

Publicato il 11/03/2020

N. 01735/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 01510/2019 REG.RIC.  
N. 01708/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 1510 del 2019, proposto dai signori Romano Confortola e Olga Salari, rappresentati e difesi dagli avvocati Alessandra Berra, Manuela Fiore e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 349;

*contro*

il Comune di Livigno, nella persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Enrico Pedrana e Luca Vianello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

*nei confronti*

della signora Lucia Silvestri, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Santamaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone n.44;

sul ricorso numero di registro generale 1708 del 2019, proposto dal Comune di Livigno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli

avvocati Luca Enrico Pedrana e Luca Vianello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

*contro*

la signora Lucia Silvestri, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Santamaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone n.44;

*nei confronti*

di Romano Confortola e di Olga Salari, rappresentati e difesi dagli avvocati Alessandra Berra, Manuela Fiore e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

*per l'annullamento ovvero la riforma*

*previa concessione di misura cautelare*

della sentenza del TAR Lombardia, sede di Milano, sez. II 17 gennaio 2019 n.98, che ha pronunciato sui ricorsi riuniti nn.2087/2018 e 2201/2018, proposti per l'ottemperanza della sentenza del TAR Lombardia, sede di Milano, sezione II 27 aprile 2016 n.813, confermata dalla sentenza Consiglio di Stato sez. IV 19 marzo 2018 n.1725, sentenza di I grado che aveva a sua volta accolto il ricorso n.1850/2015 R.G. proposto dalla controinteressata Lucia Silvestri per l'annullamento del permesso di costruire 19 marzo 2015 prot. n.5538, pratica 32-372/2014, rilasciato dal Comune di Livigno a Romano Confortola ed Olga Salari per lo spostamento e la rilocalizzazione più a valle del fabbricato rurale sito a Livigno, località Pémont, distinto al catasto al foglio 29, mappali 322 e 1329, con successivo intervento di ristrutturazione edilizia architettonica interna della struttura, trasformazione d'uso in civile abitazione, realizzazione di vani accessori interrati e ricostruzione delle parti crollate dell'edificio originario;  
(ricorso n.2087/2018)

proposto da Lucia Silvestri per l'ottemperanza alla sentenza suddetta e di conseguenza per la dichiarazione di nullità e in subordine per l'annullamento:

a) del provvedimento 9 luglio 2018 prot. n.15716 del Responsabile del Servizio Urbanistica ed edilizia privata del Comune di Livigno, di chiusura del procedimento conseguente alle suddette sentenze TAR Lombardia Milano 813/2016 e C.d.S. sez. IV 1725/2018, nella parte in cui applica a Romano Confortola ed Olga Salari la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 del T.U. 6 giugno 2001 n.380 in luogo della demolizione;

b) dell'atto 17 luglio 2018 prot. n.16563, con il quale il predetto Responsabile ha richiesto all'Agenzia delle entrate la stima del valore venale delle opere interessate, oggetto della sanzione pecuniaria;

c) della determinazione 13 agosto 2018 n.447, con cui il predetto Responsabile ha affidato all'Agenzia la predetta valutazione;

e di tutti gli atti comunque preordinati, connessi o consequenziali;

(ricorso n.2201/2018)

proposto da Romano Confortola ed Olga Salari per l'ottemperanza alla sentenza suddetta e di conseguenza per la dichiarazione di nullità e in subordine per l'annullamento:

a) del medesimo provvedimento 9 luglio 2018 prot. n.15716, nella parte in cui dispone la riduzione in pristino di parte del fabbricato interessato;

b) dell'ordinanza 20 luglio 2018 n.94, notificata il successivo 21 luglio, con la quale il medesimo Responsabile ha ingiunto a Romano Confortola ed Olga Salari la demolizione della parte di fabbricato non assoggettabile a sanzione pecuniaria;

e di ogni atto preordinato, conseguente e comunque connesso.

