



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica

<https://rivista.camminodiritto.it>



L'ADUNANZA PLENARIA SULLA FISCALIZZAZIONE DELL'ABUSO EDILIZIO: SI APPLICA SOLO PER VIZI PROCEDURALI

Il Consiglio di Stato, in sede di Adunanza Plenaria, con sentenza n. 17 del 7 settembre 2020 ha risolto il contrasto giurisprudenziale afferente l'applicazione della c.d. "fiscalizzazione dell'abuso edilizio" di cui all'art. 38 D.P.R. n. 380/2001: è esclusa l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria in presenza di vizi sostanziali del provvedimento amministrativo finale riguardanti la conformità alle previsioni edilizie ed urbanistiche vigenti.

di **Ersilia D'angio**

IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Martedì 12 Gennaio 2021



Abstract ENG

The Supreme administrative court, in the plenary session, resolved the jurisprudential conflict concernign the application of the so-called taxation of building abuse of article 38: the application of the pecuniary sanction instead of the demolition on is excluded in the presence of substantial defects in the final administrative provision regarding compliance with current building and urban planning provisions.

Sommario: 1. Ricostruzione processuale della vicenda; 2. Orientamenti giurisprudenziali: cosa intendersi con "vizi delle procedure amministrative"?; 3. Linee difensive delle parti processuali; 4. L' Adunanza Plenaria si pronuncia con sentenza n. 17 del 7 settembre 2020; 5. Considerazioni conclusive.

1. Ricostruzione processuale della vicenda.

Le parti resistenti erano proprietari di un piccolo fabbricato rurale sito nel Comune di Livigno e consistente in una costruzione completamente in legno, con tetto a doppia falda a due piani, di cui l'uno adibito a stalla e l'altro a fienile.

Con Permesso di Costruire n° 5538 del 19 marzo 2015 rilasciato dal Comune di Livigno, i proprietari venivano autorizzati alla ricollocazione più a valle dell'immobile con contestuale ristrutturazione e trasformazione del fabbricato in abitazione, realizzando così alcuni vani accessori interrati e un ampliamento, qualificato come ricostruzione di presunte parti crollate dell'edificio originario.

Il ricorrente, in qualità di proprietario dell'immobile limitrofo, gravava il predetto titolo edilizio dinanzi al T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II che, con sentenza n. 813 del 29 gennaio 2016 accoglieva il ricorso ed annullava il P.d.C., motivando che:

"...nel caso di specie, la ricostruzione della porzione che si assume crollata non solo non fosse consentita dalle previsioni di piano specificamente applicabili all'immobile di proprietà dei controinteressati, ma non potesse in ogni caso essere assentita, per mancanza di prova certa dell'esistenza e della consistenza di tale ulteriore volume [...]. Anche l'ulteriore realizzazione dell'ampio locale interrato, eccedente persino il sedime dell'edificio, non può dirsi pienamente compatibile con le mere esigenze di conservazione dell'immobile storico e di integrazione degli impianti funzionali all'attuazione della destinazione residenziale [...]. L'intervento risulta quindi aver esorbitato da quanto consentito dalle previsioni di piano."

Il Comune di Livigno, avverso tale pronuncia, proponeva appello dinanzi alla sez. IV del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 1725 del 19 marzo 2018, lo respingeva definitivamente.

A fronte dell'annullamento giurisdizionale del P.d.C. n. 5538 del 19 marzo 2015, il Comune di Livigno con provvedimento prot. n. 15716 del 9 luglio 2018:

quanto al manufatto preesistente, inteso quale tea originaria così come spostata di sede e all'interrato sottostante di nuova realizzazione, applicava in capo al proprietario titolare del titolo edilizio annullato, la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 D.P.R. n. 380/2001; quanto al corpo di fabbrica a monte, realizzato a muratura quale presunto recupero delle parti crollate, ne ordinava la demolizione con la successiva ordinanza n. 94 del 20 luglio 2020. Contro tale provvedimento venivano proposti due distinti ricorsi, l'uno da parte dei proprietari dell'edificio e preordinato ad evitare la demolizione della parte non sanata dell'immobile e l'altro da parte del proprietario dell'immobile limitrofo diretto ad ottenerne, invece, la completa demolizione.

Il T.A.R. Lombardia, Milano accoglieva quest'ultimo ricorso, dichiarando la nullità del provvedimento del 9 luglio 2018 e di tutti gli atti consequenziali, inclusa l'ordinanza di demolizione n. 94 del 20 luglio 2018. Ordinava, dunque, al Comune di Livigno di eseguire la sentenza mediante demolizione dell'intero immobile.

Avverso tale pronuncia, i proprietari dell'immobile abusivo e il Comune di Livigno proponevano a loro volta appello dinanzi alla sez. VI del Consiglio di Stato che, arrestatosi dinanzi al dubbio esegetico se a fronte dell'annullamento di un P.d.C. in sede giurisdizionale per la sussistenza di un vizio sostanziale non emendabile del provvedimento amministrativo possa applicarsi la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 T.U. Edilizia in luogo della demolizione, con ordinanza n. 1735 del 11 marzo 2020 ne rimetteva la risoluzione all'Adunanza Plenaria.

2. Orientamenti giurisprudenziali: cosa intendersi con “vizi delle procedure amministrative”?

L'art. 38 D.P.R. n. 380/2001 prevede che: "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'articolo 36."

Dunque, esso sancisce il principio per cui la composizione degli opposti interessi - del legittimo affidamento da un lato e del corretto assetto urbanistico ed edilizio dall'altro - trova attuazione mediante una 'compensazione' monetaria che concretizza la c.d. "fiscalizzazione dell'abuso edilizio".

Si tratta di un'eccezionale deroga al principio di necessaria repressione degli abusi edilizi a mezzo di demolizione che trova riscontro solo in presenza di due presupposti:

- a) impossibilità di rimozione dei vizi delle procedure amministrative;
- b) impossibilità di restituzione in pristino.

Il dubbio esegetico riguarderebbe il primo dei suddetti presupposti: ci si riferisce ai vizi "procedurali" dell'attività amministrativa concernenti la forma ed il procedimento ovvero ai vizi "sostanziali" relativi alla conformità del provvedimento finale alle previsioni edilizie e urbanistiche disciplinanti l'edificazione?

Di seguito tre diversi orientamenti giurisprudenziali:

Un primo orientamento, sostenuto dalla Sezione VI del Consiglio di Stato ritiene che la fiscalizzazione dell'abuso edilizio sia attuabile indipendentemente dalla natura formale o sostanziale del vizio, secondo una logica che considera detto istituto un caso particolare di condono amministrativo di una costruzione nella sostanza abusiva. Trattasi di un'ipotesi di sanatoria pecuniaria rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione che affonda le proprie radici nell'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del privato.^[1]

Un secondo orientamento, più risalente e più restrittivo, ritiene possibile la fiscalizzazione dell'abuso edilizio soltanto nel caso di vizi formali o procedurali emendabili; in ogni altro caso, l'amministrazione dovrebbe, necessariamente, procedere ad ordinare la rimessione in pristino, con netta esclusione della logica del condono.^[2]

Un terzo orientamento, che può considerarsi intermedio, si discosta da quello maggiormente restrittivo per ritenere possibile la fiscalizzazione, oltre che nei casi di

vizio formale, anche nei casi di vizio sostanziale del procedimento purché emendabile; anche in questo caso, non vi sarebbe la sanatoria di un abuso edilizio poiché esso verrebbe eliminato con le opportune modifiche al progetto prima del rilascio della sanatoria stessa.¹³

3. Linee difensive delle parti processuali.

A fronte degli orientamenti giurisprudenziali su menzionati, le parti processuali hanno ciascuna esplicitato la propria linea difensiva, supportando diverse argomentazioni. In particolare:

Il ricorrente in qualità di proprietario dell'immobile limitrofo, nelle memorie illustrative ha sostenuto che ammettere la fiscalizzazione dell'abuso edilizio anche in presenza di vizi sostanziali non emendabili del provvedimento, implicherebbe un'ingiusta premialità in favore di chi commette l'abuso e si porrebbe, inoltre, nel caso di specie, in aperto contrasto con l'art. 102 Cost. che definisce i limiti oltre cui l'Amministrazione, in presenza di un giudicato di annullamento, non può spingersi nell'attività amministrativa onde evitare di invadere la sfera di attribuzioni riservata all'Autorità giudiziaria.

