

## LA C.D. "FISCALIZZAZIONE DELL'ABUSO EDILIZIO".

**L'art. 38 del t.u. edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 alla luce della recente pronuncia dell'adunanza plenaria: Cons. di Stato, Ad. Plen., 7 settembre 2020, n. 17**

**Avv. Stefano De Rosa**

*Abstract (en): The purpose of the article is to analyze the decisions of the Plenary Meeting of the State Council n. 17 of 2020 about the "taxation of building abuse". As Provided for in Article 38 of D.P.R. 380/2001, in case of annulment of building permits, if it is not possible to remove the breach of administrative procedures or the restoration of the condition of the permises, the Administration have to apply the penalty. With the payment of the penalty the builder get the same effects of the amnesty provided for in article 36 of D.P.R. 380/2001. The decisions of the Plenary Meeting of the State Council states which types of breach legitimises the implementation of this particular amnesty, only formal and procedural breach or substantive legal flaws.*

*Abstract (it): Il presente elaborato intende analizzare la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 7 settembre 2020 in merito alla c.d. "fiscalizzazione dell'abuso edilizio". Come previsto dall'art. 38 del D.P.R. 380/2001, in caso di annullamento del permesso di costruire, ove non fosse possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative ovvero la restituzione in pristino, l'Amministrazione applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36 del D.P.R. 380/2001. La pronuncia in esame stabilisce quali tipologie di vizi legittimano l'applicazione della sanatoria in esame, se meramente formali ovvero di natura sostanziale.*

**SOMMARIO: 1.** Premessa; - **2.** La questione giuridica analizzata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato: gli orientamenti giurisprudenziali pregressi.; - **3.** La posizione dell'Adunanza Plenaria: Sentenza n. 17 del 7 settembre 2020.; - **4.** Considerazioni conclusive.

## **1. Premessa.**

Con ordinanza n. 1735 del 2020 la IV Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione concernente l'esatta delimitazione dei vizi che consentono, in luogo della demolizione, l'applicazione del regime di c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio previsto dall'art. 38 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (T.U. Edilizia).

Il deferimento della questione all'Adunanza Plenaria trae origine dalla seguente vicenda, in questa sede sommariamente ripercorsa. I Sig.ri Tizio e Caio, proprietari di un fabbricato rurale, ottenevano dal Comune Alfa un permesso di costruire per rilocalizzare più a valle, ristrutturare e ampliare il predetto fabbricato. Una volta eseguito l'intervento il permesso di costruire veniva impugnato dalla Sig.ra Mevia, proprietaria dell'immobile limitrofo. Il T.A.R. adito, ritenuto sussistente il contrasto tra l'opera realizzata e le norme tecniche di attuazione del locale strumento urbanistico generale, accoglieva il ricorso annullando il provvedimento impugnato. A seguito dell'annullamento giurisdizionale il Comune Alfa applicava ai titolari del permesso di costruire annullato la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 del T.U. 380/2001 per una parte del manufatto preesistente ordinando al contempo la demolizione di altra parte dell'opera di nuova costruzione.

Contro il provvedimento amministrativo comunale e contro gli atti successivi venivano proposti due distinti ricorsi. L'uno dai Sig.ri Tizio e Caio, finalizzato a evitare la demolizione della parte non sanata; l'altro dalla Sig.ra Mevia, finalizzato al contrario a ottenere la demolizione dell'intero edificio. Il T.A.R. adito accogliendo il ricorso della Sig.ra Mevia dichiarava la nullità del provvedimento impugnato e di tutti gli atti consequenziali e ordinava al Comune Alfa di eseguire la sentenza da ottemperare mediante la demolizione dell'intero manufatto.

Avverso tale pronuncia i Sig.ri Tizio e Caio ed il Comune Alfa proponevano appello giungendo così la questione all'attenzione della IV Sezione del Consiglio di Stato.

