

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Abuso del diritto - Nozione - Fattispecie - Attività processuali contraddittorie rispetto ad altre che le hanno precedute in quel medesimo giudizio - Giudizio riassunto innanzi al G.A. dopo accoglimento di un'eccezione di difetto di giurisdizione.

Tar Veneto - Venezia, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1459

- in *Il Foro amm.*, 11, 2021, pag. 1662, con nota di Antonio Persico, *Sull'abuso del processo*.

“[...] l'abuso del diritto è figura di generale applicazione nel nostro ordinamento giuridico, fino a coinvolgere l'esercizio stesso del diritto di difesa nell'ambito del processo [...] quando esso si riveli difforme dal canone di buona fede e correttezza al quale sono improntati i rapporti tra i consociati. Di regola, la giurisprudenza ricorre allora all'abuso del diritto per sanzionare attività processuali in sé contraddittorie rispetto ad altre che le hanno precedute in quel medesimo giudizio (cd. abuso nel processo): dopo la pronuncia n. 656/12 del Consiglio di Stato, il divieto per chi abbia introdotto una causa di eccepire in appello il difetto di giurisdizione è da ritenersi ormai ius receptum [...]: ad analoghe conclusioni deve giungersi con riferimento a una fattispecie quale quella in considerazione, in cui il giudizio è stato riassunto dinanzi al GA, proprio in accoglimento di un'eccezione della stessa parte che oggi contesta la giurisdizione di questo giudice [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pieve di Cadore;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2021 la dott.ssa Daria Valletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la società in epigrafe ha riassunto il giudizio originariamente incardinato dinanzi al G.O., dichiaratosi non munito di giurisdizione, e avente ad oggetto la domanda di risarcimento dei danni subiti a causa della lesione dell'affidamento incolpevole riposto nella legittimità della concessione edilizia n. 3473/2002 ad essa rilasciata dal Comune, nonché derivanti dal complessivo comportamento anche omissivo tenuto dal Comune stesso.

La ricorrente ha, infatti, dedotto di aver effettuato un intervento di sopraelevazione dell'edificio del quale è proprietaria in forza di concessione rilasciata dal Comune di Pieve di Cadore: in seguito a contenzioso civilistico avviato dalla proprietà confinante, la deducente veniva condannata alla

rimozione delle opere effettuate in forza di tale titolo, in quanto ritenute in contrasto con l'interpretazione data dal Tribunale all'art. 9 delle NTA del Piano particolareggiato della frazione di Tai.

Sulla scorta di tali premesse la società chiede la condanna del Comune resistente al risarcimento del danno derivante: dall'affidamento incolpevole maturato sulla legittimità del permesso di costruire rilasciato, in quanto emesso in violazione dell'art. 9 delle NTA del Piano particolareggiato frazione di Tai; dalla mancata approvazione della delibera di interpretazione autentica della norma citata, con le forme della variante al piano attuativo conformemente a quanto ritenuto necessario dalla Corte d'Appello e dalla Corte di Cassazione.

Si afferma, in particolare, che la responsabilità del Comune sarebbe innanzitutto da individuarsi nella formulazione ambigua della norma in questione e comunque nell'interpretazione alla stessa data in occasione del rilascio della concessione edilizia n. 3473/2002, che è stata ritenuta illegittima dal Giudice ordinario; inoltre, l'Amministrazione dovrebbe ritenersi responsabile per essersi rifiutata di risolvere la controversia insorta tra la ricorrente e la proprietà confinante deliberando l'interpretazione autentica della norma contestata nelle forme dell'approvazione di una variante al piano, come richiesto dalla Corte d'Appello e dalla Cassazione.

Si è costituito in giudizio il Comune resistente, eccependo la decadenza dall'azione per mancata impugnazione di un atto amministrativo, l'irricevibilità del ricorso per violazione del termine di 30 giorni di cui all'art. 30, comma 3, cpa, il difetto di giurisdizione del Giudice adito, la nullità dell'atto di citazione introduttivo del giudizio originario per assoluta incertezza della *causa petendi*, la carenza di legittimazione attiva della ricorrente, il difetto di legittimazione a conferire la procura *ad litem*; nel merito, ha chiesto la reiezione del gravame.

All'udienza in data 14.10.2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Occorre, preliminarmente, procedere al vaglio dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito sollevata dalla parte resistente.

Si osserva, in proposito, che il giudizio, originariamente incardinato dinanzi al G.O., è stato riassunto in questa sede in forza di declaratoria di difetto di giurisdizione pronunciata in accoglimento dell'eccezione sollevata dal Comune odierno resistente (*cf.* sentenza nr. 520/2019 del Tribunale di Belluno, all. 3 alla produzione di parte ricorrente).

