

**EDILIZIA ED URBANISTICA: Permesso di costruire - Annullamento d'ufficio - Motivazione - Interesse in re ipsa - In caso di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione dolosa o colposa - Sussistenza.**

**Tar Veneto - Venezia, Sez. II, 8 aprile 2022, n. 544**

- in *Riv. giur. dell'edilizia*, 2, 2022, pag. 551 ss.

*“[...] l'amministrazione comunale ha provveduto positivamente sull'istanza del privato interessato sulla base di una falsa o comunque erronea rappresentazione di fatto rappresentata nella sua domanda e nella relativa relazione tecnica, nelle quali si affermava l'ammissibilità dell'intervento edilizio in virtù della D.G.R.V. n. 3272 del 9 settembre 1998, che invece non lo consentiva [...].*

*[...] Conseguentemente, l'amministrazione non era tenuta ad offrire una puntuale e specifica motivazione in merito alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento d'ufficio preminente rispetto a quello contrapposto degli odierni ricorrenti, in quanto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, “l'interesse pubblico all'eliminazione, ai sensi dell' art. 21-nonies L. n. 241 del 1990 , di un titolo abilitativo illegittimo è in re ipsa, a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione, dolosa o colposa, della realtà da parte dell'interessato, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento ampliativo, non potendo l'interessato vantare il proprio legittimo affidamento nella persistenza di un titolo ottenuto attraverso l'induzione in errore dell'amministrazione procedente” [...].”*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Malcesine;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022 la dott.ssa Elena Garbari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Il signor Pietro Testa a partire dall'anno 2000 è stato il gestore di un chiosco-bar comunale sul lungolago del Comune di Malcesine, che in seguito l'amministrazione comunale ha ritenuto di non riqualificare e quindi di demolire, in quanto non più a norma e ubicato in area inidonea. Le parti, nel dicembre del 2009, hanno stipulato una convenzione per la risoluzione del rapporto, con la previsione dell'impegno del privato a realizzare un nuovo chiosco sulla sua proprietà, contigua a

quella comunale, e a garantire la fruibilità gratuita dei relativi servizi igienici agli utenti della spiaggia per trent'anni.

Il ricorrente ha quindi presentato istanza di permesso di costruire per la realizzazione del chiosco sulla sua proprietà, che l'amministrazione comunale ha rilasciato il 21 ottobre 2009.

A seguito della segnalazione da parte dei confinanti del contrasto di tale atto autorizzativo con la disciplina urbanistica, il Comune ha avviato il procedimento di verifica della legittimità del permesso di costruire rilasciato al Testa.

È emerso così che l'area dell'esponente, classificata dal PRG vigente fino al 1995 quale "*zona verde pubblica sportiva*", in sede di adozione della variante generale allo strumento urbanistico (deliberazione del Consiglio comunale n. 28 del 23 marzo 1995) era stata inserita tra le "*zone di rispetto stradale, fluviale e impianti di risalita*".

Il Testa aveva presentato un'osservazione al Comune, chiedendone una riclassificazione in "*zona per attrezzature di interesse comune civile*", con indice di fabbricabilità di 0,20 mc/mq. Il Consiglio comunale, con deliberazione n. 45 del 28 maggio 1996, si era espresso favorevolmente, ma la Regione Veneto, con D.G.R.V. n. 3272 del 9 settembre 1998, aveva approvato la variante con modifiche d'ufficio, non accogliendo la menzionata osservazione.

Il terreno in questione, pertanto, rimaneva soggetto a regime di inedificabilità.

All'esito del procedimento di verifica, accertato che il provvedimento autorizzativo al momento della sua assunzione era in contrasto con il PRG vigente, salvo che per le opere interrato (quali il deposito avente una superficie di 45,03 mq ed il magazzino di 36,52 mq), che risultavano assentibili in base allo strumento urbanistico, l'amministrazione in data 21 aprile 2010 ha disposto il parziale annullamento in autotutela del titolo edilizio con riferimento alla sola parte di edificazione realizzata sopra il suolo, costituente volume.

Peraltro, ritenendo impossibile la rimozione dei vizi delle procedure o la restituzione in pristino senza pregiudizio per la parte legittimamente assentita, con provvedimento del successivo 14 maggio il Comune ha disposto ex art. 38 del d.P.R. 380/2001 la sanzione pecuniaria alternativa per le parti abusivamente eseguite, che in base alla stima dell'Agenzia del territorio ha quantificato in euro 167.520, di cui euro 159.000 quale valore venale dell'immobile ed euro 8.250 per le spese di stima.

