

Pubblicato il 15/12/2020

N. 08032/2020REG.PROV.COLL.

N. 08169/2011 REG.RIC.



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

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 8169 del 2011, proposto dal Comune di Laureana di Borrello, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Giuseppe Monea, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Panuccio in Roma, via Sistina, n. 121,

contro

la signora Rosa La Cognata, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Maria Cangemi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ambra Giovene in Roma, via Vittoria Colonna, n. 40,

nei confronti

del signor Domenico Sbaglia, non costituito in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Calabria, sez. staccata di Reggio Calabria, n. 451 del 2011, resa tra le parti, concernente l'irrogazione della sola sanzione pecuniaria per opera edilizia abusiva.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della signora Rosa La Cognata;
Vista l'ordinanza della Sez. IV n. 4950 del 9 novembre 2011;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e l'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020, in collegamento da remoto in videoconferenza, il Cons. Antonella Manzione;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'odierno appello il Comune di Laureana di Borrello ha impugnato la sentenza del T.A.R. per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 451 del 25 maggio 2011, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla signora Rosa La Cognata, nella sua qualità di proprietaria di un immobile vicino a quello in controversia, e conseguentemente annullato il provvedimento a firma del responsabile dell'ufficio tecnico di irrogazione della sola sanzione pecuniaria per un intervento abusivo oggetto di una d.i.a. annullata all'esito di autonomo contenzioso. Il giudice adito, dopo aver respinto l'eccezione di irricevibilità del gravame per tardività sollevata dalla difesa civica, ha motivato la propria decisione con riferimento alla rilevata carenza di *«ogni tipo di accertamento circa la possibilità di assentire i lavori in difformità rispetto al permesso a costruire (ossia l'accertamento della conformità del manufatto così come realizzato allo strumento urbanistico ed alla disciplina tecnica delle costruzioni)»*, nonché di *«ogni qualsivoglia accertamento dell'impossibilità di demolire le parti in difformità senza pregiudizio delle parti conformi»*. A ciò conseguiva l'affermazione dell'obbligo per il Comune, ai sensi dell'art. 34, comma 2,

lett. c), c.p.a., di rieditare, entro 90 giorni dalla comunicazione o notifica della sentenza, il proprio potere epurandolo dai vizi riconosciuti e assicurando *«la piena partecipazione della ricorrente e la comunicazione al suo domicilio degli atti e dei provvedimenti che saranno adottati»*.

2. L'Amministrazione contesta la sentenza ritenendola affetta da plurimi errori in fatto e in diritto. In primo luogo, ripropone l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado: il giudice di prime cure avrebbe equivocato nell'inquadramento del procedimento in controversia, riferito all'impugnativa di un provvedimento sanzionatorio, non di un titolo edilizio, la cui presunzione di conoscenza non può che conseguire alla data di adozione e di pubblicazione. Nel merito, sarebbe errata la ricostruzione del quadro giuridico riveniente dal combinato disposto degli artt. 34 e 38 del d.P.R. n. 380/2001. Nel caso di specie, infatti, si tratterebbe semplicemente della sanzione sostitutiva della demolizione cui l'Amministrazione può fare ricorso laddove non sia possibile intervenire senza pregiudizio per la parte conforme del manufatto, applicabile anche in caso di sanatoria di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001. Ciò a fronte non di una "nuova costruzione", ma di un intervento in variante rispetto a quello originario, regolarmente assentito con concessione edilizia n. 1 del 10 gennaio 2008, evidentemente previa valutazione tecnica di conformità allo strumento urbanistico.

3. Si è costituita in giudizio la signora Rosa La Cognata con memoria in controdeduzione. Quanto alla tardività, ammesso e non concesso che occorra riferirsi al regime di pubblicizzazione degli atti sanzionatori, e non dei titoli edilizi, né ne sarebbero stati individuati i riferimenti normativi, né ne sarebbero state indicate le modalità di concreta attuazione. Nel merito, ha insistito per la reiezione dell'appello, facendo riferimento anche, ai fini della individuazione dei profili di contrasto dell'intervento con la disciplina urbanistica vigente, alle risultanze della consulenza tecnica esperita allo scopo nel giudizio sfociato nell'annullamento della

d.i.a. (sentenza del medesimo T.A.R. per la Calabria, n. 431 del 2009), che avrebbe evidenziato finanche il mancato rispetto delle distanze dal fabbricato vicino e dal confine.

Non si è, invece, costituito il signor Domenico Sbaglia.

4. Con ordinanza n. 4950 del 9 novembre 2011 la Sez. IV di questo Consiglio di Stato ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza, non ravvisando gli estremi del pericolo di un pregiudizio grave e irreparabile, giusta l'invito al Comune di attivarsi nuovamente in merito.

5. In vista dell'odierna udienza la difesa civica ha depositato memoria per ribadire la propria prospettazione.

6. Alla pubblica udienza dell'11 novembre 2020, svoltasi con modalità da remoto ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto legge 137 del 28 ottobre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. Il Collegio ritiene l'appello infondato e come tale da respingere.

L'intera ricostruzione del Comune appellante, ivi compresa la riproposta eccezione di tardività del ricorso di primo grado, sconta infatti la riduttiva lettura dell'istituto di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001 trasfusa nel provvedimento impugnato, che si limita alla irrogazione della sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione, senza motivare e neppure semplicemente esplicitare il percorso ermeneutico attraverso il quale si è addivenuti a tale possibile punto di approdo.

L'ordinanza con la quale il Comune di Laureana di Borrello ha irrogato la sanzione pecuniaria di euro 2.850,00 al signor Domenico Sbaglia, consegue, dunque, all'avvenuto annullamento, con sentenza del medesimo T.A.R. per la Calabria n. 431 del 2009, della d.i.a. presentata in data 10 marzo 2008, in variante dalla concessione edilizia n. 1 del 10 gennaio 2008, finalizzata alla realizzazione di un fabbricato a tre piani, di cui uno interrato. Secondo la difesa civica, proprio la sua natura

esclusivamente sanzionatoria renderebbe inconferente la ricostruzione effettuata dal giudice di prime cure ai fini della riconosciuta tempestività del ricorso di primo grado, non essendo affatto necessaria la comunicazione individualizzata di un atto sottoposto a regime di pubblicità legale, la percezione della cui lesività non poteva essere procrastinata alla visualizzazione dello stato di avanzamento dei lavori, siccome invece accade con riferimento ad un titolo edilizio.

L'assunto non è condivisibile.

A tutto concedere alla tesi dell'appellante, infatti, che peraltro, nel rivendicare la natura solo sanzionatoria del provvedimento impugnato ne ammette la sostanziale lacunosità, non risulta in alcun modo chiarito quale dovesse esserne il percorso di pubblicizzazione, nonché, a maggior ragione, quale esso sia stato in concreto. Ove la difesa civica, infatti, abbia inteso riferirsi alla disposizione di cui all'art.31, comma 7, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che attribuisce al segretario comunale la redazione e pubblicazione, mediante affissione nell'albo comunale, dei dati relativi agli immobili e alle opere realizzati abusivamente, oggetto dei rapporti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria e delle relative ordinanze di sospensione, cui consegue anche l'obbligo di trasmissione dei dati anzidetti all'autorità giudiziaria competente, al Presidente della giunta regionale e, tramite l'ufficio territoriale del governo, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, ne avrebbe dovuto quanto meno riferire gli estremi e la durata. Lo stesso è a dirsi ove invece il richiamo fosse da intendere ad altre forme di pubblicizzazione, riferibili ai titoli edilizi (es., art. 20 del d.P.R. n. 380/2001).

Costituisce *ius receptum*, dal quale non è motivo di discostarsi, quello in forza del quale la prova della tardività del ricorso in relazione alla previa conoscenza di un provvedimento non soggetto a notificazione o comunicazione individualizzata, compete a chi la eccepisce (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 18 novembre 2019, n. 7857). Il che non è avvenuto nel caso di specie, ammesso e non concesso, peraltro,

che il richiamo alla pubblicazione all'albo pretorio, seppure veritiero, potesse essere considerato sufficiente allo scopo.

8. Anche nel merito, l'appello è infondato.

Ritiene la Sezione che la ricostruzione di parte appellante risenta del richiamato errore di inquadramento, che pure ascrive al giudice di prime cure, seppure da angolazione tutt'affatto diversa.

L'ordinanza impugnata, anche in attuazione del giudicato di cui alla sentenza n. 431 del 18 giugno 2009, richiamata nei presupposti in diritto dell'atto, contiene l'irrogazione di una sanzione pecuniaria per le variazioni apportate all'edificio in precedenza assentito, in quanto l'Amministrazione ha valutato che *«non è possibile ordinare la demolizione e/o la riduzione in pristino delle opere già autorizzate tramite procedura di “D.I.A.” [...] senza causare contestualmente il crollo totale dell'intera edificazione, comprensiva anche (ed in maggior misura) di parti legittimamente edificate ed assentite previo Permesso di costruire n. 1/08...»*.

Pretermettendo tuttavia che il tipo di procedimento incardinato vede il suo segmento terminale nella valutazione della necessaria commutazione della demolizione in sanzione pecuniaria, presupponendo tuttavia a monte lo scrutinio della possibilità di convalida del titolo edilizio annullato, sì da “sanare” formalmente l'intervento. Percorso argomentativo del quale non è traccia nel provvedimento di cui è causa, tanto più che, come meglio chiarito in seguito, nel caso di specie non sussisteva alcuna concreta possibilità di ratifica.

9. La totale mancanza della *pars construens* del provvedimento, che pare non preoccuparsi affatto della “sanatoria”, seppure “formale”, dell'abuso, emerge già dal tenore letterale del richiamo ai presupposti normativi, ove vengono invocati promiscuamente, all'interno del d.P.R. n. 380/2001, *«in particolare»* gli artt. 38 e 36, con ciò dimostrando *per tabulas* la ritenuta possibilità di osmosi tra le due situazioni, quasi che fossero omologhe e sostanzialmente sovrapponibili. Al contrario, la

Sezione ricorda come i due istituti, meglio conosciuti come “fiscalizzazione dell’abuso”, il primo (art. 38 del d.P.R. n. 380/2001), e “accertamento di conformità”, l’altro (art. 36 del medesimo Testo unico), si diversificano completamente nei presupposti e nella finalità, potendo coincidere per gli effetti nel solo caso in cui l’Amministrazione non convalidi il titolo edilizio viziato e non sia possibile addivenire alla demolizione dell’opera. Da qui, la prospettiva ribaltata da cui pare muoversi il Comune: partendo dagli effetti -la ritenuta impossibilità di ripristino dello stato dei luoghi- la sanatoria concessa assume contorni sfumati indebitamente riconducibili all’uno o all’altro paradigma, lasciando la catalogazione sullo sfondo, quasi a neutralizzarne la portata. Va da sé, al contrario, che le differenze ontologiche tra i due istituti sono ravvisabili perfino nella diversità delle relative conseguenze economiche, stante che nel primo caso (l’accertamento di conformità) è previsto il pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella predeterminata dalla medesima normativa; nel secondo, invece, 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 (che è quanto accaduto nel caso di specie).

10. L’art. 38 del T.U.E. disciplina una peculiare ipotesi di condono, di tipo per così dire “cartolare”, ragionevolmente limitato, proprio perché riconducibile comunque al *genus* delle sanatorie, a vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto in precedenza assentito. L’illiceità, pertanto, sopravviene non tanto all’avvenuta realizzazione dell’intervento, come nell’abuso edilizio “tradizionale”, ma alla caducazione del titolo che lo ha consentito. La sanatoria riguarda quindi preferibilmente il provvedimento e solo in seconda

battuta e ove ciò non sia possibile entra in gioco la valutazione di impossibilità anche di demolire l'opera, monetizzandone l'importo in maniera ragguagliata al suo valore venale. In sintesi, il primo stadio valutativo deve indulgere sul provvedimento; il procedimento sfocia nella sanatoria, quale alternativa alla convalida dell'atto e, a quel punto, alla demolizione, solo se non vi sono i presupposti per la prima e non convenga, in senso pubblicistico, addivenire alla seconda. La monetizzazione ("fiscalizzazione") dell'abuso implica dunque una ponderazione finale degli interessi in gioco (la «*motivata valutazione*» che regge tutti i possibili esiti della scelta sintetizzati nella norma), che può consistere anche in -e anzi, di regola, presuppone un'analisi di fattibilità sul piano tecnico della demolizione dell'abuso senza pregiudizio per l'integrità complessiva dell'immobile; con ciò riecheggiano il modello previsto per i casi di parziale difformità dal permesso di costruire dall'art. 34 del T.U.E., che individua in maniera autonoma anche i criteri cui parametrare l'importo della sanzione pecuniaria alternativa (commisurandola, cioè, al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità).

11. Il non semplice inquadramento delle coordinate dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001 ha portato nel tempo a contrapposti arresti giurisprudenziali, sui quali è di recente intervenuta una pronuncia chiarificatrice dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, ai cui principi occorre fare puntuale rinvio. Con essa, cioè, la Sezione ritiene che si sia addivenuti ad una configurazione dell'istituto in termini di cerchio concentrico al cui interno si susseguono i possibili stadi decisionali, ma al di fuori del quale si collocano tutti i vizi ritenuti ostativi della ipotetica convalida. La «*motivata valutazione*» dell'amministrazione, dunque, «*afferisce al preliminare vaglio amministrativo circa la rimovibilità (anche) in concreto del vizio, ex art. 21 nonies, comma 2, e rileva non già rispetto al binomio fiscalizzazione/demolizione, quanto in relazione al diverso binomio convalida/applicazione dell'art. 38, costituente soglia*

*di accesso per applicazione dell'intero impianto dell'art. 38 (e non solo dell'opzione della fiscalizzazione)» (v. Cons. Stato, A.P., 7 settembre 2020, n. 17). L'affermazione non è di poco conto, in quanto da un lato riconduce la disposizione sotto l'egida dell'art. 21 *nonies*, comma 2, della l. n. 241/1990, di cui finisce per costituire un esempio di specifica applicazione; dall'altro e proprio per tale ragione, ne preclude l'applicabilità in tutti i casi in cui ridetto paradigma non sia neppure astrattamente invocabile.*

12. Alla base della possibilità, comunque rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione operante, di emendare l'atto dal vizio che lo affligge, si colloca l'esigenza di tutelare l'affidamento del privato che ha realizzato un'opera nella convinzione di averne la prevista legittimazione, essendo peraltro indifferente che il vizio sia stato individuato in via di autotutela, ovvero rilevato all'esito di apposito giudizio. Ove ciò avvenga, solo in via convenzionale si parla di sanatoria, tanto che non può essere irrogata alcuna sanzione, né demolitoria, né pecuniaria. Il normale meccanismo della convalida, quale istituto ispirato a esigenze di economia dei mezzi dell'azione amministrativa e di conservazione dei relativi effetti giuridici, opera infatti retroattivamente, eliminando quindi soltanto la parentesi di illegittimità creatasi *medio tempore* in ragione dell'annullamento del titolo originario. Una volta chiarito, tuttavia, che la valutazione da fare in proposito è propedeutica all'applicazione dell'intero meccanismo, che può arrestarsi alla fase precedente la (eventuale) monetizzazione dell'abuso, risulta evidente la radicale differenza tra gli effetti di quest'ultima e quelli di un normale accertamento di conformità. La vera e propria "sanatoria" scatta, quindi, solo quando e solo perché non si è potuto rimuovere il vizio che affliggeva il titolo edilizio, la cui caducazione ha reso illecito ciò che originariamente non era tale e che tuttavia si decida di mantenere in piedi. Convalida, demolizione o "fiscalizzazione" costituiscono dunque i tre possibili sbocchi del *climax* ascendente valutativo rimesso all'Amministrazione procedente,

purché a monte il titolo edilizio annullato o annullabile sia affetto da un mero vizio “delle procedure amministrative”, nell’accezione da ultimo chiarita dall’Adunanza plenaria, conforme del resto alla riferibilità del modello più generale di cui all’art. 21 *nonies*, comma 2 della l. n. 241 del 1990 ai soli vizi non afferenti al contenuto sostanziale dell’atto. *«Il riferimento ad un vizio procedurale astrattamente convalidabile delimita operativamente il campo semantico della successiva e connessa proposizione normativa riferita all’impossibilità di rimozione, dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sul piano astratto sarebbe suscettibile di convalida, e che per le motivate valutazioni espressamente fatte dall’amministrazione, non risulta esserlo in concreto»* (v. ancora Cons. Stato, A.P., n. 17/2020).

12. I vizi cui fa riferimento l’art. 38 ai fini della (successiva) sanatoria sono dunque esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall’amministrazione, risultino di impossibile rimozione per il tramite della convalida. Rileva al riguardo il Collegio come la contrapposta tesi generalista, ove non adeguatamente circoscritta, avrebbe potuto prestarsi a letture pericolosamente strumentali di vere e proprie sanatorie *ex officio* di abusi passando per il tramite dell’annullamento in autotutela del titolo edilizio originario.

Tale pericolosa distorsione, peraltro, lambisce anche la proiezione argomentativa del primo giudice, laddove riconduce all’utilizzo dell’art. 38 del T.U.E. il caso di intervento effettuato sulla base di un titolo annullato non solo per vizi formali, ma anche per vizi strutturali del manufatto che comunque possono essere sanati o ricondotti nell’ambito dei parametri edilizi applicabili. Con ciò confondendo la prospettiva dell’atto, con quella del fatto: solo ove si ragioni del primo, è possibile ricorrere al meccanismo in controversia; ove si discuta invece dell’opera, si versa

sempre nel campo dell'accertamento di conformità, purché ne sussistano i presupposti.

13. Calando ora il paradigma generale delineato nell'analisi dell'atto impugnato, ne appare chiara la parzialità e la lacunosità motivazionale. Esso consegue al solo segmento finale del procedimento cui ritiene di dare seguito, mancando totalmente la valutazione primigenia della natura del vizio che affliggeva la d.i.a. annullata (secondo l'impostazione all'epoca seguita, quale atto abilitativo implicito) «*e, in stretta conseguenza*» la verifica «*se il vizio che ha condotto all'annullamento del provvedimento impugnato in sede giurisdizionale poteva essere considerato sanabile o meno*». *Id est*, rileva la Sezione, andava preliminarmente valutato se la d.i.a. fosse suscettibile di convalida non tanto e non solo, come affermato dal primo giudice, in quanto comunque il manufatto realizzato in concreto era conforme allo strumento urbanistico ed alla normativa tecnica di costruzione dell'edificio, bensì, ancora più a monte, in quanto essa poteva essere utilizzata per quella tipologia di intervento.

14. Il d.P.R. n. 380 del 2001, nel testo originario entrato in vigore nel giugno 2003 e applicabile *ratione temporis*, prevedeva sostanzialmente due tipologie di titoli abilitativi edilizi, il permesso di costruire e la denuncia di inizio attività (d.i.a., poi divenuta segnalazione certificata di inizio attività, s.c.i.a.), eliminando la figura dell'autorizzazione edilizia, prevista dalla legislazione in materia anteriore al 2001. Pur nel continuo evolversi dell'area riservata all'uno e all'altra, alla ricerca di sempre maggiori spazi di semplificazione procedurale in un ambito ritenuto di significativo rilievo anche per lo sviluppo economico del territorio (di cui è prova, da ultimo, nell'incisiva riforma della materia contenuta in particolare nell'art. 10 della l. n. 120 dell'11 settembre 2020, di conversione del c.d. "decreto semplificazioni") esistono tuttavia dei limiti insormontabili che non consentono di derubricare gli interventi "maggiori" al titolo "minore". Se pertanto il privato ha sempre la possibilità di optare per il permesso di costruire, laddove gli sarebbe possibile agire tramite semplice d.i.a.

(oggi s.c.i.a.) non vale il reciproco, per cui nei casi in cui è ritenuto necessario l'avallo esplicito dell'intervento, l'utilizzo di qualsivoglia altra forma di comunicazione, ivi comprese quelle nuove introdotte nel tempo (si pensi alla c.d. comunicazione inizio lavori -C.I.L.- o comunicazione inizio lavori asseverata -C.I.L.A.) appare sostanzialmente inutile. Esso, cioè, si palesa *tamquam non esset* ai fini della legittimazione dell'intervento, che resta abusivo. Al riguardo, la Sezione ritiene utile richiamare gli orientamenti della Suprema Corte relativi alla disciplina sanzionatoria ritenuta applicabile, laddove ha ribadito che integra il reato di esecuzione dei lavori in totale difformità dal permesso di costruire la realizzazione di interventi edilizi su un preesistente manufatto, comportanti modifiche alla sagoma ed incrementi di superficie o volumetrici, non essendo gli stessi inquadrabili nella categoria delle varianti minori o leggere, soggette a mera segnalazione certificata di inizio attività (cfr. *ex plurimis* Cass. Pen., sez. IV, 18 settembre 2019, n. 38611). L'utilizzo, infatti, di un titolo edilizio completamente inadeguato a "coprire" l'intervento realizzato, non elide la natura illecita dello stesso, sì da poter comunque scongiurare l'intervento sanzionatorio del Comune nell'ambito del proprio generico potere di vigilanza (art. 27 del T.U.E.). Esigenze di certezza del diritto ne impongono la rimozione anche sul piano formale, come di fatto avvenuto nel caso di specie con la sentenza n. 431/2009 del T.A.R. per la Calabria.

15. Nel caso di specie, qualsiasi valutazione in ordine alla correttezza della tipologia del titolo utilizzato è dunque preclusa da tale giudicato, laddove, lasciando in verità sullo sfondo la questione del rispetto o meno della disciplina urbanistica, si è ormai incontestabilmente affermata l'inidoneità della d.i.a. a legittimare il tipo di variante posta in essere. Ciò in quanto «*un innalzamento di mt.1,79 della quota naturale del terreno, tanto più ove finalizzato a realizzare un vano seminterrato, non può considerarsi lavoro o opera di sistemazione*», avendo dato luogo ad una «*variazione dei prospetti e del volume*» (v. § 5.3 della richiamata sentenza del T.A.R. per la

Calabria n. 431/2009). Non è chi non veda come la conseguenza di tale pronuncia sia la illiceità dell'intervento edilizio non in ragione di un vizio dell'atto che ne ha legittimato la realizzazione, bensì per travalicamento dei confini di utilizzabilità dello stesso.

16. Tale costrutto non può tuttavia essere privo di conseguenze rispetto alla utilizzabilità dello schema di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001. Non è revocabile in dubbio, infatti, che esso trovi applicazione pure agli interventi per i quali sia stato utilizzato il modello della d.i.a., oggi s.c.i.a., finanche nell'ipotesi di alternatività della stessa al permesso di costruire: ritiene al contrario la Sezione che proprio le deplorevoli distorsioni applicative di tali istituti di semplificazione, che vedono troppo spesso un improprio, quanto defatigante, percorso interlocutorio con gli uffici, per superare, piuttosto che vere o presunte incompletezze, la paura delle responsabilità, nonché, nella stessa logica, l'utilizzo non pieno o non pienamente efficace di quegli importanti momenti di convergenza costituiti dalle Conferenze dei servizi, ne fanno, almeno in linea teorica, terreno fertile per i ripensamenti costruttivi delle Amministrazioni precedenti. Ciò tuttavia non fino al punto di consentire in via "cartolare" di modificare le scelte del privato alterando la sistematica dei titoli edilizi necessari, ovvero trasformandole, attraverso una sostanziale sostituzione degli uffici, inammissibile in via ordinaria, in provvedimento espresso, laddove era stata prodotta una mera comunicazione, comunque denominata. Nel caso di specie, dunque, non vi era alcuna possibilità di convalidare il titolo annullato, per l'evidente ragione che esso è già stato ritenuto radicalmente inidoneo a legittimare un intervento di quella tipologia. Ammettere, come il giudice del T.A.R. fa, che attraverso il vaglio del rispetto «*dei parametri e degli standards planovolumetrici previsti dallo strumento urbanistico per la zona di riferimento*» si sarebbe potuti addivenire alla sanatoria di cui all'art. 38 equivale ad estendere la portata della norma a copertura di qualsivoglia tipologia di abuso, a prescindere dallo stretto percorso di

accesso all'istituto ampiamente descritto. La sanatoria, cioè, conseguirebbe non alla valutata impossibilità della convalida, ma alla mancata "conversione" del titolo originariamente utilizzato in quello effettivamente necessario, previa verifica *ex officio* della sussistenza dei requisiti di assentibilità dell'opera. Con ciò finendo per tutelare non la buona, ma neanche la mala fede del costruttore, che ha utilizzato un titolo di legittimazione inidoneo *ab origine* a "coprire" l'intervento, cioè ha commesso *ab origine* un abuso edilizio, per il quale, al più, avrebbe potuto richiedere una sanatoria ordinaria.

17. Resta infine da dire della asserita erroneità nella valutazione (anche) del rapporto tra artt. 34 e 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, avendo il Tribunale ritenuto insufficiente il richiamo, mutuato appunto dal paradigma di cui alla prima delle norme in questione, alla impossibilità di demolire solo una parte del manufatto, senza pregiudicare la stabilità dell'intero, contenuto nell'ordinanza impugnata.

Rileva il Collegio come in realtà nulla osti ad utilizzare le indicazioni testuali rivenienti dall'art. 34 per integrare la ben più generica dicitura contenuta nell'art. 38, laddove si fa riferimento, come già chiarito nella ricostruzione dell'istituto, ad una «*motivata valutazione*» da porre a base anche della scelta di pretermettere la rimessione in pristino dello stato dei luoghi. L'orizzonte valutativo, cioè, della mancata demolizione, proprio per la peculiarità della situazione nella quale ci si muove, pare assurgere ad un respiro pubblicistico più ampio, rispetto alla sola verifica delle difficoltà tecniche di eseguire un intervento parziale, ma non ne preclude la considerazione. Quello della potenziale identità delle motivazioni, o meglio del possibile assorbimento della prima in un quadro più generale di comparazione degli interessi in gioco, costituisce tuttavia l'unico elemento di contatto anche tra tali discipline: nel primo caso, infatti, è l'Amministrazione che valuta a monte, e motiva, se del caso anche attingendo alla rilevata impossibilità di intervenire senza pregiudicare la parte "sana" del manufatto, la scelta demolitoria o

manutentiva, che costituisce l'essenza del provvedimento di sanatoria(art. 38); nel secondo, invece, l'abuso c'è e resta tale, la sanzione demolitoria è già stata ingiunta, ma la tipologia del primo e le difficoltà esecutive della seconda portano gli uffici a convertirne l'effettuazione in una sanzione pecuniaria (art. 34).

Secondo il T.A.R. sul punto il provvedimento impugnato è carente di «*ogni tipo di prova circa la possibilità di assentire i lavori in difformità rispetto al permesso di costruire*», ossia dell'accertamento della conformità del manufatto così come realizzato allo strumento urbanistico ed alla disciplina tecnica delle costruzioni. Rileva la Sezione che in realtà non è neppure esplicitata la volontà, comunque sottesa ad uno scrutinio di merito quale quello ipotizzato, e dalla stessa non condiviso, di “sanare” mediante un titolo diverso da quello annullato l'intervento edilizio realizzato.

Quanto detto rende superfluo un più approfondito scrutinio sulla congruità del supporto probatorio della asserita impossibilità di demolire, che il T.A.R. vorrebbe ispirato a canoni di particolare rigore, siccome per regola richiesto con riferimento alla applicabilità dell'istituto della sanzione alternativa alla demolizione delle difformità minori da titoli edilizi preesistenti contenuto nell'art. 34 del T.U.E.

18. In sintesi, il Collegio ritiene che sia estranea al perimetro di operatività dell'istituto di cui all'art. 38 del T.U.E. la possibilità di “convertire” un titolo edilizio “minore”, quale la d.i.a, oggi s.c.i.a., in un provvedimento espresso, quale il permesso di costruire, laddove sia stata accertata la assentibilità dell'intervento solo con quest'ultimo. La “motivazione adeguata” che deve sorreggere la scelta di sanatoria, una volta esclusa la convalida, è nozione più ampia rispetto alla rilevata impossibilità di demolizione solo di una parte del manufatto, che consegue ad una comparazione complessiva degli interessi in gioco. Per contro, la conformità dell'intervento alla disciplina urbanistica, esula dal perimetro della norma, per l'evidente ragione che,

presupponendo essa un vizio solo formale del titolo edilizio originario, l'avvenuta verifica ne costituisce un postulato di operatività, piuttosto che una conseguenza.

19. Per tutto quanto sopra detto il Collegio ritiene di dover respingere l'appello in epigrafe e, per l'effetto, confermare la sentenza del T.A.R. per la Calabria n. 452 del 2011, seppure con le precisazioni di cui in motivazione. E' conseguentemente fatta salva la facoltà del Comune di Laureana di Borrello di valutare la tipologia di provvedimento da adottare con riferimento all'illecito edilizio consistito nell'avvenuta realizzazione di opere in variante da un originario permesso di costruire in assenza di titolo, giusta l'avvenuto annullamento della d.i.a. originaria.

20. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Comune appellante alle spese del grado di giudizio, che liquida in euro 4.000 (quattromila/00) a favore della signora Rosa La Cognata, oltre oneri accessori, se dovuti.

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

Così deciso dalla Sezione Seconda del Consiglio di Stato con sede in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020, tenutasi con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Antonella Manzione

Carlo Deodato

IL SEGRETARIO