

N. 00265/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00119/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 119 del 2022, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Ermanno Morelli e Silva Moro, rappresentati e difesi dall'avvocato Emiliano Binda,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Montemarciano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Ferri, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Luigi Montes e, Margherita Rossi, rappresentati e difesi dagli avvocati Barbara
Antonini e Jacopo Bianchetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determinazione numero generale n. 808 del 16-11-2021 avente ad oggetto annullamento permesso di costruire n.9 del 15/9/2020 e S.C.I.A. in variante - operato in autotutela dal Comune di Montemarciano *ex art. 21 nonies* comma 1 della legge 241/1990;

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 17 maggio 2022:

dell'ordinanza del Capo settore n.13 del 7.3.2022 del Comune di Montemarciano notificata in data 23/3/2022 al Sig. Morelli e alla Sig.ra Moro con cui si ordina ai medesimi di procedere alla demolizione e rimessa in pristino stato dell'immobile di loro proprietà, seguente al precedente provvedimento di annullamento permesso di costruire n. 9 del 15/9/2020 e scia di variante prot. n. 5363 del 18/3/2021.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montemarciano e di Luigi Montesi e Margherita Rossi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2023 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso introduttivo i coniugi Morelli-Moro, nella spiegata qualità di proprietari di un appartamento ricadente nel complesso residenziale "Il Gelso", in Via Mare Adriatico, 22, impugnano:

- il provvedimento con cui il responsabile del IV Settore del Comune di Montemarciano ha stabilito di annullare, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990 e “...*per le motivazioni di cui all'allegata relazione istruttoria...*” datata 16 novembre 2021, il permesso di costruire n. 9 del 15 settembre 2020 e la successiva variante al medesimo di cui alla S.C.I.A. prot. n. 5363 del 18 marzo 2021;

- tutti i provvedimenti e/o gli atti prodromici, connessi, successivi e/o collegati.

Con l'atto di motivi aggiunti depositato in data 17 maggio 2022 i ricorrenti impugnano invece l'ordinanza di demolizione adottata dal Comune in conseguenza dell'annullamento dei suddetti titoli edilizi.

2. I fatti di causa possono essere così riassunti.

2.1. In data 15 settembre 2020 veniva rilasciato al sig. Morelli il permesso di costruire n. 9, avente ad oggetto “*Ristrutturazione edilizia con ampliamento ai sensi dell'art. 1 della L.R. 22/2009 dell'unità immobiliare residenziale di via Mare Adriatico n. 22 (catasto f. 1 mapp. 402)*”.

Sin dall'avvio dei lavori assentiti con il predetto p.d.c. n. 9/2020, i vicini di casa proprietari dell'appartamento contiguo, sig.ri Montesi e Rossi, manifestarono la loro contrarietà all'esecuzione dei lavori *de quibus*, richiedendo più volte al Comune, dapprima per il tramite di un legale e poi di un proprio tecnico di fiducia, la revoca del permesso di costruire.

2.2. A seguito di tali segnalazioni, il Corpo di Polizia Locale effettuava un primo sopralluogo in data 6 marzo 2021, rilevando piccole incongruenze volumetriche. In data 8 marzo 2021 veniva quindi emessa ordinanza di sospensione dei lavori.

In data 18 marzo 2021 gli odierni ricorrenti, al fine di risolvere i problemi emersi in sede di sopralluogo, presentavano una S.C.I.A. in variante al permesso di costruire, con cui si procedeva ad ottemperare alle prescrizioni ed ai rilievi sollevati dagli agenti

accertatori, eliminando così ogni possibile eventuale difformità del costruito rispetto a quanto era assentibile.

In data 18 aprile 2021, quindi, il Comune di Montemarciano comunicava al legale dei sig.ri Montesi-Rossi l'avvenuta presentazione della S.C.I.A. e la conseguenza impossibilità di annullare il titolo edilizio originario, “...*non sussistendone le ragioni di pubblico interesse...*”.

2.3. In data 13 agosto 2021 perveniva al Comune di Montemarciano un nuovo esposto, questa volta a firma dell'ing. Capozzi di Pesaro, il quale, sempre a nome degli odierni controinteressati, evidenziava un presunto eccesso volumetrico nell'applicazione del c.d. Piano casa.

Con ordinanza n. 78 del 13 settembre 2021 veniva disposta nuovamente la sospensione dei lavori di cui al permesso di costruire n. 9/2020 e successiva variante, e questo nonostante i lavori fossero di fatto ultimati (mancando da installare solo un parapetto).

In data 5 ottobre 2021, con nota prot. n. 20218, il responsabile del IV Settore Urbanistica e Ambiente del Comune di Montemarciano comunicava ai sig.ri Morelli-Moro l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 9/2020 e della successiva variante di cui alla S.C.I.A. prot. n. 5363 del 18 marzo 2021.

In data 2 dicembre 2021 veniva notificato agli odierni ricorrenti il provvedimento di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 9/2020, come modificato dalla S.C.I.A. in variante del 18 marzo 2021.

3. Il predetto provvedimento, in una con gli atti presupposti, connessi e conseguenti, viene censurato per i seguenti motivi:

a) violazione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della L. n. 241/1990 e s.m.i. in rapporto al termine massimo previsto dalla legge per l'annullamento in autotutela dei provvedimenti amministrativi e alla "ragionevolezza" del termine.

In parte qua viene contestato anzitutto al Comune il fatto che il p.d.c. n. 9/2020 è stato annullato dopo che era ampiamente decorso il termine massimo previsto dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, nella versione vigente *ratione temporis* (ossia dodici mesi dal rilascio del provvedimento favorevole). Al riguardo i ricorrenti evidenziano altresì che nel provvedimento impugnato non viene in alcun modo richiamato il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, il quale reca l'unica deroga al suddetto termine perentorio.

In secondo luogo i ricorrenti rilevano che per un intervento di "Ristrutturazione edilizia con ampliamento" (in cui si amplia "in eccesso" di 6,22 mc, pari a 2,26 mq, un immobile destinato al soggiorno estivo di complessivi 50 mq circa, mantenendosi quell'ampliamento all'interno dei limiti edificatori del piano urbanistico e della destinazione urbanistica della lottizzazione), i cui lavori erano ultimati nell'estate 2021, il "termine ragionevole" di cui parla la norma si è comunque consumato dopo il sopralluogo effettuato dalla Polizia Municipale in data 6 marzo 2021, perché in quell'occasione il Comune accertò solo minime discrepanze, sanate con la S.C.I.A. in variante al p.d.c.;

b) violazione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, e dell'art. 1 della L. n. 241/1990 e s.m.i. con riferimento all'abuso dello strumento di autotutela, alla violazione del principio di proporzionalità e alla manifesta irragionevolezza.

Con il secondo motivo i ricorrenti evidenziano che, a ben vedere, il provvedimento di autotutela è motivato da una discrepanza volumetrica in eccesso tra l'ampliamento consentito e quello autorizzato. Tuttavia, il p.d.c. n. 9/2020 riguarda una

“ristrutturazione edilizia con ampliamento”, nell’ambito della quale sono state autorizzate anche tutte le opere di ristrutturazione edilizia ordinarie, operate all’interno dell’immobile di proprietà dei ricorrenti, opere per le quali essi ricorrenti beneficiano del c.d. superbonus 110%.

Annulare *tout court* l’intero permesso di costruire significa non solo rendere illegittimo un ampliamento maggiore del consentito, ma anche tutte quelle opere di ristrutturazione edilizia che invece non solo sono totalmente legittime, ma sono tutte addirittura ultimate.

Il provvedimento è dunque chiaramente “eccessivo” e “sproporzionato” rispetto tanto alle finalità perseguite, quanto e ancor più alle conseguenze sostanziali, estremamente penalizzanti per i privati interessati.

Inoltre, poiché nel provvedimento il Comune fa riferimento esclusivamente all’ampliamento consentito che sarebbe inferiore a quello autorizzato per mc 6,88 (22,57 mc consentiti contro 28,79 autorizzati), senza alcun’altra osservazione, ne consegue che l’operato dell’amministrazione è anche irragionevole, perché invece di censurare il minimo esubero di cubatura (peraltro tutto da accertare nella sua reale consistenza), annulla integralmente il titolo edilizio, con conseguente obbligo di rimessione in pristino stato dell’intero appartamento e gravissimo pregiudizio per gli interessati;

c) violazione dell’art. 21-*nonies*, comma 1, e degli artt. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e s.m.i. con riferimento a: i) insussistenza delle violazioni ascritte; ii) carenza e comunque mancata rappresentazione in concreto delle ragioni di interesse pubblico prevalente; iii) evidente e manifesta contraddittorietà (interna), nonché lesione del legittimo affidamento; iv) difetto di motivazione e di istruttoria.