## **2. La questione giuridica analizzata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato: gli orientamenti giurisprudenziali pregressi.**

La questione di diritto sottoposta all'Adunanza Plenaria concerne la corretta interpretazione dell'art. 38 T.U. 6 giugno 2001 n. 380 nel senso di stabilire, nel caso di un intervento edilizio eseguito in forza di un permesso di costruire poi annullato in

sede giurisdizionale, quale tipologia di vizi consenta la sanatoria disciplinata dalla predetta disposizione che, nel prevedere l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui pagamento produce, ai sensi del comma 2 dell'articolo *de quo*, i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria, ha reintrodotto l'istituto comunemente noto come fiscalizzazione dell'abuso<sup>1</sup>.

Ragioni di completezza espositiva impongono di riportare di seguito il testo della disposizione in esame, rubricata "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. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'art. 36<sup>2</sup>*». Il contrasto giurisprudenziale formatosi sulla disposizione testé richiamata verteva sulla corretta interpretazione del dettato normativo in ordine alla tipologia di vizi che consentivano l'applicazione dell'istituto in esame. Sul punto si riscontravano tre diversi orientamenti in seno al Consiglio di Stato.

Un primo orientamento<sup>3</sup>, più recente, propendeva per un'interpretazione più ampia dell'art. 38 in un'ottica di favore per il privato autore dell'abuso. Secondo tale indirizzo, in linea di diritto, la norma in esame si ispira ad un principio di tutela degli interessi del privato mirando ad introdurre un regime sanzionatorio più mite proprio per le opere edilizie conformi ad un titolo edilizio successivamente rimosso, rispetto

1 In questi termini si è espressa la Sezione IV del Consiglio di Stato. Ragioni di completezza espositiva impongono di evidenziare come l'antecedente normativo della disposizione in esame si ritrova nell'art. 11 della l. 28 febbraio 1985 n. 47 rubricato come "Annullamento della Concessione" il quale prevedeva che «*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. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti della concessione di cui all'art. 13*». Come si vedrà nel corso della trattazione tale disposizione risulta sostanzialmente identica all'art. 38 in esame assumendo così rilevanza ai fini della presente trattazione anche la giurisprudenza formatasi su tale disposizione.

2 Tale disposizione disciplina l'accertamento di conformità ossia la sanatoria degli interventi abusivi perché realizzati senza titolo, tuttavia conformi alle norme urbanistico-edilizie. In particolare si prevede che il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possano ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

3 *Ex multis* Cons. di Stato, Sez. VI, 14 aprile 2020 n. 2419; Cons. di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019 n. 5089; Cons. di Stato, Sez. VI, 28 novembre 2018 n. 6753; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 aprile 2018 n. 2155; Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2017 n. 2160; Cons. di Stato, Sez. VI, 12 maggio 2014 n. 2398; Cons. di Stato, Sez. IV, 17 settembre 2012 n. 4923.

alla diversa ipotesi di altri interventi abusivi eseguiti fin dall'origine in assenza di titolo. Tale previsione, ad avviso di questo filone interpretativo, mira a tutelare un certo affidamento del privato così da ottenere la conservazione di un bene che è pur sempre sottoposto a sanzione. In altri termini, il regime sanzionatorio più mite rispetto all'ipotesi di costruzione *sine titulo* trova la sua giustificazione nella valorizzazione dell'affidamento riposto dall'autore dell'intervento sulla presunzione di legittimità e comunque sull'efficacia del titolo assentito<sup>4</sup>. Pertanto, all'Amministrazione è richiesta una verifica sulla emendabilità dei vizi formali o sostanziali, ovvero se la demolizione sia effettivamente possibile senza recare pregiudizio ad altri beni o opere del tutto regolari. In presenza dei predetti presupposti per la convalida dell'atto, dunque, l'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata determina i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'art. 36 del testo unico.

In definitiva l'indirizzo giurisprudenziale sin qui ripercorso ha ritenuto che la norma in esame si applichi indipendentemente dal tipo di vizio che ha caratterizzato la procedura, sia esso di natura formale o sostanziale. In questo senso si è evidenziato come l'espressione "vizi delle procedure amministrative" contenuta nel comma sopra riportato alluda a vizi di carattere formale trattandosi, tuttavia, solo di una delle ipotesi in cui la sanatoria è ammessa. La norma in esame infatti ne contiene un'altra, collocata su un piano di parità con la predetta, riferita all'ipotesi in cui non sia possibile la "rimessione in pristino", ipotesi che ha riguardo anzitutto a problematiche di tipo tecnico ingegneristico e, pertanto, prescinde dal tipo di vizio considerato.