L'eccezione oggi sollevata, in senso diametralmente opposto, nell'ambito del presente giudizio deve, dunque, essere disattesa, costituendo estrinsecazione di un abuso del processo, al quale l'ordinamento reagisce con l'inammissibilità: come è noto, l'abuso del diritto è figura di generale

applicazione nel nostro ordinamento giuridico, fino a coinvolgere l'esercizio stesso del diritto di difesa nell'ambito del processo (*cf.* Cass. S. U. n. 23726/07; Cons. Stato, sez. V, n. 656/12) quando esso si riveli difforme dal canone di buona fede e correttezza al quale sono improntati i rapporti tra i consociati. Di regola, la giurisprudenza ricorre allora all'abuso del diritto per sanzionare attività processuali in sé contraddittorie rispetto ad altre che le hanno precedute in quel medesimo giudizio (cd. abuso nel processo): dopo la pronuncia n. 656/12 del Consiglio di Stato, il divieto per chi abbia introdotto una causa di eccepire in appello il difetto di giurisdizione è da ritenersi ormai *ius receptum* (*cf.* Cass. S.U. n. 21260 del 2016; Cons. Stato, ad. Plen., n. 4 del 2017): ad analoghe conclusioni deve giungersi con riferimento a una fattispecie quale quella in considerazione, in cui il giudizio è stato riassunto dinanzi al GA, proprio in accoglimento di un'eccezione della stessa parte che oggi contesta la giurisdizione di questo giudice.

In ordine alle ulteriori eccezioni sollevate dall'Amministrazione resistente si osserva quanto segue: con il ricorso in disamina la ricorrente ha riassunto il giudizio, originariamente incardinato dinanzi al Giudice Ordinario, avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno derivante dall'affidamento incolpevole maturato sulla legittimità del titolo a costruire rilasciato dal Comune (ritenuto, invece, illegittimo dal G.O.); si domanda, inoltre, il ristoro del danno derivante dalla mancata adozione della variante al piano particolareggiato ad iniziativa del Comune.

Dunque, nella vicenda che ci occupa, viene in rilievo la fattispecie del danno derivante da provvedimento amministrativo favorevole illegittimo: la causa del danno, a ben vedere, va individuata non già nel provvedimento, siccome favorevole all'interessato, ma nel comportamento scorretto consistito nell'aver colpevolmente rilasciato un provvedimento illegittimo sul quale il privato ha riposto un affidamento. Si tratta, in altri termini, di una responsabilità da comportamento scorretto in quanto contrario al precetto generale della buona fede e della correttezza, avendo tale condotta causato una lesione dell'affidamento del soggetto destinatario del provvedimento favorevole ma rivelatosi illegittimo. In tal senso, la domanda proposta prescinde, *in parte de qua*, da qualunque pretesa caducatoria, e risulta soggetta solo all'ordinario termine di prescrizione (si riserva al prosieguo ogni valutazione relativa alla domanda risarcitoria da mancato, illegittimo, esercizio del potere, *sub specie* di mancata adozione della variante al piano particolareggiato invocata).

La prescrizione del diritto vantato non risulta, peraltro, essersi compiuta: anche a voler individuare il *dies a quo* di decorrenza del termine in commento dalla pronuncia della sentenza di primo grado del giudice civile (anziché dal suo passaggio in giudicato) con la quale si evidenziava l'illegittimità della concessione rilasciata (*cf.* all.12), rilevano quali successivi atti interruttivi: la diffida ricevuta

in data 28.06.11 (*cf.* doc. 20 della produzione di parte ricorrente); la diffida in data 5.07.2013, che contiene esplicito riferimento ai danni a derivare dalla lesione del legittimo affidamento (*cf.* doc. 31 della produzione di parte ricorrente); la notifica in data 13.12.2017 dell'atto di citazione dinanzi al G.O. contenente la domanda di risarcimento del danno (*cf.* all. 2 alla produzione della ricorrente).

Da quanto precede risulta, altresì, che non sussiste nessuna incertezza assoluta relativamente alla *causa petendi* e al *petitum*, individuati nell'atto introduttivo del giudizio, poi riassunto, in termini sufficientemente precisi: non può essere attribuito alcun rilievo determinante alla invocata circostanza che la somma indicata come *quantum* risarcitorio non corrisponda esattamente alla sommatoria delle singole voci di danno, trattandosi, evidentemente, di un refuso di carattere materiale.

Ancora: parte resistente contesta che la società ricorrente ha indicato, nell'atto di citazione introduttivo del giudizio dinanzi al G.O., la propria denominazione come “Due più Due di Gaccione Dario S.A.S.” anziché come “Nuova Due più Due di Gaccione Dario S.A.S.”.

