



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, ha pronunciato la seguente

N.4/2009

Reg.Dec.

*N. 5141-5190-5191-
5474-5543 Reg.Ric.*

ANNO 2008

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello nn. 5141/2008, 5190/2008, 5191/2008, 5474/2008, 5543/2008 proposti rispettivamente:

1) n. 5141 del 2008, dalla s.r.l. MEZZOGIORNO, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Cosseria n. 2, presso lo studio del dottor Giuseppe Placidi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez. VIII, 29 maggio 2008, n. 5163, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado n. 7731 del 2007;

2) n. 5190 del 2008, dalla s.p.a. IPERION, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Felice Laudadio, Ferdinando Scotto e Gianluca M. Esposito, con cui sono elettivamente domiciliati in Roma, alla via Alessandro III n. 6, presso lo studio Laudadio Scotto;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez. VIII, 29 maggio 2008, n. 5161, e per l'accoglimento del ricorso di

primo grado n. 6999 del 2007;

3) n. 5191 del 2008, dalla s.r.l. MIDA 3, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Felice Laudadio e Lorenzo Lentini, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Alessandro III n. 6, presso lo studio dell'avvocato Felice Laudadio,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez. VIII, 29 maggio 2008, n. 5163, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado n. 103 del 2008;

4) n. 5474 del 2008, dalla s.r.l. WILD BEAR, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario P. Chiti e Pasquale Iannuccilli, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via C. Mirabello n. 26;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez. VIII, 21 aprile 2008, n. 5160, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado n. 7001 del 2007;

5) n. 5543 del 2008, dalla s.r.l. MODA IN, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfonso Celotto e Giuseppe Posillipo, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via della Scrofa n. 57, presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Posillipo;

per la riforma

della sentenza del TAR per la Campania, Sez. VIII, 21 aprile 2008, n. 5160, e per l'accoglimento del ricorso di primo grado n. 6997 del 2007;

tutti contro

il COMUNE DI CASERTA, in persona del presidente *pro tempore* della giunta provinciale, rappresentato e difeso dall'avvocato Armando Ciappa, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, alla via Grazioli Lante n. 76, presso lo studio dell'avvocato Stefania Jasonna;

e nei confronti

- quanto all'appello n. 5141 del 2008, della s.p.a. IPERION, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitosi in giudizio;

- quanto agli appelli n. 5190 e 5191 del 2008, del COMITATO DI QUARTIERE PARCO CERASOLE-CENTURANO e PARCO DEGLI ARANCI, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Adinolfi ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via dell'Orso n. 74, presso lo studio dell'avvocato Paolo Di Martino;

Visti i ricorsi in appello, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimare;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore il Consigliere di Stato Giampiero Paolo Cirillo alla udienza del 30/3/2009;

Uditi gli avvocati Lorenzo Lentini, Felice Laudadio, Alfonso Celotto per le società appellanti, l'avvocato Luigi Adinolfi, su delega dell'avv. Armando Ciappa per il Comune di Caserta, e in proprio per il Comitato di quartiere Cerasole - Centurano e Parco degli aranci;

FATTO

1. A seguito del rilascio alla società Iperion S.p.a della concessione edilizia 30 agosto 2000, n. 160, della convenzione stipulata il 17 agosto 2000 e della concessione in variante 28 marzo 2001, n. 71, è stato realizzato il centro commerciale "Iperion", avente una volumetria complessiva di 60.932 m³, di cui 14.080 fuori terra, con superficie di 24.620 m², per la realizzazione di circa 40 esercizi commerciali, un supermercato e un parcheggio.

2. Con la sentenza n. 7606 del 2003, il Tar per la Campania ha annullato gli atti suddetti, in quanto il piano regolatore generale ha destinato l'area a verde pubblico attrezzato.

Con la decisione n. 4790 del 2004, il Consiglio di Stato, sezione quarta, dopo aver riunito i tre appelli proposti contro l'indicata sentenza del Tar, li ha rigettati, confermando così l'annullamento degli atti originariamente impugnati.