Riassumendo, l'articolo in esame ha così previsto tre possibili rimedi: a) la sanatoria della procedura nei casi in cui sia possibile la rimozione dei vizi della procedura amministrativa con conseguente non applicazione di alcuna sanzione edilizia; b) qualora non fosse possibile la sanatoria, è prevista la sanzione in forma specifica della demolizione; c) solo nel caso in cui non sia possibile applicare la

---

<sup>4</sup> Sul punto si veda A. SENATORE, *L'esecuzione delle sanzioni amministrative da illecito urbanistico edilizio*, in F. CARINGELLA, U. DE LUCA, *Manuale dell'edilizia e dell'urbanistica*, Roma, 2017m 1275 ss. secondo cui la disposizione in esame «rappresenta una speciale norma di favore, che differenzia sensibilmente la posizione di colui che ha realizzato l'opera abusiva sulla base di un titolo annullato (c.d. abusività sopravvenuta) da quella di chi ha realizzato un'opera abusiva sin dall'inizio senza alcun titolo abilitativo (c.d. abusività originaria) per il quale ultimo l'art. 31 del T.U. edilizia prevede sempre, senza eccezione alcuna, la sanzione della demolizione. L'art. 38 è una speciale norma di favore che non si pone in contraddizione con quanto stabilito dall'art. 31 dello stesso T.U. andando a prendere in esame una fattispecie astratta di abuso edilizio ben diversa da quella presa in esame dall'ultima disposizione menzionata. [...] Se fosse mancata un'espressa previsione legislativa, la posizione del privato che realizza l'opera sulla base di un titolo edilizio annullato non si sarebbe differenziata da quella del privato che ha realizzato l'opera priva del titolo edilizio sin dall'origine».

sanzione in forma specifica, in ragione della natura delle opere realizzate, l'Amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione pecuniaria nel rispetto delle modalità sin qui ripercorse. La giurisprudenza in esame ha peraltro fornito un'interpretazione in ordine al concetto di possibilità di ripristino, da intendersi non come mera "possibilità tecnica", ma occorrendo una valutazione sulla opportunità di ricorrere alla demolizione comparando l'interesse pubblico al recupero dello *status quo ante* con il rispetto delle posizioni giuridiche soggettive del privato incolpevole che aveva confidato nell'esercizio legittimo del potere amministrativo. Tale considerazione appare in linea con il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa che impone all'Amministrazione il perseguimento del pubblico interesse con il minor sacrificio possibile dell'interesse privato. In questo senso allora l'individuazione dei casi di impossibilità non può arrestarsi alla mera impossibilità (o grave difficoltà) tecnica dovendosi prendere in considerazione ragioni di equità o di opportunità e dovendosi altresì ritenere la sanzione demolitoria come *l'extrema ratio*.

In conclusione l'orientamento giurisprudenziale sin qui ripercorso ha inteso l'art. 38 citato quale "speciale norma di favore" volta a differenziare sensibilmente la posizione del privato che abbia realizzato l'opera abusiva senza alcun titolo e tutelando l'affidamento del privato che ha avviato i lavori sulla base di un titolo ottenuto.

Un secondo indirizzo<sup>5</sup>, più restrittivo, ha ritenuto che la fiscalizzazione dell'abuso sia possibile soltanto nel caso di vizi formali o procedurali non emendabili con conseguente ordine di rimessione in pristino da parte dell'Amministrazione in ogni altro caso. In questo senso, l'effetto sanante previsto dal citato art. 38 va circoscritto alle sole ipotesi nelle quali il titolo edilizio sia stato annullato per vizi di carattere formale o procedurale, non essendoci così alcuno spazio per applicare le previsioni di cui all'art. 38 ove sia stata accertata in sede giudiziale la sussistenza di un vizio del titolo avente natura sostanziale.