Il Collegio rileva in proposito che l'art. 164 cpc collega la nullità dell'atto di citazione all'omissione o assoluta incertezza dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'articolo 163 cpc: nel caso di specie deve escludersi, anche alla luce delle difese svolte in giudizio dal Comune, che la non corretta indicazione della denominazione della società agente in giudizio abbia potuto determinare detta incertezza assoluta, nei termini richiesti dalla norma citata.

Infine, non coglie nel segno quanto eccepito dal Comune resistente relativamente alla mancanza di una delibera dell'organo sociale di conferimento al legale rappresentante del potere di attribuire al difensore il mandato alle liti: è sufficiente rimarcare sul punto che tale potere dipende dalla titolarità stessa della carica di legale rappresentante della società (*cf.* artt. 2298 e 2315 c.c.), e che l'Amministrazione non ha contestato che tale qualità effettivamente sussista in capo a chi ha operato come tale.

3. E', dunque, possibile passare alla disamina del merito della pretesa vantata.

La società ricorrente domanda il risarcimento del danno patito in ragione dell'incolpevole affidamento riposto nella legittimità del titolo a costruire n. 3473/2002 rilasciato in suo favore dal Comune di Pieve di Cadore e avente ad oggetto un intervento di sopraelevazione dell'edificio nella proprietà del deducente. Ed infatti, a seguito di giudizio intrapreso dinanzi al G.O. ad iniziativa dei vicini della ricorrente, veniva accertato, con sentenza in seguito passata in giudicato, che l'interpretazione offerta dal Comune dell'art. 9 delle N.T.A. del Piano particolareggiato applicato nel caso di specie era illegittima giacché la norma “*prescrive, per gli ampliamenti, che “il distacco*

da altri edifici della parte ampliata non potrà essere inferiore a m. 5,00”, e veniva di conseguenza disapplicata la concessione edilizia n. 3473/2002 (cfr. sentenza nr. n. 10 del 16-19 febbraio 2009 del Tribunale di Belluno, di cui al doc. 12 della produzione di parte ricorrente).

La ricorrente deduce di aver maturato un incolpevole affidamento nella legittimità della concessione edilizia in forza della quale ha realizzato la sopraelevazione del proprio edificio, giacché la stessa era stata rilasciata sulla base della costante interpretazione proposta dal Comune all’art. 9 delle NTA del piano particolareggiato della frazione di TAI: ed infatti, l’Amministrazione resistente aveva autorizzato la sopraelevazione ritenendo che la norma in commento disponesse una distanza tra edifici di 5 metri solo in caso di *“ampliamenti di fabbricati esistenti che si estendono in orizzontale verso i fabbricati limitrofi e, invece, alle sopraelevazioni che avvengono al di sopra del sedime dei fabbricati e che potranno pertanto mantenere inalterato il distacco dai fabbricati frontistanti, ancorché inferiore a 5 metri”* (cfr. delibera di CC del 20 maggio 2010 n. 5 di interpretazione autentica, di cui al doc. 15 della produzione di parte ricorrente).

Si tratta di una interpretazione della norma dettata dall’art. 9 citato che, nei tre gradi di giudizio celebratisi in sede di giurisdizione ordinaria, è stata ritenuta, sulla scorta di argomentazioni che questo Collegio ritiene pienamente condivisibili, contrastante con la lettera della previsione (si tratta, del resto, di circostanza che non è oggetto di alcuna contestazione).

Tutto ciò premesso, il Collegio osserva che la fattispecie concreta qui in disamina, che attiene, come osservato, a una domanda risarcitoria da lesione dell’affidamento riposto su un provvedimento favorevole ma illegittimo, seppur non annullato in sede giurisdizionale, sia sostanzialmente assimilabile, in punto di inquadramento giuridico, al caso in cui si lamenti una lesione dell’affidamento riposto nel provvedimento favorevole in seguito annullato.

Occorre dar conto del fatto che, di recente, la II Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso al vaglio dell’Adunanza Plenaria una serie di quesiti relativi a questioni che sono implicate dalla fattispecie qui in commento (cfr. Consiglio di Stato sez. II, 09/03/2021, (ud. 16/02/2021, dep. 09/03/2021), n.2013): tra l’altro, è stato chiesto alla Plenaria di pronunciarsi sul tema della giurisdizione in ordine alla domanda risarcitoria proposta nei confronti della Pubblica Amministrazione per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo, questione che in questa sede si è ritenuto di non dover esaminare, secondo quanto in precedenza osservato, ritenendo che l’eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dalla stessa parte che ha in precedenza dato spunto alla declinatoria di giurisdizione del G.O., debba essere paralizzata per non consentire abusi degli strumenti processuali.

