

Pubblicato il 24/10/2024

Sent. n. 833/2024

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 424 del 2023, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Giavazzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Seriate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Massimiliano Rovetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

[omissis], non costituito in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 715 del 2023, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Giavazzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Seriate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Massimiliano Rovetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) quanto al ricorso n. 424 del 2023:

- della ordinanza del Comune di Seriate n. [omissis] di «applicazione, ex art. 38 del D.P.R. n. 380/2001, della sanzione pecuniaria di € 690.000,00 determinata dall'Agenzia delle Entrate, per gli interventi edilizi delle unità immobiliari site nel fabbricato ubicato ad angolo tra la Via [omissis] e la Via [omissis], identificato catastalmente al mappale n. [omissis], foglio [omissis], di cui al permesso di costruire in variante [omissis] e successivi titoli in variante in esecuzione di un piano di recupero annullato con sentenza del TAR Lombardia n. 806/2009 divenuta definitiva» (DOC. 1);

per l'accertamento

dell'inesigibilità dal sig. [omissis] della sanzione pecuniaria di cui all'ordinanza del Comune di Seriate n. [omissis] (DOC. 1) e dell'illiceità della pretesa degli uffici comunali di subordinare l'effettuazione dei lavori all'interno dell'immobile concesso in locazione dal sig. [omissis] al sig. [omissis] (DOC. 2) alla definizione dell'istanza di fiscalizzazione presentata dalla controinteressata (DOC. 3);

e per la condanna

del Comune di Seriate a risarcire al sig. [omissis] il danno conseguente alla risoluzione del contratto di locazione con il sig. [omissis] (DOCC. 4, 5).

B) quanto al ricorso n. 715 del 2023:

- della determinazione n. [omissis] (DOC. 1) di annullamento in autotutela del permesso di costruire in variante n. [omissis] rilasciato in data [omissis] (DOC. 2).

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Seriate in entrambi i giudizi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2024 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Antefatto: la sentenza TAR Brescia n. 806/2009.

1.1. Con sentenza n. 806 dell'8 aprile 2009, in accoglimento del ricorso proposto dal signor [omissis], il TAR Brescia annullava le delibere con cui il consiglio comunale di Seriate aveva approvato il Piano di Recupero denominato “[omissis]”, avente ad oggetto la demolizione e la ricostruzione, con ampliamento, di un primo fabbricato (indicato nelle tavole come 039), e il recupero a fini abitativi del sottotetto di un secondo fabbricato (indicato con 038), oltre a modifiche interne ai piani sottostanti. All'approvazione del Piano di Recupero aveva fatto seguito il rilascio del permesso di costruire in variante [omissis] e, quindi, la realizzazione dell'intervento, comprendente 15 abitazioni, 1 negozio, 11 magazzini e 17 posti auto coperti.

1.2. L'annullamento del Piano di Recupero era motivato dal TAR in ragione della illegittimità dell'utilizzo della procedura semplificata di variante parziale al PGT per l'approvazione di un piano di recupero contemplante un aumento volumetrico, attesa la natura squisitamente conservativa di tale strumento attuativo.

1.3. La sentenza era appellata dalla [omissis], all'epoca *in bonis*, che tuttavia non coltivava ulteriormente il giudizio, che era pertanto dichiarato perento con decreto decisorio n. 247 del 16 marzo 2016.

2. Il provvedimento ex art. 38 D.P.R. 380 del 2001 del Comune di Seriate.

2.1. Divenuta definitiva la sentenza di questo TAR, il Comune di Seriate avviava il procedimento ex art. 38 D.P.R. 380 del 2001.

2.2. Nell'ambito di tale procedimento il Comune, dopo aver valutato sia l'impossibilità della rimozione dei vizi della procedura amministrativa sia l'impossibilità tecnica della riduzione in pristino, richiedeva all'Agenzia delle Entrate di determinare il valore venale delle opere abusive ai fini della quantificazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38.

2.3. L'Agenzia delle Entrate trasmetteva al Comune la propria perizia in data 18 marzo 2023, quantificando in € 690.000,00 il valore venale delle opere abusivamente eseguite.

