

N. 05666/2024REG.PROV.COLL.

N. 00891/2022 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 891 del 2022, proposto dai signori - OMISSIS- rappresentati e difesi dagli avvocati Massimo Marcucci, Roberto Quirini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di -OMISSIS-, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Cancrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Regione Umbria, in persona del Presidente *pro tempore* e delle Società Findem s.r.l. e Madonna delle Grazie s.r.l., in persona dei rispettivi Presidenti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. -OMISSIS-resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2024 il Cons. Valerio Valenti e uditi per le parti gli avvocati Massimo Marcucci e Francesco Vagnucci in sostituzione dell'avvocato Arturo Cancrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con sentenza n.-OMISSIS- il Tar per l'Umbria ha respinto il ricorso proposto dai tredici proprietari di unità abitative -nominativamente indicati in epigrafe - facenti parte di un unico complesso immobiliare denominato "La Posterna" ubicato nel territorio del Comune di -OMISSIS- Oggetto di gravame era la nota del 22 febbraio 2018 con la quale il Comune di -OMISSIS- ha dichiarato irricevibile/inammissibile l'istanza da loro avanzata in data 17 gennaio 2018 di annullamento d'ufficio e successiva riedizione del proprio potere in maniera corretta legittimando *ex post* la sua realizzazione, attraverso la cessione di cubatura proveniente dalla potenziale volumetria dei terreni di proprietà pubblica non interessata dai parcheggi. Il tutto sulla base dell'invocato art. 38 del d.P.R. n. 380/2001.

1.1. In punto di fatto, va da subito detto che gli interessati sono venuti a conoscenza successivamente all'acquisto delle singole unità immobiliari di un procedimento penale instaurato dalla Procura della Repubblica presso la Corte d'Appello di Firenze avente ad oggetto l'intervento nella sua interezza, sfociato nella sentenza n. 2579 del

16 luglio 2014 della Corte d'Appello di Firenze, di condanna di tutti gli imputati per il reato di lottizzazione abusiva di cui all'art. 44, lett. c), del d.P.R. n. 380 del 2001.

1.1.1. Va altresì ricordato che la realizzazione del complesso immobiliare di cui è causa, per l'edificazione di una volumetria residenziale di circa mc. 15.000, si inserisce in un originario piano di ristrutturazione urbanistica (adottato con deliberazione di Consiglio comunale n. 135 del 12.10.1998) avente inizialmente ad oggetto esclusivamente interventi di natura pubblica e che, in seguito ad osservazioni pervenute da alcuni soggetti privati proprietari di terreni inclusi nel relativo perimetro, è stato modificato inserendo (con ulteriore delibera consiliare) la realizzazione delle opere ad uso residenziale. Ad esso ha fatto seguito un apposito accordo con i privati proprietari del terreno ove sarebbero sorti i fabbricati, contenente la previsione a loro vantaggio del diritto di prelazione.

1.2. Il permesso di costruire è stato richiesto dalla Società Findem s.r.l., ma rilasciato alla Società Madonna della Grazie s.r.l., avente causa dalla stessa.

1.3. La Corte d'Appello di Firenze, dunque, con la richiamata sentenza n. -OMISSIS- divenuta irrevocabile in data 11.12.2015, ha condannato i legali rappresentanti di entrambe le Società (Findem s.r.l. e Madonna delle Grazie s.r.l.), i direttori dei lavori, i progettisti e alcuni funzionari comunali, con contestuale irrogazione della sanzione demolitoria *ex art. 31, comma 9, del medesimo Testo unico.*

1.4. Il giudice penale ha basato la configurazione del reato di lottizzazione abusiva *ex art. 44, lett. c), del d.P.R. n. 380/2001*, sulla ritenuta illegittimità del titolo originario, essendo stato edificato *«un volume complessivo pari a mc 14.254 insistente su un'area di mq. 2.200, in virtù del permesso di costruire n. 7107, richiesto dalla Findem s.r.l. in data 13.2.2006 e rilasciato alla Madonna delle Grazie s.r.l. in data 28.4.2006, illegittimo perché rilasciato tenendo conto di un indice edificatorio per l'area interessata dai lavori pari a mc/mq 7,50*

superiore all'indice medio di edificabilità della zona A1 del centro storico del Comune di -OMISSIS- pari a 2,92». Ciò anche in ragione della assoluta inderogabilità dell'indice volumetrico massimo concedibile nelle zone "A" di PRG, pari a 5 mc./mq. ai sensi dell'art. 7 del d.m. n. 1444/1968. Il permesso di costruire rilasciato dal Comune di -OMISSIS- aveva riconosciuto ai privati un indice volumetrico superiore anche a tale limite massimo.

