

N. 00688/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01443/2012 REG.RIC.

N. 01444/2012 REG.RIC.

N. 01744/2012 REG.RIC.

## **REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1443 del 2012, proposto da:

Ditta Com.Mir S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Granara, con domicilio eletto presso l'avv. Enea Baronti in Firenze, via Maggio, 30;

contro

Comune di Aulla, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Carrozza, con domicilio eletto presso Claudio Bargellini in Firenze, piazza dell'Indipendenza 10;

sul ricorso numero di registro generale 1444 del 2012, proposto da:

Ditta Com.Mir S.r.l., rappresentata e difeso dall'avv. Daniele Granara e con domicilio eletto presso l'avv. Enea Baronti in Firenze, via Maggio, 30;

contro

Comune di Aulla, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Carrozza, con domicilio eletto presso Claudio Bargellini in Firenze, piazza dell'Indipendenza 10;

sul ricorso numero di registro generale 1744 del 2012, proposto da:

Ditta Com.Mir S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Granara, con domicilio eletto presso l'avv. Enea Baronti in Firenze, via Maggio, 30;

contro

Comune di Aulla, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Carrozza, con domicilio eletto presso Claudio Bargellini in Firenze, piazza dell'Indipendenza 10;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1443 del 2012:

del provvedimento a firma del Dirigente dell'Ufficio Edilizia-Urbanistica, prot. n. 1492 del 19.09.2009; nonchè di ogni atto preparatorio, presupposto, inerente, conseguente e/o comunque connesso, con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni;

quanto al ricorso n. 1444 del 2012:

del provvedimento a firma del Dirigente dell'Ufficio Edilizia- Urbanistica, prot. n. 12943 del 07.08.2012, notificato successivamente al 08.08.2012, avente ad oggetto "diniego di attestazione in sanatoria"; nonchè di ogni atto preparatorio, presupposto, inerente, conseguente e/o comunque connesso, con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni;

quanto al ricorso n. 1744 del 2012:

dell'ordinanza del Responsabile del Servizio Urbanistica del Comune di Aulla n. 37 del 01.10.2012, notificata successivamente, avente ad oggetto l'ordine di demolizione di parte di fabbricato (ampliamento) realizzato con Permesso di costruire n. 85/2007 in quanto asseritamente realizzato con p.c. rilasciato senza Piano di Recupero Particolareggiato e senza i dovuti nulla osta; nonchè di ogni altro atto preparatorio, presupposto, inerente, conseguente e/o comunque connesso, con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Aulla;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2014 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori M. Castagnola delegato da D. Granara e C. Bargellini delegato dall'avv. Carrozza M.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La S.r.l. Com.mir chiedeva ed otteneva dal comune di Aulla, in data 17/11/2007, un permesso di costruire per l'ampliamento di un fabbricato industriale di sua proprietà ivi sito in via Lunigiana.

In data 19/12/2008 la Società presentava un progetto di variante e, non ricevendo riscontro dal

Comune di Aulla, provvedeva a realizzare le opere ivi previste in assenza di autorizzazione.

L'abuso veniva accertato dal Comune ma, prima che fossero emesse le conseguenti sanzioni, la Com.mir presentava, in data 29/06/2009, istanza di accertamento di conformità.

La predetta istanza veniva, tuttavia, rigettata con provvedimento del 7/08/2012.

Il Comune di Aulla, in base alle previsioni urbanistiche vigenti nella zona, riteneva che l'intervento abusivamente realizzato avrebbe richiesto la previa approvazione di un piano attuativo.

La domanda di sanatoria veniva, inoltre, ritenuta carente dei prescritti pareri favorevoli della Autorità di bacino e della Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico in cui l'opera ricadeva.

Per i medesimi motivi il Comune dava, inoltre, inizio, ad un procedimento di riesame del permesso di costruire rilasciato il 17/11/2007 che si concludeva con il suo annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21 nonies della legge 241 del 1990.

