quando non si possano potendosi rimuovere i vizi riscontrati nell'atto annullato), e poi, una volta riscontrata la necessità, nella scelta della sanzione applicabile - l'amministrazione debba svolgere una verifica, congruamente motivando su quanto infine deciso" (ed in termini si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 10.08.11 n.4770).

Rilevato altresì che:

il vizio invalidante i provvedimenti consiliari annullati ed i conseguenti titoli edilizi abilitativi consiste nel fatto che, pur in assenza di inumazioni da decenni nell'ex cimitero di San Sebastiano, tuttavia le salme non sono ancora state rimosse e non si è provveduto al dissodamento dell'area cimiteriale;

il vizio predetto può essere rimosso ed in concreto da tempo sono state attivate le relative procedure tanto che, a fronte di 450 salme presenti alla data del mese di settembre 2015, a seguito di avviso pubblico volto a comunicare alla cittadinanza la possibilità di effettuare il recupero dei resti con tumulazione privata, sono state rimosse n. 150 salme, mentre per le rimanenti 300 le operazioni di traslazione ed il successivo dissodamento del terreno saranno concluse entro il 15 aprile 2016 in considerazione del fatto che l'appalto, già bandito, prevede la presentazione dell'offerta il 29.02.2016 e che la ditta assegnataria, in fase di gara, si impegnerà ad avviare il servizio entro il 15 marzo 2016 e dovrà concludere il servizio di bonifica in 30 giorni dalla data di consegna dei lavori, secondo quanto prescritto nel capitolato; conseguentemente sussistono le condizioni per procedere alla convalida dei provvedimenti annullati atteso che il vizio invalidante può ritenersi rimosso;

L'art. 14 della Legge Regionale n. 12/2005, come modificata con L. R. n. 4/2012, nei comuni superiori a 15.000 abitanti, attribuisce la competenza dell'approvazione dei piani attuativi alla giunta comunale;

a garanzia della legittimità della procedura di convalida, il presente atto ha valore di adozione del P.I.I. annullato, facendo espresso riferimento a tutti gli atti in origine contenuti e facenti parte del procedimento;

Acquisito il parere favorevole di regolarità tecnica, emesso ai sensi dell'art. 49 comma 1 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267;

Con voti unanimi favorevoli espressi nei modi e forme di legge,

d e l i b e r a

1. di approvare tutte le premesse;
2. di convalidare, con tutti i relativi allegati, la deliberazione del Consiglio comunale 28.11.07 n. 100 con la quale veniva adottato il P.I.I. (Programma Integrato di Intervento) relativo all'area ubicata in Via Vespucci / Via M. D'Azeglio di proprietà Giovanni Donati e Montesuello s.p.a. e la successiva deliberazione del Consiglio comunale 26.02.08 n. 14 con la quale veniva definitivamente approvato il P.I.I.;
3. di dare atto che, ai sensi del 2°, 3° e 4° comma dell'art. 14 della L.R. 12/05, la presente deliberazione sarà depositata per quindici giorni consecutivi nella segreteria comunale, e nel sito informatico dell'amministrazione comunale; del deposito e della pubblicazione nel sito informatico dell'amministrazione comunale sarà data comunicazione al pubblico mediante avviso affisso all'albo pretorio;
4. di dare atto che nei quindici giorni successivi chiunque potrà presentare le proprie osservazioni; decorso tale termine ed entro sessanta giorni dalla predetta scadenza, la Giunta comunale deciderà sulle osservazioni ed approverà in via definitiva il programma integrato di intervento;
5. di dare mandato al dirigente del Dipartimento Interventi Territoriali, una volta concluso l'intero procedimento indicato ai punti precedenti, di dare seguito, valutando l'opportunità di convalidare, in esecuzione del succitato P.I.I. il permesso di costruire 23.05.08 n. 78, relativo alle opere di urbanizzazione del P.I.I., nonché permesso di costruire 11.12.08 n. 168, relativo alla realizzazione di un nuovo edificio residenziale;
6. di dare atto che sarà rispettato quanto previsto all'art. 39 del Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 in merito alla trasparenza dell'attività di pianificazione e governo del territorio;
7. di comunicare la presente deliberazione ai Capigruppo Consiliari ai sensi dell'art. 125 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267.