1.5. Va infine ricordato che il Comune di -OMISSIS- nel corso del procedimento di primo grado ha versato in atti la deliberazione di Giunta n. 99 del 5/9/2018 con la quale è stato dichiarato, ai sensi dell'art. 31, comma 5, del d.P.R. 380/2001, il prevalente interesse pubblico ostativo alla demolizione dell'immobile e la sua acquisizione al patrimonio comunale, nel cui preambolo – i cui "Considerato" non a caso vengono invocati dagli appellanti – definiscono «*il permesso di costruire in base al quale è stato edificato l'edificio 'Posterna' (...) un atto amministrativo sostanzialmente illegittimo ed improduttivo di validi effetti, benché formalmente esistente...*». Tale atto, benché ritenuto in contrasto con le interlocuzioni in corso al fine di individuare il percorso di ipotizzata sanatoria delle opere (v. memoria dei ricorrenti del 23 aprile 2021) non risulta fatto oggetto di espresso gravame.

2. Il primo giudice ha dunque basato la sua decisione sulla ritenuta non sanabilità dell'opera ex art. 38 T.u.e., giusta i profili di illegittimità del titolo rilevati dal giudice penale, che ha evidenziato l'eccesso di volumetria assentita (mc./mq. 7,50) rispetto a quella consentita per la zona, classificata "A1" del centro storico, pari a mc./mq. 2,92. Ha altresì richiamato i presupposti della sanabilità secondo la ricostruzione fornita dalla Corte d'Appello di Firenze, ovvero la necessità del «*previo acquisto di una quota di volumetria sufficiente a coprire l'indice mancante a seguito del parziale riconoscimento della quota volumetria ammissibile in zona A*» (§ 8 della sentenza impugnata). Da qui la

correttezza della dichiarata irricevibilità/improcedibilità dell'istanza presentata ai sensi dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001, *«non potendo allo stato la riedizione del procedimento edilizio incidere sull'esecuzione dell'ordine di demolizione di cui al giudicato penale e non potendo d'altra parte la realizzazione di volumetria non coperta da indice volumetrico di zona, valutarci alla stregua di un vizio meramente procedurale»*.

3. Con il presente appello, i ricorrenti indicati in epigrafe avanzato due distinte censure, rubricate *«errata motivazione, errata valutazione, illogicità della motivazione»* (motivo sub I) e *«violazione dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001, violazione e/o errata applicazione dell'art. 21-nonies legge 241 del 1990, eccesso di potere sotto i distinti profili di ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, sviamento di potere»* (motivo sub II). Secondo la ricostruzione proposta, l'Amministrazione comunale sarebbe stata obbligata ad annullare in autotutela il permesso di costruire n. 7107/2006 avente ad oggetto il complesso immobiliare, la cui illegittimità –*recte*, radicale nullità *ex art. 21-septies* della l. n. 241/1990 – era stata riconosciuta dallo stesso Comune di -OMISSIS- nella delibera del 2018. A ciò avrebbe dovuto far seguito la sanatoria *ex art. 38*, comma 1, del d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 149 della legge regionale n. 1/2015, ovvero la riedizione del procedimento di rilascio del titolo rimuovendone il vizio procedurale, vale a dire procedendo mediante un atto unilaterale d'obbligo a destinare la volumetria non utilizzata nel proprio comparto edificatorio a favore del lotto di terreno confinante ed oggetto del progetto di cui è causa, così recuperando il surplus necessario a rispettare le previsioni di Piano (e del richiamato d.m. del 1968).

