

**SENTENZA**

Cassazione civile sez. un. - 28/06/2022, n. 20798

**Intestazione**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CURZIO	Pietro	-	Primo Presidente f.f.	-
Dott. TIRELLI	Francesco	-	Presidente di Sezione	-
Dott. TRAVAGLINO	Giacomo	-	Presidente di Sezione	-
Dott. MANZON	Enrico	-	Consigliere	-
Dott. SCODITTI	Enrico	-	Consigliere	-
Dott. GIUSTI	Alberto	-	Consigliere	-
Dott. MERCOLINO	Guido	-	Consigliere	-
Dott. PAGETTA	Antonella	-	Consigliere	-
Dott. CRUCITTI	Roberta	-	rel. Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 15882-2021 proposto da:

COMUNE DI CASTELFRANCO VENETO, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA F. CONFALONIERI 5, presso lo studio dell'avvocato ANDREA MANZI, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati PRIMO MICHIELAN ed ANDREA MICHIELAN;

- ricorrente -

contro

P.V., elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE DI VILLA GRAZIOLI 29, presso lo studio dell'avvocato MASSIMO ZACCHEO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati ALDO LAGHI e GIULIA CORONA;

- controricorrente -

nonché contro

ANTARES S.R.L., CECCHIN S.R.L.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 2712/2021 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 31/03/2021.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 05/04/2022 dal Consigliere CRUCITTI ROBERTA.

**FATTI DI CAUSA**

P.V. propose, innanzi al Tribunale amministrativo per la regione Veneto, quattro ricorsi, nei confronti del Comune di Castelfranco Veneto, lamentando che, nel biennio 2014-2016, avverso i quattro provvedimenti comunali con i quali veniva disposto e confermato di non adottare provvedimenti inibitori o repressivi avverso l'attività edilizia, avviata dall'Antares s.r.l., che aveva comportato violazione sull'altezza massima di una costruzione di quattro piani, confinante con l'edificio di proprietà della ricorrente.

Il T.A.R., riuniti i ricorsi, e dichiarato inammissibile l'ultimo, annullava gli atti impugnati, limitatamente alla parte in cui il Comune di Castelfranco si era determinato erroneamente riguardo la verifica dell'altezza del costruendo edificio e ordinava al Comune di Castelfranco di adottare i necessari provvedimenti di ripristino.

La decisione veniva appellata dal Comune di Castelfranco Veneto e dall'Antares s.r.l..

Il Consiglio di Stato (Sezione sesta), con la sentenza indicata in epigrafe, previa riunione delle impugnazioni, le rigettava.

Il Consiglio di Stato -che aveva, pregiudizialmente, sollevato la questione di legittimità costituzionale (dichiarata, poi, inammissibile dalla Corte Costituzionale) della L.R. del Veneto 8 luglio 2009, n. 14, art. 9, comma 8 bis, relativa al cosiddetto "piano casa" (che consentiva, a titolo di facoltà premiale un ampliamento rispetto all'immobile preesistente, demolito e ricostruito)- confermava l'interpretazione data alla norma regionale dal primo Giudice.

In particolare, il Consiglio di Stato -ricostruito il quadro normativo a partire dalla norma statale di riferimento, individuata nel D.P.R. n. 300 del 2001, art. 2 bis (Testo unico edilizia) che rendeva vincolanti, anche per le Regioni e le Province autonome, le distanze legali stabilite dal D.M. n. 1444 del 1968- osservava che la norma era stata modificata, prevedendo, ora, espressamente che gli incentivi volumetrici, eventualmente riconosciuti per l'intervento, possono essere realizzati anche con ampliamento fuori sagoma e con il superamento dell'altezza massima dell'edificio demolito, sempre nei limiti delle distanze legittimamente preesistenti e rilevava, anche in coerenza con il dato letterale, che la norma regionale individuava, un'ulteriore previsione di limite massimo per l'edificio realizzando, rispetto al preesistente, ovvero il 40 per cento dell'edificio oggetto di intervento. Ne conseguiva che l'entità della deroga al limite di altezza previste dal piano casa, nel caso in esame, era pari a metri 2,86 (ossia al 40 per cento dell'altezza dell'edificio preesistente) e non, come disposto dagli atti impugnati, dell'altezza dell'edificio circostante più alto.

Il Giudice amministrativo rigettava, poi, anche il secondo motivo di appello proposto dalla Società relativo alla tempestività degli originari ricorsi.