A sostegno di tale assunto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato in esame ha richiamato l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale<sup>6</sup> circa l'espressione "vizi delle procedure amministrative", secondo cui l'inciso normativo considerato non si presta ad una molteplicità di significati, tale da abbracciare anche i vizi di natura sostanziale che, al contrario, esprimono un concetto ben distinto da quello di

<sup>5</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2016 n. 1861; Cons. di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2010 n. 1535; Cons. di Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 753; Cons. di Stato, Sez. IV, 21 ottobre 2013 n. 5115; Cons. di Stato, Sez. V, 22 maggio 2006 n. 2960; Cons. di Stato, Sez. V, 26 maggio 2003 n. 2849; Cons. di Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2002 n. 7001; Cons. di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2001 n. 5407;

<sup>6</sup> Corte Cost., 11 giugno 2010 n. 209. Nella sentenza citata la Corte Costituzionale è stata chiamata a giudicare della legittimità di una norma di interpretazione autentica di una disposizione provinciale di tenore identico a quella nazionale che qui si discute.

vizi procedurali, con la conseguenza di escludere la sanatoria nelle ipotesi di violazioni diverse da quelle formali-procedurali.

In punto di tutela dell'affidamento del privato autore dell'abuso, le pronunce riconducibili all'orientamento più restrittivo giungono a conclusioni diametralmente opposte rispetto al primo indirizzo considerato: la posizione dei privati che abbiano realizzato un'opera sulla base di concessioni edilizie annullate in sede giurisdizionale – ad avviso della giurisprudenza in esame – non si differenzia da quella di coloro i quali abbiano realizzato l'opera abusivamente *sine titulo*<sup>7</sup>.

In altri termini, le opere edilizie costruite diventano abusive in ragione dell'annullamento in sede giudiziale del titolo abitativo, in tal caso non potendosi parlare di "tutela dell'affidamento del privato" in quanto istituto attinente alla diversa ipotesi di annullamento in sede amministrativa e non giurisdizionale, ove il beneficiario del titolo abilitativo si assume il rischio e pericolo di un eventuale annullamento in esito ad un ricorso proposto da terzi che si ritengano lesi. La possibilità di dare rilievo alla situazione soggettiva di affidamento nel caso di opera realizzata in base ad un titolo originariamente all'apparenza legittimo e poi annullato in sede giudiziale contrasterebbe con i principi generali dell'ordinamento. Questo poiché la situazione soggettiva di affidamento è configurabile solo nei confronti dell'Amministrazione che avvii un procedimento finalizzato all'annullamento e non nei confronti del giudice chiamato a giudicare sulla legittimità del titolo edilizio sulla base di un ricorso di terzi che si assumano lesi dal rilascio del titolo stesso, dovendo il giudice limitarsi a statuire sulla domanda proposta dai predetti soggetti senza che possa assumere rilievo la valutazione comparativa degli opposti interessi *ex art. 21 nonies l. n. 241 del 1990*. In definitiva l'orientamento sin qui ripercorso esclude che l'istituto della fiscalizzazione dell'abuso possa determinare effetti sostanzialmente identici a quelli derivati dai condoni edilizi, con conseguente applicazione dell'art. 38 del T.U. n. 380 del 2001 ai soli casi di vizi formali o procedurali non emendabili.

Vi è infine un terzo indirizzo intermedio<sup>8</sup> che, discostandosi dai precedenti orientamenti, ha ritenuto possibile la fiscalizzazione, oltre che nei casi di vizio formale, anche nei casi di vizio sostanziale, tuttavia emendabile. Secondo tale orientamento l'art. 38 va interpretato nel senso che in caso di annullamento del titolo edilizio per vizi sostanziali, la sanatoria è consentita qualora si sia trattato di vizi emendabili e che, pertanto, possano essere rimossi, ritenendosi preclusa nella sola ipotesi in cui si tratti di vizi inemendabili. Ne deriva, dunque, un generale divieto di

<sup>7</sup> In questi termini si era espressa anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 23 aprile 2009 n. 4.