Con successiva ordinanza in data 1/10/2012 il Comune di Aulla ordinava la demolizione di tutte le opere di ampliamento eseguite dalla S.r.l. Com.mir in attuazione del permesso di costruire annullato ed in variante (non autorizzata) ad esso.

Avverso i predetti provvedimenti ha proposto ricorso l'interessata sulla base dei seguenti

## MOTIVI

A) Con riguardo al diniego di accertamento di conformità:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 73, 139 e 140 della l.r.t. 1/2005; eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, della motivazione e per contraddittorietà ed illogicità manifeste; travisamento, perplessità.

La realizzazione delle opere di variante al permesso di costruire non avrebbe richiesto la approvazione di un piano attuativo ricadendo l'immobile in zona completamente urbanizzata e dotata di tutte le necessarie infrastrutture.

2) Violazione degli artt. 73, 139 e 140 della l.r.t. 1/2005; eccesso di potere per difetto dei presupposti, della motivazione, contraddittorietà, illogicità, travisamento.

Il grado di pericolosità idraulica dell'area nella quale è sito il fabbricato sarebbe stato derubricato da sopravvenute previsioni del Piano di bacino da alto a basso, per cui gli interventi edilizi ivi realizzati non richiederebbero più il parere della Autorità competente.

3) Violazione degli artt. 73, 139 e 140 della l.r.t. 1/2005; eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, della motivazione e per contraddittorietà ed illogicità manifeste; travisamento, perplessità.

Contrariamente a quanto ritenuto dall'Amministrazione la approvazione della variante al permesso di costruire non avrebbe richiesto il conforme parere dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico in quanto l'area in cui ricade il fabbricato sarebbe pienamente urbanizzata e, quindi,

esclusa dal vincolo ex lege in forza del disposto dell'art. 142 del D.Lgs n. 42 del 2004.

4) Violazione dell'art. 10 bis della L. 241 del 1990.

Il preavviso di rigetto del diniego di attestazione di conformità inoltrato dal Comune di Aulla non indicherebbe le ragioni per cui l'istanza presentata è stata rigettata, limitandosi ad preannunciare la adozione del provvedimento negativo.

B) Con riguardo all'annullamento d'ufficio del permesso di costruire.

1) Violazione dell'art. 21 nonies della L.241 del 1990; eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, della motivazione, per contraddittorietà, illogicità, sviamento.

Il provvedimento di autotutela sarebbe stato adottato oltre ogni ragionevole termine e in violazione dell'affidamento sulla conservazione degli effetti del permesso di costruire ingeneratosi in capo alla Società in favore della quale è stato rilasciato. La motivazione dell'atto impugnato, inoltre, non conterebbe alcuna indicazione circa l'interesse pubblico concreto che l'Amministrazione avrebbe inteso perseguire attraverso l'esercizio del potere di autotutela.

Con i motivi da 2 a 5 la ricorrente ripropone le medesime censure formulate avverso il diniego di accertamento di conformità.

C) Con riguardo all'ordinanza di demolizione in data 1/10/2012 la ricorrente ripropone in via derivata le medesime censure formulate in riferimento agli atti presupposti.

## DIRITTO

Nella disamina delle diverse censure proposte dalla Società ricorrente il Collegio ritiene che abbia priorità logica quella di difetto di motivazione in ordine all'interesse pubblico concreto proposta avverso il provvedimento di annullamento in via di autotutela del permesso di costruire.

Sul punto occorre dare atto che la giurisprudenza di primo e secondo grado appare divisa.

Secondo un primo orientamento, l'annullamento d'ufficio di un permesso edilizio non necessiterebbe di una espressa motivazione sul pubblico interesse al ritiro, configurandosi questo nell'interesse della collettività nel rispetto dell'ordinato assetto del territorio dato dalla disciplina urbanistica (Cons. Stato, IV, 4300/2012; Cons. Stato, V, 3037/2013; TAR Sardegna 651/2013), mentre, in base ad un altro orientamento giurisprudenziale, l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire richiederebbe un'espressa motivazione in ordine all'interesse pubblico concreto che giustifica il ricorso al potere di autotutela, non essendo, anche nella materia edilizia, sufficiente l'intento di operare un astratto ripristino della legalità violata (Cons. Stato, IV, 19/03/2013 n. 1605; Cons. Stato, IV, 4770/2011 che riforma sul punto TAR Toscana, III, 6648/2010; Cons. Stato, V, n. 6252/2007, TAR Marche, Ancona, I, 593/2013).