In particolare, la sentenza appellata ha riunito i ricorsi nn.2087/2018 e 2201/2018, accolto il ricorso n.2087/2018, dichiarato la nullità del provvedimento 9 luglio 2018 prot. n.15716 del Comune di Livigno e di tutti gli atti consequenziali, inclusa l'ordinanza di demolizione 20 luglio 2018 n.94,

ordinato al Comune di eseguire la sentenza ottemperanda e dichiarato improcedibile il ricorso n.2201/2018;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Livigno, di Lucia Silvestri, di Romano Confortola e di Olga Salari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2020 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti gli avvocati Alessandra Berra, Maria Alessandra Sandulli, Luca Enrico Pedrana e Bruno Santamaria;

1. Gli appellanti nel procedimento 1510/2019 R.G. di questo Giudice sono proprietari a Livigno di un fabbricato rurale, che si trova in località Pémont, è distinto al catasto al foglio 29, mappali 322 e 1329 ed è costituito da una tradizionale "tea", ovvero, nell'assetto originario, da una costruzione di legno con tetto a doppia falda, a due piani, di cui l'uno adibito a stalla e l'altro superiore a fienile, delle dimensioni di mt. 6,10 x 5,7 in pianta (doc. 2 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018, provvedimento 9 luglio 2018 di cui in epigrafe; doc. 11 in I grado idem, fotografie dello stato attuale dei luoghi).
2. Per tale immobile, gli appellanti nel procedimento 1510/2019 stessi hanno a suo tempo ottenuto dal Comune un permesso di costruire, 19 marzo 2015 prot. n.5538, pratica 32-372/2014, per spostarlo, rilocalizzarlo più a valle, ristrutturarlo e trasformarlo in abitazione, realizzando alcuni vani accessori interrati e un ampliamento, qualificato come ricostruzione di presunte parti crollate dell'edificio originario (doc. 11 in I grado, cit.).
3. Eseguito l'intervento, il permesso di costruire in questione è stato impugnato da una vicina, attuale ricorrente in ottemperanza in I grado nel procedimento 2087/2018 e appellata in questa sede.
4. Con sentenza della sezione II 27 aprile 2016 n.813, il TAR Lombardia, sede di Milano, ha accolto il ricorso in questione e annullato il permesso di

costruire stesso.

5. L'appello proposto contro tale sentenza dal Comune intimato è stato respinto, con sentenza di questa Sezione 19 marzo 2018 n.1725.

6. A seguito di tale annullamento giurisdizionale, il Comune ha provveduto così come segue.

Con nota 27 aprile 2018 prot. n. 9381 (doc. 1 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018), ha comunicato alle parti, ovvero ai titolari del permesso annullato e alla vicinante che ne aveva ottenuto l'annullamento, di avere avviato un procedimento amministrativo volto all'applicazione delle misure di cui all'art. 38 del T.U. 6 giugno 2001 n.380.

Con il provvedimento 9 luglio 2018 prot. n.15716 di cui in epigrafe (doc. 2 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018) ha chiuso tale provvedimento, e all'esito: a) ha applicato ai proprietari titolari del permesso di costruire annullato la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 T.U. 380/2001, rinviando per liquidarla ad un successivo atto della competente Agenzia delle entrate, quanto al manufatto preesistente, ovvero la tea originaria così come spostata di sede, e all'interrato sottostante di nuova realizzazione; b) ha ordinato la demolizione, poi imposta con la successiva ordinanza 20 luglio 2018 n.94 (doc. 10 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018), della porzione oggetto di ampliamento e del volume interrato ad essa sottostante, ovvero del corpo di fabbrica a monte, di mt. 6,90 x 5,60 in pianta, realizzato in muratura quale presunto recupero delle parti crollate.

7. Il provvedimento 9 luglio 2018 arriva a tale conclusione attraverso una serie di passaggi della motivazione che vanno di seguito riassunti.

Preliminarmente, esso premette di voler considerare come eccezionale, in base ad un'interpretazione dell'art. 38 T.U. 380/2001 ritenuta corretta, la demolizione delle opere, e di voler privilegiare la riedizione del titolo emendato da vizi, ovvero la sanzione pecuniaria.