Con l'odierno gravame i ricorrenti Pietro e Rachele Testa (quest'ultima subentrata nella proprietà dell'immobile) deducono l'illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela per i seguenti motivi:

I. *Violazione art. 21 nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241. Carezza della motivazione*, perché non sussisterebbe un apprezzabile interesse pubblico all'annullamento del titolo edilizio, considerato tra l'altro il necessario bilanciamento con l'interesse del privato ed il fatto che la situazione si era ormai consolidata atteso che, alla data di adozione dell'atto, la costruzione del chiosco era quasi completata.

II. *Violazione art. 7 e 10 della legge 241/1990; violazione del principio di partecipazione*, perché il provvedimento di annullamento non recherebbe alcuna valutazione degli apporti forniti dal privato in sede procedimentale né riporterebbe i contrari argomenti che hanno fondato la determinazione dell'amministrazione.

Con riferimento al provvedimento che ha determinato la sanzione pecuniaria ai sensi dell'articolo 38 del D.P.R. 380/2001 e dell'articolo 96 della legge regionale 61/1985 i deducenti articolano invece le seguenti censure:

III. *Invalidità derivata*.

IV. *Eccesso di potere per travisamento dei fatti; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza; eccesso di potere per sproporzionalità; violazione dell'art. 38 del D.P.R. 380/01*. I ricorrenti contestano il *quantum* della sanzione, come definito sulla base della stima redatta dall'Agenzia del Territorio, che ha determinato il valore di mercato della porzione destinata a bar utilizzando i listini dell'Osservatorio del Mercato immobiliare con riferimento ai negozi, ovvero ad una tipologia di attività diversa da quella di cui è qui questione. Soggiungono che le parti abusive non sono autonome rispetto a quelle legittime e che, quindi, l'amministrazione avrebbe dovuto determinarne il valore facendo riferimento al mero costo di costruzione.

V. *Violazione art. 38 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e art. 96 l.r. 61/85*, secondo cui la stima dell'Agenzia del Territorio deve essere notificata all'interessato e diviene definitiva solo decorsi i termini di impugnativa.

VI. *Violazione art. 38 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e art. 96 l.r. 61/85 per ulteriore profilo. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta*, laddove la sanzione comprende anche le spese di perizia, quantificate in 8.250 euro; una pretesa che - secondo i deducenti - non ha alcun titolo legittimo.

Si è costituito in giudizio il Comune di Malcesine, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per acquiescenza, perché il pagamento della sanzione è stato effettuato senza riserva e i ricorrenti non hanno impugnato il provvedimento di data 17 maggio 2010, con cui l'amministrazione ha dato atto dell'intervenuto pagamento e del conseguente determinarsi degli effetti di cui all'art. 38, comma 2, del D.P.R. 380/2001, secondo cui "*l'integrale corresponsione*

*della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36”.*

Nel merito ha dedotto l'infondatezza del gravame.

Dopo scambio di memorie e repliche il ricorso è stato chiamato all'udienza pubblica del 10 marzo 2022 e ivi trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

Va respinta l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso per intervenuta acquiescenza sollevata dall'amministrazione resistente in ragione del pagamento della sanzione pecuniaria e della mancata impugnazione del provvedimento datato 14 maggio 2010, con la quale il Comune ha dato atto dell'avvenuto versamento e dei conseguenti effetti di legge.

L'acquiescenza è configurabile, infatti, solo in caso di accettazione espressa o tacita del provvedimento lesivo e dei suoi effetti, derivante da una chiara manifestazione di volontà oppure da un comportamento che dimostri inequivocabilmente l'intendimento di accettarne in via definitiva gli effetti e di non proseguire il giudizio avviato; non è quindi sufficiente un atteggiamento di mera tolleranza o il compimento degli atti necessari in esecuzione di un provvedimento contestato ma allo stato produttivo di effetti. Inoltre non è in specie configurabile un onere di impugnativa della consequenziale presa d'atto comunale del pagamento della sanzione, in quanto priva di effetti lesivi. Nel merito il ricorso è infondato.

Con i primi due motivi i ricorrenti deducono l'illegittimità del provvedimento di annullamento parziale del titolo edilizio rilasciato nel 2009 per mancanza di un interesse pubblico prevalente a fronte del consolidamento del legittimo affidamento dei privati, per irragionevolezza dei tempi di esercizio dell'autotutela e per omessa motivazione in merito alle deduzioni formulate dopo l'avvio del procedimento di verifica urbanistica.

Le censure non hanno pregio.

Va sottolineato che nel caso di specie l'annullamento è stato disposto perché il permesso di costruire relativo alla realizzazione del chiosco riguarda area inedificabile e la mancanza di conformità urbanistica sussisteva fin dalla data di rilascio del titolo.

In disparte ogni considerazione in merito alla mancata verifica, nel corso dell'istruttoria comunale, della determinazione negativa assunta dalla Regione nella fase di approvazione dello strumento urbanistico e, conseguentemente, della perdurante destinazione dell'area a “zone di rispetto stradale, fluviale e impianti di risalita”, non può in specie ritenersi consolidata alcuna legittima aspettativa in capo ai privati.

Ciò non solo in ragione del limitato lasso di tempo intercorso dal rilascio del titolo edilizio all'avvio del procedimento esitato nel suo parziale annullamento, ma anche perché l'amministrazione comunale ha provveduto positivamente sull'istanza del privato interessato sulla base di una falsa o comunque erronea rappresentazione di fatto rappresentata nella sua domanda e nella relativa relazione tecnica, nelle quali si affermava l'ammissibilità dell'intervento edilizio in virtù della D.G.R.V. n. 3272 del 9 settembre 1998, che invece non lo consentiva.

Come evidenziato dalla difesa comunale va rilevato, ulteriormente, che la circostanza era facilmente verificabile anche dal privato, il quale si è avvalso delle necessarie competenze tecniche per la presentazione della domanda di permesso di costruire.

Conseguentemente l'amministrazione non era tenuta ad offrire una puntuale e specifica motivazione in merito alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento d'ufficio preminente rispetto a quello contrapposto degli odierni ricorrenti, in quanto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, *“l'interesse pubblico all'eliminazione, ai sensi dell' art. 21-nonies L. n. 241 del 1990 , di un titolo abilitativo illegittimo è in re ipsa, a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione, dolosa o colposa, della realtà da parte dell'interessato, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento ampliativo, non potendo l'interessato vantare il proprio legittimo affidamento nella persistenza di un titolo ottenuto attraverso l'induzione in errore dell'amministrazione procedente”* (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II , 5 gennaio 2021 , n. 18; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 3 marzo 2022, n. 365).

Nelle ipotesi di erronea o falsa rappresentazione della realtà che costituisce presupposto dell'atto positivo assunto, la discrezionalità dell'amministrazione in materia si azzera, vanificando sia l'interesse del destinatario del provvedimento ampliativo da annullare, sia il tempo trascorso (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2017 n. 2885).

Nel caso di specie, peraltro, l'annullamento è stato disposto a soli cinque mesi di distanza dal rilascio del titolo e i lavori non erano conclusi, tanto che sono stati contestualmente sospesi.

Va disatteso anche il secondo motivo di gravame, relativo all'omessa valutazione degli apporti procedurali prodotti dall'interessato.

Nelle loro osservazioni i deducenti rappresentavano l'insussistenza di un interesse pubblico all'annullamento del titolo edilizio e la buona fede riposta nella legittimità dell'intervento edilizio. L'amministrazione ha dato conto della produzione, ritenendo prevalente l'interesse pubblico al ripristino della legalità, considerato tra l'altro che il titolo edilizio è stato rilasciato in relazione ad un'area non edificabile.

Il provvedimento richiama, infatti, la motivazione allegata al provvedimento regionale, che ha respinto l'osservazione formulata dal Testa rispetto alla variante al PRG *“in quanto è inammissibile la concessione di una costruzione in riva al lago in zona che il P.R.G. definisce zona di rispetto a prescindere da una pianificazione complessiva finalizzata al riordino della situazione lago”*.

La dedotta censura non è meritevole quindi di favorevole apprezzamento, atteso che nel procedimento amministrativo il dovere di esame delle memorie prodotte dall'interessato a seguito della comunicazione di avvio del procedimento e/o del preavviso di rigetto non comporta l'obbligo di confutazione analitica delle allegazioni presentate, purché il provvedimento finale sia corredato da una motivazione che renda, nella sostanza, percepibili le ragioni in base alle quali l'Amministrazione procedente ha ritenuto di non poterle accogliere.

Va disatteso, in ragione dell'infondatezza dei primi due motivi, anche il terzo motivo di gravame, con il quale è dedotta l'illegittimità della sanzione pecuniaria irrogata ai sensi dell'articolo 38 del TUE in via derivata da quella dell'annullamento parziale che ne costituisce atto presupposto.

Le doglianze rubricate ai numeri IV e VI del ricorso si appuntano poi esclusivamente sul *quantum* della sanzione pecuniaria, come definito dall'Agenzia del Territorio e recepito nel provvedimento comunale impugnato, questione alla quale pertanto è limitata la presente pronuncia, nel rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, che rappresenta l'espressione del potere dispositivo delle parti; al giudice è precluso infatti di pronunciarsi oltre i limiti della concreta ed effettiva questione che le stesse parti hanno sottoposto al suo esame e dunque oltre i limiti del *petitum* e della *causa petendi*, ulteriormente specificati dai motivi di ricorso.

Tanto premesso, va disatteso l'argomento secondo cui ai fini della determinazione della sanzione pecuniaria per gli illeciti edilizi gli spazi dell'esercizio commerciale dovevano essere considerati unitariamente agli spazi accessori, nei quali il ricorrente include sia i locali interrati che quelli fuori terra.

Anzitutto va precisato che il magazzino e il deposito merci non sono stati considerati ai fini della quantificazione della sanzione, in quanto ritenuti conformi sotto il profilo urbanistico.

Ulteriormente, per quanto concerne gli spazi accessori fuori terra, la pretesa mancanza di autonomia funzionale rispetto agli spazi a bar porterebbe, ove accolta, a valutare anche detti locali al loro valore venale, in applicazione dell'articolo 38 del d.P.R. 380/2001, secondo cui la sanzione è determinata in misura *“pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite”*; l'Agenzia del Territorio ha invece valutato la cucina, i servizi e l'ingresso al mero costo di costruzione, con un'interpretazione quindi favorevole ai deducenti.

Per la parte di immobile destinata alla somministrazione di alimenti e bevande, l'Agenzia del Territorio ha applicato il procedimento di stima a valore di mercato, secondo il metodo "sintetico comparativo", ipotizzandone la vendita nell'attuale stato di conservazione e manutenzione ed applicando i dati dell'Osservatorio del Mercato immobiliare relativo al secondo semestre 2009 ed i listini del Consulente immobiliare per l'autunno 2009; tenuto conto dei prezzi medi ordinari praticati nella zona per beni simili, considerando in particolare i negozi, e considerate le caratteristiche ubicazionali, di localizzazione specifica e di consistenza, ha ritenuto congruo adottare un valore unitario di 3000 euro al mq.

Si tratta di una valutazione che non appare né irrazionale né illogica.

Il riferimento ai prezzi dei negozi appare congruo rispetto alla destinazione commerciale dell'immobile, adibito alla vendita e alla somministrazione di alimenti e bevande, considerato tra l'altro che, come già sottolineato, è stata computata la sola superficie commerciale aperta al pubblico (esclusi quindi i locali accessori); nella destinazione d'uso commerciale degli immobili rientrano del resto tutte le attività commerciali al dettaglio, ivi compresa l'attività di somministrazione di alimenti e bevande.

È infondato anche il quinto motivo di ricorso, atteso che la perizia di stima è stata notificata ai ricorrenti unitamente al provvedimento del 14 maggio 2010, n. 6878, che espressamente riporta l'indicazione secondo cui "tale valutazione viene notificata agli interessati e diviene definitiva decorsi i termini per l'impugnativa".

Va disattesa infine l'ultima censura, relativa all'addebito delle spese per la perizia, in quanto la stima del valore venale delle opere abusivamente eseguite è demandata proprio dall'articolo 38 TUE all'Agenzia del territorio, *"anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale"* ed il Comune resistente ha stipulato apposita convenzione per la quantificazione dei corrispettivi dovuti anche in caso di valutazioni necessarie in relazione ad illeciti edilizi.

Tale atto, approvato con deliberazione della giunta comunale n. 15 del 16 febbraio 2010 e richiamato nella perizia di stima notificata ai ricorrenti e nello stesso provvedimento di applicazione della sanzione, non è oggetto di impugnazione, ed il costo della perizia rispetta i parametri ivi indicati.

L'addebito delle relative spese al responsabile dell'illecito risponde poi ai principi generali della normativa in materia di illeciti edilizi, che pongono a carico del privato gli oneri conseguenti alla realizzazione degli abusi.

In conclusione, per le considerazioni esposte, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese di lite sono a carico dei ricorrenti soccombenti e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna i ricorrenti a rifondere le spese di lite al Comune di Malcesine, che liquida in 3.000 euro, oltre oneri di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Marco Rinaldi, Consigliere

Elena Garbari, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Elena Garbari**

**IL PRESIDENTE**

**Alberto Pasi**

**IL SEGRETARIO**

---