



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 660 del 2019, proposto da Comune di Imperia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, corso Torino n. 30/18;

***nei confronti***

Maria Pina Salvo, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Gerbi, Silvia Villani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Silvia Villani in Roma, via Asiago 8; Giovanni Daprelà non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00495/2018, resa tra le parti, concernente Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

Annullamento, previa sospensione, dell'atto comunale prot. n. 22913 del 6 giugno 2016 della Città di Imperia, Settore Urbanistica, Lavori Pubblici e Ambiente,

avente ad oggetto: "fabbricato in Via Calderina - Proprietari: Maria Pina Salvo e Giovanni Daprelà", comunicazione della definizione del procedimento ex art. 55, L.R. n. 16/2008; nonché dell'ivi menzionato e non allegato sconosciuto atto di definizione del procedimento (irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 55, L.R. 16/2008, notificato ai Sig.ri Deprelà e Salvo in data 28 aprile 2016).

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da BAVASSANO CARLO il 27\3\2019 :

l'annullamento e/o la riforma della sentenza in parte qua, resa inter partes dal T.A.R. Liguria, n. 495/2018 pubblicata il 28.5.2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Maria Pina Salvo;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Carlo Bavassano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2019 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi per delega di Picicchi Pietro, Florino Francesca, Bilanci per delega dichiarata di Gerbi Giovanni e Villani Silvia.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con l'appello in esame l'amministrazione comunale odierna parte appellante impugnava la sentenza n. 495 del 2018 con cui il Tar Liguria ha accolto in parte qua l'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto dalla odierna parte appellata Sig. Carlo Bavassano, in qualità di proprietario di immobile confinante, avverso il provvedimento datato 6\6\2016, n. 22913 del comune di Imperia,

avente ad oggetto irrogazione della sanzione pecuniaria alla parte controinteressata Sig.ra Pina Salvo, in luogo della auspicata demolizione.

In particolare, all'esito del giudizio di prime cure il Tar, respinta la domanda di annullamento, accoglieva la residua domanda di risarcimento danni con cui lo stesso originario ricorrente Bavassano chiedeva condannarsi il solo comune di Imperia al risarcimento del danno per l'illegittimità dell'azione amministrativa.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, il Comune parte appellante formulava un'unica ed articolata censura contenente i seguenti motivi di appello:

- violazione degli artt. 112 c.p.c. e 30 cod proc amm, 1226 e 2043 cc., per vizio di ultrapetizione e di non corrispondenza fra chiesto e pronunciato, insussistenza dei presupposti per accogliere la domanda risarcitoria.

La parte appellata originaria ricorrente si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello. Inoltre, formulava appello incidentale avverso la medesima sentenza, nel capo recante il rigetto dell'originaria domanda di annullamento, deducendo i seguenti motivi di appello: erroneità della sentenza per violazione dell'art. 38 tu edilizia e 55 l.r. 16\2008, nonché diversi profili di eccesso di potere, per insussistenza dei presupposti per sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria applicata; violazione dei principi di cui all'art. 97 Cost e dell'art. 6 bis legge 241\1990; difetto di motivazione e di istruttoria rispetto alla perizia di parte prodotta; violazione degli artt. 7, 10, 11 e 21 septies l. 241 cit..

La parte appellata originaria controinteressata, si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello incidentale.

Alla pubblica udienza del 10 ottobre 2019, in vista della quale le parti depositavano memorie, la causa passava in decisione.

## DIRITTO

1. L'appello principale è prima facie fondato, sotto tutti i profili dedotti.

2. Infatti, dall'analisi della documentazione prodotta emerge la censurata contraddittorietà della sentenza appellata che, dopo aver respinto la domanda di annullamento ed i relativi vizi di legittimità dedotti, ha contraddittoriamente accolto la domanda risarcitoria.

2.1 In proposito, già in linea di diritto assume rilievo il principio a mente del quale l'illegittimità del provvedimento amministrativo, ove acclarata, costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare unitamente ad altri, quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità degli elementi di fatto, il carattere vincolato della statuizione amministrativa, l'ambito più o meno ampio della discrezionalità dell'amministrazione; con specifico riferimento all'elemento psicologico la colpa della pubblica amministrazione viene individuata nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero in negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell'interesse giuridicamente protetto di colui che instaura un rapporto con l'amministrazione (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2019, n. 1500).

In tale contesto, pertanto, escludere in radice l'illegittimità dell'atto che avrebbe causato il danno comporta in radice l'impossibilità di ritenere sussistente la responsabilità risarcitoria.

In materia, infatti, il diritto al risarcimento del danno presuppone una condotta non iure che abbia determinato, nel patrimonio del danneggiato, la lesione di una situazione soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico; nello specifico ambito della responsabilità civile della pubblica amministrazione per atto amministrativo illegittimo, la responsabilità risarcitoria postula, più specificamente, una spendita viziata del potere che, esorbitando dallo schema sostanziale e procedimentale delineato dalla legge attributiva, abbia leso almeno colposamente un interesse legittimo del privato, vulnerandone la sfera giuridica (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. V, 30/11/2018, n. 6819).

