



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 6883 del 2022, proposto da Roberto Pedranzini, rappresentato e difeso dall'avvocato Bruno Santamaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Tovo di Sant'Agata, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Ravizzoli e Rossana Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

della Paolo Gobbi Frattini S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Dario Marchesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Seconda, n. 1561/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Tovo di Sant'Agata e della Paolo Gobbi Frattini S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2024 il Cons. Alessandro Enrico Basilico, udito per il Comune l'avvocato Giovanni Muzi per delega dell'avvocato Angelo Ravizzoli, nonché viste le conclusioni scritte delle altre parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. L'appellante impugna la sentenza che ha respinto il ricorso proposto contro l'ordinanza di demolizione delle opere realizzate in forza di un permesso di costruire annullato in sede giurisdizionale e i motivi aggiunti presentati per censurare il diniego di applicazione di una sanzione pecuniaria in luogo della misura ripristinatoria, il verbale di accertamento dell'inadempienza, l'individuazione dell'area da acquisire e la definizione del relativo procedimento.

2. In punto di fatto si rileva che con permesso di costruire n. 127/2012 del 21 dicembre 2012 l'appellante era stato autorizzato a realizzare un nuovo fabbricato a uso tecnologico nel Comune di Tovo di Sant'Agata (si trattava, in particolare dell'edificazione di un immobile per il parcheggio di veicoli e di una palazzina antistante a uso uffici e servizi connessi, come esposto nella relazione tecnica allegata

all'istanza di rilascio del titolo, prodotta in primo grado dalla controinteressata quale doc. 2).

3. Il titolo era stato poi annullato con sentenza del TAR della Lombardia n. 1112 del 2017, passata in giudicato, in quanto all'epoca nell'area in questione potevano insediarsi solo edifici per "servizi alla viabilità" (art. 20 delle N.T.A. del P.R.G. vigente all'epoca), intesi come *«quelle destinazioni che si caratterizzano per il servizio reso alla generalità degli utenti della strada»*.

4. Facendo seguito alla pronuncia, con ordinanza di ripristino del 3 settembre 2018 il Comune ha ingiunto di procedere all'eliminazione delle opere realizzate, ritenendo preclusa una loro sanatoria.

5. L'interessato ha impugnato il provvedimento dinanzi al TAR della Lombardia.

6. In seguito, con istanza del 12 ottobre 2018 il proprietario ha chiesto al Comune di applicare una sanzione pecuniaria in luogo della demolizione del fabbricato.

7. Con provvedimento prot. 2711 del 27 novembre 2018 la domanda di "fiscalizzazione" dell'abuso è stata respinta.

8. L'interessato ha impugnato tale diniego con un primo atto di motivi aggiunti.

9. Con verbale prot. 1985 del 15 luglio 2021, reso all'esito di un sopralluogo svoltosi il 13 luglio 2021, il Comune ha accertato l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione.

10. Quindi, con determinazione n. 70 del 19 agosto 2021 il Comune, richiamando la giurisprudenza secondo cui l'effetto acquisitivo del bene abusivo non demolito avviene di diritto, ha dichiarato concluso e perfezionato l'iter di accertamento dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione, di cui al richiamato verbale del 15 luglio 2021, che ha individuato anche con esattezza l'area di sedime, preannunciando una successiva formale immissione nel possesso del fabbricato e aree correlate.

11. L'interessato ha impugnato il verbale e la determinazione con un secondo atto di motivi aggiunti.
12. Quindi, venuto a conoscenza di un secondo atto di accertamento, datato sempre 15 luglio 2021, egualmente riferito al sopralluogo del 13 luglio 2021, ma avente numero di protocollo diverso (1991), recante in allegato una planimetria con le aree da acquisire, e redatto ai fini della trascrizione nei registri immobiliari, ha proposto contro di esso un terzo atto di motivi aggiunti.
13. Nel giudizio di primo grado è intervenuta la controinteressata Paolo Gobbi Frattini S.r.l., chiedendo il rigetto delle domande del sig. Pedranzini.
14. All'esito del processo, il TAR ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, condannando il ricorrente al pagamento delle spese di lite del primo grado.
15. Nello specifico, il Tribunale ha condiviso la valutazione del Comune circa l'insussistenza dei presupposti per la "fiscalizzazione" dell'abuso, dato che il permesso di costruire era stato annullato per *«un vizio che non è esclusivamente formale ma attiene proprio alla sostanza del titolo e, in particolare, alla contrarietà del permesso alla normativa urbanistica vigente»* e non vi erano ostacoli di sorta alla rimozione dell'intervento; inoltre, ha respinto le censure contro l'acquisizione di un'area superiore a quella di sedime, osservando che *«si tratta di area pertinenziale di estensione minima rispetto a quanto indicato dalla normativa vigente e motivata nel verbale di accertamento»*.
16. L'interessato ha proposto appello contro la sentenza.
17. Nel giudizio di secondo grado si sono costituiti sia il Comune, sia la Paolo Gobbi Frattini S.r.l., chiedendo il rigetto del gravame.
18. La controinteressata ha in particolare eccepito l'inammissibilità dei motivi di appello con i quali sarebbero dedotte censure nuove contro gli atti impugnati in primo grado.

19. Nel corso del processo le parti hanno depositato scritti difensivi, approfondendo le rispettive tesi.

20. All'udienza del 2 luglio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

21. Con il primo motivo di appello, si deduce: *«ERROR IN IUDICANDO ET IN PROCEDENDO – OMESSA PRONUNCIA E OMESSA CONSIDERAZIONE DELLA INTERVENUTA INEFFICACIA DELL'ORDINANZA A SEGUITO PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA DI SANATORIA MEDIANTE APPLICAZIONE DELLA SANZIONE ALTERNATIVA ALLA DEMOLIZIONE EX ART. 38 DEL D.P.R. 380/2001»*.

Secondo l'appellante, il TAR non si sarebbe avveduto del fatto che l'avvenuta presentazione della domanda di applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto assimilabile a un'istanza di sanatoria, avrebbe comportato l'inefficacia dell'ordinanza di demolizione e imposto all'Amministrazione l'onere di adottare comunque un nuovo provvedimento repressivo a seguito del suo rigetto, con conseguente improcedibilità del ricorso introduttivo.

22. Il motivo è infondato.

A tutto concedere alla tesi dell'appellante, infatti, secondo un orientamento ormai prevalente, che il Collegio intende ribadire, la presentazione di un'istanza di sanatoria non rende inefficace l'ordinanza di demolizione, ma comporta solo la temporanea sospensione della sua esecutività, destinata a riprendere vigore – anche ai fini del decorso del termine per l'ottemperanza, pena l'acquisizione del bene abusivo al patrimonio comunale – con l'adozione di un provvedimento di rigetto, senza necessità di emanazione di una nuova ingiunzione (tra le tante si v. Cons. St., sez.

VII, sent. n. 7680 del 2023 e sez. II, sentt. n. 714 e n. 1708 del 2023). La c.d. fiscalizzazione di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, inoltre, ove ne sussistano i presupposti - il che non è nel caso di specie, giusta la natura del vizio che ha determinato l'annullamento in sede giurisdizionale del titolo - non dà luogo ad un procedimento di sanatoria, tipicamente ad istanza di parte e sul presupposto, quanto meno in base alla legislazione vigente *ratione temporis*, della doppia conformità, ma ne produce gli effetti, una volta corrisposta integralmente la sanzione pecuniaria, giusta la previsione in tal senso contenuta nel comma 2 della disposizione *de qua*.

23. Con il secondo motivo si deduce: «*ERROR IN IUDICANDO – OMESSA PRONUNCIA – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 31 E 38 DEL DPR N. 380/01 E S.M.I. – ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, ILLOGICITÀ*».

Secondo l'appellante, il TAR non si sarebbe pronunciato sulla censura mediante la quale si contestava l'ordinanza comunale per aver fatto illegittimamente applicazione dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 in luogo dell'art. 38 del medesimo decreto, il quale non prevede l'acquisizione del bene abusivo.

24. A prescindere dalla questione della sua ammissibilità, contestata dalla controinteressata, il motivo è infondato sul piano sostanziale.

L'appellante muove dalla non divisibile prospettiva secondo cui l'art. 31 e l'art. 38 del TUE detterebbero due diversi "regimi"; al contrario, si tratta di disposizioni che appartengono a un medesimo sistema e devono essere lette in correlazione l'una all'altra.

L'annullamento del permesso di costruire priva infatti l'immobile costruito del titolo che lo avrebbe dovuto legittimare, rendendo così applicabile l'art. 31, che ne prevede in primo luogo la demolizione; in presenza dei presupposti dell'art. 38, tuttavia, la costruzione può essere mantenuta previo versamento della somma pari al valore venale delle opere abusive (sul punto si v. Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 17 del 2020, secondo cui la "fiscalizzazione" costituisce *«un eccezionale temperamento al generale principio secondo il quale la costruzione abusiva deve essere sempre demolita; temperamento in ragione, non già della sostanziale conformità urbanistica (passata e presente) della stessa (oggetto della diversa fattispecie prevista dall'art. 36 cit.), ma della presenza di un permesso di costruire che ab origine ha giustificato l'edificazione e dato corpo all'affidamento del privato alla luce della generale presunzione di legittimità degli atti amministrativi»*): ne consegue che, in mancanza di tali condizioni, torna applicabile la regola generale che prevede il ripristino dello stato dei luoghi.

25. Quanto all'acquisizione del bene e dell'area di sedime al patrimonio del Comune, non si tratta di una conseguenza direttamente e automaticamente correlata alla natura abusiva dell'immobile, quanto di una vera e propria sanzione prevista per l'inosservanza dell'ordine di demolizione (a tal proposito si v. Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 16 del 2023, che specifica gli obblighi che gravano sul responsabile dell'illecito e sul proprietario o i suoi aventi causa precisando che *«a) fino a quando scade il termine fissato nell'ordinanza di demolizione, questi hanno il dovere di effettuare la demolizione, che, se viene posta in essere, evita il trasferimento della proprietà al patrimonio pubblico; b) qualora il termine per demolire scada infruttuosamente, i destinatari dell'ordinanza di demolizione commettono un secondo illecito di natura omissiva, che comporta, da un lato, la perdita ipso iure della proprietà del bene con la conseguente e connessa irrogazione della sanzione pecuniaria e, dall'altro, la novazione oggettiva dell'obbligo propter rem, perché all'obbligo di demolire il bene si*

*sostituisce l'obbligo rimborsare l'Amministrazione per le spese da essa anticipate per demolire le opere abusive»).*

Nel caso di specie, l'acquisizione del fabbricato e dell'area di sedime, oltre che di quella aggiuntiva individuata nel verbale prot. 1991 del 15 luglio 2021, rappresentano la sanzione dell'inosservanza dell'obbligo di demolire il bene, a sua volta giustificato dalla (sopravvenuta) assenza di un titolo che lo legittimi e, come si vedrà, dall'insussistenza dei presupposti per la "fiscalizzazione". Essa peraltro è stata preceduta da tutte le scansioni procedurali che il legislatore ha voluto a tutela del diritto di difesa del destinatario, giusta il riferimento negli atti impugnati all'avvenuta redazione della verbalizzazione dell'inottemperanza, previo sopralluogo (sul punto, si v. Cons. St., sez. II, sentt. n. 806 del 2024 e n. 714 del 2023).

26. Con il terzo motivo si deduce: *«ERROR IN IUDICATO ET IN PROCEDENDO – OMESSA PRONUNCIA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 38 DEL D.P.R. N. 380/01 E DEGLI ART. 3 E 10 BIS DELLA L. 241/90 – ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO, DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA».*

Secondo l'appellante, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, la disciplina urbanistica dell'area non precludeva l'edificazione di un parcheggio, purché questo fosse stato aperto alla generalità degli utenti; pertanto, il vizio che aveva condotto all'annullamento del permesso di costruire sarebbe stato di natura formale – consistendo nell'omesso asservimento a uso pubblico del bene – dunque sarebbe stato emendabile.

27. A prescindere dalla contraddizione insita nel sostenere, da un lato, la possibilità di rimuovere il vizio che inficiava il titolo e nell'invocare, dall'altro, la "fiscalizzazione", che ne presuppone proprio l'insanabilità, il motivo è infondato.



Come precisato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 17 del 2020, *«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»; di conseguenza laddove si riscontri «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» si deve «escludere l'applicabilità del regime di fiscalizzazione dell'abuso in ragione della non rimovibilità del vizio».*

28. La disposizione, a ben vedere, contempla infatti tre diverse fattispecie.

La prima riguarda il caso in cui il titolo sia stato annullato perché affetto da un vizio di procedura *emendabile* (ed è opportuno precisare che il TAR ha escluso che la vicenda oggetto del giudizio possa rientrarvi, mentre nell'appello si è sostenuto che il permesso sia stato caducato per un vizio sanabile).

La seconda fattispecie è quella in cui il titolo sia stato annullato per un vizio di procedura insanabile e l'intervento è quindi abusivo, ma, essendo conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia, può essere mantenuto previa applicazione di una sanzione pecuniaria, il cui integrale versamento produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria (l'appellante ha provato a sostenere l'applicabilità di questa norma con il ricorso di primo grado, appunto contestando il diniego di "fiscalizzazione" dell'abuso).

Il terzo caso è quello del permesso annullato per un vizio sostanziale, ossia perché l'intervento è contrastante con la disciplina applicabile, circostanza che preclude tanto la convalida, quanto la "fiscalizzazione" e impone il ripristino dello stato dei luoghi, a tutela dell'effettività della normativa urbanistica ed edilizia nonché

dell'ordinato sviluppo del territorio nei termini disposti dalle Autorità cui è attribuita la funzione di governarlo.

29. Nel caso di specie, la sentenza del TAR della Lombardia n. 1112 del 2017, passata in giudicato, ha annullato il permesso di costruire n. 127 del 21 dicembre 2012 perché ha ritenuto *«evidente la violazione dell'art. 20 delle NTA del PRG»*, il quale ammetteva nella zona solo strutture a servizio della viabilità, da intendersi come caratterizzate *«per il servizio reso alla generalità degli utenti della strada»*, in quanto *«con il titolo avverso è stato autorizzato l'insediamento di una autorimessa privata in una zona in cui sono ammessi solo strutture deputate allo svolgimento di servizi da rendere alla generalità degli utenti»*.

Il contrasto tra la destinazione funzionale dell'immobile di cui il permesso ha autorizzato la costruzione e la disciplina urbanistica non può considerarsi meramente formale, ma costituisce piuttosto un vizio sostanziale insanabile, come condivisibilmente ritenuto nella sentenza impugnata: per tale ragione non vi erano né la possibilità di convalidare il provvedimento, né i presupposti per la "fiscalizzazione dell'abuso".

30. Con il quarto motivo si deduce: *«ERROR IN IUDICANDO ET IN PROCEDENDO – INVALIDITA' DERIVATA – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 31, COMMI 3 E 4, NONCHE' DELL'ART.38 DEL DPR N. 380/01, ART. 97 COST. – SPROPORZIONE DELLA SANZIONE IRROGATA, ILLOGICITA' ED INGIUSTIZIA MANIFESTA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA»*.

In particolare, si contesta l'acquisizione dell'area aggiuntiva rispetto a quella di sedime, che comporterebbe un sacrificio sproporzionato per il proprietario, che la utilizza – in tesi, legittimamente – come parcheggio di mezzi per autotrasporto in

forza della DIA n. 184-bis del 12 giugno 2008; inoltre, l'acquisizione comprenderebbe anche una parte della piattaforma di un distributore di carburante privato la cui realizzazione è stata autorizzata nel 2016.

31. Il motivo è infondato.

Come ha precisato la giurisprudenza, *«mentre per l'area di sedime l'automatismo dell'effetto acquisitivo, che si verifica ope legis per effetto della mera inottemperanza all'ordine di demolizione, rende superflua ogni motivazione sul punto ulteriore alla semplice identificazione dell'abuso, l'individuazione dell'ulteriore area la cui acquisizione è parimenti doverosa secondo la disciplina dettata dall'art. 7, comma 3, l. n. 47 del 1985 va motivata, volta per volta, con l'esplicitazione delle modalità di delimitazione della stessa, proprio perché il legislatore non ha predeterminato, se non nel massimo, l'ulteriore area acquisibile, ma ha indicato un criterio per determinarla rapportato alla normativa urbanistica rilevante nel singolo caso; viene, dunque, delineato un procedimento di determinazione della c.d. pertinenza urbanistica da condurre di volta in volta sulla base di criteri di individuazione che tengano conto di quanto previsto dalle vigenti disposizioni urbanistiche»* (Cons. St., sez. IV, sent. n. 3949 del 2021).

32. Nella specie, il provvedimento è adeguatamente motivato con riferimento alla natura pertinenziale dell'area, per la cui determinazione è stato adottato il criterio, meno penalizzante per il privato, della distanza di 5 mt. dai confini, oltre a un corridoio con larghezza di 5 mt. per l'accesso dalla via pubblica.

33. L'infondatezza dei motivi di appello sul piano sostanziale esime dal pronunciare sulle eccezioni d'inammissibilità sollevate dalla controinteressata.

34. La particolarità della vicenda, anche in fatto, giustifica la compensazione delle spese di lite del secondo 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; compensa tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonella Manzione, Presidente FF

Francesco Guarracino, Consigliere

Carmelina Addesso, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Alessandro Enrico Basilico**

**IL PRESIDENTE**

**Antonella Manzione**

**IL SEGRETARIO**