I proprietari dell'immobile cui era diretta l'ordinanza di demolizione hanno, invece, focalizzato la propria difesa sulla tutela dell'affidamento richiamando, a tal riguardo, l'orientamento della Corte EDU^[4]. Precisamente, hanno sostenuto che la scelta demolitoria dell'immobile, in luogo della fiscalizzazione, concretizzerebbe una sorta di "sanzione" dal momento che essa produrrebbe, inevitabilmente, un effetto negativo ulteriore rispetto a quello che avrebbe prodotto il diniego originario del titolo edilizio; ai fini dell'applicazione della sanzione demolitoria sarebbe necessario, dunque, la sussistenza dell'elemento soggettivo – dolo e/o colpa – che, nel caso di specie, considerata la sussistenza a monte del titolo edilizio sulla cui base venne legittimamente edificato l'immobile, sarebbe inesistente. Di qui, la doverosa applicazione della sola sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 D.P.R. n. 380/2001.

Infine, l'Amministrazione a propria difesa, ha richiamato l'attenzione sulla concreta fattispecie in esame, ponendo in rilievo come l'edificio fosse stato ab origine legittimamente edificato sebbene in un luogo in cui attualmente i vincoli ambientali ne impedivano la ricollocazione; sicché, questa impossibilità di riduzione in pristino ben avrebbe potuto incarnare, secondo il Comune di Livigno, "l'impossibilità" menzionata dall'art. 38 D.P.R. n. 380/2001 ed in quanto tale legittimare l'applicazione del regime di fiscalizzazione dell'abuso edilizio in luogo della demolizione.

4. L'Adunanza Plenaria si pronuncia con sentenza n. 17 del 7 settembre 2020.

L'art. 38 D.P.R. 380/2001, nel prevedere l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria a seguito di annullamento del titolo edilizio, richiama, quali indefettibili presupposti, l'impossibilità di rimozione dei vizi delle procedure amministrative e l'impossibilità di restituzione in pristino.

Con riferimento all'espressione "vizi delle procedure amministrative", la sez. VI del Consiglio di Stato, con la recente sentenza n. 5089 del 19 luglio 2019 ha sostenuto che:

"...Nei vizi della procedura possono sussumersi tutti quelli potenzialmente in grado di invalidare il provvedimento, siano essi relativi alla forma e al procedimento, siano essi invece relativi alla conformità del provvedimento finale rispetto alle previsioni edilizie e urbanistiche disciplinanti l'edificazione."

Per contro, l'Adunanza Plenaria di cui si discorre, pur richiamando inizialmente suddetto orientamento giurisprudenziale, se ne è poi discostata per conformarsi, invece, alla meno recente sentenza della Corte costituzionale n. 209 del 11 giugno 2010 per la quale:

"...L'espressione «vizi delle procedure amministrative» non si presta ad una molteplicità di significati, tali da abbracciare i «vizi sostanziali», che esprimono invece un concetto ben distinto da quello di vizi procedurali e non in quest'ultimo potenzialmente contenuto."

È sulla base di tale sentenza che l'Adunanza Plenaria, nella ricostruzione dell'iter logico-giuridico che ha poi condotto alla pronuncia finale, ha dapprima elaborato una dirimente distinzione tra i vizi meramente procedurali e i vizi che, coinvolgendo profili di compatibilità della costruzione con il quadro

programmatico e regolamentare dell'attività edificatoria, si collocano nel diverso concetto di "vizi sostanziali".

Dal tenore letterale dell'art. 38 D.P.R. n. 380/2001, secondo la Plenaria, si evince, seppur in maniera implicita, la sussistenza di un obbligo in capo all'Amministrazione di porre, preliminarmente, rimedio al vizio, rimuovendolo mediante l'attività di secondo grado di cui all'art. 21 nonies, comma 2 l. n. 241/90 secondo cui: "...È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.".

Chiaramente, la convalida in oggetto può aver luogo - esclusivamente - in presenza di un vizio del provvedimento di natura procedurale. Ed infatti, ogni altro vizio afferente alla sostanza regolatoria del rapporto amministrativo rispetto al quadro normativo vigente sarebbe superabile soltanto attraverso una modifica di quest'ultimo. Invero, il concetto di ius superveniens esula dalla nozione di "rimozione del vizio" che attiene alla singola e concreta fattispecie provvedimentale.