Ciò posto, il provvedimento considera impossibile eliminare i vizi della procedura e rilasciare un nuovo titolo. Ciò sulla base di quanto sostenuto dalla

sentenza di annullamento, per cui alla zona in questione si deve applicare l'art. 23 delle Norme tecniche di attuazione – NTA dello strumento urbanistico, e quindi non si possono assentire interventi eccedenti il restauro conservativo, nella specie non configurabile.

Lo stesso provvedimento ritiene impossibile la rimessione in pristino, ovvero, come espressamente detto, la ricollocazione della tea nel sedime originario, per due ragioni. In primo luogo, dà atto che la tea si trovava all'interno della fascia di rispetto inedificabile del torrente "Val del Galdo", a rischio di esondazione; ritiene quindi illogico ricollocarla in tale posizione. In secondo luogo, dà pure atto che l'originaria posizione della tea rientrava nella zona terminale di una frana attiva, censita dalla Carta dei vincoli dello strumento urbanistico, frana che già in passato aveva posto a rischio il fabbricato, urtandolo e spingendolo in avanti.

Di seguito, il provvedimento afferma che, contrariamente a quanto ritenuto dall'originaria ricorrente, la tea ha mantenuto la sua identità di edificio storico tipico, con interesse dell'amministrazione a conservarla nella posizione attuale, tra l'altro maggiormente idonea all'accesso di mezzi di soccorso in caso di necessità.

Il provvedimento conclude affermando che quanto esposto vale per il manufatto preesistente e per l'interrato realizzato al di sotto, che non si potrebbe demolire senza pregiudizio della tea soprastante; non vale invece per l'ampliamento, dato che la pronuncia di annullamento ha escluso che lo si potesse ritenere ricostruzione di una preesistenza. Pertanto, il provvedimento, come si è visto, conclude per la fiscalizzazione dell'abuso quanto alla tea, e per la demolizione del resto.

8. Contro tale provvedimento, contro gli atti successivi pure indicati in epigrafe, che hanno determinato in € 74.965/00 la sanzione (doc. 12 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018, relazione Entrate), e contro l'ordinanza di demolizione di cui si è detto, sono stati proposti due distinti ricorsi, qualificati in principalità come ricorsi per ottemperanza della

sentenza TAR Lombardia Milano 813/2016 e per la dichiarazione di nullità per contrasto con il relativo giudicato degli atti stessi, e in subordine come ricorsi per annullamento di essi.

9. Con il primo ricorso, n.2087/2018, l'originaria ricorrente ha impugnato gli atti sostenendo, in sintesi estrema, che la corretta esecuzione del giudicato comporterebbe l'integrale demolizione di tutto quanto realizzato.

10. Con il secondo ricorso, n. 2201/2018, i proprietari e originari intestatari del permesso annullato hanno reagito contro l'ordine di demolizione dell'ampliamento, sostenendo, sempre in sintesi estrema, la possibilità di conservarlo contro pagamento di una sanzione ulteriore.

11. Con la sentenza meglio indicata in epigrafe, il TAR Lombardia Milano ha riunito i ricorsi nn.2087/2018 e 2201/2018, accolto il ricorso n.2087/2018, dichiarato la nullità del provvedimento 9 luglio 2018 e di tutti gli atti consequenziali, inclusa l'ordinanza di demolizione 20 luglio 2018 n.94, ordinato al Comune di eseguire la sentenza da ottemperare mediante demolizione dell'intero manufatto, e dichiarato improcedibile il ricorso n.2201/2018. Ciò ritenendo, per implicito, ma inequivocabilmente, che la sanatoria ai sensi dell'art. 38 T.U. 380/2001 non sia possibile nel caso di vizi della procedura non emendabili, e quindi aderendo all'orientamento restrittivo di cui oltre (si veda in particolare il § 6 della motivazione).