2.2 Nel caso di specie il contrasto emerge altresì nei confronti della domanda formulata, come peraltro rilevabile dalla stessa sentenza che, in primo luogo sul punto, afferma che “può essere ora esaminata la domanda di danno con cui l’interessato chiede condannarsi il solo comune di Imperia al risarcimento del danno per l’illegittimità dell’azione amministrativa”; subito dopo, contraddittoriamente, si afferma che “in ordine all’illegittimità dell’atto impugnato in principalità (la cosiddetta fiscalizzazione dell’abuso) il collegio si è pronunciato con quanto esposto sin qui, sì che non v’è motivo di rimeditare la decisione” e poi che invece “gli altri profili dedotti a corredo della domanda risarcitoria sono invece fondati”.

Né a diversa soluzione si può giungere in relazione alla parte della sentenza che ha censurato la mancata adozione di un atto di sospensione lavori, sia per mancanza di qualsiasi specifica contestazione a monte sulla illegittimità di tale comportamento, sia a fronte del conseguente vizio, in termini processuali, di ultrapetizione, nei termini compiutamente censurati dal Comune appellante.

Inoltre, in termini invero dirimenti, erra il Giudice di prime cure laddove ha ritenuto che fosse doverosa l’adozione di un atto di sospensione lavori “attesa l’immediata esecutorietà della decisione di primo grado”; al riguardo, infatti, proprio l’esecutività della statuizione giurisdizionale produce effetti diretti ed immediati, per norma e principio consolidati, senza alcuna necessità di essere intermediata da un atto cautelare comunale.

3. Passando all’analisi dell’appello incidentale, lo stesso appare infondato sotto tutti i profili dedotti, sia di carattere sostanziale che procedimentale.

3.1 Con riferimento al primo motivo concernente il difetto dei presupposti applicativi della norma di cui all’art. 38 t.u. edilizia, in linea generale va ribadito quanto già approfondito dalla giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. ad es. sez.VI, 28 novembre 2018, n. 6753): l’art. 38 cit. 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 abilitativo successivamente rimosso, rispetto ad altri interventi abusivi eseguiti sin dall'origine in assenza di titolo, per tutelare un certo affidamento del privato, sì da ottenere la conservazione d'un bene che è pur sempre sanzionato (cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. VI 9 aprile 2018 n. 2155 e 10 maggio 2017 n. 2160).

3.1.1 Il fondamento del regime sanzionatorio più mite riservato dalla norma agli interventi edilizi realizzati in presenza di un titolo abilitativo che solo successivamente sia stato dichiarato illegittimo rispetto al trattamento ordinariamente previsto per le ipotesi di interventi realizzati in originaria assenza del titolo va quindi rinvenuto nella specifica considerazione dell'affidamento riposto dall'autore dell'intervento sulla presunzione di legittimità e comunque sull'efficacia del titolo assentito. A tal fine, all'amministrazione si impone di verificare se i vizi formali o sostanziali siano emendabili, ovvero se la demolizione sia effettivamente possibile senza recare pregiudizio ad altri beni o opere del tutto regolari. In presenza degli anzidetti presupposti per convalidare l'atto, «l'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36» del testo unico (art. 38, comma 2, del d.P.R. 380 del 2001).

La norma in definitiva ha 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) nel caso in cui non sia possibile la sanatoria, l'Amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione in forma specifica della demolizione; c) soltanto nel caso in cui non sia possibile applicare la sanzione in forma specifica, in ragione della natura delle opere realizzate, l'Amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione pecuniaria nel rispetto delle modalità sopra indicate. Si tratta di una

gradazione di sanzioni modulata alla luce della gravità della violazione della normativa urbanistica.

Secondo l'interpretazione della norma coerente alla ricordata ratio, il concetto di possibilità di ripristino non è inteso come "possibilità tecnica", occorrendo comunque valutare l'opportunità di ricorrere alla demolizione, dovendosi comparare 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; la scelta di escludere la sanzione demolitoria, infatti, laddove adeguatamente motivata ed accompagnata alle indicazioni contenute nell'annullamento, appare quella maggiormente rispettosa di tutti gli interessi coinvolti nella singola controversia ed anche del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, di diretta derivazione dal diritto dell'Unione Europea, principio che impone all'Amministrazione il perseguimento del pubblico interesse col minor sacrificio possibile dell'interesse privato.

Invero, la corretta interpretazione di tale nozione di "impossibilità" ha dato luogo a dibattiti anche dottrinali; in proposito, coerentemente a quanto sopra evidenziato, appare ragionevole l'opzione ermeneutica a mente della quale l'individuazione dei casi di impossibilità non può arrestarsi alla mera impossibilità (o grave difficoltà), tecnica, potendo anche trovare considerazione ragioni di equità o al limite di opportunità. Al riguardo, si è ritenuto che, nel caso di opere realizzate sulla base di titolo annullato, la loro demolizione debba essere considerata quale extrema ratio, privilegiando, ogni volta che ciò sia possibile, la riedizione del permesso di costruire emendato dai vizi riscontrati (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, 16 marzo 2010, n. 1535).

