

Consiglio di Stato, sez. IV, 27 gennaio 2012, n. 422

Edilizia e urbanistica – Titolo edilizio – Permesso di costruire – Provvedimento comunale di annullamento in autotutela – Valutazioni logico-giuridiche - Vizio procedimentale - Acquisizione del preventivo parere della commissione edilizia – Irrilevante.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3420 del 2008, proposto da:

Bigolaro Lino e Bertazzolo Orietta rappresentati e difesi dagli avv.ti Salvatore Di Mattia, Sergio Dal Pra', con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Confalonieri 5;

contro

Comune di Albignasego, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Fulvio Lorigiola, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

nei confronti di

Bigolaro Vittorio, Bigolaro Mario, Bigolaro Olindo, rappresentati e difesi dall'avv. Gabriele Pirocchi, con domicilio eletto presso Gabriele Pirocchi in Roma, via Salaria, 280;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE II n. 00348/2008, resa tra le parti, concernente provvedimento comunale di annullamento in autotutela di permesso di costruire.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Albignasego e di Bigolaro Vittorio, Bigolaro Mario e Bigolaro Olindo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti gli avvocati Sergio Dal Pra, Salvatore Di Mattia, Luigi Manzi su delega di Fulvio Lorigiola, Stefano Bigolaro in sostituzione di Gabriele Pirocchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ai sigg.ri Bigolaro Lino e Bertazzolo Orietta veniva rilasciato dal Comune di Albignasego, in ragione dell'istanza dei predetti, il permesso di costruire n.109/1371 del 10 settembre 2007 per la realizzazione di una abitazione unifamiliare su un'area di proprietà, in zona C.1.1/138 (residenziale di completamento).

A seguito di segnalazione effettuata dai sigg.ri Bigolaro Mario, Vittorio e Olindo, titolari di cespiti immobiliari situati su area adiacente a quella degli attuali appellanti, secondo cui l'erigendo fabbricato veniva a posizionarsi in larga parte all'interno della zona territoriale omogenea "E" agricola, il Comune sospendeva cautelativamente i lavori di cui all'autorizzato intervento edilizio, per poi disporre un'apposita verifica espletata dal geom. Bruno Lombardi di Cadoneghe, conclusasi con il deposito di un elaborato che confermava lo sconfinamento per circa la metà della sua larghezza dell'erigendo fabbricato nella zona agricola E rispetto alla porzione edificabile della zona C1.

L'Amministrazione attivava quindi il procedimento volto all'annullamento in sede di autotutela del permesso di costruire già rilasciato che culminava con l'adozione del provvedimento del Responsabile del Settore Edilizia privata n.1 del 4 gennaio 2008 recante l'annullamento del suindicato titolo edilizio.

Gli interessati impugnavano tale provvedimento innanzi al Tar per il Veneto, che, con sentenza n.348/08, resa in forma semplificata, rigettava il ricorso, giudicandolo infondato.

Avverso tale decisum, ritenuto erroneo ed ingiusto, sono insorti i sigg.ri Bigolaro Lino e Bertazzolo Orietta, che hanno affidato all'appello, reiterando in sostanza i motivi già fatti valere in primo grado, le seguenti censure:

Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, travisamento, carenza di istruttoria;

Violazione dell'art. 46 del Regolamento edilizio comunale nonché del principio del *contrarius actus* ;

Violazione dell'art. 21 nonies della legge n.241/90, di nuovo dell'art. 46 del REC nonché eccesso di potere per carenza di motivazione.

Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello sia l'intimato Comune di Albignasego che i controinteressati sigg.ri Bigolaro Vittorio, Mario e Olindo: questi ultimi, oltre a richiederne la reiezione, hanno eccepito la inammissibilità dell'appello in ragione di una non corretta notifica dell'atto d'impugnazione della sentenza nei loro confronti.

Con ordinanza n.2511/2008 veniva respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività dell'impugnata sentenza .

Questa Sezione poi con sentenza n.31 del 13/1/2010, interlocutoriamente pronunciando, ha disposto una verifica ai sensi dell'art. 44 del R.D. n.1054 del 1924 per "accertare se per la realizzazione del fabbricato assentito con la concessione 109 del 2007 sia stata assentito il suo sconfinamento nella zona agricola, così come rilevato nel provvedimento n.1 del 2008, emesso dal Comune in sede di autotutela".

Al disposto incombente istruttorio è stata data esecuzione da parte del tecnico all'uopo nominato (il funzionario della Regione Veneto arch. Vittorio Milan), che all'esito delle espletate operazioni ha prodotto apposita relazione.

In vista della trattazione del merito dell'appello le parti hanno poi prodotto ulteriori memorie a migliore illustrazioni delle rispettive tesi difensive. All'udienza pubblica del 6 dicembre 2011 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

DIRITTO

Oggetto della controversia è il provvedimento, adottato in sede di autotutela, con cui il Comune di Albignasego ha annullato il permesso di costruire rilasciato in precedenza agli appellanti sul rilievo di un individuato sconfinamento del progettato e autorizzato intervento in zona agricola, inedificabile.

Il Collegio deve in via preliminare disattendere l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata in limine litis dalla difesa della parte qui controinteressata, sul rilievo che l'atto di appello è stato notificato in un'unica copia al domicilio eletto in primo grado.

Invero, senza scendere nel merito della eccepita non regolarità della notifica effettuata, è sufficiente rilevare come l'avvenuta costituzione in giudizio e il più che adeguato svolgimento delle attività difensive da parte dei controinteressati stanno ad evidenziare come alcuna concreta lesione del principio del contraddittorio processuale si sia verificata in ordine al giudizio qui instaurato.

Ciò premesso, l'appello è infondato e va pertanto respinto, nei termini che seguono.

Col primo mezzo d'impugnazione parte appellante contesta le modalità a mezzo delle quali l'Amministrazione comunale è pervenuta al convincimento della illegittimità del rilasciato titolo, denunciando all'uopo profili di travisamento e di carenza di istruttoria.

Le dedotte doglianze sono prive di fondamento.

Il Collegio, alla luce di quanto emerso a seguito degli incombenti tecnici disposti in via istruttoria dalla Sezione, deve dare atto dell'esistenza nel caso di specie del presupposto di fatto e di diritto

posto a fondamento dell'assunta determinazione di annullamento del permesso di costruire, costituito dall'acclarato, indebito sconfinamento dell'assentito realizzando manufatto nella zona E agricola.

Invero, le risultanze della disposta verifica, eseguita in contraddittorio tra le parti, appaiono inequivocabili allorché sullo specifico punto nella relazione descrittiva dell'esperto accertamento tecnico si precisa che "il fabbricato in corso di costruzione risulta realizzato oltre il limite della ZTO C1.1 per una fascia variabile che va da metri lineari 1,99 sul lato est a mt. 2,04 sul lato ovest, con un punto massimo di mt. 2,42 sul prospetto sud" e che "pertanto vi è stato certamente uno sconfinamento verso la zona agricola".

Il verificatore ha poi dato atto che la rilevata difformità urbanistica, così come accertata, è da attribuire ad una errata rappresentazione dello stato dei luoghi desumibile dagli elaborati tecnici prodotti a corredo dell'istanza di rilascio del permesso di costruire.

Gli esiti di tale accertamento tecnico confermano i dati e i risultati della perizia che l'Amministrazione in sede di istruttoria aveva già disposto con incarico al geom. Bruno Lombardi, che parimenti aveva evidenziato il parziale sconfinamento del fabbricato in zona agricola e tanto vale a far andare esente il provvedimento oggetto del contendere dalla censura di difetto di istruttoria, ove si tenga altresì conto che il Comune si è fatto carico di acquisire in ossequio alle disposizioni di tipo garantistico di cui agli artt. 7 e ss della legge n.241/90 sulla partecipazione al procedimento le osservazioni degli interessati.

Sempre con riferimento al primo mezzo di gravame, gli appellanti assumono che lo sconfinamento in questione deriverebbe in realtà dalla "lettura" della cartografia di PRG posta a fondamento del progetto, sulla scorta di quanto fornito dalla stessa Amministrazione.

Osserva al riguardo in primo luogo il Collegio che la circostanza dedotta, quanto ai profili sostanziali, non incide minimamente sulla legittimità dell'adottato provvedimento di annullamento, nel senso che una volta accertata (come confermato dalle risultanze della verifica) l'esistenza dello "spostamento" dell'erigendo fabbricato nella non edificabile zona agricola, l'Amministrazione ben poteva, anzi giustificativamente doveva procedere a rimuovere dal mondo giuridico un titolo rilevatosi illegittimamente rilasciato perché difforme alla normativa urbanistico disciplinante l'assetto territoriale del Comune e ciò al di là delle modalità sulla base delle quali tale difformità si sarebbe formata.

Nondimeno va comunque affermata la fondatezza in sé del rilievo dell'avvenuta errata rappresentazione dello stato dei luoghi da parte dei richiedenti il permesso di costruire, dal momento che chi presenta istanza di autorizzazione ad aedificandum ha l'onere di accludere dati, documenti e misurazioni idonei a dare esatta contezza della situazione dei luoghi; e nella specie quanto riportato negli elaborati tecnici a corredo dell'istanza di permesso di costruire non permette di rilevare la richiesta corrispondenza tra la situazione di fatto con i dati di superficie e di volume che connotano le dimensioni della zona residenziale entro cui si sarebbe dovuta collocare interamente la progettata costruzione.

Questa non esatta rilevazione, da parte del richiedente il titolo edilizio, della consistenza reale dell'area idonea all'edificazione, da un lato, ha indotto erroneamente il Comune a rilasciare il permesso di costruire, con la previsione di un manufatto interamente assentibile, ma che tale non poteva essere e, dall'altro lato, ha comportato di fatto una traslazione (sia pure parziale) del costruendo fabbricato nella vicina zona agricola, facendo venir meno la consistenza del lotto minimo edificabile previsto dalle norme del PRG comunale, sì da imporre necessariamente l'intervento riparatorio dell'Amministrazione a mezzo dell'esercitato potere di autotutela.

Conclusivamente su tale fondamentale punto della controversia, le censure dedotte in appello sono smentite in maniera categorica dalle risultanze della verifica in parola, che ha confermato in pieno i rilievi di tipo tecnico posti a base dell'adottato provvedimento di annullamento.

Col secondo motivo viene dedotto il vizio procedimentale costituito dalla mancata acquisizione del preventivo parere della commissione edilizia, che, avuto riguardo all'attività di tipo discrezionale in rilievo, ben avrebbe dovuto, ad avviso degli appellanti, concorrere a determinare il contenuto dell'adottando provvedimento.

I denunciati profili di illegittimità sono insussistenti.

L'acquisizione del parere in via preventiva della commissione edilizia comunale in vista dell'adozione di un provvedimento di annullamento di un titolo edilizio è da ritenersi irrilevante allorché la misura riparatoria che si va ad assumere si fonda, come nel caso di specie, su valutazioni di tipo logico-giuridiche e non su apprezzamenti di contenuto tecnico-edilizio.

Nel caso de quo, dopo aver constatato l'assenza del presupposto di fatto e di diritto della difformità urbanistica costituita dalla errata rappresentazione dello stato dei luoghi in sede di elaborati progettuali, non residuavano in capo all'Amministrazione comunale margini di scelta di tipo tecnico-discrezionali tali da richiedere l'ausilio dell'Organo di consulenza; e in tal senso il non aver acquisito il relativo parere alcun effetto invalidante produce in ordine alla determinazione finale di annullare d'ufficio il permesso di costruire rilasciato in precedenza.

Col terzo ed ultimo mezzo di gravame, parte appellante imputa all'Amministrazione di non aver fornito, come invece era tenuta a fare, una sufficiente motivazione circa la sussistenza dell'interesse pubblico all'annullamento e ciò anche in relazione agli altri interessi coinvolti nella vicenda.

Il denunciato vizio non appare meritevole di positiva considerazione.

Il Collegio deve qui ribadire quanto in proposito già affermato da questa Sezione, secondo cui se è vero che, in linea di principio, è necessario ai fini dell'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia l'accertamento di una situazione di pubblico interesse attuale e concreto che giustifichi il ricorso all'autotutela, pur tuttavia da tale valutazione si può prescindere quando risulti che il rilascio del titolo edilizio è derivato, come nella fattispecie, da una erronea rappresentazione dello stato dei luoghi (non importa se dolosa o colposa) da parte del richiedente (vedi decisione 12 gennaio 2004 n.6554; idem 24 dicembre 2008 n.6554).

In forza delle suesposte considerazioni, l'appello, in quanto infondato, va respinto, con conferma della sentenza impugnata sia pure con le osservazioni e statuizioni sopra indicate.

Le spese e competenze del presente grado del giudizio, ivi comprese quelle relative alla verifica disposta ed eseguita vanno poste a carico della parte soccombente e liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese e competenze di causa che vengono liquidate complessivamente in euro 11.500,00 (undicimilacinquecento) di cui 3.000,00 a favore del Comune di Albignasego, altri 3.000,00 a favore della parte controinteressata e i rimanenti euro 5.500,00 (cinquemilacinquecento//00) in favore dell'ing. Vittorio Milan a titolo di spese e compenso relativi all'attività professionale espletata con riguardo della disposta verifica.

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