

## Disapplicazione della fonte regolamentare in contrasto con fonte di grado superiore (Cd.S, sez. II, sent. 9 gennaio 2020, n. 219)

La disapplicazione, da parte del giudice amministrativo, della norma secondaria di regolamento ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo impugnato è uno strumento per la risoluzione delle antinomie tra fonti del diritto che trova fondamento nel principio della graduazione della forza delle diverse fonti normative tutte astrattamente applicabili e, pertanto, presuppone che il precetto contenuto nella norma regolamentare si ponga in contrasto diretto con quello contenuto in altra fonte di grado superiore.

\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)  
ha pronunciato la presente  
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2304 del 2010, proposto dal Signor Biondi Mario, rappresentato e difeso dall'avv. Guerrino Ortini, col quale elettivamente domicilia presso lo studio dell'avv. Maurizio Discepolo in Roma, via Conca D'Oro n. 184/190 (Palazzo D);

*contro*

- Comune di Loreto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Lia Giuliodori, col quale elettivamente domicilia presso lo studio dell'avv. Maria Chiara Morabito in Roma, via Benaco n. 5;
- il Dirigente *pro tempore* del Settore Tecnico del Comune di Loreto, non costituito in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), n. 4 del 5 gennaio 2009, resa tra le parti sul ricorso n.r.g. 418/00, proposto per l'annullamento: 1) del provvedimento di cui alla nota del dirigente del settore tecnico del Comune di Loreto prot. n. 4368 del 31 gennaio 2000, con la quale era stato comunicato al ricorrente il diniego di accoglimento della domanda di concessione edilizia prot. n. 4368 del 4 giugno 1999, relativa ai lavori di costruzione del 2° stralcio dell'edificio a schiera destinato a civili abitazioni sull'area distinta catastalmente al foglio 6, mappali 483, 485 e 1204 in località Monteciutto del Comune di Loreto; 2) del presupposto parere negativo espresso dalla C.E.C. con atto n.871 del 26 gennaio 2000; 3) ove occorrente, dei pregressi pareri della C.E.C. n. 867 del 3 novembre 1999 e n. 864 del 28 luglio 1999.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio con appello incidentale del Comune di Loreto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2019 il Cons. Francesco Guarracino e uditi l'avv. Guerrino Ortini per la parte appellante e l'avv. Lia Giuliodori per la parte appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche il sig. Mario Biondi impugnava, unitamente al presupposto parere negativo espresso dalla Commissione edilizia con atto n. 871 del 26 gennaio 2000, la nota del 31 gennaio 2000, prot. n. 4368, a firma del dirigente del settore tecnico, con cui il Comune di Loreto gli aveva comunicato il diniego di accoglimento della domanda di concessione edilizia prot. n. 4368 del 4 giugno 1999, relativa ai lavori di costruzione del 2° stralcio dell'edificio a schiera destinato a civili abitazioni sull'area distinta catastalmente al foglio 6, mappali 483, 485 e 1204 in località Monteciotto del Comune di Loreto.

Con sentenza del 5 gennaio 2009, n. 5, il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (sezione prima), disattese preliminarmente le eccezioni di inammissibilità e improcedibilità del gravame sollevate dal Comune resistente, respingeva il ricorso nel merito.

Il sig. Biondi ha appellato la sentenza chiedendo che, in sua riforma, siano annullati gli atti impugnati in primo grado.

Il Comune di Loreto ha proposto appello incidentale subordinato per contestare, a propria volta, la sentenza, nella parte in cui ha giudicato ammissibile il ricorso di primo grado ritenendo che l'atto impugnato non fosse meramente confermativo di una precedente deliberazione.

Entrambe le parti hanno prodotto memorie di discussione ed il Comune, altresì, una memoria di replica.

Alla pubblica udienza dell'8 ottobre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

### DIRITTO

Il diniego di rilascio della concessione edilizia impugnato in primo grado segue ad una serie di provvedimenti analoghi con cui l'amministrazione aveva opposto all'appellante l'impraticabilità di soluzioni progettuali che fossero caratterizzate dalla realizzazione di più piani interrati, con notevoli riporti di terreno ed eccessivi muri di sostegno.

