

Pubblicato il 22/04/2021

N. 03266/2021REG.PROV.COLL.  
N. 01510/2019 REG.RIC.  
N. 01708/2019 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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1510 del 2019, proposto dai signori Romano Confortola ed Olga Salari, rappresentati e difesi dagli avvocati Alessandra Berra, Manuela Fiore e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II 349;

*contro*

il Comune di Livigno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Enrico Pedrana e Luca Vianello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

*nei confronti*

della signora Lucia Silvestri, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Santamaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

sul ricorso numero di registro generale 1708 del 2019, proposto dal Comune di Livigno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Enrico Pedrana e Luca Vianello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

*contro*

Lucia Silvestri, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Santamaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

*nei confronti*

dei signori Romano Confortola ed Olga Salari, rappresentati e difesi dagli avvocati Alessandra Berra, Manuela Fiore e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II 349;

*per l'annullamento ovvero la riforma*

*previa concessione di misura cautelare*

della sentenza del TAR Lombardia, sede di Milano, sez. II 17 gennaio 2019 n.98, che ha pronunciato sui ricorsi riuniti nn.2087/2018 e 2201/2018, proposti per l'ottemperanza della sentenza del TAR Lombardia, sede di Milano, sezione II 27 aprile 2016 n.813, confermata dalla sentenza Consiglio di Stato sez. IV 19 marzo 2018 n.1725, sentenza di I grado che aveva a sua volta accolto il ricorso n.1850/2015 R.G. proposto dalla controinteressata Lucia Silvestri per l'annullamento del permesso di costruire 19 marzo 2015 prot. n.5538, pratica 32-372/2014, rilasciato dal Comune di Livigno a Romano Confortola ed Olga Salari per lo spostamento e la rilocalizzazione più a valle del fabbricato rurale sito a Livigno, località Pémont, distinto al catasto al foglio 29, mappali 322 e

1329, con successivo intervento di ristrutturazione edilizia architettonica interna della struttura, trasformazione d'uso in civile abitazione, realizzazione di vani accessori interrati e ricostruzione di parti asseritamente crollate dell'edificio originario;

(ricorso n.2087/2018)

proposto da Lucia Silvestri per l'ottemperanza alla sentenza suddetta e di conseguenza per la dichiarazione di nullità e in subordine per l'annullamento:

a) del provvedimento 9 luglio 2018 prot. n.15716 del Responsabile del Servizio Urbanistica ed edilizia privata del Comune di Livigno, di chiusura del procedimento conseguente alle suddette sentenze TAR Lombardia Milano 813/2016 e C.d.S. sez. IV 1725/2018, nella parte in cui applica a Romano Confortola ed Olga Salari la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 del T.U. 6 giugno 2001 n.380 in luogo della demolizione;

b) dell'atto 17 luglio 2018 prot. n.16563, con il quale il predetto Responsabile ha richiesto all'Agenzia delle entrate la stima del valore venale delle opere interessate, oggetto della sanzione pecuniaria;

c) della determinazione 13 agosto 2018 n.447, con cui il predetto Responsabile ha affidato all'Agenzia la predetta valutazione;

e di tutti gli atti comunque preordinati, connessi o consequenziali;

(ricorso n.2201/2018)

proposto da Romano Confortola ed Olga Salari per l'ottemperanza alla sentenza suddetta e di conseguenza per la dichiarazione di nullità e in subordine per l'annullamento:

a) del medesimo provvedimento 9 luglio 2018 prot. n.15716, nella parte in cui dispone la riduzione in pristino di parte del fabbricato interessato;

b) dell'ordinanza 20 luglio 2018 n.94, notificata il successivo 21 luglio, con la quale il medesimo Responsabile ha ingiunto a Romano Confortola ed Olga Salari la demolizione della parte di fabbricato non assoggettabile a

sanzione pecuniaria;

e di ogni atto preordinato, conseguente e comunque connesso.