<sup>8</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 10 settembre 2015 n. 4221; Cons. di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014 n. 2355; Cons. di Stato, Sez. IV, 12 maggio 2014 n. 2398; Cons. di Stato, Sez. IV, 17 maggio 2012 n. 2852; Cons. di Stato, Sez. IV, 17 settembre 2012 n. 4923; Cons. di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2010 n. 1535;

rinnovazione dei permessi di costruire annullati in sede giurisdizionale per vizi di carattere sostanziale. Qualora, tuttavia, vi fosse la possibilità di eliminare la violazione riscontrata dal giudice per mezzo di un nuovo intervento che restituisca all'opera piena compatibilità con il regime edilizio inizialmente inosservato, l'Amministrazione deve astenersi dal reprimere l'abuso consentendo al privato di intervenire per conformare l'opera ai parametri costruttivi giudicati violati. In altri termini, a fronte dell'iniziativa del privato volta ad eliminare l'elemento in contrasto con la disciplina edilizia di riferimento, l'Amministrazione non dovrebbe impedire tale adeguamento ma, in attuazione del giudicato e in coerenza con la *ratio* ispiratrice dell'art. 38, dovrebbe assicurare l'adeguamento della situazione di fatto alla disciplina edilizia ritenuta violata.

In definitiva l'indirizzo sin qui ripercorso non ha condiviso l'assunto secondo cui la rimozione dei vizi *ex art. 38* è consentita solo qualora essi abbiano natura formale o procedurale, potendo al contrario trovare applicazione anche nel caso di annullamento per vizi sostanziali, purché emendabili. Ne deriva che la sanatoria risulta preclusa nella sola ipotesi di vizi inemendabili<sup>9</sup> con l'ulteriore conseguenza per cui la demolizione dell'opera realizzata in base ad un permesso di costruire annullato costituisce l'*extrema ratio* dovendo l'Amministrazione privilegiare, qualora possibile, la riedizione del potere emendato dai vizi riscontrati, ancorché aventi carattere sostanziale.

Nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, la IV Sezione del Consiglio di Stato ha dato atto del fatto che per tutti e tre gli orientamenti sin qui illustrati l'art. 38 del D.P.R. 380/2001 rappresenti, 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<sup>10</sup>.

Sebbene gli indirizzi giurisprudenziali analizzati muovano da premesse teoriche comuni, nella valutazione delle conseguenze pervengono a conclusioni differenti: il primo orientamento, più ampio, ha ritenuto di privilegiare la posizione del privato titolare del permesso annullato richiamando la buona fede di quest'ultimo nel rapporto con l'Amministrazione competente. Le conseguenze a cui perviene tale orientamento determinano una sostanziale sanatoria generalizzata,

<sup>9</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, in caso di costruzione realizzata in violazione di divieti assoluti di edificazione.

<sup>10</sup> In questi termini si è espresso il Consiglio di Stato nell'ordinanza in esame al punto 26.2 richiamando la pronuncia n. 4355/2014 cit..

indipendentemente dal tipo di vizio esistente, stante il prevalere nella maggior parte dei casi delle ragioni del suddetto soggetto privato.

Al contrario gli ulteriori indirizzi giurisprudenziali oggetto di analisi pervengono a conclusioni diverse valorizzando la posizione del terzo che, sentitosi leso nei suoi diritti, abbia impugnato il titolo illegittimo con conseguente riconoscimento del giudicato intervenuto. Riconoscere una sanatoria senza limiti – ad avviso dell’orientamento restrittivo e intermedio e della Sezione rimettente - determinerebbe una lesione dell’affidamento del terzo nella stabilità della disciplina giuridica delle fattispecie rendendo sostanzialmente inutile e privo di effettività il suo diritto di adire il giudice per vedere tutelate le proprie ragioni. Al contempo, da un punto di vista strettamente costituzionale, l’interpretazione maggiormente estensiva della norma in esame determinerebbe una violazione dell’art. 102 comma 1 della Costituzione<sup>11</sup> in quanto una sanatoria “generalizzata” andrebbe in sostanza a travolgere il giudicato di annullamento ascrivendo così all’Amministrazione il potere di invadere il campo riservato all’Autorità Giudiziaria.

Tale interpretazione, infine, risulta in linea con la rigorosa repressione che l’ordinamento riserva agli abusi edilizi, ossia nei casi di costruzioni che siano effettivamente in contrasto con l’assetto del territorio disegnato dagli strumenti urbanistici, così come evidenziato dalle sentenze dell’Adunanza Plenaria n. 8 e 9 del 17 ottobre 2017<sup>12</sup>, richiamate dalla Sezione rimettente.