3.1. Tale evenienza, diversamente da quanto opinato dal Tar per l'Umbria, non era affatto preclusa dal giudicato penale, che anzi l'aveva espressamente prevista. Il nuovo permesso di costruire da rilasciare in sanatoria rieditando il potere male esercitato ab origine avrebbe dovuto sostanzialmente riprodurre i medesimi

contenuti e assentire le stesse volumetrie dell'originario, ma in conformità col nuovo assetto, di fatto e di diritto. Esso, cioè, si sarebbe risolto nella mera convalida ex art. 21-nonies, comma 2, della l. n. 241/1990, di quello annullato, stante che a tale istituto va ricondotta la tipologia di sanatoria di cui all'art. 38 del T.u.e., come affermato anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.P., 7.9.2020, n. 17).

4. Si è costituito in giudizio il Comune di -OMISSIS- per resistere all'appello chiedendone il rigetto.

4.1. Con successiva memoria *ex art. 73 c.p.a.* ha controdedotto evidenziando la non necessità dell'annullamento d'ufficio avendo già la Corte d'Appello di Firenze sancito, in via definitiva, l'assoluta inderogabilità dell'art. 7 del d.m. n. 1444/1968, il quale prevede un indice volumetrico massimo insediabile nelle zona "A" di PRG pari a 5 mc./mq., e conseguentemente l'illegittimità del permesso di costruire, che aveva riconosciuto ai privati volumetrie per complessivi mc. 14.254 a fronte di una cubatura massima assentibile pari a mc. 6.424. L'atto di cessione di cubatura da destinare al calcolo degli indici, ove assentito volontariamente, non avrebbe comunque eliminato i vizi del permesso di costruire, ma al più consentito di valutare un'istanza di sanatoria, in relazione al quale l'Amministrazione si era effettivamente palesata possibilista.

5. All'udienza pubblica del 28 maggio 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Il Collegio ritiene l'appello da respingere.

6.1. La sostanziale omogeneità contenutistica dei due distinti motivi di appello, che costituiscono l'uno lo sviluppo dell'altro, ne consentono lo scrutinio congiunto.

7. La complessa vicenda di cui è causa trae origine dalla peculiarità della richiesta avanzata dagli appellanti al Comune di -OMISSIS-, caratterizzata, cioè, da una pluralità di oggetti teleologicamente orientati a incanalare la fattispecie nel paradigma definitorio di cui all'art. 38 del T.u.e.

Le parti, sull'assunto che il permesso di costruire, benché viziato, era tuttavia ancora formalmente "esistente", al fine di preconstituirsì i presupposti di operatività della norma, ne hanno in primo luogo preteso la caducazione da parte dell'Amministrazione. L'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001, infatti, disciplina l'ipotesi di abuso per così dire sopravvenuto, stante che l'avvenuta esecuzione dell'opera era sostenuta originariamente da un titolo edilizio che solo successivamente è venuto meno, in quanto annullato, d'ufficio o all'esito di specifico contenzioso.

8. Già a tale riguardo va ricordato che il potere di annullamento (*rectius*, autoannullamento) dei propri atti amministrativi spetta esclusivamente all'amministrazione che li ha posti in essere, potendo incidentalmente il giudice ordinario accertarne, nel corso del giudizio, l'illegittimità. Come da tempo affermato dai giudici di legittimità (v. Cass., SS.uu., 21 dicembre 1993, n. 1165) «al giudice penale non è affidato in definitiva alcun sindacato sull'atto amministrativo». Il suo non è, cioè, un potere sindacatorio autonomo, ma un obbligo connesso al compito di verificare la sussistenza di tutti gli elementi tipici del reato. Egli, cioè, più esattamente, «è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera da eseguire o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo».

9. Con la sentenza n. 2579/2014, dunque, la Corte d'Appello di Firenze, in virtù delle sue prerogative e dei suoi poteri, si è pronunciata *incidenter* sull'illegittimità del

titolo edilizio considerandolo tamquam non esset, in quanto inidoneo a supportare l'operazione immobiliare, contraria alle disponibilità edificatorie della zona.