In particolare, la sentenza appellata ha riunito i ricorsi nn.2087/2018 e 2201/2018, accolto il ricorso n.2087/2018, dichiarato la nullità del provvedimento 9 luglio 2018 prot. n.15716 del Comune di Livigno e di tutti gli atti consequenziali, inclusa l'ordinanza di demolizione 20 luglio 2018 n.94, ordinato al Comune di eseguire la sentenza ottemperanda e dichiarato improcedibile il ricorso n.2201/2018;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Livigno, di Lucia Silvestri e di Romano Confortola ed Olga Salari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2021 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti gli avvocati Alessandra Berra, Maria Alessandra Sandulli, Luca Enrico Pedrana e Bruno Santamaria, i quali partecipano alla discussione orale ai sensi dell'art. 25 d.l. 137/2020

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Gli appellanti nel procedimento 1510/2019 R.G. di questo Giudice, ovvero Romano Confortola ed Olga Salari sono proprietari a Livigno di un fabbricato rurale, che si trova in località Pémont, è distinto al catasto al foglio 29, mappali 322 e 1329 ed è costituito da una tradizionale “tea”, ovvero, nell’assetto originario, da una costruzione di legno con tetto a doppia falda, a due piani, di cui quello inferiore adibito a stalla e quello superiore a fienile, delle dimensioni di mt. 6,10 x 5,7 in pianta (doc. 2 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018, provvedimento 9 luglio 2018 di cui in epigrafe; doc. 11 in I grado *idem*, fotografie dello stato attuale dei luoghi).

2. Per tale immobile, Romano Confortola ed Olga Salari hanno a suo

tempo ottenuto dal Comune un permesso di costruire, 19 marzo 2015 prot. n.5538, pratica 32-372/2014, per spostarlo, rilocalizzarlo più a valle, ristrutturarlo e trasformarlo in abitazione, realizzando alcuni vani accessori interrati e un ampliamento, qualificato come ricostruzione di presunte parti crollate dell'edificio originario (doc. 11 in I grado, cit.).

3. Eseguito l'intervento, il permesso di costruire in questione è stato impugnato da una vicina, ovvero Lucia Silvestri, attuale ricorrente in ottemperanza in I grado nel procedimento 2087/2018 e appellata in questa sede, con l'originario ricorso di legittimità 1850/2015 R.G. TAR Lombardia, sede di Milano.

4. Con sentenza della sezione II 27 aprile 2016 n.813, il TAR Lombardia Milano, ha accolto questo ricorso 1850/2015, e annullato il permesso di costruire stesso.

5. L'appello proposto contro questa sentenza dal Comune intimato è stato respinto, con sentenza di questa Sezione 19 marzo 2018 n.1725, e si è quindi formato il giudicato.

6. A seguito di tale annullamento giurisdizionale e del giudicato, il Comune ha provveduto così come segue.

6.1 Con nota 27 aprile 2018 prot. n. 9381 (doc. 1 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018), ha comunicato alle parti, ovvero a Romano Confortola ed Olga Salari, titolari del permesso annullato, e a Lucia Silvestri, la vicinante che ne aveva ottenuto l'annullamento, di avere avviato un procedimento amministrativo volto all'applicazione delle misure di cui all'art. 38 del T.U. 6 giugno 2001 n.380.

6.2 Come si ricorda per chiarezza, la norma riguarda gli *“interventi eseguiti in base a permesso annullato”*, prevede la cd fiscalizzazione dell'abuso, e per quanto interessa dispone testualmente: *“In caso di annullamento del permesso, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del*

*competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa (comma 1). L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36 (comma 2)''.*

6.3 Con il provvedimento 9 luglio 2018 prot. n.15716 di cui in epigrafe (doc. 2 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018) ha chiuso tale provvedimento, e all'esito: a) ha applicato a Romano Confortola ed Olga Salari, quali proprietari titolari del permesso di costruire annullato, la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 T.U. 380/2001, rinviando per liquidarla ad un successivo atto della competente Agenzia delle entrate, quanto al manufatto preesistente, ovvero la tea originaria così come spostata di sede, e all'interrato sottostante di nuova realizzazione; b) ha ordinato la demolizione, poi imposta con la successiva ordinanza 20 luglio 2018 n.94 (doc. 10 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018), della porzione oggetto di ampliamento e del volume interrato ad essa sottostante, ovvero del corpo di fabbrica a monte, di mt. 6,90 x 5,60 in pianta, realizzato in muratura quale presunto recupero delle parti crollate.