### **3. La posizione dell’Adunanza Plenaria: Sentenza n. 17 del 7 settembre 2020.**

Nell’analisi della questione giuridica in esame i Giudici di Palazzo Spada hanno fornito un’interpretazione dell’art. 38 del T.U. Edilizia tutto sommato in linea con le precedenti pronunce in materia edilizia, orientate verso il rigoroso rispetto delle norme edilizie e la repressione degli abusi edilizi. La pronuncia in esame, infatti, ha dapprima evidenziato come la c.d. fiscalizzazione dell’abuso costituisca una eccezionale deroga al principio di necessaria repressione a mezzo demolizione degli abusi edilizi e che, pertanto, è presidiata da due condizioni: a) la motivata valutazione circa l’impossibilità della rimozione dei vizi delle procedure

<sup>11</sup> La disposizione citata stabilisce che «La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario».

<sup>12</sup> Per un approfondimento si veda BERTONAZZI L., *Annullamento d’ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2018, p. 730; Si veda inoltre TRIMARCHI M., *Il contrasto all’abusivismo edilizio tra annullamento d’ufficio e ordine di demolizione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 1, pag. 67 e ss.



amministrative; b) la motivata valutazione circa l'impossibilità di restituzione in pristino. Ad avviso dell'Adunanza si tratta di due condizioni eterogenee: l'una attinente alla sfera dell'Amministrazione e presuppone l'impossibilità di procedere alla convalida del provvedimento amministrativo mediante la rimozione del vizio della relativa procedura; l'altra attinente alla sfera del privato relativa alla concreta possibilità di procedere alla restituzione in pristino dei luoghi.

Nel prendere le distanze dall'interpretazione fornita dall'orientamento giurisprudenziale meno restrittivo, l'Adunanza Plenaria ha avuto modo di sottolineare come la disposizione in commento faccia specifico riferimento ai "vizi delle procedure" con l'intento di individuare le cause di invalidità che possano giustificare l'operatività dell'istituto in esame, diverse da vizi del provvedimento riferiti a profili di compatibilità della costruzione rispetto al quadro programmatico e regolamentare che disciplina l'an e il *quomodo* dell'attività edificatoria. La norma in esame, infatti, impone implicitamente all'Amministrazione l'obbligo di porre rimedio al vizio attraverso un'attività di secondo grado che pacificamente si riconduce al potere di convalida *ex art. 21 nonies* comma 2 della legge generale sul procedimento. Va da sé che detto rimedio non può che riferirsi a vizi di natura procedurale essendo evidente che ogni diverso vizio afferente alla sostanza regolatoria del rapporto amministrativo rispetto al quadro normativo vigente risulterebbe superabile solo attraverso una modifica di quest'ultimo, il che certamente esula dal concetto di "rimozione del vizio" afferente la singola e concreta fattispecie provvedimentale<sup>13</sup>. Tale assunto si ripercuote anche sulla successiva proposizione normativa riferita all'impossibilità di rimozione delimitandone operativamente il campo semantico e dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sulla base di motivate valutazioni proprie dell'Amministrazione, non risulti in concreto suscettibile di convalida. Inoltre, contrariamente a quanto ritenuto dall'orientamento giurisprudenziale estensivo, l'Adunanza Plenaria ha definito l'ambito entro cui può operare il sindacato del giudice, a cui ascrive il potere di vagliare la legittimità della intervenuta fiscalizzazione dell'abuso compiendo una valutazione sulla natura del vizio considerato. Ad avviso dell'Adunanza, infatti, la motivata valutazione dell'Amministrazione afferisce alla rimovibilità in concreto del vizio *ex art. 21 nonies* comma 2 rilevando in relazione al binomio convalida/applicazione dell'art. 38 e non al diverso binomio fiscalizzazione/demolizione che, diversamente, può essere oggetto di valutazione da parte dell'Autorità Giudiziaria.

---

<sup>13</sup> In questi termini si è espressa l'Adunanza Plenaria par. 5.2.

A sostegno dell'interpretazione sin qui ripercorsa, i Giudici di Palazzo Spada hanno richiamato argomenti di carattere sistematico.

In primo luogo l'Adunanza ha evidenziato come la valorizzazione della tutela dell'affidamento unita all'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38 non possano portare ad una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'Amministrazione in deroga alle previsioni urbanistiche, ambientali o paesaggistiche poiché si determinerebbe una inammissibile elusione del principio di programmazione e l'irreversibile compromissione del territorio.