Questa era stata l'argomentazione principale del parere contrario espresso dalla Commissione edilizia il 28 luglio 1999, che aveva dato luogo al rigetto di una prima istanza di concessione edilizia presentata il 4 giugno 1999, nonché del parere contrario formulato dalla Commissione

edilizia il 13 novembre 1999, che aveva dato luogo al rigetto della istanza di riesame presentata dall'appellante il 27 settembre 1999, come puntualmente ricostruito nella sentenza appellata.

Il nuovo diniego è seguito ad un ulteriore riesame della pratica edilizia (rileva, peraltro, il T.A.R. che la relativa istanza, se esistente, non è stata prodotta agli atti del giudizio) ed è basato sul richiamato parere della Commissione edilizia, espresso con atto n. 871 del 26 gennaio 2000, del seguente tenore: *“Preso atto che non è stata trovata una soluzione progettuale diversa, come richiesto dalla stessa commissione, e visto il notevole impatto visivo già evidente con la realizzazione del 1° stralcio, ribadisce il proprio parere contrario”*.

Esso è stato impugnato in primo grado dall'odierno appellante proponendo due motivi di doglianza, il primo inteso a denunciare l'illegittimità del diniego siccome fondato esclusivamente su rilievi di ordine funzionale ed estetico del progetto, per ragioni non specificamente individuate e prive di supporto alcuno in norme di legge o di regolamento (pag. 6 del ricorso di primo grado: *“nessuna norma regolamentare del regolamento edilizio comunale prevede una sorta di sindacato discrezionale all'“impatto visivo” delle opere per le quali viene chiesta la concessione edilizia”*), il secondo volto a sostenere il vizio del provvedimento sotto l'ulteriore profilo dell'erronea rappresentazione dei fatti, poiché le opere di sistemazione esterna relative al 1° stralcio, ancora in corso, una volta ultimate avrebbero scongiurato il rischio del benché minimo impatto visivo, e sotto quello della contraddittorietà con la precedente determinazione dell'amministrazione che aveva assentito la realizzazione del primo stralcio.

Con la sentenza appellata il T.A.R. ha respinto il ricorso, osservando, anzitutto, che *“la motivazione di ordine estetico pertinente il “notevole impatto visivo” del progettato 2° stralcio si aggiungeva, completandoli, ma non certo sostituendoli, a tutti i rilievi negativi di ordine tecnico-strutturale, precedentemente espressi in modo puntuale nel parere del 3.11.1999 e che, con l'ultimo, venivano chiaramente reiterati come ostativi”* ed argomentando, poi, che l'art. 14 del regolamento edilizio comunale (al quale sarebbe occorso aver riguardo, ai sensi dell'allora vigente art. 33, co. 1 n. 1, della legge urbanistica n. 1150 del 17 agosto 1942, per individuare i compiti della Commissione edilizia, l'oggetto ed i limiti delle sue competenze e del suo sindacato consultivo), che non era stato impugnato in giudizio, legittimava la Commissione edilizia a fornire pareri involgenti anche profili di merito tecnico e, in particolare, *“a rilevare, a valutare ed a giudicare elementi del progetto che, pur non contrastando con le prescrizioni di zona e con ogni altra norma urbanistica ed edilizia, apparissero, a suo giudizio, non o poco confacenti alla bontà architettonica, al decoro, all'ambientazione ed al miglioramento funzionale e formale dell'abitato”*.

Secondo il Giudice di primo grado l'apprezzamento della Commissione edilizia, sindacabile solo per irrazionalità, erroneità dei presupposti di fatto o carenza di motivazione, sarebbe stato immune da tali vizi, né il suo parere avrebbe violato il principio di legalità, sia perché il regolamento edilizio avrebbe consentito alla Commissione di esprimersi su requisiti esulanti dalla sfera giuridica, sia perché il suo parere non sarebbe stato suscettibile di vulnerare in radice lo *ius aedificandi*, essendo diretto, invece, ad indirizzarne l'esercizio secondo modalità maggiormente rispettose dei buoni canoni architettonici e del contesto ambientale, anche estetico.

L'appellante critica la sentenza di primo grado con tre motivi di appello.