10. Ma vi è di più. Il Comune di -OMISSIS- innanzi tutto non ha inteso accedere alla richiesta di annullamento d'ufficio. La discrezionalità che connota l'esercizio del potere di caducazione di un atto originario viziato, comunque soggetto a limiti temporali (ampiamente superati) e di motivazione, non rendeva affatto doverosa l'opzione pretesa dalla parte.

11. Il concetto di "autotutela doverosa", infatti, come di recente ricostruito anche dalla giurisprudenza della Sezione (Cons. Stato, sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415) ha quale presupposto l'avvenuta acquisizione del titolo in forza di dichiarazioni false o menzognere, nell'accezione riveniente dalla corretta lettura del combinato disposto dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990 e della parte sanzionatoria di cui al d.P.R. n. 445/2000. Nessun richiamo, invece, all'ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto sia consacrata in un giudicato penale. Sulla base di quest'ultimo, e tenuto conto che comunque l'esercizio della potestà sanzionatoria ripristinatoria è già contenuta, siccome previsto dal legislatore in via autonoma, dal giudice ordinario, in assenza di istanza di accertamento di conformità da parte dei singoli proprietari sopravvenuti, ha ritenuto sufficiente adottare gli atti susseguenti del procedimento, *in primis* l'acquisizione al patrimonio e la scelta di non demolire.

12. Ma anche a volere aderire alla tesi degli appellanti, che ravvisano addirittura in ridetto giudicato una causa di nullità dell'atto amministrativo, in deroga al principio di tipicità che connota l'istituto di cui all'art. 21-*septies* della l.n. 241 del 1990, ovvero ammesso e non concesso che il Comune fosse davvero tenuto ad adottare formalmente un atto, vincolato nell'*an* e nel *quomodo* alle indicazioni della Corte d'Appello di Firenze, l'istanza di sanatoria *ex art.* 38 del T.u.e. non poteva essere

accolta. E ciò per l'evidente ragione che non sussistevano neppure gli altri presupposti di applicabilità della norma, come analiticamente indicato dal Comune di -OMISSIS- nell'atto impugnato.

12.1. In sintesi, nella specie, pure assumendo a presupposto che la non necessità di annullamento d'ufficio consegua alla sua sostanziale ultroneità, giusta le affermazioni del giudice penale circa la illegittimità del titolo edilizio, come precisato sia da quest'ultimo che dal Tar per l'Umbria, al più si sarebbe potuto incardinare un procedimento di sanatoria ordinaria, di certo non invocare la definizione di quello specifico di cui all'art. 38 del T.u.e.

13. Da qui la correttezza anche dell'opzione contenutistica dell'atto impugnato, che non è di vero e proprio rigetto, ma di vera e propria irricevibilità/improcedibilità dell'istanza, sussistendo circostanze di fatto e di diritto impeditive dell'esame nel merito della stessa.

13.1. Come si evince dagli atti, dunque, in primo luogo il comune non ha ritenuto necessario adottare alcun provvedimento di autoannullamento in quanto non ha ravvisato i presupposti (giuridici e temporali) prescritti dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 per essere legittimato allo scopo. Non sussistendo alcun obbligo in tal senso, così come prospettato da parte appellante, per tale parte la richiesta avanzata è stata correttamente qualificata addirittura come irricevibile/improcedibile.

14. Punto centrale della controversia è dunque l'esatto perimetro di operatività dell'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, invocato sia, come detto, allo scopo di caducare il permesso di costruire originario in ragione del vizio (incontestato) individuato dal giudice penale, sia per pretenderne la sua integrazione contenutistica, mediante recupero delle volumetrie mancanti. Con ciò pretermettendo che l'annullamento d'ufficio del titolo originario costituisce il presupposto oggettivo di

operatività della norma, ma non ne esaurisce certo i requisiti di operatività, nella specie comunque mancanti.