3. Con la sentenza n. 7324 del 2005, il Tar per la Campania ha annullato anche l'autorizzazione commerciale nel frattempo rilasciata, rilevando che il rilascio era precluso dalla difformità urbanistica.

La decisione è stata confermata dal Consiglio di Stato, sezione quarta, con la decisione n. 638 del 2007.

4. A seguito dell'emanazione della legge n. 326 del 24 novembre 2003, la società Iperion, con istanze del 7 e 26 luglio 2004, ha chiesto il rilascio di provvedimenti di condono edilizio al comune di Caserta.

Il dirigente dell'area generale di coordinamento tecnico del comune, provvedendo sull'istanza di condono, ha emanato i seguenti atti:

con l'atto n. 1824 del 25 ottobre 2007, ha rilevato la non accoglibilità dell'istanza di condono e ha disposto la trasmissione della comunicazione delle relative ragioni ostative, al fine di evitare il prodursi del silenzio assenso;

con l'atto n. 112.035 del 22 novembre 2007, ha comunicato le ragioni ostative all'accoglimento delle istanze di condono, ai sensi dell'articolo 10 bis della legge n. 241 del 1990;

con l'atto n. 48 del 17 gennaio 2008, ha respinto le istanze di condono.

5. Contro tali atti sono insorti sia la società Iperion, che aveva formulato l'istanza di condono, e sia le quattro società, che esercitano nel centro l'attività commerciale.

Nel corso di alcuni dei giudizi di primo grado è intervenuto un comitato di quartiere, chiedendo il rigetto dei ricorsi.

Con le sentenze indicate in epigrafe, il Tar per la Campania ha respinto i ricorsi, compensando tra le parti le spese e gli onorari dei giudizi.

6. Contro le sentenze di rigetto, le originarie società ricorrenti hanno proposto appello, chiedendo che, in loro riforma, siano accolti i ricorsi di primo grado e siano annullati gli atti ivi impugnati.

Il comune di Caserta si è costituito nei giudizi, chiedendo la reiezione dei gravami.

Il comitato di quartiere, interventore in primo grado, si è costituito anche in fase di appello, concludendo per la conferma delle sentenze del Tar.

7. Il Consiglio di Stato, sezione quarta, dopo aver disposto la riunione degli appelli in ragione del fatto che riguardano le medesime questioni e il medesimo centro commerciale, ha emesso la decisione parziale n. 6237 del 17 dicembre 2008, con contestuale ordinanza di remissione all'Adunanza Plena-ria.

La sezione remittente ha rigettato i motivi con cui le società appellanti hanno riproposto le censure, respinte dal tribunale, secondo cui gli atti impugnati in primo grado sarebbero viziati da incompetenza, in quanto emessi dal dirigente coordinatore dell'area di coordinamento tecnico; il motivo secondo cui l'atto trasmesso in data 25 ottobre 2007 sarebbe immediatamente lesivo e illegittimo per difetto di motivazione e per violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi; il motivo secondo cui il Tar sarebbe incorso nella violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto il pronunciato, nel dichiarare non immediatamente impugnabile l'atto emesso ai sensi dell'articolo 10 bis della legge n. 241 del 1990; il motivo secondo cui sulle istanze di condono si sarebbe formato il silenzio assenso previsto dall'articolo 32, comma 37, del decreto-legge n. 269 del 2003, come convertito nella legge n. 326 del 2003, con la conseguenza che il comune avrebbe dovuto prendere atto della avvenuta formazione del silenzio assenso e non emanare il tardivo provvedimento di diniego, dovendo eventualmente attivare il procedimento per l'annullamento, in sede di autotutela.

8. La Sezione ha, invece, rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria le censure con cui le appellanti hanno dedotto che il centro commerciale sarebbe condonabile in sede di applicazione della legge n. 326 del 2003,

ovvero che altrimenti sarebbero incostituzionali le disposizioni preclusive della medesima legge.