Col primo complesso motivo sostiene, in primo luogo, che il T.A.R. sarebbe incorso in errore nell'interpretare ed applicare l'art. 33, co. 1, della legge urbanistica, giacché la norma non avrebbe

riconosciuto ai Comuni il potere di attribuire alle Commissioni edilizie poteri discrezionali e, comunque, di porre limitazioni al diritto di edificazione.

Asserisce inoltre, in secondo luogo, che, poiché il secondo comma dello stesso art. 33 prevedeva che nei comuni provvisti del piano regolatore il regolamento edilizio dovesse disciplinare le caratteristiche dei vari tipi di costruzione previsti dal piano regolatore e la formazione di complessi edilizi di carattere unitario, ciò avrebbe significato che nel caso del Comune di Loreto, provvisto di piano regolatore, sarebbe spettato al regolamento edilizio comunale, e non a una valutazione di merito della Commissione edilizia, regolamentare tali aspetti.

Denuncia, in terzo luogo, l'errata interpretazione dello stesso art. 14 del regolamento edilizio comunale in cui sarebbe incorso il T.A.R., giacché il regolamento non avrebbe riconosciuto alla Commissione il potere di esprimere pareri in deroga alle previsioni di legge, dei piani urbanistici e dello stesso regolamento edilizio; la norma non avrebbe consentito alla Commissione di rendere pareri a prescindere dal contrasto o meno con precise norme di legge o regolamento, laddove, nel caso di specie, la Commissione non aveva mosso alcun rilievo alla legittimità dell'opera, e comunque la legittimava a sindacare, al più, il valore architettonico, il decoro e l'ambientazione delle opere nel contesto dell'espressione artistica nonché la corrispondenza del patrimonio edilizio alle necessità d'uso (profili sui quali il ricorso di appello si sofferma a pag. 16); il T.A.R. avrebbe riconosciuto alla Commissione edilizia potestà che sconfinano nel mero apprezzamento soggettivo e nella totale discrezionalità, con evidenti profili di arbitrarietà; viceversa, su tutte le questioni sollevate nel parere la Commissione edilizia doveva limitarsi a verificare il rispetto delle norme di legge e di regolamento (sul che l'appellante insiste in un quarto profilo di censura: pag. 18, sub D).

Con il secondo motivo di appello, poi, l'appellante contesta l'inadeguatezza e l'illogicità del parere della Commissione edilizia, in relazione al fatto che il fabbricato oggetto della richiesta di concessione edilizia era la naturale prosecuzione del complesso già assentito, lamentando che sugli specifici elementi di valutazione forniti col ricorso di primo grado il T.A.R. non si sarebbe pronunciato.

Col terzo motivo di appello, infine, invoca nuovamente i limiti che circoscriverebbero il potere di rilascio dei titoli edilizi, onde sostenere che il Comune non avrebbe potuto imporre prescrizioni o limitazioni diverse da quelle attinenti alla perfetta corrispondenza degli elementi progettuali alle disposizioni vigenti e che anche il diniego di concessione edilizia per motivi estetici o l'imposizione di prescrizioni di natura estetica avrebbero dovuto essere ricondotti all'applicazione di norme e criteri contenuti negli strumenti urbanistici o introdotti nel regolamento edilizio, ai sensi dell'art. 33 n. 8 della legge n. 1150/1942, il che si sarebbe dovuto riflettere in un'adeguata motivazione.

I motivi di appello - che per la loro sufficiente specificità, alla luce di quanto riportato, resistono all'eccezione di inammissibilità per genericità sollevata dal Comune - possono essere congiuntamente esaminati, stante la loro stretta connessione.

L'art. 14 del regolamento edilizio comunale, rubricato "Funzioni della commissione edilizia", stabiliva che "[l]a commissione edilizia ... esprime parere sulla legittimità delle opere proposte, sul valore architettonico, sul decoro e sull'ambientazione delle opere nel rispetto dell'espressione artistica, al fine del miglioramento funzionale e formale dell'abitato, nonché sulla corrispondenza del patrimonio edilizio alle necessità d'uso".

La disposizione non è stata impugnata nel giudizio di primo grado ed il Comune eccepisce, di conseguenza, che le censure ad esso relative, ove proposte con l'atto di appello, sarebbero tardive.

Tuttavia, l'appellante non persegue una prospettiva demolitoria della norma regolamentare, ma propone argomenti che mirano alla sua disapplicazione o, comunque, ad una sua interpretazione restrittiva.