Al riguardo i ricorrenti evidenziano che nella summenzionata nota del 18 aprile 2021 il Comune aveva già reso nota ai controinteressati l'inesistenza di ragioni di pubblico interesse che giustificassero l'annullamento del titolo edilizio, per cui il provvedimento impugnato si pone in stridente contraddizione con la volontà già espressa dall'amministrazione, senza che siano sopravvenute circostanze di fatto o di diritto che possano giustificare tale *révirement*.

Fra l'altro le misurazioni dell'immobile riportate nella relazione istruttoria allegata al provvedimento coincidono con i conteggi contenuti nella S.C.I.A. in variante, il che vuol dire che i ricorrenti avevano ottemperato a tutte le prescrizioni del Comune conseguenti alle minime incongruità volumetriche riscontrate dagli operatori della Polizia Locale in sede di sopralluogo.

È stato altresì lesa l'affidamento che essi ricorrenti, soprattutto dopo la presentazione della S.C.I.A., avevano maturato sulla conformità urbanistico-edilizia delle opere eseguite;

d) violazione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, e dell'art. 1 della L. n. 241/1990 e s.m.i. con riferimento al mancato contemperamento degli interessi e alla evidente "sproporzionalità";

e) violazione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, e dell'art. 3 della L. n. 241/1990 e s.m.i. con riferimento: i) all'evidente difetto di motivazione ed al vizio dell'istruttoria; ii) all'erroneità dei presupposti fondanti il provvedimento; iii) all'inesistenza e comunque alla mancata dimostrazione della sussistenza delle violazioni contestate.

In parte qua i ricorrenti reiterano alcune delle censure svolte nei precedenti motivi, trattando in particolare del difetto di istruttoria che affliggerebbe l'operato del Comune, visto che sono ignote le basi dei calcoli in ragione dei quali è stato determinato l'eccesso di cubatura e considerato che il tecnico di fiducia dei

controinteressati non ha avuto modo di effettuare un sopralluogo all'interno dell'appartamento di essi ricorrenti e dunque non ha potuto accertare le reali volumetrie esistenti;

f) violazione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, e degli artt. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e s.m.i. in rapporto all'assenza di dolo, alla buona fede ed al rilevante concorso dell'amministrazione nell'errore.

Al riguardo i ricorrenti deducono che l'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della L. n. 241/1990 stabilisce la "possibilità" di annullare il provvedimento in autotutela oltre il termine dei 12 mesi previsto dal comma 1 qualora l'atto favorevole sia stato rilasciato sulla base di false rappresentazioni dei fatti. Secondo la corrente interpretazione della giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, n. 3940/2018, T.A.R. Campania, Napoli, n. 5276/2018), la falsa rappresentazione dei fatti, se da un lato non deve essere stata già accertata in sede penale, dall'altro deve essere addebitabile esclusivamente al dolo della parte privata e non anche alla colpa semplice o ad un errore scusabile. Deve in sostanza sussistere l'elemento soggettivo affinché possa parlarsi di "false rappresentazione dei fatti". Nel caso di specie, non solo c'è stato sicuramente un comportamento concludente e altamente fuorviante del Comune, ma è anche assente l'elemento soggettivo in capo ai ricorrenti, ossia il dolo inteso come chiara rappresentazione e consapevolezza della difformità dello stato dei luoghi rappresentato rispetto all'immobile originariamente autorizzato.

Risulta infatti *per tabulas* che i sig.ri Morelli-Moro hanno acquistato l'immobile nel 2017 e che proprio nell'atto d'acquisto, innanzi al notaio, sia stata dichiarata dagli alienanti la piena "...conformità urbanistica-edilizia di quanto compravenduto...". A fronte di ciò i ricorrenti non potevano neppure ipotizzare che lo stato dei luoghi fosse difforme rispetto a quanto a suo tempo autorizzato.

L'assoluta buona fede degli attuali proprietari traspare chiaramente anche dalla relazione tecnica illustrativa allegata alla domanda di rilascio del titolo edilizio, nella quale i conteggi riportati partono da volumetrie dichiarate conformi a quelle depositate presso il Settore Urbanistica del Comune di Montemarciano, a cui è stato aggiunto l'incremento del 20% consentito dal c.d. Piano casa.

Le cubature dell'immobile in parola sono passate al vaglio del competente ufficio comunale ben 4 volte dal 1982 al 2017 e in nessuna occasione il Comune aveva mai rilevato difformità volumetriche rispetto alla originaria concessione edilizia.

Nel 2006, dopo l'ultimo condono, si era consolidata e cristallizzata una regolarità edilizio-urbanistica relativamente ai volumi dell'immobile condonati tale per cui essi ricorrenti, in assoluta buona fede, hanno inteso calcolare l'incremento del 20% a partire dallo stato attuale delle volumetrie, nella convinzione che il vaglio del Comune doverosamente esercitato in occasione dei procedimenti di sanatoria e di condono del 1995 e del 2006 avesse certificato la conformità alle originarie autorizzazioni; e, d'altronde, in entrambi i casi il presupposto della sanatoria e del condono è stato senza dubbio la verifica delle differenze tra volumetrie autorizzate e volumetrie esistenti. Tutto ciò, unito alla dichiarazione del dante causa nell'atto di compravendita, comprova in modo inconfutabile l'assoluta buona fede dei ricorrenti.

Il Comune, però, non ha dato alcun peso a tali circostanze, dal che discende l'erroneità dei presupposti su cui si fonda il provvedimento impugnato;

g) violazione dell'art. 3 e dell'art. 19 della L. n. 241/1990 nonché degli artt. 32 e ss. del D.P.R. n. 380/2001 in rapporto: i) alla complessiva disciplina urbanistica ed edilizia applicabile; ii) alle disposizioni del D.P.R. n. 380/2001 e della L.R. n. 22/2009; iii) alla carenza di motivazione "in concreto" (e sotto altro profilo); iv) alla

carezza dei presupposti ed alla “oscurità” della motivazione addotta a fondamento del disposto annullamento; v) alla contraddittorietà (sotto altro profilo) dell’operato del Comune; vi) alla mancata applicazione dell’art. 34-*bis* del D.P.R. n. 380/2001.

Con il settimo motivo i ricorrenti deducono che:

- come si è rilevato in più punti dei precedenti motivi di ricorso, e al di là di tutti i vizi che affliggono il provvedimento impugnato in relazione ai parametri recati dall’art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, l’atto di autotutela è illegittimo anche perché non sussiste affatto il contestato “abuso” edilizio perpetrato dai ricorrenti, poiché i lavori realizzati sono pienamente conformi alle pertinenti disposizioni del D.P.R. n. 380/2001 e della L.R. n. 22/2009;
- oltre a ciò, il provvedimento impugnato non chiarisce a quale titolo edilizio sia riferita la contestata violazione edilizia, se a quelli di condono/sanatoria o a quello rilasciato ai sensi della L.R. n. 22/2009 o, ancora, a quello relativo alla S.C.I.A. in variante;
- non vengono neppure chiariti con la dovuta precisione quali siano gli “eccessi” volumetrici contestati, e comunque se essi siano riferibili ai precedenti titoli edilizi, richiesti da soggetti diversi dai ricorrenti, o agli interventi posti in essere dai sig.ri Morelli-Moro;
- la motivazione del provvedimento è palesemente deficitaria anche nella parte in cui non tiene in alcuna considerazione la circostanza che i sig.ri Morelli-Moro, proprio a fronte dei rilievi avanzati dal Comune, sono già intervenuti “*ad emendatio*” con la S.C.I.A. prot. 5363 del 10 marzo 2021, sulla quale il Comune non ha adottato alcun intervento inibitorio nel termine di 30 giorni previsto dal combinato disposto degli artt. 22 e ss. del D.P.R. n. 380/2001 e 19 della L. n. 241/1990;

- ad ogni buon conto, essi ricorrenti, al fine di superare le problematiche in parola, hanno immediatamente cercato e reperito ulteriore cubatura che i proprietari di appartamenti ricadenti in lotti limitrofi a quello oggetto di intervento e aventi la stessa categoria urbanistica hanno già dichiarato di cedere in loro vantaggio (doc. allegato n. 9 al ricorso), risolvendo in tal modo quei piccoli problemi di cubatura che a ben vedere non attingono minimamente il loro operato, ma verosimilmente quello di chi, prima dell'acquisto dell'immobile da parte loro nel 2017, aveva probabilmente “...sbagliato qualche calcolo e qualche disegno...”, senza che il Comune di Montemarciano, nel 1995 e nel 2006, avesse minimamente verificato la congruità e correttezza delle rappresentazioni;

- in ogni caso, è evidente che l'esiguità della volumetria dell'ampliamento che sarebbe stata realizzata in eccesso rientra nell'ambito applicativo dell'art. 34-*bis* del D.P.R. n. 380/2001 e quindi non può mai integrare qualsivoglia “abuso” o violazione delle norme edilizie.

4. Per resistere al ricorso introduttivo si è costituito in giudizio solo il Comune di Montemarciano, ribadendo la legittimità del proprio operato.

5. In data 23 marzo 2022 veniva notificata ai ricorrenti l'ordinanza di demolizione n. 13 del 7 marzo 2022, con la quale il Comune, sulla base dell'avvenuto annullamento del titolo edilizio, ingiungeva ai signori Morelli-Moro di ripristinare lo *status quo ante*.

L'ordinanza è stata impugnata con l'atto di motivi aggiunti, in cui sono dedotte le seguenti censure (la cui numerazione prosegue quella dei motivi dedotti con il ricorso introduttivo):

h) illegittimità derivata e riflessa rispetto al provvedimento impugnato con il ricorso principale;

i) illegittimità del provvedimento in rapporto alla illegittimità del provvedimento da cui promana, in ragione delle errate quantificazioni volumetriche poste a fondamento delle contestazioni.

Con il secondo motivi aggiunto i sig.ri Morelli-Moro evidenziano che:

- già nel verbale redatto dalla Polizia Municipale in occasione del sopralluogo svolto nel mese di marzo 2021 vengono rilevate delle misurazioni radicalmente diverse e minori rispetto a quelle esposte dal progettista di fiducia di essi ricorrenti, oltre che incoerenti con quelle esposte nella relazione allegata al provvedimento di autotutela, per cui non vi è alcuna certezza sulla discrepanza volumetrica di circa 6 metri cubi, in forza della quale oggi si dovrebbero demolire tutte le opere realizzate;

- inoltre, a seguito di ulteriori verifiche fatte eseguire da essi ricorrenti sul posto, è emerso che ai fini della determinazione del volume dell'immobile su cui calcolare l'ampliamento del 20% si è tenuto conto della dimensione lorda complessiva del corpo di fabbrica, ossia considerando lo spessore totale dei muri perimetrali, quindi 25 cm per ogni lato del fabbricato. Considerato che il progetto originario approvato del 1982 faceva riferimento ad una volumetria e ad una superficie lorda e desumendo dal titolo e dall'applicazione dell'art. 880 c.c. che i muri perimetrali sono di fatto in comproprietà tra i confinanti, i volumi del planivolumetrico attuale diventerebbero:

1) per il primo locale mt $3,60 \times 5,57 =$ mq 20,05 x h 3,10 = mc 62,16 al posto di mc 66,59

2) per il secondo mt $3,60 \times 4,50 =$ mq 16,20 x h 3,10 = mc 50,22 al posto di mc 53,95

3) il terzo locale resta di superficie e volumi identici mq 9,05 e mc 23,40,

per un totale di mc 135,78 esistente e non di mc 143,94 da progetto. Sarebbero pertanto 8,16 mc in meno rispetto al progetto approvato nel 1982;

- va poi considerato che, in merito all'altezza, la stessa va sempre calcolata tenendo conto dello spessore del solaio complessivo, dato dalla somma dello spessore della parte strutturale e del pacchetto sovrastante. Pertanto, tenuto conto che nel rilievo del fabbricato si è riscontrata un'altezza strutturale del solaio di 20 cm e un pannello isolante dello spessore di 10 cm, oltre ad uno strato di ghiaia dello spessore di 5 cm, si è considerato una altezza lorda pari a $275+35 = 310$ cm. Risulta pertanto evidente che le misurazioni sulle quali è fondato l'atto di annullamento del permesso di costruire n. 9/2020 e ancor più dell'ordinanza di demolizione sono totalmente errate. Il calcolo dei volumi del Comune sembra eseguito su altezze nette interne e non su quelle lorde; diversamente opinando, il Comune propone 270 cm di altezza che, decurtata di 35 cm di solaio, sarebbero pari a 235 cm di altezza netta, ossia una quota incompatibile con quella minima prevista per l'abitabilità;

- ai fini del calcolo della volumetria autorizzata si è tenuto anche conto della tettoia esistente e presente nel condono del 1994, la cui superficie e volumetria vanno considerate poiché, anche se il manufatto non è presente nei calcoli riportati nel modello allegato alla sanatoria del 1995, esso è presente in tutti gli elaborati tecnici depositati in Comune. Pertanto, il Comune avrebbe dovuto a suo tempo richiedere ai danti di causa di essi ricorrenti di rideterminare i calcoli progettuali tenendo conto anche della tettoia, in caso contrario dovendo essa essere stralciata dalla pratica di sanatoria;