Inoltre, alla Plenaria è stata rimessa l'ulteriore questione relativa alla configurabilità di una lesione dell'affidamento risarcibile nel caso di provvedimento amministrativo illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale: la II Sezione, infatti, ha dato conto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, affermando di propendere per una soluzione di segno negativo.

Tutto ciò premesso, pur consapevole del contrasto giurisprudenziale esistente, il Collegio ritiene di dover aderire all'orientamento, più rigoroso, che risolve in senso negativo il quesito relativo alla configurabilità di una lesione risarcibile da affidamento incolpevole sul provvedimento illegittimo.

Valga, in proposito, osservare che il privato ha chiesto ed ottenuto il rilascio di un provvedimento ampliativo della propria sfera soggettiva, del quale è in seguito emersa l'illegittimità: la società odierna ricorrente ha "difeso" la legittimità del titolo nei tre gradi di giudizio svoltisi dinanzi al G.O., risultando soccombente; seppur l'atteggiamento del privato può dirsi connotato da buona fede, l'eventuale aspettativa non risulta, in ogni caso, legittima, siccome basata su una pretesa non tutelata dall'ordinamento; peraltro, l'affidamento del privato non deriva da alcun comportamento colpevole dell'ente pubblico, in quanto esso è corrispondente e speculare alla convinzione dell'odierna ricorrente di aver diritto a ottenere la concessione edilizia.

E' stato, in casi analoghi osservato, che non si apprezzerrebbe alcun *"danno ingiusto, perché all'originario ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo. Tanto che l'amministrazione, qualora avesse posto in essere una condotta jure avrebbe dovuto respingere l'istanza di concessione edilizia"* (cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 17 gennaio 2014, n. 183); e ancora *"nel caso di annullamento in sede giurisdizionale di un titolo abilitativo (...) non può (...) dolersi del danno chi - per una qualsiasi evenienza e con un provvedimento espresso, ovvero a seguito di un silenzio assenso o una s.c.i.a. - abbia ottenuto un titolo abilitativo presentando un progetto oggettivamente non assentibile: in tal caso il richiedente sotto il profilo soggettivo ha manifestato quanto meno una propria colpa (nel presentare il progetto assentibile solo contra legem) e sotto il profilo oggettivo attiva con efficacia determinante il meccanismo causale idoneo alla verifica del danno"* (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 29 ottobre 2014, n. 5346).

Appare, peraltro, opportuno rilevare che, nel caso qui in esame il privato, in forza della concessione illegittima, ha potuto realizzare una sopraelevazione del proprio edificato che ha in seguito mantenuto in essere, pur dietro versamento al vicino di un corrispettivo per la servitù in tal modo imposta alla proprietà finitima; d'altro canto, quanto alle spese sostenute per i tre gradi di giudizio celebratisi dinanzi al G.O., deve rilevarsi, che esse sono la conseguenza della scelta, liberamente operata, di difendere la legittimità dell'operato dell'Amministrazione a fronte delle contestazioni,

rivelatesi fondate, svolte dal vicino, in un momento dunque, in cui la ricorrente disponeva senz'altro degli strumenti per valutare, in senso critico, la conformità alle norme del titolo edilizio rilasciato.

In conseguenza di quanto precede, la domanda di risarcimento del danno fondata sulla pretesa lesione dell'affidamento incolpevole della ricorrente deve essere respinta.

La domanda risarcitoria non merita accoglimento nemmeno sotto il diverso profilo del danno da mancata approvazione della delibera di interpretazione autentica dell'art. 9 citato, con le forme della variante al piano attuativo, secondo le indicazioni tratte dalle decisioni della Corte d'Appello e della Corte di Cassazione cui si è fatto riferimento: è sufficiente rimarcare, sul punto, che non risulta fondata la pretesa della ricorrente all'esercizio da parte del Comune del potere di pianificazione, tramite l'adozione di una variante urbanistica, in senso conforme agli interessi della deducente, trattandosi di attività ampiamente discrezionale rispetto alla quale non si ravvisa alcuna aspettativa qualificata in capo alla parte privata.

3. Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto.

Quanto al regolamento delle spese di lite, alla luce della complessiva considerazione della vicenda in commento, appare opportuno al Collegio procedere alla relativa compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Daria Valletta, Referendario, Estensore

Mariagiovanna Amorizzo, Referendario

L'ESTENSORE

Daria Valletta

IL PRESIDENTE

Alberto Pasi

IL SEGRETARIO