Se questo è il presupposto, ne consegue che "la motivata valutazione" di cui all'art. 38 D.P.R. n. 380/2001 che l'Amministrazione è tenuta a rendere, attiene al preliminare vaglio amministrativo circa la rimovibilità o meno del vizio procedurale mediante l'attività di convalida di cui al comma 2 dell'art. 21 nonies l. n. 241/90.

Dunque, detta valutazione non inerisce al binomio fiscalizzazione/demolizione dell'abuso edilizio bensì alla precedente disamina che l'Amministrazione ha il dovere di compiere e che concerne, invece, il binomio convalida/applicazione dell'art. 38 D.P.R. n. 380/2001. [5]

Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato, in sede di Adunanza Plenaria, con sentenza n. 17 del 7 settembre 2020, ha risolto lo storico contrasto giurisprudenziale, concludendo che:

"...I vizi cui fa riferimento l'art. 38 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di possibile rimozione.".

5. Considerazioni conclusive.

La Plenaria ha escluso l'applicazione del regime di fiscalizzazione dell'abuso edilizio di cui all'art. 38 D.P.R. n. 380/2001 in presenza di vizi sostanziali del provvedimento amministrativo poichè non rientranti nella definizione di "vizi delle procedure amministrative" contemplata dalla norma in oggetto e, pertanto, tampoco suscettibili di convalida di cui all'art. 21 nonies, l. n. 241/90.

Palese è la ratio sottesa a tale pronuncia: scongiurare l'introduzione nel nostro ordinamento di una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'amministrazione, in deroga a qualsivoglia previsione urbanistica, ambientale o paesaggistica.

Si è così evitata anche la vanificazione della tutela del terzo che, all'esito di un defatigante giudizio conclusosi con l'annullamento del titolo edilizio, sarebbe stato privato di qualsivoglia utilità, essendo anche la stessa sanzione pecuniaria incamerata dall'erario.

Alla luce di quanto innanzi, non ci resta che attendere la pronuncia della Sez. VI del Consiglio di Stato alla quale sono stati restituiti gli atti e che dovrà fare puntuale applicazione del principio così come enunciato.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cons. St., sez. VI, n. 5089 del 19 luglio 2019 secondo cui: "...La norma prevede la cd fiscalizzazione dell'abuso che, come correttamente ritenuto dal Giudice di I grado, si applica indipendentemente dal tipo di vizio che ha caratterizzato la procedura, ovvero sia nel caso di vizi sostanziali che formali: in tal senso l'indirizzo prevalente espresso fra le altre da C.dS. sez. VI 28 novembre 2018 n. 6753, che dà l'affermazione per implicita, es pressamente da C.d.S., sez. VI 17 settembre 2012 n. 4923. E' infatti vero che l'espressione "vizi delle procedure amministrative" contenuta nel comma sopra riportato allude a vizi di carattere formale; si tratta di una soltanto delle ipotesi in cui la sanatoria è ammessa. La norma infatti ne contiene un'altra, messa su un piano di parità, che è quella in cui non sia possibile la "rimessione in pristino", ipotesi che ha riguardo innanzitutto ad una problematica tecnico ingegneristica e quindi prescinde dal tipo di vizio cui si è di fronte."

[2] Cons. St., sez. VI, n. 1861 del 9 maggio 2016 per il quale: "...Secondo un orientamento diverso, più rigoroso e qui condiviso, l'effetto, per così dire, "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."

[3] Cons. St., sez. VI, n. 4221 del 10 settembre 2015 secondo cui: "...In caso di annullamento del titolo edilizio per vizi sostanziali, la sanatoria (recte, la rinnovazione del titolo, l'emanazione di un nuovo permesso di costruire) è consentita qualora si sia trattato di vizi emendabili, che possono essere rimossi ed è preclusa soltanto qualora si tratti di vizi inemendabili."

[4] Corte EDU, Ivanova vs Bulgaria del 21 aprile 2016.

[5] In senso contrario: Cons. St., sez. VI, n. 6753 del 28 novembre 2018; Cons. St., sez. VI, n. 2398 del 12 maggio 2014.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=6214>