7. Il provvedimento 9 luglio 2018 arriva a questa conclusione attraverso una serie di passaggi della motivazione che vanno di seguito riassunti.

7.1 Preliminarmente, esso premette di voler considerare, in base ad un'interpretazione dell'art. 38 T.U. 380/2001 ritenuta corretta, come eccezionale la demolizione delle opere, e di voler privilegiare la riedizione del titolo emendato da vizi, ovvero la sanzione pecuniaria.

7.2 Ciò posto, il provvedimento considera impossibile eliminare i vizi della procedura e rilasciare un nuovo titolo. Ciò sulla base di quanto sostenuto dalla sentenza di annullamento, per cui alla zona in questione si deve

applicare l'art. 23 delle Norme tecniche di attuazione – NTA dello strumento urbanistico, e quindi non si possono assentire interventi eccedenti il restauro conservativo, nella specie non configurabile.

7.3 Lo stesso provvedimento ritiene impossibile la rimessione in pristino, ovvero, come espressamente detto, la ricollocazione della tea nel sedime originario, per due ragioni. In primo luogo, dà atto che la tea si trovava all'interno della fascia di rispetto inedificabile del torrente "Val del Galdo", a rischio di esondazione; ritiene quindi illogico ricollocarla in tale posizione. In secondo luogo, dà pure atto che l'originaria posizione della tea rientrava nella zona terminale di una frana attiva, censita dalla Carta dei vincoli dello strumento urbanistico, frana che già in passato aveva posto a rischio il fabbricato, urtandolo e spingendolo in avanti.

7.4 Di seguito, il provvedimento afferma che, contrariamente a quanto ritenuto dall'originaria ricorrente, la tea ha mantenuto la sua identità di edificio storico tipico, e vi è interesse dell'amministrazione a conservarla nella posizione attuale, tra l'altro maggiormente idonea all'accesso di mezzi di soccorso in caso di necessità.

7.5 Il provvedimento conclude affermando che quanto esposto vale per il manufatto preesistente e per l'interrato realizzato al di sotto, che non si potrebbe demolire senza pregiudizio della tea soprastante; non vale invece per l'ampliamento, dato che la pronuncia di annullamento ha escluso che lo si potesse ritenere ricostruzione di una preesistenza. Pertanto, il provvedimento, come si è visto, conclude per la fiscalizzazione dell'abuso quanto alla tea, e per la demolizione del resto.

8. Contro tale provvedimento, contro gli atti successivi pure indicati in epigrafe, che hanno determinato in € 74.965/00 la sanzione (doc. 12 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018, relazione Entrate), e contro l'ordinanza di demolizione di cui si è detto, sono stati proposti due distinti ricorsi, qualificati in principalità come ricorsi per

ottemperanza della sentenza TAR Lombardia Milano 813/2016 e per la dichiarazione di nullità per contrasto con il relativo giudicato degli atti stessi, e in subordine come ricorsi per annullamento di essi.

9. Con il primo ricorso, n.2087/2018, l'originaria ricorrente, ovvero Lucia Silvestri, ha impugnato gli atti sostenendo, in sintesi estrema, che la corretta esecuzione del giudicato comporterebbe l'integrale demolizione di tutto quanto realizzato.

10. Con il secondo ricorso, n. 2201/2018, Romano Confortola ed Olga Salari, proprietari e originari intestatari del permesso annullato, hanno reagito contro l'ordine di demolizione dell'ampliamento, sostenendo, sempre in sintesi estrema, la possibilità di conservarlo contro pagamento di una sanzione ulteriore.

11. Con la sentenza meglio indicata in epigrafe, il TAR Lombardia Milano ha riunito i ricorsi nn.2087/2018 e 2201/2018, accolto il ricorso n.2087/2018, dichiarato la nullità del provvedimento 9 luglio 2018 e di tutti gli atti consequenziali, inclusa l'ordinanza di demolizione 20 luglio 2018 n.94, ordinato al Comune di eseguire la sentenza ottemperanda mediante demolizione dell'intero manufatto, e dichiarato di conseguenza improcedibile il ricorso n.2201/2018.