15. L'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede che in caso di «annullamento del titolo edilizio» (presupposto, come detto, nel caso di specie mancante, non avendo ritenuto il Comune di dovere procedere in tal senso), il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale possono, alternativamente, o convalidare l'atto, rimuovendo i «*vizi delle procedure amministrative*», ovvero, in alternativa, «*Qualora [ciò] non sia possibile*», monetizzare l'abuso irrogando una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite. In entrambi i casi, alternativi tra di loro, suole parlarsi di una peculiare ipotesi di sanatoria, cartolare, nell'uno, sostanziale, nell'altro.

15.1. Va innanzi tutto premesso che il legislatore ha inteso privilegiare la possibilità di convalida del titolo sull'assunto che l'intervento, al momento della sua effettuazione, era sorretto dallo stesso, sicché l'illecito è venuto a configurarsi solo in ragione dell'annullamento. Nella specie, la situazione di illegittimità sopravvenuta si è determinata, come ormai ampiamente chiarito, in ragione del giudicato penale.

16. Proprio la circostanza che comunque il titolo non avrebbe dovuto essere rilasciato ha fatto sì che le possibilità di convalida dello stesso siano state intese dalla giurisprudenza come limitate a vizi di natura formale, come tali “recuperabili” *ex post* in una comparazione di interessi che vuole privilegiata la posizione del cittadino, anche in ragione della sua astratta buona fede e affidamento nella correttezza dell'operato della p.a., solo in casi limitati non destinati ad incidere sul corretto sviluppo del territorio (v. al riguardo Cons. Stato, A.P. n. 17/2020, invocata anche dagli appellanti).

17. Nella specie, tuttavia, come ben indicato dal Comune di -OMISSIS- nella motivazione dell'atto impugnato, in alcun modo il vizio riscontrato dal giudice penale e condiviso dall'Amministrazione, seppure senza addivenire all'annullamento d'ufficio, non può in alcun modo essere derubricato a meramente formale. Esso si concretizza, infatti, in un contrasto con il regime urbanistico della zona, superato dagli uffici (anche) in ragione di un'errata lettura delle disposizioni di cui al d.m. del 1968.

Né possono essere condivisi i tentativi degli appellanti di derubricare a vizio del procedimento la mancata adozione degli atti necessari ad integrare le volumetrie mancanti: quali che fossero i presupposti e finanche gli obblighi preesistenti all'operazione immobiliare, essi esulano dal perimetro della controversia, non potendo certo il perfezionamento di un procedimento distinto di acquisizione quale quello invocato, che presuppone comunque una precisa scelta da parte del Comune, essere dequotato ad adempimento meramente formale, "recuperabile" mediante convalida dell'atto cui avrebbe dovuto accedere.

18. La seconda ipotesi di sanatoria prevista dalla norma, ovvero la sostituzione della demolizione con una sanzione pecuniaria, integra uno dei casi di c.d. fiscalizzazione, diversa dalle altre, di cui agli artt. 33 e 34 del medesimo d.P.R. n. 380/2001 in quanto produttiva degli stessi effetti di una vera e propria sanatoria *ex art. 36 T.u.e.*, non a caso espressamente richiamato nella norma (quanto detto sulla base della disciplina applicabile *ratione temporis*, stante che la differenza è destinata a venire meno con il consolidarsi della disciplina sullo stato legittimo dell'immobile da ultimo contenuta nel d.l. n. 69 del 2024, c.d. "salva casa").

19. La sanatoria nonché la fiscalizzazione, sono invero basate su distinti presupposti (uno attinente ai vizi dell'atto originario, l'altro all'impossibilità di demolire l'abuso),

ma presuppongono pur sempre la doppia conformità (sul punto, v. di recente Cons. Stato, sez. II, 17 giugno 2024, n. 5428), ovvero il rispetto della disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione dell'abuso, che al momento della presentazione della relativa istanza. Il che non è nel caso di specie, giusta la più volte ricordata mancanza dei prescritti indici edificatori.

20. D'altro canto, ciò che le parti hanno richiesto al Comune di -OMISSIS- con l'istanza non ritenuta valutabile dallo stesso è non la monetizzazione dell'illecito, ma la sua sanatoria cartolare mediante convalida dell'atto preesistente: la mancanza dei presupposti di operatività della norma invocata in parte qua non potevano che portare alla soluzione adottata dall'Amministrazione.