12. Contro tale sentenza, sono stati proposti due distinti appelli.

13. Il primo, rubricato al n.1510/2019 R.G., è stato proposto dai proprietari dell'immobile, in sintesi allo scopo ultimo di conservare la parte del provvedimento 9 luglio 2018 che consente di mantenere la struttura originaria della tea, e di veder invece annullare la parte di esso che impone la demolizione dell'ampliamento.

14. Il secondo, rubricato al n. 1708/2019 R.G., è stato proposto invece dal Comune, allo scopo invece di conservare il provvedimento 9 luglio 2018 nel suo assetto originario.

15. In dettaglio, i proprietari controinteressati in I grado e appellanti nel procedimento 1510/2019 R.G. hanno dedotto cinque censure, corrispondenti secondo logica a quattro motivi, così come segue:

- con il primo di essi, corrispondente alle censure prima e seconda alle pp. 5 e 14 dell'atto, deducono violazione dell'art. 38 del T.U. 380/2001. In ordine logico, premettono in proposito che la norma va considerata come norma speciale di favore, rispetto all'ordinario regime sanzionatorio degli abusi edilizi, e sottolineano come essa non obblighi in generale l'amministrazione a demolire l'opera cui si riferisce il titolo annullato, ma le conferisca al riguardo un potere sostanzialmente discrezionale. Ciò posto, sostengono la razionalità e correttezza delle scelte compiute dall'amministrazione con il provvedimento 9 luglio 2018 quanto alla tea originaria, e criticano la sentenza impugnata per avere ritenuto che esse sarebbero precluse dal giudicato formatosi;
- con il secondo motivo, corrispondente alle censure terza e quarta alle pp. 17 e 18 dell'atto, deducono ulteriore violazione dell'art. 38 T.U. 380/2001, sotto un profilo relativo alla parte del provvedimento 9 luglio 2018 che impone la demolizione dell'ampliamento, anche quanto alla lesione che si sarebbe così arrecata al loro diritto di proprietà. Criticano infatti la sentenza di I grado per avere affermato che la parziale demolizione dell'immobile non potrebbe recare pregiudizio alla parte restante perché essa sarebbe non legittimamente assentita. Sostengono infatti che tale tipo di valutazione sarebbe estranea a quella prevista dall'art. 38, la quale si ispirerebbe a ragioni di opportunità e di non aggravio economico eccessivo sul proprietario;
- con il terzo motivo, corrispondente alla terza parte della quinta censura, a p. 23 dell'atto, deducono ancora violazione dell'art. 38 T.U. 380/2001, quanto all'ordinanza di demolizione dell'ampliamento 24 luglio 2018; in proposito sostengono che il pregiudizio alla parte restante dell'immobile, che peraltro il provvedimento 9 luglio 2018 esclude solo in modo dubitativo, invece sussisterebbe, sulla base di una perizia tecnica da loro predisposta (doc. 14 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018):

□ con il quarto motivo, corrispondente alle parti prima e seconda della quinta censura, alle pp. 19 e 21 dell'atto, deducono infine violazione dell'art. 31 del T.U. 380/2001, sostenendo che le ulteriori sanzioni previste dall'ordinanza di demolizione 20 luglio 2018 per il caso di inottemperanza non si applicherebbero in casi come il presente, in cui si tratta di titolo non mancante all'origine, ma annullato in sede giurisdizionale.

Sempre nel procedimento 1510/2019, la vicinante ricorrente in I grado appellata ha resistito, con memoria 5 marzo 2013, contenente anche appello incidentale. Nella memoria in questione, chiede che l'appello sia respinto, e propone come si è detto appello incidentale contro il capo della sentenza che ha compensato le spese.

Ancora nel procedimento 1510/2019, il Comune ha resistito, con memoria 11 marzo 2019, in cui chiede che l'appello sia accolto quanto alla parte che riguarda la tea originaria, e respinto nel resto.