2.4. Di conseguenza, con ordinanza n. [omissis], il Comune di Seriate irrogava al [omissis], quale proprietario del mappale n. [omissis], foglio 2, sub dal [omissis] al [omissis] (ad eccezione del n. [omissis]), e al signor [omissis], in qualità di proprietario dell'unità immobiliare di cui al mappale n. [omissis], foglio [omissis], sub. [omissis], sita all'interno del fabbricato 038) la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 D.P.R. 380 del 2001 nella misura di € 690.000,00, ingiungendone il pagamento entro 90 giorni dalla notifica dell'atto, avvenuta in data 4 maggio 2023. Nella motivazione del provvedimento l'amministrazione evidenziava, tra l'altro, l'insussistenza di interessi privati contrapposti all'adozione del provvedimento adottato, tenuto conto che i proprietari confinanti che avevano chiesto originariamente l'annullamento del permesso di costruire avevano successivamente rinunciato all'azione “essendosi ritenuti soddisfatti dall'accordo raggiunto con il costruttore”, di modo che gli stessi avevano perso ogni interesse alla riduzione in pristino.

3. Il ricorso R.G. n. 424 del 2023.

3.1. Con ricorso notificato il 29 maggio 2023 e ritualmente depositato, il signor [omissis] impugnava la predetta ordinanza e ne chiedeva l'annullamento sulla base dei seguenti motivi:

1) *Violazione dell'art. 21-septies della legge n. 241/90*: il provvedimento impugnato si fonderebbe sull'erroneo presupposto che l'annullamento del piano di recupero, disposto dal TAR Brescia con la sentenza n. 806/2009, avrebbe determinato la "nullità" di tutti gli atti successivi, tra cui il permesso di costruire in variante n. [omissis]; tale presupposto sarebbe però erroneo, dal momento che l'unica ipotesi di "nullità" provvedimento astrattamente ipotizzabile nel caso di specie sarebbe quella dell'atto adottato in violazione o elusione del giudicato, prevista dall'art. 21-septies L. 241/90; tale ipotesi, tuttavia, non sarebbe concretamente prospettabile nel caso di specie, dal momento che il permesso di costruire in questione è stato rilasciato nel 2007, quindi prima della pubblicazione della sentenza del TAR Brescia (passata in giudicato) che ha annullato il piano di recupero, pubblicata nel 2009;

2) *Violazione dell'art. 21 octies L. 241/90*: il provvedimento impugnato neppure potrebbe fondarsi sul presupposto che il permesso di costruire in variante n. [omissis] sarebbe divenuto inefficace a seguito dell'annullamento giurisdizionale del piano di recupero, quale effetto di caducazione automatica, non costituendo l'annullamento del permesso di costruire la "inevitabile conseguenza" dell'annullamento del piano di recupero, ma avendo richiesto il suo rilascio lo svolgimento di una specifica istruttoria, sfociata nell'adozione di prescrizioni e condizioni specifiche da osservarsi in sede realizzativa;

3) *Violazione dell'art. 21-nonies L. 241/90*: il permesso di costruire in variante n. [omissis], tuttora valido ed efficace in assenza di caducazione automatica, potrebbe astrattamente essere annullato dall'amministrazione in autotutela, ai sensi dell'art. 21 nonies L. 241/90, ma in concreto anche tale prospettiva non sarebbe più perseguibile dall'amministrazione essendo ampiamente decorso il termine "ragionevole" previsto dalla norma citata, comunque da contenersi nel termine massimo di 12 mesi dal rilascio del titolo edilizio (ampiamente decorsi);

4) *Violazione dell'art. 38 del D.P.R. 380/2001*: il provvedimento impugnato sarebbe stato adottato in violazione dei presupposti previsti dalla norma citata in rubrica, atteso che, in particolare: (i) mancherebbe, a monte, il presupposto fondamentale della fiscalizzazione costituito dall'intervenuto annullamento, in sede giurisdizionale, del permesso di costruire in variante del 2007; (ii) in ogni caso, anche a voler ritenere che quest'ultimo sia divenuto inefficace per effetto di caducazione automatica, la fiscalizzazione ex art. 38 resterebbe impedita dalla persistente efficacia del permesso di costruire originario rilasciato nel 2004, in data antecedente all'approvazione del piano di recupero; (iii) l'amministrazione avrebbe incluso illegittimamente nel provvedimento di fiscalizzazione anche il fabbricato 038 in cui è inclusa l'unità immobiliare di proprietà del ricorrente, sebbene l'aumento di volumetria che ha comportato l'annullamento del piano di recupero abbia riguardato esclusivamente il fabbricato 039; (iv) per l'effetto, sarebbe illegittima la decisione dell'amministrazione di estendere in via solidale al ricorrente il pagamento di una sanzione pecuniaria conseguente ad un abuso realizzato da diverso soggetto su diverso fabbricato; (v) peraltro, il Comune non avrebbe dovuto acconsentire alla fiscalizzazione di un abuso edilizio richiesta da uno solo dei comproprietari dei fabbricati coinvolti nella sanatoria, stante il difetto di legittimazione procedimentale della società richiedente; (vi) l'amministrazione avrebbe omesso di verificare, prima di procedere alla fiscalizzazione, la possibilità di rimuovere i vizi procedurali che avevano inficiato il procedimento di approvazione del piano di recupero, e ciò a tutela dell'affidamento del privato che aveva confidato senza sua colpa nella legittimità del titolo edilizio;

5) *Violazione dell'art. 7 della L. n. 241/90*: il provvedimento impugnato avrebbe violato le regole del contraddittorio procedimentale, in quanto, a fronte di una istanza di fiscalizzazione presentata da diverso soggetto, avrebbe coinvolto il ricorrente nel procedimento soltanto ad istruttoria già completata, dopo avere già verificato con un proprio tecnico l'impossibilità tecnica di un intervento di riduzione in pristino.

3.2. Oltre all'annullamento del provvedimento impugnato, il ricorrente chiedeva il conseguente accertamento della inesigibilità della sanzione pecuniaria irrogata dall'amministrazione con il provvedimento impugnato, nonché la condanna del Comune di Seriate al risarcimento del danno conseguente alla risoluzione del contratto di locazione stipulato dal ricorrente con il sig. [omissis],

quale conseguenza necessitata dell'impossibilità - comunicata dagli uffici comunali - di sanare alcuni abusi edilizi realizzati dal ricorrente sull'unità immobiliare di sua proprietà sino all'integrale definizione del procedimento di fiscalizzazione ex art. 38 TUE con il pagamento della sanzione irrogata; tale circostanza avrebbe indotto il ricorrente a risolvere consensualmente il contratto di locazione commerciale, vista l'impossibilità per il conduttore di inviare al Comune la SCIA di avvio dell'attività commerciale; il danno è stato commisurato al canone annuo € 15.600,00 perso dal ricorrente, a cui andrebbe aggiunto quello conseguente ad eventuali richieste risarcitorie del conduttore.

4. L'annullamento in autotutela del permesso di costruire.

4.1. Nelle more del giudizio, il Comune di Seriate adottava la determinazione n. [omissis], con cui disponeva l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire in variante n. [omissis] del [omissis], ai sensi dell'art. 21 nonies L. 241/90.

4.2. Nella motivazione del provvedimento di autotutela l'amministrazione rilevava che, originariamente, stante la perfetta sovrapposibilità tra piano di recupero e successivo permesso di costruire, essa aveva ritenuto che l'annullamento in sede giurisdizionale del piano di recupero avesse determinato la caducazione automatica anche del permesso di costruire; tuttavia, a fronte della specifica censura formulata dal [omissis] nel giudizio R.G. 553/2023 proposto avverso la medesima ordinanza n. [omissis], gli Uffici avevano stabilito di approfondire la questione compulsando anche il proprio ufficio legale, il quale aveva rilevato che secondo la giurisprudenza non sussisterebbe alcun rapporto di consequenzialità necessaria tra piano di recupero e permesso di costruire; a fronte di tale parere legale, l'amministrazione si era quindi indotta ad annullare in autotutela anche il permesso di costruire, senza esserne impedito dal decorso del termine di cui all'art. 21 nonies, atteso il carattere permanente dell'illecito edilizio; sussisterebbe anche l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata; inoltre, stante la natura vincolata dell'atto, si era ritenuto di poter omettere la comunicazione di avvio del procedimento.

5. Il ricorso R.G. 715/2023.

5.1. Con ricorso notificato il 3 ottobre 2023 e ritualmente depositato, il ricorrente impugnava la predetta determinazione dirigenziale n. [omissis] e ne chiedeva l'annullamento sulla base di due motivi, così sintetizzabili:

1) *Violazione dell'art. 7 della L. n. 241/90*: mancata comunicazione dell'avvio del procedimento: se il Comune avesse comunicato l'avvio del procedimento, il ricorrente avrebbe potuto dedurre in sede procedimentale ragioni sufficienti a consentire un diverso esito del procedimento, quali, in particolare, il danno da lui subito, l'impossibilità per l'amministrazione di locupletare su un errore procedimentale da essa stessa commesso, l'inconsapevolezza del ricorrente, all'atto dell'acquisto dell'immobile, dei vizi afferenti il piano di recupero;

2) *Violazione dell'art. 21-nonies della L. n. 241/90*: il provvedimento impugnato sarebbe stato adottato in violazione del termine massimo di 12 mesi previsto dall'art. 21 nonies L. 241/90; inoltre, mancherebbe nel caso di specie un interesse pubblico idoneo a giustificare l'annullamento dell'atto, diverso dal mero ripristino della legalità violata

5.2. Con il nuovo gravame, il ricorrente rinnovava la domanda risarcitoria già proposta con il ricorso introduttivo, precisando di proporla soltanto "in via subordinata (...) nell'improbabile ipotesi che si ritenesse, ora, legittimo l'atto di autotutela"; in particolare, il ricorrente lamentava il danno asseritamente sofferto per aver confidato senza sua colpa nella regolarità edilizia dell'unità immobiliare acquistata dalla [omissis], espressamente garantita da quest'ultima nell'atto di vendita; il danno era commisurato, quanto al danno emergente: al costo della fiscalizzazione dell'abuso edilizio irrogato dall'amministrazione comunale, pari ad € 690.000,00; alle imposte pagate dal ricorrente sull'immobile in questione, pari ad € 32.161,00; all'importo che il ricorrente dovesse essere condannato a pagare al proprio conduttore [omissis] in relazione alle spese da questi sostenute per l'allestimento del negozio, tuttora oggetto di contenzioso civile; quanto invece al lucro cessante, il danno era commisurato all'importo dei canoni di locazione persi dal ricorrente a causa della

sopravvenuta risoluzione consensuale del contratto di locazione, pari ad € 12.000,00 per il primo anno e ad € 15.000,00 per gli anni successivi.

6. Svolgimento dei processi.

6.1. Il Comune di Seriate si costituiva in entrambi i giudizi con atto di stile, successivamente integrato, in prossimità dell'udienza di merito, dal deposito di documentazione e di memoria difensiva, unica per entrambi i giudizi, contestando il fondamento dei ricorsi e chiedendone il rigetto.

6.2. La parte ricorrente depositava una memoria di replica, contestando il fondamento delle deduzioni comunali e insistendo per l'accoglimento dei ricorsi e della domanda risarcitoria.

6.3. All'udienza pubblica dell'8 ottobre 2024, dopo la discussione dei difensori delle parti, il Collegio tratteneva le cause per la decisione.

DIRITTO

1. Riunione dei due ricorsi.

Preliminarmente va disposta la riunione dei due ricorsi in esame, stanti gli evidenti profili di connessione soggettiva ed oggettiva.

2. Nel merito.

Nel merito, si osserva quanto segue.

2.1. Come esposto in narrativa, [omissis] ha realizzato nei primi anni 2000 un intervento di recupero del patrimonio edilizio esistente, in zona A del territorio del Comune di Seriate, consistente nella demolizione e ricostruzione di un primo fabbricato (indicato nelle tavole come 039), con ampliamento dello stesso, e nel recupero a fini abitativi del sottotetto di un secondo fabbricato (indicato con 038), oltre a modifiche interne ai piani sottostanti. L'intervento ha dato vita, complessivamente, a 15 abitazioni, 1 negozio, 11 magazzini e 17 posti auto coperti.

2.2. L'intervento è stato realizzato in forza di un piano di recupero adottato dal consiglio comunale di Seriate con deliberazione n. 51 del 31 ottobre 2006 e approvato con deliberazione dello stesso consiglio n. 25 del 24 aprile 2007. Il piano di recupero, contemplante un aumento volumetrico di poco inferiore al 10%, è stato approvato in variante allo strumento urbanistico in allora vigente, il quale non ammetteva ampliamenti volumetrici in zona A, ma soltanto nelle zone omogenee B, C, e D. La variante allo strumento urbanistico è stata approvata con la procedura semplificata di cui all'art. 3 della L.R. 23 giugno 1997 n. 23, dal momento che l'intervento è stato fatto rientrare dall'amministrazione nella fattispecie di cui all'art. 2 comma 2 lett. d) della stessa legge regionale, secondo cui "Il procedimento semplificato di cui all'art. 3 si applica in presenza di una o più delle seguenti fattispecie: (...) d) varianti dirette a modificare le modalità di intervento sul patrimonio edilizio esistente, nel caso in cui esse non concretino ristrutturazione urbanistica e non comportino incremento del peso insediativo in misura superiore al 10% rispetto a quanto stabilito dallo strumento urbanistico vigente; (...)".

2.3. Il piano di recupero è stato tuttavia annullato da questo TAR, in accoglimento del ricorso proposto da un proprietario confinante, con sentenza n. 806 dell'8 aprile 2009, sul rilievo che il piano di recupero non avrebbe potuto essere approvato attraverso la procedura semplificata di variante urbanistica prevista dalla L.R. n. 23/1997 per assentire un aumento di volumetria altrimenti non realizzabile secondo le previsioni degli strumenti urbanistici in vigore.

2.4. I provvedimenti impugnati nel presente giudizio (di fiscalizzazione degli abusi edilizi ex art. 38 TUE e di annullamento in autotutela del permesso di costruire in variante [omissis]) scaturiscono direttamente da detta sentenza.

2.5. Giova precisare che i medesimi provvedimenti oggetto del presente giudizio (ordinanza n. [omissis] e determinazione n. [omissis]) sono stati impugnati anche dal [omissis] (e dante causa dell'odierno ricorrente) [omissis], con ricorsi R.G. 553/2023 e 857/2023, sulla base di censure in parte analoghe a quelle proposte dall'odierno ricorrente. Tali giudizi sono stati definiti da questo TAR, previa riunione, con sentenza n. 690 del 2 agosto 2024, la quale, in particolare: a) ha accolto il ricorso R.G. 553/2023 e per l'effetto annullato i provvedimenti impugnati (ordinanza n. [omissis] e

successivo diniego di autotutela); b) ha dichiarato inammissibile il ricorso R.G. 857/2023 per carenza di interesse a ricorrere.

2.6. Ovviamente, la predetta sentenza ha effetto tra le sole parti contendenti, ma le considerazioni sulle quali essa è fondata sono applicabili anche ai giudizi qui in esame e conducono a conclusioni analoghe nei rapporti tra le parti qui contendenti.

2.7. Al riguardo si osserva, quindi, quanto segue (riprendendo considerazioni già svolte dalla Sezione nella citata recente sentenza, dalle quali il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi).

3. Quanto al ricorso R.G. 715/2023.

3.1. È bene subito precisare che l'annullamento in sede giurisdizionale del predetto piano di recupero ha determinato *ipso iure*, quale effetto di caducazione automatica, l'annullamento anche del permesso di costruire in variante [omissis] rilasciato dall'amministrazione comunale per la realizzazione dell'intervento in questione, trattandosi di un atto meramente consequenziale al predetto piano attuativo e che in quest'ultimo trovava il suo imprescindibile ed essenziale presupposto.

Sotto tale profilo, pertanto, la successiva determinazione comunale n. [omissis] (impugnata con il ricorso r.g. 715/2023), con cui l'amministrazione comunale ha ritenuto di dover annullare in autotutela il predetto permesso di costruire, appare pleonastico e meramente dichiarativo di un effetto caducatorio già determinatosi automaticamente.

3.2. Al riguardo, non rileva in senso contrario la circostanza – dedotta dalla parte ricorrente nella propria memoria di replica – che il permesso di costruire, a differenza del piano di recupero, sia stato sottoposto a condizioni di efficacia (predisposizione di valutazione previsionale clima acustico, progettazione del contenimento energetico, progettazione dei cementi armati) e a prescrizioni (larghezza minima dei disimpegni, valutazione positiva da parte dell'ARPA), il che, secondo la ricorrente, dimostrerebbe l'esistenza di una “discontinuità” nella sequenza procedimentale tra piano di recupero e permesso di costruire: si tratta, infatti, di mere condizioni e prescrizioni da osservare in fase realizzativa dell'intervento, ma che a loro volta trovano il loro imprescindibile presupposto, come l'intero intervento assentito, nella pregressa approvazione del piano di recupero, senza il quale il permesso di costruire non avrebbe mai visto la luce e nel quale trova il suo essenziale presupposto giuridico: sicchè, annullato quest'ultimo, anche il permesso di costruire viene meno automaticamente, per effetto di caducazione automatica.

3.3. Da tali considerazioni discende l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso R.G. 715/2023 proposto dall'odierno ricorrente, dal momento che anche un ipotetico accoglimento di tale gravame non sarebbe idoneo ad arrecare alcuna utilità alla parte ricorrente, stante la caducazione automatica del permesso di costruire già prodottasi per effetto dell'annullamento giurisdizionale del presupposto piano di recupero.

4. Quanto al ricorso R.G. 424/2023.

È invece fondato il ricorso R.G. 424/2023, nei sensi e nei limiti qui di seguito precisati.

4.1. Come esposto in premessa, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di questo TAR n. 806/2009 - intervenuto a seguito del decreto decisorio n. 247 del 16 marzo 2016 con cui il Consiglio di Stato ha dichiarato perento l'appello proposto da [omissis] - il Comune di Seriate da adottato, all'esito di apposito procedimento, il provvedimento del 4 maggio 2023 (oggetto del ricorso R.G. 424/2023 qui in esame) con cui ha irrogato all'odierno ricorrente (in solido con il [omissis]) la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 T.U.E., quantificandola nell'importo di € 690.000,00 sulla scorta di apposita perizia di stima commissionata all'Agenzia delle Entrate.

4.2. Avverso tale provvedimento, il ricorrente ha dedotto la sussistenza di vizi di violazione di legge, sotto plurimi profili; tra questi, appare di per sé assorbente quello dedotto con il quarto motivo, nella parte in cui il ricorrente ha lamentato che il Comune avrebbe omissis di valutare, prima di disporre la fiscalizzazione dell'abuso, come imposto dall'art. 38 T.U.E., la possibilità di rimuovere il vizio che aveva inficiato il procedimento di approvazione del piano di recupero.

4.3. Il Comune ha replicato che, nel caso di specie, non è stato ritenuto possibile sanare “i vizi della procedura amministrativa”, dal momento che il ricorso alla procedura di variante semplificata di cui all'art. 2 e ss. L.R. n. 23/1997 non sarebbe più possibile, atteso che la sentenza di annullamento del

piano di recupero è del 2009 e la Legge n. 23/97 è stata abrogata nel 2005 (ex art. 104 della L.R. n. 12 del 11-03-2005), con conseguente impossibilità di rinnovo del procedimento viziato ed annullato dal TAR; di conseguenza, se anche il Comune approvasse oggi, con procedura ordinaria, una variante al PGT contemplante la possibilità di incrementi volumetrici nella specifica zona superiori al 10%, l'intervento eseguito dalla [omissis] non potrebbe comunque conseguire l'accertamento di conformità ex art. 36 TUE, mancando il requisito essenziale della conformità dell'intervento allo strumento urbanistico vigente alla data di realizzazione dell'intervento (e quindi uno dei presupposti della "doppia conformità" di cui all'art. 36).

5. Ciò posto, ritiene il Collegio che la censura di parte ricorrente sia fondata e assorbente, sulla base delle considerazioni già svolte dalla Sezione nella citata sentenza n. 690 del 2024, che vengono qui di seguito riprodotte.

5.1. L'art. 38 T.U.E. prevede che:

"1. In caso di annullamento del permesso di costruire, 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.

2. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36".

5.2. Alla luce di tale previsione, presupposto essenziale affinché il Comune possa applicare la sanzione pecuniaria da essa prevista è che *"non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative"*.

5.3. La giurisprudenza ha chiarito, al riguardo, che *"l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001 qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure o la restituzione in pristino, può trovare applicazione unicamente a fronte di vizi che riguardino la forma e la procedura e che - alla luce di una valutazione in concreto effettuata dall'Amministrazione - risultino non rimuovibili"* (Consiglio di Stato Ad. plen., 07/09/2020, n.17); ciò in quanto *"La tutela dell'affidamento attraverso l'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38 d.P.R. n. 380/2001 non può giungere sino a consentire una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'amministrazione, in deroga a qualsivoglia previsione urbanistica, ambientale o paesaggistica, pena l'inammissibile elusione del principio di programmazione e l'irreversibile compromissione del territorio, ma è piuttosto ragionevolmente limitata a vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che legittimamente ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto assentito"* (Consiglio di Stato sez. VI, 11/10/2023, n.8869).

5.4. Nel caso di specie, il piano di recupero in forza del quale è stato realizzato l'intervento di cui si discute è stato annullato da questo TAR sul rilievo che la variante parziale allo strumento urbanistico sottesa all'intervento non avrebbe potuto essere approvata con la procedura semplificata di cui all'art. 2 comma 2 lett. d) della L.R. n. 23/1997, ma avrebbe richiesto l'attivazione della procedura ordinaria, trattandosi in sostanza, non di un piano di recupero – il quale, per sua natura, è uno strumento attuativo destinato al recupero del patrimonio edilizio esistente senza, tuttavia, implicare incrementi volumetrici tali da determinare un aumento del carico insediativo – quanto piuttosto un intervento di ristrutturazione edilizia, pure ammesso dallo strumento urbanistico in allora vigente in zona A, ma senza la possibilità di incrementi volumetrici.

5.5. In sostanza, secondo il TAR, la variante urbanistica implicata dall'intervento di cui si discute avrebbe dovuto essere approvata con procedura ordinaria e non semplificata.

5.6. Si tratta, osserva il Collegio, di un vizio meramente formale, e non sostanziale, della procedura autorizzativa, tenuto conto che, sotto il profilo sostanziale, il consiglio comunale aveva già valutato favorevolmente, in sede di approvazione del piano di recupero (con la delibera n. 25/2007), la

compatibilità di un aumento volumetrico in Zona A contenuto nei limiti del 10% dell'esistente; sotto il profilo formale, invece, per superare la previsione ostativa dello strumento urbanistico in allora vigente, l'amministrazione avrebbe dovuto approvare la variante parziale al PGT con la procedura ordinaria e non con quella semplificata.

5.7. Trattandosi di un vizio meramente formale, l'amministrazione avrebbe potuto sanarlo con lo strumento eccezionale di cui all'art. 38 TUE, diretto a tutelare il legittimo affidamento indotto nel privato dal rilascio del titolo edilizio allorchè quest'ultimo sia affetto da vizi meramente formali, soprattutto allorchè questi ultimi – come nel caso di specie – siano imputabili unicamente alla stessa amministrazione comunale. Quella che viene in considerazione è, in sostanza, una forma speciale di convalida del provvedimento amministrativo viziato che, per espressa previsione di legge, può intervenire eccezionalmente dopo l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento viziato, in presenza di vizi meramente formali; come ogni provvedimento di convalida, quello adottato dall'amministrazione ai sensi dell'art. 38 T.U.E., al fine di rimuovere i vizi formali che abbiano inficiato la legittimità della procedura amministrativa produce per sua natura effetti retroattivi, rendendo legittimi i titoli edilizi (nel caso di specie, il piano di recupero e il successivo permesso di costruire) sin dall'origine, senza quindi la necessità di richiedere ulteriori condoni o sanatorie.

5.8. Nel caso di specie, l'amministrazione ha del tutto omissis di valutare la possibilità di rimuovere il vizio che inficiava il piano di recupero e il conseguente permesso di costruire, procedendo ora per allora all'approvazione della variante parziale allo strumento urbanistico con procedura ordinaria.

5.9. Sotto questo profilo, è irrilevante che la L.R. n. 23/1997 sia stata abrogata nel 2005, dal momento che nel caso di specie non si tratta di emendare il vizio della procedura autorizzativa riapprovando il piano di recupero con procedura semplificata (non più consentita dalla normativa vigente) ma, al contrario, di procedere, ora per allora, alla sua approvazione con procedura ordinaria, tuttora possibile e doverosa.

5.10. Il Comune avrebbe dovuto procedere d'ufficio a tale verifica, a prescindere da ogni istanza di parte, imponendolo espressamente l'art. 38 in questione.

5.11. Giova precisare che nell'ambito di tale procedimento – che il Comune dovrà attivare in esecuzione della presente sentenza – l'amministrazione dovrà tenere conto che la compatibilità sostanziale dell'intervento con la zona A è stata già valutata all'epoca della prima approvazione dell'intervento e che gli interessi del privato confinante sono *medio tempore* venuti meno a seguito di un accordo transattivo intercorso tra quest'ultimo e il costruttore (cfr. provvedimento impugnato [omissis], punto 3 della "motivazione"). Certamente l'amministrazione potrà svolgere autonome considerazioni sotto il profilo dell'interesse pubblico all'approvazione dell'intervento e della variante parziale allo strumento urbanistico, ma l'eventuale mutamento di indirizzo rispetto a quello manifestato nella delibera consiliare 24 aprile 2007 n. 25 dovrà essere congruamente motivato, a pena di illegittimità.

5.12. Laddove invece l'amministrazione, in esito al nuovo procedimento, dovesse confermare le valutazioni già svolte nei provvedimenti di approvazione del piano di recupero e approvare la variante parziale al PGT con procedura ordinaria, essa procederà, per l'effetto, alla convalida dei medesimi (piano di recupero e permesso di costruire) e all'archiviazione del procedimento ex art. 38 TUE. In tal caso, l'approvazione ora per allora del piano di recupero (con procedura ordinaria di variante al PGT) determinerà ipso iure la reviviscenza del permesso di costruire [omissis].

5.13. In conclusione, alla luce delle considerazioni di cui sopra, il ricorso R.G. 424/2023 deve essere accolto in relazione alle censure dedotte con il quarto motivo, con l'assorbimento delle ulteriori doglianze e l'annullamento del provvedimento impugnato, nei sensi e per gli effetti conformativi precisati in motivazione, mentre il ricorso R.G. 715/2023 deve essere dichiarato inammissibile per carenza originaria di interesse a ricorrere.

6. Sulla domanda risarcitoria.

La domanda risarcitoria proposta dal ricorrente è in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse e in parte infondata.

6.1. La domanda è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse nella parte in cui il ricorrente lamenta il danno derivante dal pagamento della sanzione, tenuto conto che la sanzione è stata annullata; quale effetto conformativo della presente sentenza, l'amministrazione dovrà rideterminarsi ex art. 38 TUE e il procedimento potrebbe esitare nella convalida del piano di recupero e nella reviviscenza del permesso di costruire; il che comporta che, allo stato, il danno correlato al pagamento della sanzione non è concreto né attuale. Lo stesso vale per il danno correlato al pagamento delle imposte, tenuto conto che l'immobile è tuttora suscettibile di regolarizzazione (a parte che la domanda andrebbe rivolta nei confronti della società venditrice, tenuta alla garanzia per i vizi dell'immobile).

6.2. La domanda è invece infondata nella parte in cui il ricorrente lamenta i danni derivanti dalla sopravvenuta risoluzione (consensuale) del contratto di locazione, resa necessaria – secondo il ricorrente - dall'impossibilità di sanare alcuni abusi edilizi realizzati dallo stesso deducente sull'unità immobiliare di sua proprietà fino alla definizione del procedimento di fiscalizzazione dell'abuso a al pagamento della relativa sanzione, da cui conseguirebbe l'impossibilità per il conduttore di comunicare all'amministrazione l'avvio dell'attività commerciale in relazione ad un immobile abusivo. La domanda, osserva il Collegio, è infondata dal momento che il danno asseritamente sofferto dal ricorrente, nei termini in cui è stato prospettato nel presente giudizio, non deriva dall'impossibilità per il ricorrente di sanare l'abuso edilizio, ma dal fatto di averlo realizzato, e dunque è imputabile esclusivamente allo stesso deducente. Lo stesso è a dirsi per il danno potenzialmente derivante dalle eventuali domande risarcitorie del conduttore: danno che, oltre a non essere attuale (il contenzioso civile introdotto dal conduttore nei confronti del ricorrente è tuttora in corso), sarebbe in ogni caso imputabile unicamente al ricorrente (e non all'amministrazione comunale), per aver locato un immobile dopo avervi realizzato alcuni interventi abusivi.

7. Conclusioni.

7.1. In definitiva, alla luce di tutte le considerazioni fin qui svolte, il ricorso R.G. 424 del 2023 va accolto, con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato, nei sensi e per gli effetti conformativi sopra precisati, mentre il ricorso R.G. 715/2023 va dichiarato inammissibile per carenza originaria di interesse a ricorrere.

7.2. Va invece respinta la domanda risarcitoria.

7.3. Le spese di lite possono essere interamente compensate per giusti motivi, attesa la complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa riunione dei medesimi:

- a) accoglie il ricorso R.G. 424/2023 e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato, nei sensi e per gli effetti conformativi indicati in motivazione;
- b) dichiara inammissibile il ricorso R.G. 715/2023 per carenza originaria di interesse a ricorrere;
- c) respinge la domanda risarcitoria;
- d) compensa integralmente le spese di lite.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Pedron, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere, Estensore

Laura Marchio', Referendario

L'ESTENSORE

Ariberto Sabino Limongelli

IL PRESIDENTE

Mauro Pedron

IL SEGRETARIO