Avverso la sentenza il Comune di Castelfranco Veneto ha proposto ricorso, ex art. 110 c.p.amm, su tre motivi.

P.V. resiste con controricorso.

Antares s.r.l. e Cecchin s.r.l. non hanno svolto attività difensiva.

Il ricorso è stato avviato, ai sensi dell'art. 380-bis 1 c.p.c. alla trattazione in camera di consiglio, in prossimità della quale il ricorrente ha depositato memoria.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso-rubricato: violazione di legge art. 110 cpa - art. 362 c.p.c. - art. 34, comma 2, cpa sul divieto di esercizio del potere giurisdizionale, non oggetto di azione ed L. n. 241 del 1990, art. 19, commi 4 e 6 bis e la L. n. 241 del 1990, art. 21 nonies sul riesercizio poteri amministrativi di autotutela in materia di DIA/SCIA edilizia- il Comune di Castelfranco Veneto, premesso che l'ordine di ripristino, disposto dal primo Giudice, era stato oggetto di specifico motivo di appello, deduce come il Consiglio di Stato abbia confermato la sentenza di primo grado anche per tale capo, senza alcuna salvezza dello spazio discrezionale amministrativo, spettante al Comune per l'esercizio di atti discrezionali ulteriori, previsti dalla L. n. 241 del 1990, art. 19, commi 4 e 6 bis, sulla SCIA edilizia. Secondo la prospettazione difensiva, il Giudice amministrativo, così operando, con eccesso di potere giurisdizionale, aveva invaso, il merito amministrativo in materia di riesercizio di diniego di autotutela da DIA/SCIA edilizia, riservata alla competenza amministrativa, e ciò sotto un duplice profilo:

a) la mancanza di una domanda esplicita in tal senso avendo la ricorrente originaria impugnato esclusivamente l'atto di diniego comunale di esercizio dell'autotutela amministrativa;

b) la consunzione della ponderazione pubblicistica residua, puntuale e concreta, spettante al Comune, dopo l'annullamento giurisdizionale del diniego di autotutela.

2. Con il secondo motivo di ricorso -rubricato:violazione di legge art. 110 c.p.a.- art. 362 c.p.c., art. 34, c.p.a., comma 2 (sotto altro profilo) -in relazione all'art. 112 c.p.a., commi 1 e comma 2, lett. a) e b). -Difetto di giurisdizione per eccesso di potere giurisdizionale riservato alla P.A.- il ricorrente deduce che l'ordine di adottare i necessari provvedimenti di ripristino riguardo il rispetto dell'altezza contenuto nella sentenza del TAR del Veneto e confermato dal Consiglio di Stato, precluderebbe al Comune la valutazione di due sopravvenienze fattuali costituite dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 119 del 2020 e dalla legge Regione Veneto n. 14 del 2019.

3 Con il terzo motivo di ricorso-rubricato:Violazione di legge: art. 110 c.p.a. - art. 362 c.p.c. in relazione al D.M. n. 144 del 1968, art. 8 - norma interposta agli artt. 5,70,101 e 103 Cost. ed art. 117, commi 1, 2 e 3, lett. p) nonché art. 119 Cost., commi 1 e 2 difetto di giurisdizione sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale- si deduce che il C.d.S. avrebbe invaso il potere comunale di pianificazione urbana, introducendo nella disciplina urbanistica comunale di recepimento della L.R. n. 14 del 2009, art. 9, comma 8 bis cd. piano casa, un nuovo principio di limite massimo dell'altezza massima, prescritta dalla norma statale di principio sulle altezze massime D.M. n. 1444 del 1968, ex art. 8, come modificato dal sopravvenuto il D.L. n. 76 del 2020, art. 10 succ. e mod., disapplicando la normativa statale sulle altezze massime derogabili e pronunciando ultra petita.

4. Preliminarmente va rilevata l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla controricorrente, alla luce del principio reiteratamente statuito da queste Sezioni Unite (v. tra le altre, di recente, ordinanza n. 19084 del 14/09/2020; sentenza n. 23899 del 29/10/2020) secondo cui non è configurabile un giudicato implicito sulla giurisdizione in relazione ad una sentenza del giudice speciale di primo grado che sia astrattamente affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale, poiché all'interno del plesso giurisdizionale della Corte giurisdizionale, poiché all'interno del plesso giurisdizionale della Corte dei conti e del Consiglio di Stato, tale vizio non dà luogo ad un capo autonomo sulla giurisdizione autonomamente impugnabile, ma si traduce in una questione di merito del cui esame il giudice speciale di secondo grado viene investito con la proposizione dell'appello; pertanto, l'interesse a ricorrere alle Sezioni Unite potrà sorgere esclusivamente rispetto alla sentenza d'appello che, essendo espressione dell'organo di vertice del relativo plesso giurisdizionale speciale, è anche la sola suscettibile di arrecare un "vulnus" all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri, amministrativo e legislativo.