12. Contro tale sentenza, sono stati proposti due distinti appelli.

12.1 Il primo, rubricato al n.1510/2019 R.G., è stato proposto dai proprietari dell'immobile Romano Confortola ed Olga Salari, in sintesi allo scopo ultimo di conservare la parte del provvedimento 9 luglio 2018 che consente di mantenere la struttura originaria della tea, e di veder invece annullare la parte di esso che impone la demolizione dell'ampliamento

12.2 Il secondo, rubricato al n. 1708/2019 R.G., è stato proposto invece dal Comune, allo scopo invece di conservare il provvedimento 9 luglio 2018 nel suo assetto originario.

13. In dettaglio, Romano Confortola ed Olga Salari, appellanti nel

procedimento 1510/2019 R.G., hanno dedotto cinque censure, corrispondenti secondo logica a quattro motivi, così come segue:

- con il primo di essi, corrispondente alle censure prima e seconda alle pp. 5 e 14 dell'atto, deducono violazione dell'art. 38 del T.U. 380/2001. In ordine logico, premettono in proposito che la norma va considerata come norma speciale di favore, rispetto all'ordinario regime sanzionatorio degli abusi edilizi, e sottolineano come essa non obblighi in generale l'amministrazione a demolire l'opera cui si riferisce il titolo annullato, ma le conferisca al riguardo un potere sostanzialmente discrezionale. Ciò posto, sostengono la razionalità e correttezza delle scelte compiute dall'amministrazione con il provvedimento 9 luglio 2018 quanto alla tea originaria, e criticano la sentenza impugnata per avere ritenuto che esse sarebbero precluse dal giudicato formatosi;

- con il secondo motivo, corrispondente alle censure terza e quarta alle pp. 17 e 18 dell'atto, deducono ulteriore violazione dell'art. 38 T.U. 380/2001, sotto il profilo relativo alla parte del provvedimento 9 luglio 2018 la quale impone la demolizione dell'ampliamento, anche quanto alla lesione che si sarebbe così arrecata al loro diritto di proprietà. Criticano infatti la sentenza di I grado per avere affermato che la parziale demolizione dell'immobile non potrebbe recare pregiudizio alla parte restante perché essa sarebbe non legittimamente assentita. Sostengono infatti che tale tipo di valutazione sarebbe estranea a quella prevista dall'art. 38, la quale si ispirerebbe a ragioni di opportunità e di non aggravio economico eccessivo sul proprietario;

- con il terzo motivo, corrispondente alla terza parte della quinta censura, a p. 23 dell'atto, deducono ancora violazione dell'art. 38 T.U. 380/2001, quanto all'ordinanza di demolizione dell'ampliamento 24 luglio 2018; in proposito sostengono che il pregiudizio alla parte restante dell'immobile, che peraltro il provvedimento 9 luglio 2018 esclude solo in modo

dubitativo, invece sussisterebbe, sulla base di una perizia tecnica da loro predisposta (doc. 14 in I grado ricorrente in ottemperanza nel ricorso 2087/2018):

- con il quarto motivo, corrispondente alle parti prima e seconda della quinta censura, alle pp. 19 e 21 dell'atto, deducono infine violazione dell'art. 31 del T.U. 380/2001, sostenendo che le ulteriori sanzioni previste dall'ordinanza di demolizione 20 luglio 2018 per il caso di inottemperanza non si applicherebbero in casi come il presente, in cui si tratta di titolo non mancante all'origine, ma annullato in sede giurisdizionale.

14. Sempre nel procedimento 1510/2019, l'appellata Lucia Silvestri ha resistito, con memoria 5 marzo 2013, contenente anche appello incidentale. Nella memoria in questione, chiede che l'appello sia respinto, e propone come si è detto appello incidentale contro il capo della sentenza che ha compensato le spese.

15. Ancora nel procedimento 1510/2019, il Comune ha resistito, con memoria 11 marzo 2019, in cui chiede che l'appello sia accolto quanto alla parte che riguarda la tea originaria, e respinto nel resto.