A giudizio del Collegio l'opzione ermeneuticamente più corretta del disposto dell'art. 21 nonies della L. 241 del 1990 è quella per cui anche l'annullamento d'ufficio di un permesso edilizio debba necessariamente risultare fondato su un interesse pubblico attuale e concreto al ripristino dello status quo ante.

Il potere di autotutela è, infatti, per sua natura "discrezionale" e, quindi, frutto di una scelta di opportunità che deve essere congruamente giustificata. Soltanto in casi eccezionali il legislatore

deroga a tale consolidato principio prevedendo, in considerazione della preminenza che egli vuole assicurare a determinati interessi, che l'esercizio del potere di ritiro debba assumere natura "doverosa". Ciò, ad esempio, accade per i provvedimenti amministrativi che determinino un illegittimo esborso di denaro pubblico (1, comma 136, della L. n. 311 del 2004) o per le attività poste in essere sulla base di una s.c.i.a. non conforme a legge che arrechino pregiudizio al patrimonio artistico e culturale, all'ambiente, alla salute, alla sicurezza pubblica o la difesa nazionale (art. 19 comma 4 della L. 241/1990).

Al di fuori delle fattispecie normativamente tipizzate non è consentito configurare in via giurisprudenziale nuove ipotesi di autotutela doverosa poiché ciò significherebbe sovrapporsi alla scelta di valore compiuta dal legislatore che ha, invece, preferito rimettere alla p.a., in base ad una valutazione da operarsi caso per caso nell'ambito di un procedimento di riesame, la scelta se rimuovere o meno un proprio provvedimento illegittimo.

Ciò, peraltro, non significa disconoscere la peculiarità degli interessi afferenti la tutela del territorio che, per effetto di atti autorizzativi non conformi alla pianificazione urbanistica o a vincoli di ordine extraurbanistico, possono subire un pregiudizio permanente ed irreversibile.

In particolari fattispecie la necessità di agire in via di autotutela per proteggere tali interessi può, in effetti, apparire talmente evidente da non richiedere alcuna specifica motivazione come, ad esempio, accade qualora interventi edilizi di notevole consistenza siano stati assentiti in totale spregio alle prescrizioni urbanistiche sostanziali che pongono vincoli di inedificabilità assoluta o che prevedono limitazioni volumetriche.

Nel caso di specie, tuttavia, non è dato riscontrare un palese e grave contrasto fra l'intervento autorizzato con il permesso di costruire annullato dal Comune di Aulla e la disciplina urbanistica sostanziale dettata dal p.r.g., pacifica essendo la circostanza che il progetto (originario) rispetta limiti volumetrici e tipologici previsti dalle n.t.a della zona (R.U. 3 che consente la ristrutturazione urbanistica con destinazioni non residenziali con un incremento massimo di mc. 2000).

La difformità dell'atto di assenso rispetto alle prescrizioni del piano regolatore generale riguarda, invece, il vincolo di rinvio che sottopone gli interventi edificatori alla previa approvazione di un piano attuativo (particolareggiato o di recupero).

Il pregiudizio risentito dagli interessi protetti dallo strumento urbanistico in conseguenza di siffatta violazione non appare, tuttavia, così evidente da non richiedere alcuna motivazione sul punto; sarebbe stato, invece, necessario un attento esame dell'impatto del progetto di ampliamento dell'edificio sull'impianto urbanistico preesistente onde verificare se le modifiche edilizie illegittimamente assentite richiedessero effettivamente una complessiva operazione di ristrutturazione urbanistica mediante il ridisegno dei lotti, degli isolati e della relativa rete stradale e se tale necessità fosse così stringente da giustificare il sacrificio dell'affidamento del privato che, in forza del permesso rilasciato, aveva effettuato investimenti e realizzato i lavori.

Anche la mancanza dei pareri della Autorità di Bacino e della Autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico non può considerarsi tale da superare l'esigenza di giustificare con apposita motivazione il provvedimento di autotutela.

Non è qui in discussione la preminenza degli interessi paesaggistici e di tutela idraulica, ma, anche in questa volta, i vincoli che nel caso di specie gravavano sull'area di proprietà della ricorrente non avevano carattere assoluto ma imponevano una concreta verifica di compatibilità dell'intervento

edilizio con i valori protetti.

Di tale verifica l'Amministrazione avrebbe dovuto farsi carico in sede di esercizio del potere di autotutela, eventualmente con l'apporto istruttorio delle amministrazioni competenti. Se è vero, infatti, che i provvedimenti tipici e nominati specificamente previsti dalla normazione sulla tutela dei beni ambientali sono riservati all'autorità attributaria del relativo interesse primario, è vero altresì che ai fini dell'annullamento d'ufficio di una licenza edilizia le ragioni di interesse pubblico che giustificano il provvedimento non sono limitate a quelle di natura urbanistica, ma si estendono anche a tutti gli interessi pubblici secondari ed ulteriori (Cons. Stato sez. V, 11 maggio 1989 n. 272; Cons. Stato sez. V 07 ottobre 1985 n. 308).

L'assenza di ogni valutazione in ordine al concreto pregiudizio derivante dalla mancata approvazione di un piano attuativo e la carenza di istruttoria in ordine all'effettivo contrasto dell'opera assentita con i valori tutelati dai vincoli idrogeologico e da quello paesaggistico rendono, perciò, illegittimo l'impugnato provvedimento di annullamento d'ufficio del permesso di costruire a prescindere dalla fondatezza dei rilievi in ordine alla legittimità o meno di tale atto.

E' invece, infondato il ricorso proposto avverso il diniego di sanatoria edilizia delle opere realizzate in difformità al permesso di costruire.

Non meritevole di accoglimento, in particolare, è il primo motivo del ricorso n. 1444 del 2012 con il quale si afferma che il richiesto accertamento di conformità avrebbe dovuto essere rilasciato anche in mancanza della previa approvazione di un piano attuativo prescritta dalle n.t.a. del piano regolatore generale per le zone di ristrutturazione urbanistica.

A sostegno di tale affermazione la ricorrente richiama quella giurisprudenza secondo cui la approvazione di un piano esecutivo non sarebbe mai necessaria, anche qualora prevista dallo strumento urbanistico, nelle zone già completamente urbanizzate.

Il riferimento al predetto orientamento giurisprudenziale, nella fattispecie in esame, non è, tuttavia, pertinente atteso che la previsione "di rinvio" alla pianificazione attuativa di cui si discute non è finalizzata a garantire la ordinata urbanizzazione di un territorio ancora verde ma ha, invece lo scopo di riqualificare l'assetto territoriale esistente attraverso operazioni di ristrutturazione urbanistica. Sicché, il fatto che la zona in cui ricade l'immobile fosse o meno urbanizzata non ha alcuna rilevanza ai fini del rispetto dell'obbligo di presentare il prescritto piano attuativo.

Infondata è anche la seconda censura con la quale la ricorrente afferma che la autorizzazione della Autorità di Bacino sarebbe diventa superflua a seguito della derubricazione del regime di pericolosità dell'area da alto a basso.

Sul punto il Comune di Aulla ha, infatti, efficacemente replicato che il livello del regime di pericolosità idrogeologica dell'area, dopo essere stato abbassato, è stato, poi, nuovamente portato ad "alto"; sicché, nel momento in cui l'Amministrazione si è pronunciata sulla istanza di sanatoria, il parere della Autorità di Bacino era necessario.

Vero è che tale parere ai sensi dell'art. 38 delle n.t.a. del piano di bacino del fiume Magra avrebbe dovuto essere richiesto dallo stesso comune di Aulla, ma tale circostanza non inficia il contenuto dell'atto impugnato e potrebbe rilevare solo nel caso in cui le opere abusive fossero demolite e fosse presentato ex novo un piano particolareggiato per la realizzazione dell'intervento.

Infondata è, poi, anche la tesi secondo cui l'area in cui si trova il fabbricato di proprietà della

Società ricorrente, essendo “completamente urbanizzata e ricadente in centro edificato”, non sarebbe soggetta al vincolo paesistico sulle fasce di 150 metri da fiumi torrenti o corsi d’acqua previsto dalla legge Galasso (ed oggi dall’art. 142 del D.Lgs 42/2004).

Infatti, l’esenzione a cui fa riferimento la Com.mir riguarda le aree che alla data del 6 settembre 1985 erano inserite dagli strumenti urbanistici in zone A o B, oppure, pur trovandosi in zone diverse, erano ricomprese nell’ambito di piani pluriennali di attuazione, o, ancora, ricadevano nei centri storici perimetrali ai sensi dell’art. 18 della L. 865/71 ed erano a quella data prive di disciplina urbanistica.

La ricorrente non ha fornito alcuna prova della effettiva ricorrenza di una delle suddette fattispecie, limitandosi ad affermare che il terreno di sua proprietà si trovava in una zona completamente urbanizzata.

Tale circostanza, tuttavia, potrebbe rilevare (come indizio del fatto che l’area ricadesse in centro edificato) solo ai fini del perfezionarsi dell’ultima condizioni prevista dalla norma la quale presuppone, però, che alla data del 6 settembre 1985 il Comune di Aulla fosse sprovvisto di disciplina urbanistica. Fatto che non è stato né allegato né provato.

Priva di fondamento è, infine, la denunciata violazione dell’art. 10 bis della L. 241 del 1990.

Nel caso di specie, infatti, per le ragioni che si sono sopra evidenziate, il contenuto del provvedimento con cui l’Amministrazione ha provveduto sulla istanza di accertamento di conformità presentata dalla Com.mir non avrebbe potuto essere diverso; sicché, il contraddittorio procedimentale che la predetta norma è volta a salvaguardare non avrebbe, comunque, potuto produrre alcun risultato utile per la ricorrente.

La denunciata illegittimità, alla luce di quanto prevede il comma primo dell’art. 21 octies della legge 241/90, non si riflette, quindi, sulla annullabilità del provvedimento impugnato la quale può oggi essere disposta solo se il rispetto della norma violata avrebbe potuto incidere sul suo contenuto modificandolo in senso favorevole al ricorrente.

Venendo così all’esame delle censure proposte avverso l’ingiunzione a demolire, esse si appalesano fondate solo nella parte in cui il suddetto provvedimento riguarda anche la rimozione di opere legittimamente assentite con il permesso di costruire del 17/11/2007, il quale, a seguito dell’accoglimento del ricorso avverso l’annullamento in via di autotutela, rivive e deve essere, quindi, considerato valido ed efficace.

L’ordinanza di demolizione va, invece, esente da ogni censura nella parte in cui dispone la rimozione delle opere abusivamente realizzate in variante al citato atto di assenso edilizio.

Deve essere respinta la domanda risarcitoria formulata in tutti e tre i ricorsi riuniti per la sua totale genericità e perché, in conseguenza della sospensione cautelare degli atti impugnati, la Società ricorrente non risulta aver patito alcun danno consequenziale alla loro adozione.

In considerazione della soccombenza reciproca sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione III, in parziale accoglimento dei

ricorsi come in epigrafe proposti:

a) annulla il provvedimento del Dirigente dell'Ufficio edilizia del Comune di Aulla in data 19/09/2012 avente ad oggetto l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire del 17/11/2007 (r. 1443/012);

b) annulla l'ordinanza di demolizione in data 1/1/2012 nella parte in cui concerne gli interventi edilizi assentiti con il permesso di costruire del 17/11/2007 (r.1744/012).

c) respinge ogni altra domanda in tutti e tre i ricorsi;

d) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Rosalia Messina, Consigliere

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)