5. Il ricorso -con cui, come già detto, si deduce l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione nella sfera di merito e di discrezionalità della Pubblica amministrazione (in particolare, con il primo motivo, sul riesercizio di poteri amministrativi di autotutela in materia di DIA/SCIA edilizia e, con il secondo, per non avere consentito, con l'ordine di ripristino, all'Ente locale di esercitare il suo potere di valutazione di sopravvenienze fattuali e normative sopravvenute) e per invasione nella sfera legislativa (terzo motivo)- è inammissibile.

5.1 In ordine al dedotto eccesso di potere giurisdizionale per invasione nella sfera amministrativa le doglianze si appuntano, in concreto sull'ordine, ribadito dal Consiglio di Stato, attraverso la conferma della sentenza di primo grado, di riduzione in pristino.

In materia, costituisce *jus receptum* il principio secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, denunciabile con il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è configurabile soltanto quando l'indagine svolta dal Giudice amministrativo ecceda i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, dimostrandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, evidenzi l'intento dell'organo giudicante di sostituire la propria volontà a quella dell'Amministrazione, mediante una pronuncia che, in quanto espressiva di un sindacato di merito ed avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, non lasci spazio ad ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (cfr. Cass., Sez. Un., 24/05/2019, n. 14264; 26/11/ 2018, n. 30526; 2/02/2018, n. 2582).

E' quanto accade nelle ipotesi in cui il Giudice amministrativo invade arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla Pubblica Amministrazione attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, cioè compiendo atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, oppure sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali dell'Amministrazione, o ancora adottando decisioni finali c.d. autoesecutive, ovvero sia

interamente sostitutive delle determinazioni dell'Amministrazione, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito (cfr. Cass., Sez. Un., 9/11/2011, n. 23302; 15/03/1999, n. 137).

E' invece esclusa la possibilità di far valere, attraverso la deduzione del vizio in esame, errori in procedendo o in iudicando, la cui denuncia, implicando una censura di violazione delle norme processuali o sostanziali che regolano la fattispecie, non attiene all'essenza o ai limiti esterni della funzione giurisdizionale, ma alle modalità di esercizio della stessa da parte del Giudice amministrativo, e resta, pertanto, sottratta al sindacato spettante a queste Sezioni Unite sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (cfr. Cass., Sez. Un., 22/04/2013, n. 9687; 5/06/2006, n. 13076; 27/06/2003, n. 10287).

Nello specifico, poi, (vertendosi nel caso in esame di annullamento degli atti di diniego opposti dall'Amministrazione comunale all'istanza di annullamento della DIA/SCIA), questa Corte (Sez. U. n. 33013 del 20/12/2018) ha avuto modo di statuire che "non integra eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, l'accertamento, da parte del giudice amministrativo, della illegittimità di un provvedimento assunto dalla pubblica amministrazione in autotutela, atteso che anche l'esercizio di tale potere è soggetto al principio di legalità ex art. 97 Cost. ed è sottoposto al sindacato giurisdizionale, riguardando la sfera riservata al potere discrezionale le sole ragioni di convenienza e di opportunità dell'atto e non anche l'individuazione delle disposizioni legislative che la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare".

Ciò posto, va considerato che il Consiglio di Stato si è limitato, con la sentenza impugnata, a rigettare gli appelli (proposti dal Comune di Castelfranco Veneto e dalla Società nei cui confronti era stata rilasciata la DIA/SCIA) proposti avverso la prima decisione (che ha confermato integralmente condividendola), senza svolgere, neppure in motivazione, alcuna argomentazione relativamente all'ordine rivolto dal Tribunale amministrativo regionale al Comune di adottare i necessari provvedimenti di ripristino riguardo il rispetto dell'altezza.

Tale provvedimento, assunto dal T.A.R. quale conseguenza dell'annullamento degli atti impugnati perché la verifica della DIA, operata dal Comune di Castelfranco, non ha applicato i parametri di legge per quanto riguarda la verifica delle altezze, viene fondato sull'argomentazione che la DIA o la SCIA costituiscono titolo abilitante la costruzione conforme alle norme urbanistiche, ma, non invece, per quanto attiene le costruzioni difformi dalle norme urbanistiche. Le costruzioni difformi dalle norme urbanistiche costituiscono abuso edilizio per il quale il Comune ha, invece, l'obbligo di esercitare i propri poteri di vigilanza e di repressione, come riconosciuto dalla L. n. 241 del 1990, art. 19, comma 6 bis, secondo cui nei casi di SCIA, in materia edilizia, restano ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistica-edilizia, alle responsabilità e sanzioni previste dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dalle leggi regionali.

Alla luce di quanto sin qui esposto, va escluso il dedotto (con i primi due motivi) sconfinamento nella sfera riservata alla pubblica amministrazione, essendo stata la statuizione censurata adottata in conseguenza e quale necessario corollario della dichiarata illegittimità degli atti amministrativi impugnati, laddove di contro i mezzi, nei termini in cui sono formulati, tendono a rivisitare il percorso logico giuridico svolto dal Giudice amministrativo evidenziando errores in procedendo o in iudicando ovvero prospettando questioni di merito nuove e sopravvenute.

E' noto infatti, come rilevato anche da queste Sezioni Unite con la recente sentenza 18.2.2022 n. 5365, che la sentenza di annullamento del Giudice amministrativo, oltre a determinare un effetto demolitorio, consistente nell'eliminazione dello atto impugnato, che impone una riedizione del potere esercitato attraverso l'adozione dello stesso, produce anche un effetto conformativo, in quanto, evidenziando le ragioni dell'illegittimità, può contenere, ove il giudizio non si sia limitato all'accertamento della sussistenza di vizi formali o procedurali, l'individuazione delle corrette regole di condotta cui l'Amministrazione deve attenersi nell'attività futura; tale effetto vincola l'Amministrazione a porre in essere un'attività successiva conforme ai canoni di legittimità individuati dalla pronuncia di annullamento, e ciò non solo in presenza di un'attività vincolata, ma anche nel caso in cui si tratti di attività discrezionale, dovendosi necessariamente tener conto, a pena di elusione del giudicato, delle statuizioni contenute nella sentenza da eseguire, anche se i margini di discrezionalità non risultano interamente esauriti (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2/03/2020, n. 1489; 26/03/2019, n. 1986; 17/09/2013, n. 4623).

5.2 In ordine, infine, all'eccesso di potere giurisdizionale dedotto con il terzo motivo va rammentato che secondo la consolidata giurisprudenza di queste Sezioni Unite (v., di recente, ordinanza n. 36593 del 25/11/2021; Sentenza n. 19244 del 07/07/2021; id n27770 del 2020; n. 22711 del 2019) "in tema di sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. L'ipotesi non ricorre quando il Consiglio di Stato, attenendosi al compito interpretativo che gli è proprio, abbia individuato una "lacuna legis" nonché la disciplina applicabile per il suo riempimento, in quanto tale operazione ermeneutica può dar luogo, tutt'al più, ad un "error in iudicando" e non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale".

Alla luce di detti principi è evidente l'inammissibilità del mezzo, laddove, dalla lettura della sentenza impugnata, è agevole rilevare che il Consiglio di Stato non ha creato una norma ad hoc, ma attraverso l'attività interpretativa, costituente proprium della funzione giurisdizionale attribuita, ha ricostruito il quadro normativo e la regola conseguente applicabile al caso sottoposto al suo esame.

Alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso va dichiarato inammissibile.

Il ricorrente, soccombente, va condannato alla refusione, in favore della controricorrente, delle spese processuali nella misura liquidata in dispositivo.

Non vi è luogo a provvedere sulle spese nei confronti delle intimato che non hanno svolto attività difensiva.

Si dà atto, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

P.Q.M.

Dichiara il ricorso inammissibile.

Condanna il Comune di Castelfranco Veneto, in persona del Sindaco pro tempore, alla refusione in favore della controricorrente delle spese liquidate in complessivi Euro 6.000,00 oltre Euro 200,00 per esborsi, rimborso delle spese forfetarie nella misura del 15% e accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 5 aprile 2022.

Depositato in Cancelleria il 28 giugno 2022