Nel dettaglio le censure mosse dalle società appellanti sono le seguenti:

-il primo periodo del comma 25 e il comma 28 dell'articolo 32 del decreto-legge n. 269 del 2003 (come convertito nella legge n. 326 del 2003) avrebbero richiamato le disposizioni sostanziali delle leggi n. 47 del 1985 e n. 724 del 1994 sui precedenti condoni e in particolare, l'articolo 39, comma 1, della legge n. 724 del 2004 sul peculiare rilievo dell'annullamento della concessione edilizia;

-le sentenze gravate si baserebbero su considerazioni diverse da quelle poste a base dei contestati atti comunali, i quali non conterrebbero una adeguata motivazione sulle ragioni che hanno indotto a concludere nel senso della non condonabilità delle nuove costruzioni non aventi natura residenziale;

-rileverebbero le istruzioni elaborate dal comune di Caserta e i pareri resi da professionisti sulla possibilità di rilasciare provvedimenti di condono senza limiti di volumetria per i casi di annullamento del titolo edilizio, nonché la circolare del Ministero delle infrastrutture n. 2699-C del 7 dicembre 2005, sull'affidamento ingenerato con la rilascio della concessione poi annullata;

-ove l'articolo 32 vada interpretato nel senso fatto proprio dal comune di Caserta e dal Tar, andrebbe sollevata una questione di costituzionalità per violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto la legge avrebbe dovuto attribuire rilievo a tale affidamento.

Il comune di Caserta si è costituito ed ha puntualmente controdedotto in ordine a ciascuno dei motivi di appello.

Tutte le parti costituite hanno presentato memorie illustrati-ve.

9. I motivi proposti dalle società appellanti sono stati rigetta-ti dal Tar sulla base di due essenziali considerazioni: in primo luogo, il Tar ha escluso che l'articolo 32, comma 28, abbia consentito il condono per il fatto che le opere siano state rea-lizzate sulla base di una concessione edilizia successivamente annullata; in secondo luogo, il Tar ha ritenuto che, quand'anche si dovesse ritenere che l'articolo 32, comma 28, abbia richiamato l'articolo 39, comma 1, della legge n. 724 del 1994, sul rilievo dell'annullamento della concessione, si applica in ogni caso il comma 25, secondo periodo, per il quale -a differenza di quanto è previsto nel primo periodo nel caso di “ampliamento”- è ammesso il condono per le nuove costru-zioni solo se si tratti di “nuove costruzioni residenziali non superiori a 750 metri cubi per singola richiesta di titolo abilitativo edilizio in sanatoria, a condizione che la nuova costru-zione non superi complessivamente i 3000 metri cubi”. Il medesimo tribunale ha, infine, ritenuto che le tabelle di determinazione degli oneri concessori, nella parte in cui si sono riferite alle destinazioni non residenziali, riguardano soltanto i casi previsti dalle disposizioni sostanziali sui limiti del condono, e dunque solo quelli di “ampliamento” degli edifici residenziali nei limiti previsti dall'articolo 25, primo periodo.

10. Al riguardo, la sezione remittente ha rilevato, conformemente a quanto ritenuto dal tribunale, che l'esame sulla legit-timità degli atti impugnati in primo grado debba essere svolto sulla base delle disposizioni

contenute nel decreto-legge n. 269 del 2003, come convertito nella legge n. 326 del 2003, che hanno attribuito alle amministrazioni comunali poteri di natura vincolata, dovendosi considerare di per sé irrilevanti le istruzioni elaborate dagli uffici comunali nonché la circolare interpretativa del ministero delle infrastrutture.