In definitiva, l'art. 38 rappresenta "speciale norma di favore" che differenzia sensibilmente la posizione di colui che abbia realizzato l'opera abusiva sulla base di titolo annullato rispetto a coloro che hanno realizzato opere parimenti abusive

senza alcun titolo (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2002, n. 7001), tutelando l'affidamento del privato che ha avviato i lavori in base a titolo ottenuto. In tale ambito, a seguito di annullamento di titolo abilitativo edilizio - secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale da cui il Collegio non ha motivo di discostarsi - l'Amministrazione non può dirsi vincolata ad adottare misure ripristinatorie, dovendo anzi la scelta - tipicamente discrezionale quale essa sia, nel senso della riedizione o della demolizione - essere adeguatamente motivata. Incidentalmente va evidenziato come tale approfondito onere motivazionale trovi conferma nell'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. decisione n. 9\2017) in tema di annullamento in autotutela di titolo in sanatoria illegittimamente rilasciato.

Nel procedere a tale rilevante attività valutativa la p.a., sulla scorta delle indicazioni di principio sin qui richiamate, deve, per un verso, verificare l'emendabilità dei vizi e, per un altro verso, se la demolizione sia effettivamente possibile senza recare pregiudizio ad altri beni o opere del tutto regolari.

3.1.2 Nel caso di specie il Comune ha svolto una valutazione che, oltre ad apparire corroborata da elementi istruttori sufficienti (nei limiti di sindacato giurisdizionale sugli aspetti di dettaglio tecnico), appare coerente ai principi suddetti.

Sul primo versante, la valutazione contestata si basa su di un duplice approfondimento tecnico: quello predisposto dalla parte interessata (depositata in data 31\3\2015), seguito dalla verifica degli uffici comunali, redatta in data 28\5\2015, rispetto ai quali nessun elemento di manifesta illogicità o travisamento dei fatti emerge dalla perizia di parte appellata. Sul secondo versante il provvedimento impugnato ha svolto una attenta ricostruzione della vicenda contenziosa, acquisendo tutti i relativi elementi, giungendo ad una soluzione che si muove ben all'interno dei binari tracciati, anche con riferimento alla nozione di "possibilità" come sopra intesa.



3.2 Con riferimento al secondo motivo di appello incidentale, la censura inerente il presunto conflitto di interesse appare genericamente dedotta, anche per la mancata specificazione anche documentale della affermata compagnia e colleganza tra il figlio degli interessati e l'assessore comunale.

Peraltro, anche nel merito assume rilievo dirimente l'irrilevanza, ai fini della norma invocata, del ruolo assessorile, il cui carattere politico e non gestionale ne esclude una assimilabilità alle figure indicate dallo stesso art. 6 bis cit., a mente del quale, come noto, rilevano i ruoli di carattere tecnico, gli unici competenti in relazione all'attività procedimentale e provvedimento ivi richiamata ("Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi").

3.3 Se con riferimento al terzo motivo vanno richiamate le considerazioni svolte sub punto 3.1.2 in relazione alla specifica adeguatezza dell'istruttoria e della motivazione posta a fondamento della determinazione contestata, in relazione al quarto motivo, concernente la violazione delle garanzie partecipative, va ribadito il consolidato principio (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 aprile 2014, n. 1718) a mente del quale il vicino controinteressato non è un soggetto cui debba essere inviata la comunicazione di avvio del procedimento per un titolo edilizio, ai sensi dell'art. 7 l. 241 cit., pur se egli già si sia opposto in precedenti occasioni all'attività edilizia dell'altro soggetto confinante; infatti, ove sia in corso di valutazione un iter edilizio su di un immobile limitrofo, il vicino del richiedente o il soggetto legittimato possono intervenire nel procedimento ed impugnare il provvedimento che accoglie l'istanza, ma non hanno titolo a ricevere l'avviso di avvio del procedimento.

3.4 Infine, prima facie infondata è l'invocata nullità della statuizione impugnata, sia sulla scorta delle considerazioni che precedono, sulla base delle quali è stata già

esclusa la forma meno grave di invalidità, sia in quanto, seppur con una formulazione da integrare, il Giudice di prime cure ha nella sostanza condivisibilmente ritenuto che l'annullamento del titolo edilizio originario, lungi dall'imporre la demolizione e rendere inapplicabile la norma invocata, abbia invero costituito proprio il presupposto dell'art. 38 cit..

4. Alla luce delle considerazioni che precedono la fondatezza dell'appello principale ne impone l'accoglimento; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado anche nella residua domanda risarcitoria. Va invece respinto l'appello incidentale.

Sussistono giusti motivi, stante la peculiarità della fattispecie, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado anche nella residua domanda risarcitoria.

Respinge l'appello incidentale.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Daide Ponte**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT