

N. 09572/2023REG.PROV.COLL.

N. 08061/2020 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8061 del 2020, proposto da Peppina Garroni, Paola De Toni e Luca Rusconi, rappresentati e difesi dall'avvocato Nives Bonetti, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

***contro***

Comune di Oggiono, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, piazza del Popolo, n. 18;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano (Sezione Prima) n. 01172/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Oggiono;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2023 il Cons. Alessandro Maggio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con ordinanze nn. 86 e 87, in data 13/12/2018, il Comune di Oggiono, rilevato che la sig.ra Peppina Garroni da una parte, e i sig.ri Paola De Toni e Luca Rusconi, dall'altra, avevano realizzato, nelle unità immobiliari di rispettiva pertinenza, facenti parte di un unico edificio, ubicato in area soggetta a vincolo paesaggistico (*ex art. 142, comma 1, lett. c, del D.Lgs. 22/1/2004, n. 42*), un intervento abusivo, ne ha ingiunto la demolizione.

Come si ricava dalle dette ordinanze l'illecito edilizio ha a oggetto: *“Maggiori altezze della quota di imposta in colmo ed in gronda con conseguente formazione di aumento volumetrico trattandosi di sottotetto con altezza media ponderale superiore a m. 1,50 così come definito dalle vigenti NTA del PGT...”*.

Ritenendo i due provvedimenti sanzionatori illegittimi, i sig.ri Garroni, De Toni e Rusconi, li hanno impugnati con un unico ricorso al T.A.R. Lombardia – Milano.

Successivamente, i ricorrenti hanno presentato due richieste, una concernente il rilascio della compatibilità paesaggistica, l'altra la c.d. fiscalizzazione dell'abuso, entrambe respinte dal comune.

I dinieghi sono stati gravati dai sig.ri Garroni, De Toni e Rusconi con ricorso per motivi aggiunti.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti i suddetti ricorrenti hanno, poi, impugnato il nuovo piano di governo del territorio (PGT) nella parte in cui le voci

13 e 15 delle NTA, che definiscono, dal punto di vista urbanistico-edilizio, la superficie lorda e quella accessoria, si discosterebbero dalle corrispondenti previsioni delle norme regionali uniformi di cui alla delibera della Giunta Regionale n. XI/695 del 24/10/2018.

L'adito Tribunale, con sentenza 24/6/2020, n. 1172, ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo del giudizio e ha respinto i motivi aggiunti.

Avverso la sentenza hanno proposto appello i sig.ri Garroni, De Toni e Rusconi.

Per resistere all'appello si è costituito in giudizio il Comune di Oggiono.

Successivamente le parti hanno depositato apposite memorie con cui hanno meglio precisato le rispettive tesi difensive.

Con ordinanza 28/10/2022, n. 9298, la Sezione ha disposto una verifica per *“accertare se l'altezza esterna dei sottotetti sia maggiore di quella assentita”*.

All'esito della disposta verifica le parti hanno, poi, ulteriormente arricchito le proprie argomentazioni.

Alla pubblica udienza del 28/9/2023 la causa è passata in decisione.

Nell'economia del presente giudizio riveste carattere prioritario l'esame del secondo motivo d'appello con cui si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nel ritenere che i sottotetti degli appellanti presentassero una maggior altezza esterna, quando, invece, con le gravate ordinanze sarebbe stata rilevata solo una più elevata altezza interna, né mai sarebbero state allegate misurazioni per comprovare una maggior altezza esterna.

Ciò escluderebbe modifiche della sagoma dell'edificio, con conseguente irrilevanza della soprelevazione sotto il profilo paesaggistico.

Peraltro, sarebbe stato onere del Comune dimostrare, l'assenza di compatibilità paesaggistica, ma tale onere probatorio non sarebbe stato soddisfatto.

La doglianza è infondata.

Come si ricava dalle argomentate e convincenti valutazioni espresse dal verificatore, il sottotetto degli appellanti (*“rifinito al civile, interamente pavimentato e completo di impianti”*), come emerge dalle avverse ordinanze di demolizione, sul punto non contestate), presenta un'altezza esterna maggiore di quella assentita.

Peraltro, in contrasto con quanto affermato nell'atto d'appello, il realizzato incremento dell'altezza esterna, è riconosciuto dagli stessi appellanti nella domanda di sanatoria paesaggistica, dai medesimi depositata in primo grado, nella quale si afferma, espressamente, che: *“Le opere oggetto di richiesta, consistono in una maggiorazione delle altezze della quota di imposta in colmo ed in gronda dell'intera copertura. Nello specifico, sono rimaste invariate le pendenze dichiarate nella pratica originaria, mentre la porzione centrale (sub 701) è traslata verso l'alto di circa m 0,50 e le porzioni laterali (sub 6 - 703) di circa m 0,65”*.

Nel descritto contesto, l'esito della istanza di compatibilità paesaggistica non poteva essere che negativo, come ben rilevato sia dall'amministrazione, sia dal Tribunale.

Difatti, in base a una consolidata giurisprudenza, che il Collegio condivide, l'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica *ex artt. 146, comma 3, e 167, comma 4, lett. a)*, del D. Lgs. n. 42/2004, è consentito esclusivamente in relazione a quei lavori che non abbiano determinato *“creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati”*. In presenza di incrementi di superficie o di cubatura, anche di modesta entità o di natura accessoria, la norma impedisce tassativamente il rilascio della sanatoria paesaggistica, per cui la reiezione della relativa istanza assume carattere vincolato, indipendentemente da qualunque ulteriore valutazione del comune, anche di tipo urbanistico-edilizio, che, laddove pure compiuta, risulterebbe influente (Cons. Stato, Sez. VI, 19/10/2020, n.6300; 1/9/2022, n. 7625; 19/7/2023, n. 7092).

Al riguardo, con memoria depositata in data 15/12/2022, parte appellante deduce che l'area interessata dal contestato intervento edificatorio non sarebbe soggetta a vincolo paesaggistico.

La doglianza è, tuttavia, inammissibile, sia perché non dedotta in primo grado, in violazione del divieto di *nova* in appello (art. 104, comma 1, c.p.a.), sia perché introdotta con semplice memoria non notificata alla controparte.

Non colgono nel segno nemmeno le censure raccolte contro la reiezione dell'istanza di fiscalizzazione dell'abuso e il relativo capo di sentenza.

Parte appellante critica quest'ultimo, per aver qualificato come mero "errore materiale" la circostanza che, nella nota 06.03/4-2019, prot. n. 9047, di reiezione dell'istanza di fiscalizzazione dell'abuso, si disponga il "*diniego definitivo della richiesta di autorizzazione paesaggistica*".

Lamenta, inoltre, che il Tribunale non avrebbe stigmatizzato la mancata valutazione, da parte dell'amministrazione, delle ragioni tecniche poste a base della richiesta e degli eventuali pregiudizi che la demolizione potrebbe recare alla parte conforme dell'edificio.

Ripropone, poi, i motivi di primo grado deducendo che:

- a) le illegittimità del diniego di compatibilità paesaggistica si rifletterebbero su quello relativo alla richiesta di fiscalizzazione dell'abuso, avendo il comune motivato quest'ultimo con riferimento ai rilievi su cui si basa il primo;
- b) non sarebbero applicabili, né l'art. 31 del D.P.R. 6/6/2001, n. 380, poiché tale norma riguarderebbe soltanto gli incrementi di volumi che comportano la realizzazione di un organismo edilizio nuovo, né i commi 1 e 3 dell'art. 32, poiché il maggior volume non sarebbe "consistente".

Orbene, in primo luogo, occorre rilevare che, del tutto correttamente, il Tribunale ha qualificato come mero materiale la circostanza che, nel provvedimento con cui è stata respinta l'istanza di fiscalizzazione dell'abuso, si disponga *“il definitivo diniego della richiesta di autorizzazione paesaggistica”*, atteso che, dalla motivazione dell'atto, risulta, incontrovertibilmente, il reale oggetto del provvedimento, ovvero la reiezione della richiesta di applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 34, comma 2, del citato D.P.R. n. 380/2001.

Per il resto, esattamente il comune ha osservato che l'insanabilità paesaggistica precludeva la possibilità di accogliere la domanda di fiscalizzazione.

E invero, l'art. 32, comma 3, del D.P.R. n. 380/2001, espressamente richiamato dall'amministrazione comunale, dispone che: *“Gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali”*.

Nella fattispecie, non era, quindi, ammessa la fiscalizzazione dell'abuso, in quanto il citato art. 32, comma 3, rende, comunque, inconfigurabile la *“parziale difformità dal permesso di costruire”*, presupposto per l'applicabilità dell'art. 34, comma 2.

Tutti gli interventi, eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire, o con variazioni essenziali - che, come quello di specie, comportano aumenti di cubatura in area vincolata - sono, infatti, inderogabilmente soggetti a demolizione, *ex art. 31, comma 2, del citato D.P.R. n. 380/2001*, il che, diversamente da quanto sostiene l'appellante, priva di rilevanza ogni valutazione relativa alla consistenza dell'incremento volumetrico realizzato.

Le considerazioni svolte, rendono ininfluyente la circostanza che nel respingere la richiesta di fiscalizzazione l'amministrazione non abbia valutato l'eventuale pregiudizio derivante dalla demolizione alla parte conforme dell'edificio.

In ogni caso, tale valutazione, per pacifica giurisprudenza, va compiuta solo in sede di esecuzione del provvedimento ripristinatorio.

Infatti, il menzionato art. 34, è disposizione che ha valore eccezionale e derogatorio e dev'essere intesa nel senso che non compete all'amministrazione precedente valutare, prima dell'emissione dell'ordine di demolizione dell'abuso o prima di negare la fiscalizzazione, se la misura repressiva possa essere applicata, incombendo, piuttosto, sul privato interessato, dimostrare, in modo rigoroso e nella fase esecutiva, l'obiettivo impossibilità di demolire la parte illecita senza pregiudizio per quella conforme (*ex plurimis* Cons. Stato, Sez. VI, 25/5/2022, n. 4171).

Tenuto conto che le opere realizzate non potevano ottenere la sanatoria per un assorbente ostacolo di natura paesaggistica, correttamente il giudice di prime cure ha negato ai ricorrenti l'interesse a coltivare l'impugnazione rivolta contro la disciplina urbanistico – edilizia, introdotta dal nuovo PGT, né l'interesse a ricorrere può essere riconosciuto agli appellanti quali semplici cittadini di Oggiono, atteso che, per poter agire in giudizio, è, comunque, necessario che l'atto sia idoneo ad arrecare, alla sfera giuridica dell'interessato, una lesione diretta e attuale, evenienza, questa, da escludere nel caso che occupa, giusta quanto più sopra argomentato.

Occorre, a questo punto, esaminare la domanda impugnatoria rivolta contro le ordinanze di demolizione.

E invero, come correttamente dedotto col primo motivo d'appello, il giudice di prime cure ha errato a dichiarare il ricorso introduttivo improcedibile in

conseguenza del fatto che la presentazione dell'istanza di sanatoria da parte degli appellanti avrebbe reso inefficaci i provvedimenti repressivi.

Infatti, per pacifica giurisprudenza, tale effetto discende unicamente dalla presentazione della domanda di condono edilizio.

Nei restanti casi, la presentazione di una richiesta di sanatoria non comporta, né la sopravvenuta inefficacia dei provvedimenti sanzionatori pregressi, né l'illegittimità di quelli sopravvenuti, determinando, unicamente, la temporanea sospensione della loro concreta esecuzione (Cons. Stato, Sez. VI, 18/1/2022, n. 8848; 16/2/2021, n. 1432 18/8/2021, n. 5922; 22/01/2021, n. 666; 15/1/2021, n. 488; 28/9/2020, n. 5669; 4/1/2021, n. 43; 6/6/2018, n. 3417; Sez. II, 6/5/2021, n. 3545).

L'accoglimento della censura comporta, però, unicamente la correzione della motivazione della sentenza, senza poter condurre alla sua riforma, come emergerà dall'esame dei motivi di primo grado in questa sede riproposti.

Con il primo mezzo di gravame si deduce che l'amministrazione avrebbe erroneamente applicato l'art. 32, comma 3, del D.P.R. n. 380/2001, mentre avrebbe dovuto procedere ai sensi del precedente comma 2, del medesimo articolo, posto che l'intervento realizzato sarebbe stato compatibile col paesaggio, sia al momento della sua esecuzione, sia successivamente.

Non vi sarebbero state modifiche esterne e le avverse ordinanze non avrebbero contestato maggiori altezze esterne, né avrebbero indicato quali di queste ultime sarebbe stata violata.

D'altra parte:

a) la nota del Ministero per i Beni e le Attività Culturali 13/9/2010, prot. n 0016721 avrebbe definito "*paesaggisticamente irrilevanti*" le "*variazioni minimali e di marginali*



*incrementi di superficie o di volume che risultino solo fisicamente misurabili, ma non siano in alcun modo percepibili e visibili?;*

b) nel caso di specie l'autorizzazione paesaggistica non sarebbe stata necessaria in quanto, il sottotetto, in base alle norme del nuovo strumento urbanistico del comune, costituirebbe un volume accessorio come tale irrilevante e, in ogni caso, ai sensi della voce B1, dell'allegato B, al D.P.R. 13/2/2017, n. 31, sarebbe stata sufficiente l'autorizzazione paesaggistica semplificata, dato che l'aumento di volume realizzato sarebbe inferiore al 10% dell'originaria cubatura.

Sotto altro profilo viene rilevato come al momento di ultimazione dei lavori non fosse stato ancora introdotto il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma, cosicché nei confronti delle opere realizzate non si sarebbe potuta disporre la demolizione, pena la violazione del principio di irretroattività delle sanzioni amministrative.

Col secondo motivo si deduce che il comune avrebbe erroneamente quantificato l'area da acquisire per il caso di mancata esecuzione dei provvedimenti ripristinatori.

Col terzo motivo si lamenta che con precedenti atti l'amministrazione avrebbe espresso giudizio paesaggisticamente positivo in ordine all'edificio nella sua attuale consistenza, per cui le ordinanze di demolizione si porrebbero in contraddizione con i pregressi provvedimenti, che avrebbero, altresì, ingenerato, negli appellanti, un incolpevole affidamento in ordine alla conformità dell'intero edificio, affidamento corroborato dal rilascio del certificato di agibilità e dal tempo trascorso dalla realizzazione delle opere.

In considerazione della risalenza nel tempo delle opere realizzate, l'amministrazione avrebbe dovuto valutare, in concreto, la sussistenza dell'interesse pubblico a

contrastare l'abuso, tenendo anche conto dei principi di ragionevolezza, idoneità, necessità e proporzionalità.

Le ordinanze sarebbero, infine, immotivate anche perché non indicano quali degli innumerevoli titoli edilizi e paesaggistici rilasciati risulterebbero violati.

I motivi così sinteticamente riassunti, tutti infondati, si prestano a una trattazione congiunta.

La doglianza con cui si lamenta l'erronea applicazione dell'art. 32, comma 3, del D.P.R. n. 380/2001 è infondata per le ragioni già illustrate in sede di esame dei motivi dedotti contro il diniego di compatibilità paesaggistica, alle quali, quindi, si rimanda.

Ugualmente infondate sono le deduzioni di cui alle lett. a) e b) del primo motivo.

Con riguardo alla prima è sufficiente rilevare che l'invocata nota ministeriale n. 0016721/2010, peraltro non prodotta in giudizio, è ininfluenza sulla legittimità delle impugnate ordinanze comunali. Infatti, come emerge dalle stesse affermazioni di parte appellante, trattasi di un parere interpretativo di una norma di legge, come tale inidoneo a vincolare il giudice nella decisione che è chiamato ad assumere (Cons. Stato, Sez. VI, 26/5/2023, n. 5211; 11/10/2022, n. 8681; Sez. V, 29/11/2013, n. 5714).

Quanto alla seconda, per un verso si è già sopra rilevato che la creazione di un volume abusivo, anche di natura accessoria, in zona vincolata non consente il rilascio della compatibilità paesaggistica, per altro verso è, del tutto, ininfluenza la circostanza che l'intervento fosse assentibile con autorizzazione paesaggistica semplificata *ex* D.P.R. n. 31/2017.

La disciplina, peraltro di livello secondario, da quest'ultimo introdotta, riguarda, infatti, gli interventi da realizzare in conformità alla normativa di riferimento, e non

incide, né potrebbe, sulle disposizioni primarie che regolano la sanabilità delle opere abusivamente realizzate in zona soggetta a vincolo paesaggistico.

Priva di pregio è, altresì, la censura con cui si deduce che la disposta demolizione violerebbe il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, in quanto al momento di ultimazione dei lavori non era stato ancora introdotto il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma.

A prescindere da ogni considerazione in ordine al rilievo di tale circostanza sulla legittimità delle avverse ordinanze di demolizione, basta qui osservare che, diversamente da quanto si sostiene nell'atto d'appello, gli stessi appellanti riconoscono che le contestate opere abusive sono state “realizzate nel periodo 10/10/2013 – 09/01/2016” (si veda la domanda di compatibilità paesaggistica depositata in primo grado) e, dunque, quando il divieto di sanare incrementi volumetrici abusivi era già vigente, essendo stata la relativa norma introdotta dal D. Lgs. 24/3/2006, n. 157.

In ogni caso, il punto dirimente è che, per pacifica giurisprudenza, alle ordinanze di demolizione, le quali hanno natura reale e ripristinatoria, non si applica il principio di irretroattività proprio delle sanzioni penali e di quelle amministrative in senso stretto (L. 24/11/1981, n. 689).

Gli abusi edilizi hanno natura di illeciti permanenti, per cui, in conformità al principio *tempus regit actum*, il provvedimento repressivo è sempre regolato dalla normativa in vigore al momento della sua adozione (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 20/1/2022, n. 372; 19/7/2021, n. 5439).

Non merita condivisione nemmeno la doglianza con cui si lamenta che le ordinanze di demolizione recherebbero un'erronea quantificazione dell'area da acquisire per il caso di mancata esecuzione delle stesse da parte dei destinatari.

Per costante orientamento giurisprudenziale, tale indicazione esula, infatti, dai contenuti propri del provvedimento ripristinatorio, per cui la sua assenza o la sua eventuale erroneità non è idonea a inficiarne la legittimità (Cons. Stato, Sez. VI, 11/5/2022, n. 3707; 3/12/2020, n. 7672; 14/1/2019, n. 339; 23/11/2017, n. 5471).

Non è, infine, condivisibile alcuna delle lagnanze dedotte col terzo motivo.

E invero, in presenza di un abuso edilizio il potere repressivo assume natura doverosa e vincolata, per cui non sono prospettabili nei confronti degli atti con cui il medesimo si esprime, vizi di eccesso di potere, tra cui quello di contraddittorietà con precedenti determinazioni.

Non sono, parimenti, configurabili affidamenti tutelabili, essendo, comunque, prevalente l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata.

Nemmeno il rilascio del certificato di agibilità e il tempo trascorso dalla realizzazione dell'illecito edilizio, rappresentano circostanze idonee ad attribuire affidamenti degni di tutela.

In primo luogo il certificato di agibilità prodotto in giudizio, è stato rilasciato nel settembre 2009 e, quindi, non riguarda le opere per cui è causa, realizzate, come riferiscono gli stessi appellanti tra il 2013 e il 2016. In ogni caso, il detto certificato si limita ad attestare l'inesistenza di cause di insalubrità dell'edificio (Cons. Stato, Sez. VI, 17/4/2023, n. 3864; 17/10/2022, n. 8811).

Quanto all'invocato fattore temporale, la consolidata giurisprudenza afferma che l'esercizio del potere repressivo assume natura doverosa e vincolata, anche a distanza di lunghissimo tempo dalla realizzazione dell'abuso, non essendo la potestà soggetta a termini di decadenza o prescrizione, anche in considerazione del fatto che le violazioni edilizie hanno natura di illeciti permanenti (Cons. Stato, Sez. VI, 25/5/2022, n. 4171; 19/10/1995, n. 1162; Sez. II, 27/4/2020, n. 2670).

Diversamente, poi, da quanto gli appellanti sostengono l'interesse pubblico alla rimozione delle opere abusive è sempre *in re ipsa*, per cui sul punto non occorre specifica motivazione, né è necessario comparare tale interesse con quello del privato alla conservazione della situazione di fatto illecita, non essendo al riguardo configurabili affidamenti tutelabili (Cons. Stato, A.P. 17/10/2017, n. 9, Sez. VI, 10/7/2020, n. 4425; 22/4/2020, n. 2557; 4/10/2019, n. 6720; 8/4/2019, n. 2292; 5/11/2018, n. 6233; 26/3/2018, n. 1893; 23/11/2017, n. 5472 e 5/1/2015, n. 13; Sez. II, 19/6/2019, n. 4184; Sez. IV, 11/12/2017, n. 5788).

Da ultimo, occorre rilevare che il requisito motivazionale delle ordinanze di demolizione è soddisfatto con l'indicazione, come nella fattispecie, dell'abuso contestato e dell'illiceità riscontrata. Comunque, diversamente da quanto gli appellanti lamentano, nel caso di specie le gravate ordinanze menzionano espressamente i titoli edilizi violati.

L'appello va, in definitiva, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese di verifica, liquidate come in dispositivo, devono essere poste a carico della parte appellante, che ha dato causa alla controversia.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di verificaione liquidate, come da richiesta, in € 3.000/00 (tremila), detratti € 1.000/00 (mille), già versati a titolo di acconto.

Spese di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 28 settembre - 24 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Alessandro Maggio**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Montedoro**

IL SEGRETARIO