16. Parallelamente, nel ricordato procedimento 1708/2019, il Comune appellante ha dedotto tre motivi di appello, così come segue:

- con il primo di essi, deduce violazione dell'art. 38 T.U. 380/2001, quanto alla parte del provvedimento 9 luglio 2018 che riguarda la tea originaria, in termini sostanzialmente identici a quelli dedotti nel primo motivo dell'appello 1510/2019;

- con il secondo motivo, deduce ulteriore violazione dell'art. 38, nonché violazione dell'art. 36 del T.U. 380/2001 e critica la sentenza impugnata per aver ritenuto che la sanzione pecuniaria si sarebbe potuta applicare solo in presenza della cd doppia conformità delle opere, nonché nel caso in cui la demolizione parziale non si potesse realizzare senza pregiudizio della parte conforme, condizioni che ad avviso del Giudice di I grado mancherebbero

entrambe, essendo l'opera del tutto abusiva;

- con il terzo motivo, chiede infine la reiezione del ricorso di I grado dei proprietari, 2201/2018, per il caso in cui esso sia riproposto, come in effetti avvenuto.

17. Con memoria 11 marzo 2019 sempre nel procedimento 1708/2019, il Comune ha ribadito le sue asserite ragioni.

18. Sempre nel procedimento 1708/2019, hanno resistito Romano Confortola ed Olga Salari, qui intimati, con memoria 2 marzo 2019, in cui si riservano di concludere, nonché sempre Lucia Silvestri, qui appellata, con memoria 5 marzo 2013, contenente anche appello incidentale, di contenuto identico a quella depositata nel procedimento 1510/2019.

19. Alla camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019, fissata per decidere le domande cautelari proposte in entrambi i procedimenti, 1510/2019 e 1708/2019, la Sezione, con ordinanza 15 marzo 2019 n.1326, li ha riuniti, in quanto proposti contro la stessa sentenza, ed ha sospeso l'esecutività della sentenza stessa, allo scopo di mantenere inalterata la situazione di fatto in attesa della decisione di merito, per la quale ha fissato la successiva camera di consiglio.

20. Nei ricorsi così riuniti, le parti, ovvero la vicinante, il Comune ed i proprietari, hanno poi ribadito le rispettive asserite ragioni, ciascuna con memorie 19 novembre e repliche 22 novembre 2019.

21. Alla camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2019, fissata come sopra detto, la Sezione ha trattenuto la causa in decisione e all'esito, ha rilevato, con ordinanza 23 dicembre 2019 n.8676, che gli atti impugnati potrebbero essere qualificati non elusivi del giudicato, ma annullabili per illegittimità propria, eventualità del resto che le parti si sono prospettate, nel momento in cui hanno proposto il ricorso introduttivo di I grado come ricorso per ottemperanza, ma presentato con i requisiti idonei a farlo valere, ove del caso, come ordinario ricorso per annullamento; ha quindi disposto

cambiamento del rito da camerale ad ordinario e fissato a tal fine la pubblica udienza di discussione al giorno 20 febbraio 2020.

22. Le parti, con memorie 20 gennaio e repliche 30 gennaio 2020 hanno ulteriormente insistito sulle rispettive posizioni.

23. All'esito dell'udienza del 20 febbraio 2020, fissata a seguito dell'ordinanza predetta, la Sezione ha quindi emesso l'ordinanza 11 marzo 2020 n.1735, con la quale ha rimesso all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio la decisione sulla questione relativa ai limiti entro i quali è ammissibile la fiscalizzazione dell'abuso, rilevante nel caso in esame.

24. L'Adunanza Plenaria, con sentenza 7 settembre 2020 n.17 ha quindi deciso così come segue.

24.1 In primo luogo, ha stabilito il principio di diritto per cui: *“i vizi cui fa riferimento l'art. 38 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione”*.

24.2 Ciò posto, ha prescritto alla Sezione di “fare applicazione del principio appena enunciato” aggiungendo che la Sezione stessa “ove - come appare evidente dalla disamina degli atti - ritenesse che i vizi del titolo a suo tempo rilasciato, che ne hanno provocato l'annullamento in sede giurisdizionale, siano relativi all'insanabile contrasto del provvedimento autorizzativo con le norme di programmazione e regolamentazione urbanistica, [dovrà] escludere l'applicabilità del regime di fiscalizzazione dell'abuso in ragione delle non rimovibilità del vizio”.