In questo senso appaiono indirizzate anche le prime due censure del primo motivo d'appello (rispettivamente pagg. 12-13, sub A, e pagg. 13-14, sub B), con cui l'appellante, per un verso, denuncia l'errata interpretazione ed applicazione della normativa con riferimento all'art. 33 della legge n. 1150/1942, in ordine alle attribuzioni che la legge consentiva fossero attribuite alle Commissioni edilizie, e, per altro verso, che, in base allo stesso art. 33, sarebbe spettato al regolamento edilizio, nei comuni provvisti del piano regolatore, disciplinare le caratteristiche dei vari tipi di costruzione previsti dal piano e la formazione di complessi edilizi di carattere unitario.

Con maggior chiarezza, nella memoria di discussione l'appellante insiste sul fatto che l'intero primo motivo di appello, nei suoi primi tre profili (pagg. 12-17, sub A, B e C, del ricorso in appello), è incentrato sulla critica all'interpretazione ed applicazione di quell'articolo (pag. 2 memoria di discussione) e sostiene che se il regolamento edilizio, quale norma secondaria, avesse attribuito alla Commissione edilizia poteri in violazione della normativa primaria (nel caso l'art. 33 L.U.), esso non potrebbe trovare applicazione (pag. 5 memoria di discussione).

Senonché, le tesi dell'appellante vanno complessivamente rigettate.

La disapplicazione, da parte del giudice amministrativo, della norma secondaria di regolamento ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo impugnato è uno strumento per la risoluzione delle antinomie tra fonti del diritto che trova fondamento nel principio della graduazione della forza delle diverse fonti normative tutte astrattamente applicabili e, pertanto, presuppone, come già chiarito da questo Consiglio (*ex ceteris*, C.d.S., sez. VI, 5 gennaio 2015, n.1), che il precetto contenuto nella norma regolamentare si ponga in contrasto diretto con quello contenuto in altra fonte di grado superiore.

Quando l'atto impugnato si riflette con esiti opposti (conformità/difformità rispetto al parametro normativo) in disposizioni di forza differente che siano l'una di norma primaria e l'altra di norma secondaria, il giudice che è chiamato a giudicare della legittimità di un provvedimento conforme al regolamento ma in contrasto con la norma primaria, o viceversa, deve dare prevalenza a quest'ultima, in ragione della gerarchia delle fonti.

Tutto ciò presuppone un'effettiva antinomia tra fonti rispetto alla posizione della *regola iuris* che costituisce il parametro di valutazione della legittimità del provvedimento amministrativo impugnato e non un contrasto qualsiasi tra la legge ed il regolamento, per cui quest'ultimo possa essere illegittimo sotto un altro e diverso profilo (come può essere nel caso di disposizioni regolamentari che vadano soltanto *praeter legem*: C.d.S., sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2536; ovvero in quello dell'attribuzione della competenza funzionale tra diverse amministrazioni: C.d.S., sez. VI, n. 1 del 2015 cit.), nel quale ultimo caso si verte, invece, di un vizio dell'atto normativo regolamentare al cui rilievo è funzionale l'ordinario sistema impugnatorio (C.d.S., sez. VI, n. 1 del 2015 cit.; sez. V, 3 febbraio 2015, n. 515).

Nel caso in esame non ricorre un conflitto fra disposizioni di rango diverso che debba essere risolto attraverso la disapplicazione della disposizione regolamentare antinomica rispetto alla normativa primaria, trattandosi della prospettazione di un contrasto tra disposizione primaria e disposizione secondaria che non riguarda il precetto normativo a monte del provvedimento impugnato in primo grado, ma il sistema delle competenze e, segnatamente, la possibilità per il regolamento edilizio di un comune munito di piano regolatore, quale quello di Loreto, di attribuire alla Commissione edilizia la funzione di adottare pareri anche in merito al valore architettonico, al decoro e all'ambientazione delle opere nonostante ciò, in tesi, non sarebbe stato consentito dall'art. 33 della legge urbanistica, là dove quest'ultimo rimetteva allo stesso regolamento edilizio lo stabilire disposizioni in tema di altezze, distacchi ed aspetto dei fabbricati, nonché disciplinare, in via generale, le caratteristiche dei tipi di costruzione su ogni area fabbricabile e la formazione di complessi edilizi di carattere unitario.