16. Parallelamente, nel ricordato procedimento 1708/2019, il Comune appellante ha dedotto tre motivi di appello, così come segue:

□ con il primo di essi, deduce violazione dell'art. 38 T.U. 380/2001, quanto alla parte del provvedimento 9 luglio 2018 che riguarda la tea originaria, in termini sostanzialmente identici a quelli dedotti nel primo motivo dell'appello 1510/2019;

□ con il secondo motivo, deduce ulteriore violazione dell'art. 38, nonché violazione dell'art. 36 del T.U. 380/2001 e critica la sentenza impugnata per aver ritenuto che la sanzione pecuniaria si sarebbe potuta applicare solo in presenza della cd doppia conformità delle opere, nonché nel caso in cui la demolizione parziale non si potesse realizzare senza pregiudizio della parte conforme, condizioni che ad avviso del Giudice di I grado mancherebbero entrambe, essendo l'opera del tutto abusiva;

□ con il terzo motivo, chiede infine la reiezione del ricorso di I grado dei proprietari, 2201/2018, per il caso in cui esso sia riproposto, come in effetti avvenuto.

Con memoria 11 marzo 2019 sempre nel procedimento 1708/2019, il Comune ha ribadito le sue asserite ragioni.

Sempre nel procedimento 1708/2019, hanno resistito i proprietari intimati, con memoria 2 marzo 2019, in cui si riservano di concludere, nonché sempre la vicinante ricorrente in I grado appellata, con memoria 5 marzo 2013, contenente anche appello incidentale, di contenuto identico a quella depositata nel procedimento 1510/2019.

17. Alla camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019, fissata per decidere le domande cautelari proposte in entrambi i procedimenti, 1510/2019 e 1708/2019, la Sezione, con ordinanza 15 marzo 2019 n.1326, li ha riuniti, in quanto proposti contro la stessa sentenza, ed ha sospeso l'esecutività della sentenza stessa, allo scopo di mantenere inalterata la situazione di fatto in attesa della decisione di merito, per la quale ha fissato la successiva camera di consiglio.

18. Nei ricorsi così riuniti, le parti, ovvero la vicinante, il Comune ed i proprietari, hanno poi ribadito le rispettive asserite ragioni, ciascuna con memorie 19 novembre e repliche 22 novembre 2019.

19. Alla camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2019, fissata come sopra detto, la Sezione ha trattenuto la causa in decisione e all'esito, ha rilevato, con ordinanza 23 dicembre 2019 n.8676, che gli atti impugnati potrebbero essere qualificati non elusivi del giudicato, ma annullabili per illegittimità propria, eventualità del resto che le parti si sono prospettate, nel momento in cui hanno proposto il ricorso introduttivo di I grado come ricorso per ottemperanza, ma presentato con i requisiti idonei a farlo valere, ove del caso, come ordinario ricorso per annullamento; ha quindi disposto cambiamento del rito da camerale ad ordinario e fissato a tal fine la pubblica udienza di discussione al giorno 20 febbraio 2020.

20. Le parti, con memorie 20 gennaio e repliche 30 gennaio 2020 hanno ulteriormente insistito sulle rispettive posizioni.

21. All'udienza del 20 febbraio 2020, fissata a seguito dell'ordinanza predetta, la Sezione ha quindi trattenuto il ricorso in decisione.
22. L'appello propone, nel suo complesso, una questione di diritto, per la cui risoluzione è necessaria, ad avviso del Collegio, la rimessione all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 c.p.a.
23. Si tratta della corretta interpretazione dell'art. 38 del T.U. 6 giugno 2001 n.380, nel senso di stabilire, nel caso di intervento edilizio eseguito in base a permesso di costruire annullato in sede giurisdizionale, quale tipo di vizi consenta la sanatoria che la norma prevede, ovvero l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui pagamento produce, ai sensi del comma 2 dell'articolo in questione, "*i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria*", istituto che comunemente si chiama "fiscalizzazione dell'abuso", questione oggetto del primo motivo sia del ricorso 1510/2019 che del ricorso 1708/2019.
24. Per chiarezza, si riportano le norme pertinenti.
- 24.1 Il più volte citato art. 38 del T.U. 380/2001 dispone, nella parte che interessa: "(Interventi eseguiti in base a permesso annullato) *In caso di annullamento del permesso, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa (comma 1). L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36 (comma 2)*". Quest'ultimo articolo, com'è noto, disciplina l'accertamento di conformità, ovvero la sanatoria degli interventi abusivi perché realizzati senza titolo, ma conformi alle norme urbanistico edilizie.