24.3 Infine, sempre l'Adunanza Plenaria ha precisato che rimangono “affidati alla prudente valutazione della Sezione gli eventuali altri accertamenti in fatto relativi alla sussistenza dell'altra condizione, pur prevista dall'art. 38, di “impossibilità della riduzione in pristino”, sulla quale i proprietari pure insistono”.

25. Con memorie 15 febbraio e repliche 25 febbraio 2021, le parti hanno

ribadito le rispettive posizioni. In particolare, Lucia Silvestri ha sostenuto, richiamandosi ad una documentata relazione tecnica contestualmente prodotta, che la tea originaria non esisterebbe più e sarebbe stata sostituita da una nuova costruzione diversamente strutturata, sì che unica sanzione possibile sarebbe la demolizione. Romano Confortola ed Olga Salari hanno invece sostenuto che l'interesse al ricorso della vicina sarebbe in realtà venuto meno. Ricordano infatti che nel ricorso iniziale l'interesse al ricorso dedotto dalla vicina si sarebbe fondato sull'asserito aggravamento che l'intervento avrebbe arrecato alla servitù di passo gravante sul terreno di sua proprietà. Sostengono allora che tale situazione sarebbe completamente superata per effetto di un nuovo ed autonomo accesso al loro fondo concesso dal Sindaco nell'ottobre 2019 con autorizzazione al transito (doc.2 controinteressati) sulla strada agrosilvopastorale posta a monte ed evidenziata nella ortofoto prodotta al doc.1 controinteressati.

26. All'udienza del 18 marzo 2021, la Sezione ha infine trattenuto i ricorsi in decisione.

27. Preliminarmente, va respinta l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse da parte di Lucia Silvestri, riferita secondo logica al ricorso di I grado 2087/2018 da lei proposto, così come dedotta da Romano Confortola ed Olga Salari nella loro memoria 15 febbraio 2021 a p. 8, in dipendenza dal fatto che costoro avrebbero ottenuto il titolo per creare un nuovo accesso al loro fondo, indipendente dalla servitù di passo sul terreno di Lucia Silvestri. È sufficiente osservare che il nuovo accesso va ad aggiungersi a quello possibile attraverso la servitù, ma non la sostituisce, dato che essa non consta rinunciata o altrimenti estinta, e quindi non va a mutare l'aggravamento di essa che, come non è stato contestato, la costruzione per cui è causa avrebbe prodotto. L'interesse di Lucia Silvestri come fondato in questi termini rimane quindi inalterato.

28. Ciò posto, in ordine logico vanno esaminati per primi gli appelli principali nei procedimenti 1510/2019 e 1708/2019, che riguardano il merito della controversia, mentre gli appelli incidentali negli stessi procedimenti riguardano il capo accessorio relativo alle spese.

29. Sempre in ordine logico, degli appelli principali 1510/2019 e 1708/2019, vanno esaminati congiuntamente anzitutto il primo motivo dell'appello 1510/2019 nonché il primo ed il secondo dell'appello 1708/2010, che sono congiunti fra loro in quanto relativi alla medesima questione, ovvero all'applicabilità dell'art. 38 T.U. 380/2001 alla tea originaria. Tali motivi sono tutti fondati, nei termini di cui subito.

29.1 Occorre partire dai principi dettati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 17/2020 di cui sopra, secondo la quale la fiscalizzazione dell'abuso richiede, in sintesi, due condizioni entrambe sufficienti, ma non necessarie. La prima consiste nel carattere formale dell'abuso, nel senso che si tratti di un vizio della forma del titolo, o della procedura di rilascio, che sia di impossibile rimozione. Questa condizione è implicitamente esclusa nel caso presente dalla stessa sentenza 17/2020, e questa valutazione va resa esplicita e confermata. Infatti avere realizzato, in sintesi estrema, un intervento eccedente il restauro conservativo, nel momento in cui esso era il massimo intervento ammesso nella zona interessata, integra sicuramente un "insanabile contrasto del provvedimento autorizzativo con le norme di programmazione e regolamentazione urbanistica" nel senso voluto dalla Plenaria, che esclude quindi la fiscalizzazione.