Inoltre, in caso di annullamento del titolo intervenuto in sede giurisdizionale<sup>14</sup> su istanza del terzo proprietario dell'immobile limitrofo a quello realizzato in forza del titolo annullato, qualora si contemplasse una fiscalizzazione dell'abuso anche in relazione a vizi di natura sostanziale, di fatto si arriverebbe a vanificare la tutela del terzo ricorrente il quale, anche se all'esito del procedimento dovesse risultare vincitore, non vedrebbe alcun beneficio atteso che la sanzione pecuniaria verrebbe comunque incamerata dall'erario.

La disposizione in esame, pertanto, rappresenta un punto di equilibrio nel bilanciamento tra la tutela dell'affidamento del costruttore, la tutela del territorio e la tutela del terzo.

Da ultimo, al fine di ridare coerenza, ragionevolezza ed effettività al sistema delle tutele, laddove non fosse possibile la conservazione dell'immobile poiché in contrasto con i valori urbanistici e ambientali sopra ricordati, l'Adunanza Plenaria ha evidenziato come il costruttore che si sia visto annullare in sede giurisdizionale o amministrativa il permesso di costruire possa reclamare il ristoro dei danni conseguenti al legittimo affidamento circa la legittimità dell'edificazione realizzata a fronte del sorgere in capo all'Amministrazione dell'obbligazione all'integrale risarcimento per equivalente del danno provocato.

#### **4. Considerazioni conclusive.**

Nella pronuncia in esame l'Adunanza Plenaria ha abbracciato l'interpretazione fornita dall'orientamento più restrittivo ritenendo che i vizi cui fa riferimento l'art. 38 siano esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'Amministrazione, risultino di impossibile rimozione.

---

<sup>14</sup> L'Adunanza Plenaria ha avuto modo di evidenziare come la disposizione in esame non si soffermi sulla natura giurisdizionale o amministrativa dell'annullamento, ritenendoli, ai fini della presente trattazione, implicitamente equiparabili.

Tale interpretazione si inserisce nel solco degli orientamenti precedenti dell'Adunanza<sup>15</sup> che, in materia di abusi edilizi, hanno fornito una lettura rigorosa delle disposizioni poste a tutela del territorio e del paesaggio, valori che trovano tutela direttamente nel dettato costituzionale. Il problema di fondo, come invero avviene di frequente, trova la sua origine nella genericità del dettato normativo che non chiarisce cosa concretamente debba intendersi per "vizi delle procedure amministrative" e "impossibilità" di riduzione in pristino.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, allora, ha cercato di dare un contenuto alle predette condizioni, tuttavia oscillando da posizioni che di fatto introducevano una nuova forma di condono edilizio valorizzando la tutela dell'affidamento del privato a posizioni maggiormente restrittive più attente alla tutela del territorio e della relativa pianificazione.

La posizione dell'Adunanza Plenaria rappresenta un giusto equilibrio tra la tutela del territorio e paesaggio e gli interessi del privato, da un lato ritenendo applicabile l'istituto in esame esclusivamente per i vizi di natura procedurale non emendabili, dall'altro lato prevedendo la possibilità per quest'ultimo di procedere contro l'Amministrazione per vedere risarcito il danno subito.

Infine, tale punto di equilibrio nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, tutela del territorio e tutela del terzo, come evidenziato dalla stessa Adunanza, non è depotenziato dalla giurisprudenza della Corte EDU sul carattere fondamentale del diritto di abitazione e sul necessario rispetto del principio di proporzionalità nell'inflizione della sanzione demolitoria<sup>16</sup> attesa, per l'appunto, il riconoscimento di una tutela risarcitoria in favore del privato-costruttore in relazione all'illecito commesso dall'Amministrazione.

---

<sup>15</sup> Ci si riferisce alle pronunce n. 8 e 9 del 2017 già richiamate.

<sup>16</sup> Si veda Corte EDU, 21 aprile 2016, *Ivanova vs. Bulgaria* nella quale la Corte ha affermato e valorizzato la tutela dell'affidamento in ordine a opere realizzate in totale assenza di titolo.