21. La pretesa, pertanto, che il Comune si attivasse anche per l'acquisizione delle aree aggiuntive (in relazione alle quali la difesa civica ha pure chiarito di avere adottato atti di significato opposto, quali l'esproprio sanante) non solo non trova fondamento in alcun obbligo normativamente previsto, ma soprattutto non può costituire un vizio formale di natura procedurale recuperabile in base all'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001.

22. Solo per completezza, va infine ricordato che la mancata demolizione consegua nel caso di specie ad una scelta già effettuata dal Comune di -OMISSIS- sicché neppure si è posta l'esigenza di valutare la seconda ipotesi di sanatoria/fiscalizzazione contemplata dall'art. 38 del T.u.e.: con la delibera del 2018, infatti, lo stesso, ai sensi dell'art. 31, comma 5, del T.u.e., non solo ha disposto l'acquisizione dell'area al patrimonio del Comune per inottemperanza alla sanzione demolitoria, ma anche valutato la sussistenza dell'interesse pubblico al mantenimento in loco del bene. Acquisizione avverso la quale non consta essere stato promosso alcuno specifico gravame, in quanto le parti sembrerebbero

contestarne la correttezza in relazione al contenuto delle pregresse interlocuzioni intercorse, ma non la legittimità, insistendo piuttosto nella necessità di sanatoria “cartolare”, neppure ritenuta valutabile dal Comune di -OMISSIS-. A ciò parrebbe conseguire finanche un profilo di mancata legittimazione all’appello. Ma tale questione non è stata posta da nessuna delle parti, sicché esula dal perimetro dell’odierna controversia.

23. Solo una volta ricostruito il quadro normativo di riferimento, appare chiaro il senso del percorso seguito dagli appellanti: solo preconstituendo, attraverso l’annullamento d’ufficio del permesso di costruire originario – *recte*, la declaratoria della sua nullità *ex art. 21-septies* della l. n. 241 del 1990 – avrebbero potuto rimettersi in termini fruendo della sanatoria “ordinaria” (quanto ad effetti) ma speciale (quanto a procedimento) che conseguirebbe alla convalida del titolo. Con ciò estendendo la nozione di convalida ben oltre il perimetro del vizio formale e la nozione di procedimento in senso comprensivo di tutti quelli destinati a confluire nello stesso, integrandone i presupposti mancanti (id est, ottenendo la conformità urbanistica in precedenza mancante).

24. Correttamente, dunque, il primo giudice ha attinto dalla motivazione della sentenza della Corte d’Appello di Firenze il riferimento alla non condonabilità dell’opera, *rebus sic stantibus*: la possibilità, infatti, di integrare la cubatura assentibile mediante strumenti pattizi aggiuntivi conferma, piuttosto che negare, l’insussistenza del relativo requisito di edificabilità minima all’atto del rilascio del permesso di costruire. Da qui l’affermazione - sulla cui condivisibilità il Collegio non ritiene di doversi pronunciare, stante che ciò sarebbe dovuto avvenire già all’epoca di realizzazione dell’intervento, pena la mancanza del requisito della doppia conformità - secondo la quale ove le parti si fossero impegnate ad acquisire la quota necessaria

a colmare l'indice non coperto dalla superficie territoriale dell'edificio "Posterna", la richiesta di sanatoria (ordinaria, e cioè *ex art. 36*, non sub specie di art. 38 del T.u.e.) sarebbe stata astrattamente suscettibile di positiva valutazione. La pretesa che il vizio sostanziale sia rimosso dal Comune, comunque in maniera postuma, oltre a non trovare fondamento alcuno nell'interesse pubblico ad agire dello stesso, neppure avrebbe risolto ridetta carenza di requisito originario.