29.2 Si deve però, sempre seguendo la sentenza 17/2020, verificare la "sussistenza dell'altra condizione, pur prevista dall'art. 38, di impossibilità della riduzione in pristino", a sua volta sufficiente, ove accertata, ad accordare la fiscalizzazione. In proposito, la Sezione è dell'avviso che essa, limitatamente all'originaria tea, effettivamente sussista, e quindi che la sanatoria vada accordata, nei termini originariamente previsti dal

provvedimento impugnato.

29.3 Come si è detto sopra al § 7, l'originario provvedimento comunale 9 luglio 2018 fa una valutazione di questo tipo; afferma infatti che la tea abbia mantenuto, nella sostanza, la sua identità di edificio storico originario, e che la rimessione in pristino non sia possibile perché significherebbe ricollocare la struttura nella posizione originaria, operazione non consentita dalla presenza della fascia di rispetto di un torrente e del cono terminale di una frana.

29.4 Ad avviso del Collegio, si tratta di un apprezzamento corretto e congruo, per un rilievo di ordine logico, prima che giuridico. Di rimessione in pristino, possibile o impossibile che essa sia, si può parlare, con tutta evidenza, nel solo caso in cui siano individuabili due stati dello stesso oggetto, ovvero uno stato attuale, sul quale intervenire, e uno stato preesistente, che dovrebbe essere recuperato attraverso la "rimessione". Nel caso presente, ciò si verifica, in primo luogo appunto perché si può parlare di uno stesso oggetto, la tea originaria, e poi perché questi due stati sono effettivamente individuabili, come costituiti l'uno dallo stato attuale della tea, come ristrutturata dai proprietari interessati, e l'altro dal suo aspetto nella collocazione originaria.

29.5 Ciò premesso, è corretto dire quanto dice il Comune, ovvero che rispetto alla parte di costruzione corrispondente alla tea originaria, la rimessione in pristino non è possibile perché, a parte ogni altra considerazione, riportare la struttura nella sua posizione originaria non è consentito per le ragioni appena indicate.

29.6 La difesa di Lucia Silvestri ha contestato questa conclusione, da ultimo con una relazione tecnica (doc. F) e con le allegate fotografie, che rappresentano lo stato della costruzione precedente all'intervento (doc. I) e attuale (doc. L). La relazione in questione sostiene infatti che l'intervento eseguito dai proprietari sull'immobile originario non si potrebbe qualificare

come restauro secondo le regole proprie dell'architettura, in buona sostanza perché ha trasformato quello che era un fienile con stalla annessa in un'abitazione potenzialmente utilizzabile tutto l'anno per soggiornarvi. Ciò da un lato è indiscutibile, se non altro perché l'annullamento del permesso di costruire originario è dovuto al fatto che si sono ecceduti i limiti del restauro conservativo consentito, dall'altro però non supera le conclusioni alle quali è pervenuto il Comune. Le due fotografie allegate consentono infatti di dire che il bene, all'occhio del comune osservatore, ha mantenuto la sua leggibilità in termini di costruzione tradizionale, pur se adattata nell'interno e nelle dotazioni alla vita moderna, allo stesso modo in cui è legittimamente avvenuto per molte costruzioni storiche site anche nelle città d'arte italiane.

30. Ancora in ordine logico, vanno esaminati il secondo ed il terzo motivo dell'appello principale 1510/2019 e il terzo motivo dell'appello 1708/2019, che ne chiede in sostanza la reiezione, perché essi riproducono il contenuto sostanziale del ricorso di I grado di Romano Confortola e di Olga Salari, ovvero del ricorso 2201/2018). Questi motivi sono congiunti perché riguardano a loro volta una stessa questione, ovvero l'applicabilità dell'art. 38 T.U. 380/2001 all'ampliamento; di essi, i primi due vanno respinti, e specularmente il terzo va accolto, nei termini di cui subito.

30.1 Sempre partendo dai principi di cui alla sentenza 17/2020 della Plenaria, la realizzazione dell'ampliamento all'evidenza non soddisfa la prima delle possibili condizioni sufficienti per ottenere la fiscalizzazione. Vi è infatti anche in questo caso un "insanabile contrasto del provvedimento autorizzativo con le norme di programmazione e regolamentazione urbanistica", perché, come si è visto sopra al § 7 la pronuncia di annullamento del titolo edilizio ha accertato che si trattava non di ricostruzione di una struttura preesistente, ma di realizzazione di un volume nuovo, come tale non consentita in quella zona.

