Pubblicato il 05/01/2023

N. 00199/2023REG.PROV.COLL.

N. 04221/2017 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 4221 del 2017, proposto da Tamara Ciarrocchi, rappresentata e difesa dagli avvocati Donato D'Angelo, Francesca Chiarelli, con domicilio eletto presso lo studio Donato D'Angelo in Roma, via Po, n. 22;

contro

Comune di Pedaso, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Ortenzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Livia Ranuzzi in Roma, via del Vignola, n. 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 634/2016, resa tra le parti, avente ad oggetto impugnazione dell'ordinanza di demolizione n. 3/2014 con cui il Comune di Pedaso ingiungeva la demolizione di talune opere abusive realizzate dalla ricorrente nonché dell'ordinanza n. 66/2015

con cui il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Pedaso accertava la mancata ottemperanza dell'ordinanza di demolizione n. 6/15.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pedaso;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;
Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 19 dicembre 2022 il Cons. Davide Ponte e udito per le parti l'avvocati Ortenzi Massimo in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma Microsoft Teams. Viste le conclusioni delle parti come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il presente giudizio ha ad oggetto l'appello avverso la sentenza Tar delle Marche n. 634 del 2016 che ha rigettato l'impugnazione, proposta dalla medesima parte originaria ricorrente, dell'ordinanza di demolizione n.3 del 2014 delle opere abusive realizzate al piano terzo sottotetto dell'edificio sito nel Comune di Pedaso in Via dell'Artigianato n. 8 e dell'ordinanza n. 66 del 2015 di mancata ottemperanza e immissione nel possesso del bene da parte del Comune
Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante formulava, contestando le argomentazioni svolte nella sentenza impugnata, i seguenti motivi di appello:
- incolpevolezza dell'odierna proprietaria e violazione dell'art. 29 del D.P.R. 380 del 2001;

- *error in procedendo* per palese illogicità e contraddittorietà della motivazione circa il secondo motivo di impugnazione in cui si dava atto dell'acquisto dei diritti edificatori necessari per la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità;
- in relazione all'eccezione di inammissibilità formulata dall'Amministrazione, *error in procedendo*, vizio di ultrapetizione, violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, palese illogicità e contraddittorietà della motivazione;
- *error in procedendo* e difetto di istruttoria; per mancato svolgimento di c.t.u. in relazione al fatto che la disposta demolizione delle opere ritenute abusive avrebbe comportato gravi danni all'intera struttura che è stata edificata unitariamente;
- effetto devolutivo dell'appello, dall'accoglimento del primo motivo di gravame, illegittimità dell'ordinanza di demolizione n. 3/2014 per violazione e falsa applicazione di legge con riferimento all'art. 29 del D.P.R. n. 380/2001, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e difetto di motivazione.

La parte appellata si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza di smaltimento del 19 dicembre 2022 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. In relazione al primo motivo, concernente l'estraneità della ricorrente proprietaria all'abuso, vanno ribaditi i seguenti due pacifici orientamenti.

2.1 Per un verso, che i provvedimenti sanzionatori a contenuto ripristinatorio e/o demolitorio riferiti ad opere edilizie abusive hanno carattere reale, con la conseguenza che la loro adozione prescinde dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 05/04/2022 , n. 2523).

2.2 Per un altro verso, che in materia di abusi edilizi commessi da persona diversa dal proprietario, perché quest'ultimo possa andare esente dalla misura consistente

nell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene (ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380), occorre che risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone lo stesso venuto a conoscenza, si sia poi adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento (cfr. ad es. Consiglio di Stato , sez. VI , 26/02/2021 , n. 1648). Sul punto nessun elemento è stato dedotto o fornito da parte appellante, né altrimenti emerge dalla documentazione versata in atti.

3. In ordine al secondo motivo di appello, se in generale in presenza di abusi edilizi, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 (cfr. ex multis Consiglio di Stato , sez. VI , 20/07/2021 , n. 5457), nel caso di specie l'istanza permesso di costruire in sanatoria, presentata in data 1.7.2014, è stata respinta con ordinanza 23 febbraio 2015 n. 6, non oggetto di gravame.

4. In relazione al terzo motivo di appello, va condivisa la conclusione della sentenza, basata sull'eccezione formulata dall'amministrazione comunale e sull'orientamento consolidato per cui il provvedimento di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e quello successivo d'acquisizione gratuita delle opere abusive e dell'area di sedime al patrimonio comunale si giustappongono nel procedimento sanzionatorio in rapporto di consequenzialità all'ingiunzione di demolizione: essendo soggetti a caducazione automatica in caso di annullamento del provvedimento presupposto, non necessitano d'autonoma impugnazione se non per vizi propri (cfr. ad es. Consiglio di Stato , sez. VI , 10/09/2018 , n. 5308). Quindi correttamente il Tar ha dichiarato inammissibili i motivi dedotti avverso il predetto accertamento non in termini di vizi propri dell'atto di accertamento.

5. In relazione al quarto motivo, se sul versante processuale la carenza degli elementi di prova dei fatti allegati non può essere colmata con l'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, atteso che tale mezzo è finalizzato all'apprezzamento di elementi di prova *aliunde* ricavabili, sul versante edilizio va ribadito che le disposizioni dell' art. 34 d.P.R. n. 380 del 2001, devono essere interpretate nel senso che la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria debba essere valutata dall'Amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione: fase esecutiva, nella quale le parti possono dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato, presupposto per l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria, con la conseguenza che tale valutazione non rileva ai fini della legittimità dell'originario ordine di demolizione (cfr. ex multis Consiglio di Stato , sez. VI , 10/05/2021 , n. 3666).

6. Infine, in relazione al quinto motivo di appello, l'infondatezza del primo esclude l'ammissibilità della devoluzione invocata nei predetti termini condizionati.

7. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va respinto.

8. Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

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 del presente grado di giudizio in favore di parte appellata, liquidate in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Massimiliano Tarantino, Presidente FF

Dario Simeoli, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Thomas Mathà, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Davide Ponte	**Luigi Massimiliano Tarantino**

IL SEGRETARIO