24.2 Per completezza, si ricorda che le norme dell'art. 38 appena citate trovano il loro antecedente nel previgente ed analogo art. 11 della l. 28 febbraio 1985 n.47, per cui “(Annullamento della concessione) *In caso di annullamento della concessione, qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il sindaco applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'ufficio tecnico erariale. La valutazione dell'ufficio tecnico è notificata alla parte dal comune e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa (comma 1). L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti della concessione di cui all'articolo 13 (comma 2)*”. Come si vede, la norma è identica, a parte i riferimenti alla concessione edilizia, come è noto precedente denominazione del titolo edilizio maggiore, ora permesso di costruire, e all'art. 13 della stessa l. 47/1985, che disciplinava l'accertamento di conformità in termini identici all'attuale art. 36 del T.U. 380/2001. Di conseguenza, si farà riferimento anche alla giurisprudenza formatasi su questa norma.

25. Tanto premesso, sulla norma dell'art. 38 in esame si sono formati, alla luce della giurisprudenza edita, tre distinti orientamenti, che si indicano così come segue.

25.1 Un primo orientamento, che si è affermato nella più recente giurisprudenza della Sesta Sezione di questo Consiglio di Stato, dell'art. 38 sostiene un'interpretazione ampia, di favore per il privato autore dell'abuso. Ritiene infatti, in sintesi estrema, che la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile per ogni tipologia dell'abuso stesso, ossia a prescindere dal tipo, formale ovvero sostanziale, dei vizi che hanno portato all'annullamento dell'originario titolo, e quindi considera secondo logica l'istituto come un caso particolare di condono di una costruzione nella sostanza abusiva. Più nel dettaglio, anche in presenza di vizi sostanziali non emendabili del titolo annullato, il Comune prima di ordinare la rimessione in pristino dovrebbe verificare l'impossibilità a demolire, e ove la ritenesse, dovrebbe limitarsi ad applicare la sanzione pecuniaria; nel far ciò dovrebbe poi considerare rilevante

non solo il caso di vera e propria impossibilità o grave difficoltà tecnica, ma anche quello in cui riconoscesse ragioni di equità o al limite anche di opportunità: in tal senso la più recente C.d.S. sez. VI 19 luglio 2019 n.5089, e in senso sostanzialmente conforme, fra le molte, C.d.S. sez. VI 28 novembre 2018 n.6753 e sez. VI 12 maggio 2014 n.2398.

25.2 Ai fini di causa, condividere questo orientamento comporterebbe che i motivi di appello indicati, primo sia del ricorso 1510/2019 che del ricorso 1708/2019 andrebbero non puramente e semplicemente respinti, ma valutati in concreto: posto che l'amministrazione non si è mossa senz'altro al di là dei poteri che l'art. 38, in ipotesi, le conferisce, occorrerebbe verificare se in concreto di questi poteri abbia fatto corretta applicazione.

25.3 Vi è poi un orientamento più restrittivo, secondo il quale la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile soltanto nel caso di vizi formali o procedurali non emendabili, mentre in ogni altro caso l'amministrazione dovrebbe senz'altro procedere a ordinare la rimessione in pristino; in altre parole, secondo tale orientamento, lo strumento in esame consente di superare i soli vizi non sostanziali della costruzione, e quindi non può operare con gli effetti di un condono: così in primo luogo la Corte costituzionale con la sentenza 11 giugno 2010 n.209, nonché nella giurisprudenza di questo Giudice le sentenze sez. VI 9 maggio 2016 n.1861 e per implicito sez. IV 16 marzo 2010 n.1535, ove si fa l'esempio pratico di un vizio formale consistito nella mancata predisposizione dello studio planivolumetrico previsto dalle norme tecniche di piano. Si ricorda poi per completezza che seguiva l'orientamento più restrittivo, se pure senza una motivazione approfondita, la costante giurisprudenza formatasi sull'art. 11 della l. 47/1985: fra le molte C.d.S. sez. VI 11 febbraio 2013 n.753, sez. V 22 maggio 2006 n.2960 e sez. V 12 ottobre 2001 n.5407.

25.4 Vi è infine un orientamento intermedio, che si discosta da quello restrittivo per ritenere possibile la fiscalizzazione, oltre che nei casi di vizio formale, anche nei casi di vizio sostanziale, però emendabile: anche in tal

caso, non vi sarebbe la sanatoria di un abuso, perché esso verrebbe in concreto eliminato con le opportune modifiche del progetto prima del rilascio della sanatoria stessa, la quale si distinguerebbe dall'accertamento di conformità di cui all'art. 36 dello stesso T.U. 380/2001 per il fatto che qui non sarebbe richiesta la "doppia conformità", ovvero non si richiederebbe il rispetto delle norme edilizie e urbanistiche vigenti sia al momento dell'abuso sia a quello successivo della sanatoria. In tal senso, sempre fra le molte, C.d.S. sez. VI 10 settembre 2015 n.4221, sez. VI 8 maggio 2014 n.2355 e sez. IV 17 settembre 2012 n.4923, ove si fa l'esempio pratico di un vizio sostanziale emendato, costituito dalla riduzione di altezza del fabbricato in modo da rispettare le norme tecniche di piano.

25.5 Ai fini di causa, condividere l'orientamento restrittivo, ovvero quello intermedio, comporterebbero senz'altro la reiezione per intero sia dell'appello 1510/2019, sia dell'appello 1708/2019 e la conferma della sentenza di I grado. Ne deriverebbe infatti la necessità di affermare che il Comune, nell'adottare il provvedimento di cui all'art. 38 in esame in un caso in cui si ravvisano vizi sostanziali che non vengono superati, è andato al di là dei poteri conferitigli dalla norma.

26. La Sezione ritiene di evidenziare che tutti e tre gli orientamenti sinteticamente illustrati muovono da premesse teoriche comuni, e se ne discostano nelle conseguenze che ritengono di trarne.

26.1 Le premesse teoriche comuni sono quelle riassunte, per tutte, da codesta Adunanza Plenaria nella sentenza 23 aprile 2009 n. 4, nonché nella citata sentenza 4355/2014. In primo luogo, la posizione dell'originario controinteressato, che ha realizzato l'opera sulla base del titolo annullato in sede giurisdizionale, non si differenzia da quella di chi avesse realizzato l'opera abusivamente senza titolo alcuno, nel senso che non va ritenuta assistita da un particolare affidamento da tutelare e questo perché una situazione di affidamento si potrebbe se mai configurare solo nei confronti di un eventuale annullamento in sede amministrativa, non rispetto ad un annullamento in

sede giurisdizionale. In quest'ultimo caso, infatti, da un lato, chi ottiene il titolo edilizio si assume il rischio e il pericolo di un eventuale annullamento di esso all'esito del ricorso che un terzo potrebbe proporre; dall'altro lato, si è di fronte ad un organo giudicante, che deve limitarsi a decidere sulla domanda propositagli e non può valorizzare, diversamente dall'amministrazione, eventuali affidamenti dei soggetti coinvolti. In secondo luogo, l'annullamento giurisdizionale del titolo edilizio determina un giudicato, che in linea di principio tutti i soggetti dell'ordinamento, anche il legislatore ordinario, debbono rispettare.

26.2 Ciò posto, secondo l'indirizzo teorico comune in esame, l'art. 38 in esame rappresenta, dal punto di vista del legislatore, la creazione di un "potere nuovo" rispetto a quello che consente di emettere il titolo edilizio, che contempera l'esigenza di rispettare il giudicato con quella di realizzare "un assetto della fattispecie diversificato" rispetto a quello scaturente dal giudicato stesso, "ma non in contrasto con quest'ultimo": così la sentenza 4355/2014, da cui le citazioni.

26.3 A fronte di ciò, l'orientamento di maggior favore privilegia al massimo le ragioni del privato titolare del permesso annullato, recuperando in tal modo la tutela della buona fede che di regola può vantare chi eserciti una qualsiasi attività sulla base di un titolo rilasciato dall'amministrazione competente. Le ragioni di questo soggetto quindi, nei risultati, andrebbero a prevalere nella maggioranza dei casi, portando come esito normale la sanatoria dell'abuso mediante la sua fiscalizzazione. In tal senso, deporrebbe anche un argomento letterale, individuato per tutte dalla sentenza 5089/2019: i richiami ai "*vizi delle procedure amministrative*" e alla impossibilità della "*rimessione in pristino*" contenuti nel comma 1 dell'art. 38 sarebbero due ipotesi di sanatoria messe su un piano di parità, la prima relativa a vizi formali, la seconda, ovvero quella in cui non sia possibile la "*rimessione in pristino*", relativa ad una problematica tecnico ingegneristica, che quindi prescinderebbe dal tipo di vizio riscontrato.

26.4 Viceversa, l'orientamento restrittivo e quello intermedio privilegiano le ragioni del terzo il quale ha impugnato nell'originario giudizio il titolo illegittimo, nonché il rispetto del giudicato. In primo luogo, si sostiene che consentire la sanatoria senza limiti andrebbe a ledere l'affidamento di costui nella stabilità della disciplina giuridica delle fattispecie, e si renderebbe in sostanza inutile e privo di effettività il suo diritto di cittadino di adire il giudice per ottenere la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive. Si osserva poi che l'interpretazione ampia potrebbe essere anche in contrasto con l'art. 102 Cost., perché andrebbe in sostanza a travolgere gli effetti del giudicato di annullamento attribuendo all'amministrazione il potere di invadere il campo riservato all'Autorità giudiziaria. In tal senso sono le citate C. cost. 209/2010 e C.d.S. sez. 2355/2104, con riguardo specifico al caso concreto di una norma di legge provinciale che aveva introdotto espressamente la possibilità di fiscalizzazione del vizio sostanziale non sanabile, ma con argomentazioni di principio che assumono valore generale. Secondo logica, quindi, va adottata un'interpretazione che consente di sanare l'abuso solo quando esso è tale formalmente, ma non nella sostanza, perché si tratta appunto di soli vizi formali, o perché i vizi sostanziali sono stati eliminati.

26.5 In tale ultimo senso è anche orientato il Collegio, sia per le ragioni esposte sopra, sia perché, in sintesi estrema, la repressione degli abusi edilizi – considerando come tali le costruzioni che siano effettivamente in contrasto con l'assetto del territorio disegnato dagli strumenti urbanistici – è un valore che l'ordinamento persegue con particolare rigore: in tal senso, se pure su fattispecie diverse, si è espressa anche codesta Adunanza Plenaria nelle note sentenze 17 ottobre 2017 nn .8 e 9. In tali termini, appare preferibile l'orientamento che si è denominato intermedio, che amplia la sanabilità dell'abuso, e protegge quindi l'affidamento di chi ha ottenuto il rilascio del titolo poi annullato, sino al limite massimo consentito dalla contrapposta tutela del terzo.

27. Alla luce di siffatto contrasto giurisprudenziale la questione, rilevante per quel che si è detto ai fini della decisione dell'appello, in esame, va deferita all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a., che deciderà ai sensi del comma 4 dello stesso art. 99.

28. Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), non definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti (ricorsi nn. 1510/2019 e 1708/2019), li rimette all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 c.p.a.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Alessandro Verrico, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Gambato Spisani**

**IL PRESIDENTE**  
**Roberto Giovagnoli**

**IL SEGRETARIO**