30.2 Nel caso di specie, però, il provvedimento 9 luglio 2018 ha ritenuto che la rimessione in pristino sia possibile, e sia rappresentata dalla demolizione del manufatto stesso. In base ai criteri descritti, ciò va ritenuto corretto, perché qui il pristino stato cui ritornare è riconoscibile, essendo rappresentato dall'assenza della costruzione, ed è ripristinabile, perché ciò avviene appunto con la demolizione di essa.

30.3 La difesa di Lucia Silvestri ha contestato anche questa conclusione, sempre con la relazione tecnica doc. F di cui si è detto, in cui sostiene, sempre in sintesi, che la demolizione dell'ampliamento non consentirebbe di mantenere la parte corrispondente alla tea originaria. A lettura della relazione stessa, però, si ricava che la conclusione è solo dubitativa. L'esperto di parte esamina infatti in primo luogo il caso in cui l'ampliamento venisse demolito puramente e semplicemente, senza alcuna opera di consolidamento della parte rimanente. Si tratta, come è evidente, di un'ipotesi limite, perché di fatto una demolizione non avviene senza riguardo per le parti di edificio da lasciare intatte. Di seguito, infatti, lo stesso esperto esamina le opere di consolidamento a suo avviso necessarie, salvo concludere (§ 6 dell'elaborato doc. F) che si tratterebbe di opere "importanti" a suo avviso in contrasto con la vigente disciplina urbanistica. Sul punto però occorre osservare che il carattere impegnativo di un'opera non ne esclude la possibile realizzazione, e che la loro presunta impossibilità giuridica non è argomentata.

31. Il quarto ed ultimo motivo dell'appello 1510/2019 va infine dichiarato inammissibile per carenza di interesse attuale, dal momento che la sanzione prospettata dal provvedimento impugnato è soltanto futura ed eventuale, dato che risulterà dovuta nel solo caso di inottemperanza al provvedimento del Comune, inottemperanza che potrebbe se mai configurarsi solo all'esito di questo giudizio.

32. In conclusione, gli appelli principali vanno accolti nella parte in cui

riguardano la tea originaria, quindi l'appello nel procedimento 1510/2018 va accolto in parte, mentre l'appello nel procedimento 1708/2019 va accolto per intero. L'appello principale nel procedimento 1510/2019 va invece respinto nella parte in cui riguarda l'ampliamento. Di conseguenza, vanno respinti gli originari ricorsi di I grado, il tutto come dettagliato nel dispositivo. L'effetto sostanziale, in conclusione, è quello di conservare intatto l'assetto di interessi creato dal Comune con l'originario provvedimento impugnato 9 luglio 2018 prot. n.15716 e con gli atti conseguenti, ovvero in sintesi il mantenimento della tea con fiscalizzazione del relativo abuso e la rimessione in pristino con demolizione dell'ampliamento realizzato.

33. La parziale reciproca soccombenza e la complessità e novità delle questioni trattate, che come si è visto hanno richiesto la rimessione all'Adunanza Plenaria di questo Giudice, sono giusto motivo per compensare per intero fra le parti le spese del giudizio. Per le stesse ragioni, vanno respinti gli appelli incidentali proposti da Lucia Silvestri in entrambi i procedimenti, 1510/2019 e 1708/2019, con i quali ha contestato il capo della sentenza di I grado che ha compensato le spese anche in quella sede.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti come in epigrafe proposti (ricorsi nn. 1510/2019 e 1708/2019), così provvede:

- a) accoglie in parte l'appello 1510/2019 quanto all'appello principale, lo respinge quanto all'appello incidentale;
- b) accoglie l'appello 1708/2019 quanto all'appello principale, lo respinge quanto all'appello incidentale;
- c) per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge entrambi i ricorsi di I grado (TAR Lombardia Milano, nn. 2087/2018 e 2201/2018 R.G.);

d) compensa per intero fra le parti le spese di questo giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021

con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Francesco Gambato Spisani**

**IL PRESIDENTE**

**Roberto Giovagnoli**

**IL SEGRETARIO**