Escluso, pertanto, che possa esservi spazio per una disapplicazione dell'art. 14 del regolamento edilizio del Comune di Loreto ed atteso che lo stesso non è stato impugnato in giudizio per aver travalicato i limiti di ciò che gli sarebbe stato consentito dalla legge, non rimane che constatare che la disposizione in questione, che legittimava la Commissione edilizia ad esprimersi anche sul valore architettonico, il decoro e l'ambientazione delle opere, è univoca nel rimettere a quest'ultima, come correttamente osservato dal T.A.R., il compito di rilevare, valutare e giudicare elementi del progetto che, pur non contrastando con le prescrizioni di zona e con ogni altra norma urbanistica ed edilizia, apparissero non o poco confacenti alla bontà architettonica, al decoro, all'ambientazione ed al miglioramento funzionale e formale dell'abitato.

La lettera della disposizione regolamentare non autorizza l'interpretazione restrittiva che ne propugna dall'appellante, secondo cui il giudizio sul decoro e l'ambientazione avrebbe potuto riguardare al più profili che si sarebbero potuto rinvenire in costruzioni poste al centro storico o nelle vicinanze di beni sottoposti a tutela (la tesi è forse influenzata dal fatto che la norma parla di "parere ... sul decoro e sull'ambientazione delle opere nel rispetto dell'espressione artistica", ma questa precisazione finale deve correttamente intendersi come vincolo al rispetto dell'espressione artistica di cui, eventualmente, dovesse essere portatrice la stessa opera edilizia).

Peraltro, il Giudice di primo grado ha esattamente colto la pluralità di ragioni dell'impugnato diniego, rilevando che la motivazione di ordine estetico pertinente il notevole impatto visivo del secondo stralcio si aggiungeva ai rilievi negativi di ordine tecnico-strutturale che, espressi nel precedente parere, con l'ultimo parere erano stati chiaramente reiterati come ostativi ed osservando, a questo riguardo, nella sentenza appellata che "[i] due aspetti – disvalore architettonico derivante dall'eccesso di piani interrati, riporti di terreno e muri di contenimento e offesa all'estetica – pur distinti, erano evidentemente collegati, atteso che l'incidenza visiva giudicata sproporzionata e tale da deturpare la godibilità estetica del sito andava collegata (stando alle carte progettuali in atti) alla presenza di ben tre piani (due parzialmente e uno interamente) interrati i quali, attesa la forte pendenza del suolo, andavano a costituire, dal lato a valle, un ingombro largamente visibile e scoperto, intaccando il crinale in modo massivo anche per la necessità di consistenti opere di riporto dei terreni e di rinforzi murari".

Tutto ciò non solo determina il rigetto del primo e del terzo motivo di appello, ma anche del secondo, relativo ai profili motivazionali del provvedimento impugnato in primo grado.

Difatti, nonostante il T.A.R. abbia ritenuto che i rilievi della Commissione non apparissero manifestamente illogici e che, essendo sufficientemente chiari e puntuali, ne rendessero il parere congruamente motivato, neppure in questa sede l'appellante ha evidenziati profili di manifesta irrazionalità od illogicità nel giudizio della Commissione e l'argomento secondo cui il fabbricato che formava oggetto dell'istanza di concessione edilizia sarebbe stata la naturale prosecuzione del complesso già assentito, che essenzialmente riposa sulla asserzione che sarebbe stata uniformata l'estetica dei prospetti (cornicioni in gronda, solette dei balconi, tinteggiatura degli intonaci: pag. 19 del ricorso in appello), non supera la circostanza di fatto che la nuova opera avrebbe implicato la realizzazione di più piani interrati, con gli esiti negativi di carattere estetico e tecnico-strutturale poc'anzi detti.

Per queste ragioni, in conclusione, deve essere respinto l'appello principale e, di conseguenza, va dichiarato improcedibile l'appello incidentale subordinato.

Le spese del presente grado del giudizio seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando nel giudizio in epigrafe, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado del giudizio in favore del Comune appellato, che liquida nella somma complessiva di € 3000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