25. Né, dunque, il primo giudice ha equivocato la portata della sentenza del giudice penale nella parte in cui indica i requisiti di insanabilità (ovvero, al contrario, i presupposti per la sanatoria) dell'abuso di cui è causa; né ha errato nell'applicazione/interpretazione dell'art. 38 del T.u.e. che da una lato presuppone l'annullamento (nella specie, d'ufficio) del titolo, che il Comune non ha inteso effettuare, dall'altro si riferisce esclusivamente a vizi di natura procedurale/formale, nella specie insussistenti. La diversa ipotesi di sanatoria mediante monetizzazione/fiscalizzazione, che egualmente presuppone il requisito di doppia conformità, neppure è stata invocata dalle parti.

25.1. Nella specie, dunque, si era al di fuori del paradigma di operatività dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001, sicché l'istanza presentata, piuttosto che da respingere nel merito, correttamente è stata qualificata come inaccoglibile in rito (irricevibile/improcedibile).

25.2. In sintesi, la sanabilità del manufatto in questione necessitava di un'ulteriore quota di volumetria astrattamente acquisibile per colmare l'indice non coperto dalla superficie territoriale del complesso "Posterna". In assenza di tale potenzialità edificatoria, l'amministrazione comunale non poteva far altro che concludere per l'irricevibilità/improcedibilità dell'istanza presentata ai sensi dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001, che prevede quale unica ipotesi di riedizione del procedimento originario

la “sanatoria” dei vizi formali che inficiano quelli originari e che stanno alla base dell’annullamento. Quanto detto a prescindere dall’impatto dell’esecuzione dell’ordine di demolizione di cui al giudicato penale sulla vicenda, sfociato nella pure ricordata decisione di non procedervi, per superiore interesse pubblico, ma ferma restando la previa acquisizione dell’area. La pretesa sottoscrizione di un atto di cessione di cubatura al fine di rinnovare il titolo abilitativo non può in alcun modo trovare fondamento nella norma invocata, né, trattandosi di scelta dell’Amministrazione, in altre, ovvero in obblighi negoziali preesistenti, cui comunque le parti non hanno fatto alcun cenno e il cui rispetto esulerebbe comunque dal perimetro della controversia.

26. Infine, e per completezza, gli appellanti nulla dicono sull’ulteriore motivo di rigetto dell’istanza (atto plurimotivato nei sensi già esplicitati) ovvero la genericità della riferibilità delle quote mancanti a ciascuno dei richiedenti, singolarmente intesi, giusta la natura composita di plurime unità residenziale del complesso immobiliare in controversia. L’implicito riferimento alla sottesa volontà dell’Ente di pretendere autonome domande di sanatoria, esponendo «*gli appellanti inevitabilmente a dei costi non dovuti*» (pag. 22 dell’atto di appello) non appare infatti sufficiente a incidere il diverso percorso ermeneutico seguito dal Comune di -OMISSIS-

26.1. Nessuna errata motivazione, errata violazione o illogicità della motivazione, come sostenuto dagli appellanti, può essere addebitata alla pronuncia del giudice di prime cure laddove considera l’acquisto/cessione dell’area quale elemento indispensabile a consentire il mantenimento della cubatura realizzata, riferendo, di certo non interpretando in maniera erronea, la ricostruzione effettuata nella sentenza penale e nel contempo evidenziando la circostanza, pure ivi acclarata, della esistenza

di «*volumetria non coperta da indice volumetrico di zona*», impossibile da sussumere a vizio meramente procedurale.

27. Proprio alla luce dei principi contenuti nella ricordata pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 17/2020, la situazione fin qui descritta non poteva rientrare tra le ipotesi sanabili ai sensi dell'art. 38 del T.u.e., che concerne vizi che riguardano forma e procedura non lo stato di fatto e di diritto che, alla luce della condivisibile valutazione in concreto operata dall'amministrazione, necessitavano di modificare l'assetto giuridico sottostante mediante una propria precisa condotta attiva che le parti vorrebbero imporre.

28. Per tutto quanto sopra detto, l'appello deve essere respinto e per l'effetto deve essere confermata la sentenza del Tar Umbria n.-OMISSIS-.

29. La complessità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare gli appellanti e le Società intimare.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonella Manzione, Presidente FF

Cecilia Altavista, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere

Valerio Valenti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Valerio Valenti

IL PRESIDENTE

Antonella Manzione

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.