Tanto premesso, ha rilevato che, da un lato, emergono elementi per affermare che l'articolo 32 non consente il condono, quando si tratti di un edificio non residenziale, eccedente la complessiva volumetria di 3000 m³, realizzato in base ad una concessione edilizia, annullata in sede giurisdizionale; mentre, per l'altro verso -in considerazione del richiamo che il comma 28 del medesimo articolo ha operato alle disposizioni delle leggi n. 47 del 1985 e n. 724 del 1994, laddove dispone che esse siano applicabili "ove compatibili"- è possibile pervenire a conclusioni diverse, atteso che tali leggi ricomprendevano nell'area della condonabilità anche l'ipotesi di volumetrie realizzate in base a titoli annullati in sede giurisdizionale.

11. La causa, dopo la discussione orale, è stata trattenuta in decisione dopo la pubblica udienza del 30 marzo 2009.

DIRITTO

1. La residua questione rimessa all'Adunanza Plenaria consiste nello stabilire se il diniego di condono, fondato sul fatto che l'abuso edilizio in questione andrebbe ricondotto alla tipologia di "nuova costruzione non residenziale realizzata in assenza di titolo", possa considerarsi legittimo nell'ipotesi in cui il complesso edilizio non sia stato realizzato in assenza di concessione edilizia, ma costruito invece sulla base di regolari concessioni

edilizie, anche se successivamente annullate in sede giurisdizionale a costruzione già ultimata. In particolare, è stata chiamata a stabilire se tale fattispecie rientri nella di-versa tipologia “di opere realizzate in base a concessione annullata”, sanabile senza limiti di cubatura, in base a quanto disposto dall’art. 39 della legge n. 724 del 1994, che sarebbe applicabile anche a seguito dell’emanazione della nuova legge di condono, atteso che l’art. 32, comma 25, del decreto-legge n. 269 del 2003, fa espresso rinvio alle disposizioni di cui ai capi IV e V della legge n. 47 del 1985, come ulteriormente modificate dall’articolo 39 della legge n. 724 del 1993, e atteso che il comma 28 del medesimo articolo, quale norma di chiusura, prescrive che “per quanto non previsto dal presente decreto si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui alla legge 28 febbraio 1985, n. 47, e al predetto articolo 39”.

2. Il decreto-legge 30 settembre 2003 n. 269, art. 32, così come modificato dalla legge di conversione 24 novembre 2003, n. 326, stabilisce:«le disposizioni di cui ai capi IV e V della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni ed in-tegrazioni, come ulteriormente modificate dall’articolo 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché dal presente articolo, si applicano alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31 marzo 2003 e che non abbiano comportato ampliamento del manu-fatto superiore al 30% della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa,1 ampliamento superiore a 750 metri cubi. Le suddette disposizioni trovano altresì applicazione alle opere abusive realizzate nel termine di cui sopra relativi a nuove costruzioni residenziali non superiori a 750 metri cubi per singola

richiesta di titolo abilitativo edilizio in sanatoria, a condizione che la nuova costruzione non superi complessivamente n. 3000 metri cubi>>. Il successivo comma stabilisce: <<sono suscettibili di sanatoria edilizia le tipologie di illecito di cui all'allegato 1: a) i numeri da 1 a 3, nell'ambito dell'intero territorio nazionale, fermo restando quanto previsto alla lettera e) del comma 27 del presente articolo, nonché 4, 5, e 6 nell'ambito degli immobili soggetti a vincolo di cui all'articolo 32 della legge 28 febbraio 1985, n. 47; b) numeri 4, 5 e 6, nelle aree non soggette ai vincoli di cui all'articolo 32 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, in attuazione di legge regionale, da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con la quale è determinata la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissibilità a sanatoria di tali tipologie di abuso edilizio>>.

L'allegato 1 individua ben sei tipologie di opere abusive suscettibili di sanatoria alle condizioni di cui al medesimo articolo 32. Esse vanno dalle opere realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo alle opere di manutenzione straordinaria, comprendendo le opere di ristrutturazione edilizia e le opere di restauro e risanamento conservativo, variamente delimitate.

Nell'elenco indicato non compaiono “le opere abusive realizzate in base a concessione annullata”.

In effetti, la semplice constatazione di ciò sarebbe già sufficiente per escluderle dalla condonabilità, atteso che lo stesso legislatore qualifica le ipotesi elencate nell'allegato come “tipologie di illecito” e che, quindi, data la loro natura di illecito amministrativo a rilevanza penale, vanno tassativamente individuate, sia al fine di farle diventare oggetto di ipotesi di

illecito amministrativo o di reato e sia, all'opposto fine, di escluderne la punibilità e la conseguente possibilità di sanatoria, che costituiscono gli effetti fondamentali dell'eccezionale provvedimento di condono, come nel caso di specie.

Tuttavia, il collegio ritiene che l'ipotesi di opere abusive realizzate in base a concessione annullata, a seguito di pronuncia giurisdizionale, non costituisca propriamente una tipologia di abuso. Pertanto, anche in ragione del richiamo espresso della legge in esame a normative precedenti -che invece contemplavano l'ipotesi-, si impone l'esame della fattispecie, al fine di verificarne la sopravvivenza anche nell'ultima legge di condono sulla base del rimando alle disposizioni delle leggi precedenti "ove compatibili".

3. Il condono edilizio consiste in una procedura di regolarizzazione eccezionale degli abusi edilizi.

La regolarizzazione dell'abuso ha come risultato un effetto di sanatoria, sia ai fini amministrativi e sia agli effetti penali.

Infatti, il rilascio del provvedimento di condono paralizza gli effetti dei provvedimenti sanzionatori amministrativi nel frattempo intervenuti, emanati dall'amministrazione a fronte degli abusi commessi.

Gli abusi edilizi condonabili vengono individuati di volta in volta dalla legge istitutiva, che può allargare oppure restringere le ipotesi a sua insindacabile discrezione, - ovviamente nel rispetto dei principi costituzionali - sulla base delle mutevoli esigenze fiscali, che normalmente costituiscono la ragione della scelta del legislatore.

Nel nostro ordinamento coesistono tre differenti statuti di condono edilizio: il condono istituito dall'articolo 31 della legge n. 47 del 1985; il

condono istituito dall'articolo 39 della legge n. 724 del 1994; il condono istituito dall'articolo 32 del decreto-legge n. 269 del 2003. Nell'elenco va ricompreso anche il c. d. minicondono paesaggistico introdotto, in maniera alquanto estemporanea, dalla legge n. 308 del 15 dicembre 2004, che ha previsto la condonabilità degli abusi paesaggistici per effetto dell'accertamento di intervenuta compatibilità paesaggistica. Dall'esame delle norme indicate risulta agevolmente che esse sono differenti sia in ordine agli abusi condonabili e sia in ordine alla procedura di regolarizzazione delle opere abusive.

4. Venendo al punto che interessa, l'articolo 31 della legge n. 47 del 1985 stabilisce: <<Possono, su loro richiesta, conseguire la concessione o la autorizzazioni in sanatoria i proprietari di costruzioni e di altre opere che risultino essere stati ultimati entro la data del 1 ottobre 1983 ed eseguite: a) senza licenza o concessione edilizia o autorizzazione a costruire prescritte da norme di legge o di regolamento, ovvero in difformità dalle stesse; b) in base a licenza o concessione edilizia o autorizzazione annullata, decaduta o comunque divenuta inefficace, ovvero nei cui confronti sia in corso procedimento di annullamento o di declaratoria di decadenza in sede giudiziaria o amministrativa>>.

L'articolo 39, comma 1, della legge di conversione n. 724 del 1994, dopo aver stabilito il termine entro il quale le opere abusive debbono risultare ultimate per poter beneficiare del condono ed avere indicato anche le volumetrie sanabili, stabilisce espressamente: <<I predetti limiti di cubatura non trovano applicazione nel caso di annullamento della concessione edilizia>>.

L'articolo 32 della legge n. 724 del 1994, come già visto, non contiene nessun riferimento alle ipotesi di annullamento della concessione edilizia, limitandosi, al comma 28, a disporre: <<Per quanto non previsto dal presente decreto si applicano, ove compatibili, le disposizioni di cui la legge 28 febbraio 1985, n. 47, e al predetto art 39>>.

Risulta evidente, anche in ragione delle riferite caratteristiche del provvedimento di condono, per sua natura ispirato a rigorosa tassatività e all' insindacabile discrezionalità del legislatore nei sensi precisati, che l'interprete debba ricercare, qualora non si ritenga appagato dal pur chiaro disposto della legge, la ragione che sta alla base della esigenza, avvertita dai legislatori precedenti, di enucleare dal contesto delle ipotesi di illeciti condonabili la fattispecie dell'intervenuto annullamento della licenza ovvero quella in cui fosse in corso un procedimento di annullamento, in sede giudiziaria o amministrativa.

5.1 L'Adunanza Plenaria ritiene che il condono edilizio, costruito sulla individuazione di una data precisa entro la quale le opere devono essere ultimate, comporta la probabilità che, alla data individuata, sia in corso il procedimento di annullamento o di declaratoria di decadenza in sede giudiziaria o amministrativa, e quindi vi sia la necessità di stabilire il destino delle opere comunque realizzate e che il venir meno del titolo ha reso abusive.

Infatti, non è un caso che l'ipotesi sia stata prevista anche dal d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, art. 38, laddove prevede che in caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile la restituzione in pristino, l'amministrazione applichi una sanzione pecuniaria pari al valore

venale delle opere abusivamente eseguite, anziché disporre l'abbattimento delle opere. Quindi il legislatore, sulla base della considerazione che normalmente l'annullamento interviene quando l'opera è stata già realizzata, ha ritenuto opportuno conferire all'amministrazione la possibilità di non procedere automaticamente alla applicazione delle normali sanzioni susseguenti all'accertamento dell'abuso, quali la demolizione dell'opera, potendo essere conveniente mantenere ferma l'opera realizzata ed introitare una sanzione pecuniaria cospicua, quale appunto quella costituita dal valore venale delle opere abusive realizzate.

5.2 Questo non esclude la rilevanza del fatto che nel caso di specie l'abuso edilizio emerge solo a seguito dell'annullamento di un atto rilasciato dalla stessa amministrazione. Tuttavia l'ambito della rilevanza è rimessa al legislatore, che è l'unico in grado di derogare ai normali effetti del giudicato di annullamento, ossia al fatto che la demolizione dell'atto rende illecite quelle condotte che per non essere tali avrebbero avuto bisogno della sua vigente efficacia. Quindi, proprio la presenza del giudicato in senso tecnico, la cui intangibilità vale anche nei confronti del legislatore, impone la previsione espressa non di un'ipotesi che direttamente lo contrasti, bensì la volontà di fondare un potere nuovo rispetto a quello esercitato nell'atto annullato, che abbia lo scopo di amministrare gli effetti dell'avvenuta esecuzione dell'atto medesimo orientato cioè a realizzare un assetto della fattispecie diversificato da quello tipico scaturente dal giudicato.

In altri termini, il venir meno del titolo sulla cui base l'opera è stata realizzata -e quindi la circostanza che il "fatto" realizzativo dell'opera non sia più sorretto dalla legittimità- apre la "possibilità" di estendere anche a

tali opere il beneficio del condono. Quindi il legislatore ha solamente la possibilità, e non l'obbligo, di includere nel condono le opere realizzate nel periodo "coperto" dalla legge. L'inclusione deve avvenire attraverso una previsione espressa e chiara, proprio in quanto viene in rilievo il giudicato e la possibile disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di illecito mai sottoposte al vaglio giurisdizionale e che il giudicato di annullamento riporta all'iniziale stato di illiceità.

5.3 Inoltre, il sistema non consente la possibilità di dare rilievo alla situazione soggettiva di affidamento, in cui si troverebbe colui che ha realizzato l'opera in base ad un titolo originariamente legittimo e poi annullato, in quanto tale situazione soggettiva si configura nei confronti dell'amministrazione quando apre un procedimento di secondo grado il cui possibile esito sia il provvedimento di annullamento, ma non invece nei confronti del giudice dell'annullamento che, chiamato a giudicare della legittimità del titolo abilitativo da parte di quei terzi, le cui posizioni erano rimaste impregiudicate dal rilascio del titolo medesimo, deve solamente statuire sulla domanda proposta da quei soggetti, legittimati ad impugnare, che fanno fondatamente valere le proprie ragioni.

5.4 Dunque la necessità della previsione espressa era necessaria e, ad avviso del collegio, non può ritenersi che ciò sia avvenuto con il rimando alle leggi precedenti, che chiaramente si riferisce – ed in ciò trova il suo limite - a modalità operative non espressamente previste.

5.5 Il collegio osserva che correttamente l'amministrazione ha qualificato le opere realizzate come opere sprovviste della licenza edilizia, in quanto la tipologia viene determinata non dal fatto che si è in presenza di

una concessione edilizia annullata, bensì dalle ragioni, di volta in volta diverse, che la sentenza pone a base dell'annullamento, normalmente fondato su motivi configuranti le ipotesi di abuso che si assumono commesse dal concessionario.

In altri termini è la demolizione del provvedimento abilitativo che consente la collocazione dell'abuso realizzato nell'ipotesi astratta prevista dalla legge.

6. Sulla scorta delle considerazioni svolte il collegio ritiene che la questione di incostituzionalità della norma, laddove non preveda la condonabilità senza limiti di volumetria delle opere realizzate sulla base di concessioni edilizie annullate in sede giurisdizionale, risulta manifestamente infondata.

Infatti la scelta di prevedere o meno tale ipotesi spetta al legislatore ordinario, in base alle considerazioni svolte che evidenziano la inconfigurabilità di motivazioni illogiche e/o incoerenti.

Parimenti, la posizione di colui che ha realizzato l'opera sulla base di un titolo annullato in sede giurisdizionale non si differenzia dagli altri soggetti che hanno invece realizzato l'opera abusiva senza titolo, in quanto la situazione di affidamento si configura solamente nei confronti dell'annullamento in sede amministrativa e non in sede giurisdizionale.

In ogni caso tale situazione diventa recessiva a fronte delle diverse ragioni che, come già visto, hanno in passato ispirato il legislatore.

7. Infine, palesemente infondato risulta anche il motivo relativo al mancato rilievo dato alla direttiva ministeriale, in quanto, trattandosi di una

circolare, può essere motivatamente disattesa, soprattutto quando, come nel caso di specie, il provvedimento applicativo difforme è legittimo.

8. In conclusione l'appello è infondato e pertanto va rigettato, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

9. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, adunanza plenaria, definitivamente pronunciando rigetta l'appello proposto e conferma l'impugnata sentenza.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di giudizio, che si liquidano in complessivi EURO diecimila (10.000,00).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, riunito in Adunanza plenaria nella camera di consiglio del 30 marzo 2009 con l'intervento dei signori Magistrati:

Paolo Salvatore	- Presidente del Consiglio di Stato
Giovanni Ruoppolo	- Presidente di Sezione
Gaetano Trotta	- Presidente di Sezione
Costantino Salvatore	- Consigliere
Luigi Maruotti	- Consigliere
Pier Luigi Lodi	- Consigliere
Giampiero Paolo Cirillo	- Consigliere est.
Paolo Buonvino	- Consigliere
Luciano Barra Caracciolo	- Consigliere
Cesare Lamberti	- Consigliere
Aldo Fera	- Consigliere

Filoreto D'Agostino - Consigliere

Claudio Marchitello - Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....23/04/2009.....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Dirigente

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria