

Pubblicato il 16/07/2024

N. 06395/2024REG.PROV.COLL.

N. 06487/2023 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6487 del 2023, proposto dal Comune di Desenzano del Garda, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Ignazio Tranquilli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sezione seconda, n. -OMISSIS- del 14 aprile 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

visti tutti gli atti della causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2024, il consigliere Francesco Frigida, udito l'avvocato Ignazio Tranquilli per la parte appellata e vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione depositata dall'avvocato Domenico Bezzi per l'ente appellante;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato – rispettivamente in data 30 giugno 2023 e in data 26 luglio 2023 – il Comune di Desenzano del Garda ha proposto appello avverso la sentenza segnata in epigrafe con cui è stato accolto il ricorso (n. 169 del 2021) del signor -OMISSIS- ed è stato conseguentemente annullato il provvedimento del predetto Comune di diniego di rimborso della somma versata a titolo di sanzione pecuniari in relazione ad abusi edilizi (prot. n. 1441/VI/III dell'11 gennaio 2021), condannando l'ente alla restituzione della somma di euro 89.053,26, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dal versamento originario fino al saldo.

2. Il T.a.r. ha così sintetizzato i fatti di causa: *«In data 7.6.2010, nell'ambito della pratica edilizia n. 304/2010, il sig. -OMISSIS- otteneva dal Comune di Desenzano del Garda il rilascio del permesso di costruire n. 14723/2010 per la realizzazione di opere di sopralzo, ai sensi della L.R. Lombardia n. 13/2009. Con ricorso R.G. n. 1580/2010, il sig. -OMISSIS-, quale proprietario di un immobile adiacente, impugnava detto titolo innanzi a questo Tribunale che, con sentenza 27 maggio 2011, n. 791, lo annullava. Preso atto di tale decisione, con ricorso R.G. n. 7600/2011, il sig. -OMISSIS- appellava la sopra citata sentenza n. 791/2011 innanzi al Consiglio di Stato presentando simultaneamente, al fine di sanare con riserva le pretese incongruenze edilizie, un'istanza con la quale: i) per una parte del sopralzo edificato, richiedeva il rilascio di un provvedimento di sanatoria edilizia, ex art. 36 del d.P.R. n. 380/2001; ii) per la parte restante, invece, l'applicazione dell'istituto della c.d. "fiscalizzazione dell'abuso", ex art. 38*

del d.P.R. n. 380/2001, e, cioè, la conversione della sanzione demolitoria nella sanzione pecuniaria commisurata al valore venale dell'immobile gravato dall'asserito abuso edilizio. Il Comune, una volta riscontrati i presupposti all'uopo necessari, accoglieva l'istanza composita, come supra descritta, e rilasciava al sig. -OMISSIS- il permesso di costruire in sanatoria n. 17915 del 24.11.2014. Con ricorso R.G. n. 1621/2014, il sig. -OMISSIS- impugnava anche questo secondo titolo edilizio sempre innanzi a questo Tribunale che, con sentenza n. 218 del 9 febbraio 2016, lo annullava. A quel punto, con ricorso R.G. n. 7606/2016, il sig. -OMISSIS- proponeva appello innanzi al Consiglio di Stato anche avverso questa seconda sentenza n. 218/2016, la cui esecutività veniva sospesa in sede cautelare, giusta ordinanza n. 3019 del 25.7.2016. Successivamente, il Consiglio di Stato, con sentenza 14 aprile 2020, n. 2419, previa riunione dei due appelli anzidetti (R.G. nn. 7600/2011 e 7606/2016), li accoglieva entrambi e, per quanto qui interessa, rilevava la piena legittimità sia dell'originario p.d.c. n. 14723/2010, sia del successivo p.d.c. in sanatoria n. 17915/2014. Conseguentemente, con nota del 16.11.2020, il sig. -OMISSIS- richiedeva al Comune il rimborso della somma complessiva di € 89.053,26 illo tempore versata con riferimento al rilascio del p.d.c. in sanatoria n. 17915/2014, ex artt. 36 e 38 del TUED, ritenendo essere venuta meno, per effetto della sentenza n. 2419/2020 del Consiglio di Stato, la ragione giustificatrice sottesa alla dazione della stessa. Il Comune di Desenzano del Garda, con il provvedimento in epigrafe indicato, respingeva l'istanza di rimborso per le ragioni di seguito trascritte: "Preso atto delle argomentazioni e motivazioni contenute nella richiesta pervenuta riferite all'iter giudiziale della pratica oggetto di sentenze da parte del T.A.R. Lombardia Brescia e di sentenza finale del Consiglio di Stato si comunica che, seppur comprendendone le motivazioni, se ne deve contestare il fondamento e, quindi, con la presente rigettare la richiesta di rimborso per le seguenti circostanze: 1. la richiesta di adozione di provvedimenti ex artt. 36 e 38 del TUE sono intervenute spontaneamente da parte del Suo assistito e non risultano subordinate alla condizione risolutiva del loro venir meno nel caso di reviviscenza dell'originario provvedimento all'epoca annullato dal tar bresciano; 2. i provvedimenti assunti ex artt. 36 e 38 del TUE sono pienamente validi ed efficaci,

per come riconosciuto dal Consiglio di stato con la recente sentenza n. 2419 del 2020". Il sig. - OMISSIS- proponeva avverso tale determinazione ricorso con il quale, ritenendo sussistere i presupposti di cui agli "artt. 2033 e 2041 c.c.", chiedeva la restituzione della somma indebitamente incamerata dal Comune. Si costituiva il Comune di Desenzano del Garda chiedendo la reiezione del ricorso ed eccependo il difetto di giurisdizione di questo Giudice».

2.1. Tale ricostruzione non risulta specificamente contestata dalle parti costituite, sicché, in ossequio al principio di non contestazione recato all'art. 64, comma 2, del codice del processo amministrativo, può considerarsi idonea alla prova dei fatti oggetto di giudizio.

2.2. Il Tribunale ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione e ha reputato *«presenti tutti gli elementi della fattispecie della c.d. "actio de in rem verso" (...) conformemente a quanto previsto dall'art. 2041 c.c.»*, accogliendo per tal via il ricorso dell'interessato.

3. Il Comune appellante ha articolato due motivi d'impugnazione rispettivamente compendiatamente in: *«Violazione, falsa ed errata applicazione dell'art. 4 C.P.A e dei principi generali di riparto della Giurisdizione rispetto al capo della sentenza con cui è stata rigettata l'eccezione di giurisdizione sollevata»* e *«Violazione, falsa ed errata applicazione dell'art. 113 c.p.c., degli artt. 29 e 34 c.p.a, degli artt. 36 e 38 del d.P.R. n. 380/2001, degli artt. 2041 e 2033 c.c. – Travisamento dei presupposti di fatto, carente e/o insufficiente motivazione»*.

4. Il signor -OMISSIS- si è costituito in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello.

5. Con ordinanza n. 147/2024 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare presentata dall'appellante, sospendendo di conseguenza l'efficacia esecutiva della sentenza impugnata.

6. In vista dell'udienza di discussione ambedue le parti hanno depositato memoria e memoria di replica, con cui hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi e insistito sulle rispettive posizioni.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 21 maggio 2024.

8. L'appello è fondato.

9. Il primo motivo d'impugnazione, con cui è stato censurato il rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione del Comune da parte del T.a.r., è meritevole di favorevole considerazione.

Occorre evidenziare che il presente giudizio non attiene alla legittimità del procedimento di accertamento di conformità, né in ogni caso è stato censurato l'esercizio del potere pubblicistico.

La domanda giudiziale dell'interessato infatti ha quale *petitum* la restituzione di quanto corrisposto al Comune a titolo di sanzione pecuniaria associata al permesso di costruire in sanatoria (dichiarato legittimo dal giudice amministrativo) e come *causa petendi* il diritto soggettivo alla ripetizione di un indebito.

Se in astratto è vero quanto affermato dal T.a.r. secondo cui «*La questione circa la sussistenza dell'obbligo di pagare l'oblazione per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, all'esito del procedimento di accertamento di conformità, è devoluta (...) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. f), cod. proc. amm.*», tuttavia in concreto tale osservazione non è pertinente con il caso di specie, dove non è in contestazione l'obbligo di pagare l'oblazione, bensì l'accertamento di un diritto soggettivo alla restituzione di una somma versata in forza di un provvedimento riconosciuto definitivamente legittimo in sede giurisdizionale.

Tale accertamento fuoriesce dall'area della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lettera f), del codice del processo amministrativo, in quanto non è in contestazione – neppure mediatamente – l'esercizio di un potere pubblicistico, trattandosi, invece, di una lite su un rapporto di tipo paritetico tra la pubblica amministrazione e il soggetto privato.

In particolare, l'interessato ha chiesto la ripetizione di quanto corrisposto al Comune per effetto di un procedimento di sanatoria ad istanza di parte ai sensi dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2000 al fine di evitare la demolizione del manufatto, in

quanto successivamente è stata definitivamente riconosciuta la legittimità dell'iniziale permesso di costruire, oltreché della sanatoria, con conseguente lamentato sopravvenuto difetto di causa del pagamento dell'oblazione versata.

In sostanza, il presente giudizio origina da una domanda di rimborso di somma versata (e dunque inerente a un vantato diritto soggettivo) per un asserito illecito arricchimento dell'*accipiens*, a cui il Comune ha risposto negativamente con una comunicazione priva di effettivo valore provvedimentoale pubblicistico.

Siffatta ricostruzione è peraltro conforme a quanto precisato in fattispecie analoga dalle sezioni unite della Corte di cassazione con sentenza n. 12899 del 24 maggio 2023, secondo cui *«mentre rientrano nella giurisdizione esclusiva quelle concernenti la regolarità del procedimento di sanatoria dell'abuso edilizio, e quelle aventi ad oggetto il diritto dell'interessato a giovare del procedimento ex art. 38 cit. e ad ottenere il rimborso delle somme di cui risulta creditore a seguito della determinazione definitiva dell'importo della sanzione pecuniaria da parte del dirigente dell'ufficio competente, diversamente deve essere affermato quanto alle somme versate, nel caso in cui sia divenuta definitiva la sentenza di annullamento del provvedimento in autotutela, che annullava il permesso di costruzione, e sul quale ultimo si fondava il procedimento di cui al T.U. n. 380 del 2001, art. 38 e la conseguente sanzione pecuniaria irrogata. (...) In detta ipotesi (...) l'atto di irrogazione della sanzione è sine causa (sia pure non originaria ma sopravvenuta) e quindi è nullo, con la conseguenza che l'interessato ha diritto di ripetere a titolo di indebito la somma versata (...) alla parte che agisce per la restituzione dell'indebito si contrappone una pubblica amministrazione che, esaurito il procedimento sanzionatorio di cui all'art. 38 cit., non è qualificata in ordine ai tempi ed ai modi del pagamento delle somme richieste da alcun residuo potere, che valga a ricomprendere la controversia relativa al diritto alla restituzione nella materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo soltanto in ragione dell'originario esercizio rispetto ad essa di una attività discrezionale dell'amministrazione, coinvolgente anche i diritti soggettivi dell'interessato».*

Pertanto va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario, dinanzi al quale il signor -OMISSIS- potrà far valere la propria pretesa.

10. L'accoglimento del pregiudiziale primo motivo d'appello in punto di giurisdizione determina l'assorbimento del secondo motivo.

11. Alla riconosciuta sussistenza della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria consegue l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata.

12. La notevole peculiarità della vicenda e la definizione soltanto in rito della causa giustificano la compensazione tra le parti delle spese processuali di ambedue i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione seconda, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario sul ricorso di primo grado e annulla senza rinvio la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2024, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Frigida

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

www.gardalex.it