- alla luce di tali premesse, l'ordinanza di demolizione è illogica, eccessiva e immotivata (in quanto non è supportata dalla certezza delle asserzioni del Comune), mentre l'ordine di “...rimessa in pristino dello stato dei luoghi antecedenti il rilascio del permesso di costruire n.9 del 15/09/2020...” appare una chimera, un miraggio, visto che *ad impossibilia nemo tenetur*. Non si possono infatti ripristinare gli infissi, gli impianti e le

altre parti dell'immobile già demoliti e smaltiti negli impianti di trattamento dei rifiuti;

- va poi ribadito che, ben prima dell'adozione dell'ordinanza di demolizione, essi ricorrenti hanno ottenuto la cessione di ulteriore cubatura tramite donazione in loro favore da parte di proprietari di lotti limitrofi aventi identica destinazione urbanistica. A tale riguardo va precisato che, pur non essendo stato l'atto di donazione trascritto nel settembre 2021, esiste la prova della sua formazione in data antecedente all'avvio del procedimento di autotutela;

l) erroneità ed incertezza dei calcoli proposti dal Comune. Mancata applicazione dell'art. 34-*bis* del T.U. Edilizia.

6. Il Comune di Montemarciano ha preso posizione anche sui motivi aggiunti, chiedendone il rigetto. A tale richiesta si sono in seguito associati anche i controinteressati sig.ri Montesi-Rossi, costituitisi in giudizio il 30 luglio 2022.

Con ordinanza n. 231/2022 il Tribunale ha nel frattempo accolto la domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti in ragione della sussistenza del *periculum in mora* ed ha altresì disposto, in vista dell'udienza di merito (fissata per il 22 marzo 2023), incumbenti istruttori nei seguenti termini:

“...- al fine di consentire al Tribunale di valutare la fondatezza nel merito delle censure svolte dai ricorrenti, va sin d'ora disposta istruttoria al fine di acquisire dal responsabile del IV Settore del Comune di Montemarciano una relazione da cui si evincano in particolare i seguenti dati:

a) criteri di calcolo utilizzati nel provvedimento di annullamento in autotutela del titolo edilizio per determinare le superfici e le volumetrie di cui ai titoli edilizi rilasciati nel corso del tempo relativamente all'immobile per cui è causa. Questo perché i dati considerati, rispettivamente, dal tecnico di fiducia dei ricorrenti, dal tecnico di fiducia dei controinteressati e dal Comune non coincidono;

b) se, utilizzando la cubatura di cui all'accordo di cessione allegato al ricorso introduttivo, i ricorrenti sono in condizioni di poter regolarizzare l'eventuale abuso;

c) qualsiasi altra informazione ritenuta utile ai fini della decisione di merito".

L'istruttoria è stata eseguita dall'amministrazione in data 11 luglio 2022.

In vista dell'udienza di trattazione del merito le parti hanno depositato ulteriore documentazione, nonché le memorie conclusionali.

All'udienza del 22 marzo 2023 la causa è passata in decisione dopo ampia discussione orale.

DIRITTO

7. Il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti vanno accolti, anche se non tutte le censure formulate dai signori Morelli-Moro risultano fondate.

Il Collegio, in effetti, ritiene di dover evidenziare preliminarmente quanto segue.

7.1. In primo e dirimente luogo non risponde al vero che il Comune si è indebitamente ingerito in una vicenda privatistica, e questo perché:

- come è noto, a fronte di un intervento edilizio che asseritamente lo danneggia, il controinteressato ha a disposizione vari strumenti di tutela, i quali possono a volte essere esperiti congiuntamente. Egli può infatti denunciare l'abuso edilizio al giudice penale e costituirsi parte civile nel relativo giudizio, oppure può invocare tutela davanti al giudice ordinario (deducendo ad esempio la violazione delle distanze minime previste dal codice civile oppure chiedendo la reintegrazione in forma specifica o il risarcimento del danno per equivalente, previa disapplicazione del titolo edilizio) o, infine, può impugnare davanti al giudice amministrativo il titolo abilitativo rilasciato dal Comune o, se è già decorso il termine di impugnazione, sollecitare l'annullamento del titolo in autotutela ed eventualmente impugnare, sempre davanti al G.A., il diniego di autotutela. I rimedi proponibili davanti al G.A.,

come si è detto, ben possono però coesistere con l'azione promossa in sede civile, specie quando, come nella specie, i controinteressati lamentano anche la lesione di diritti riconosciuti loro dal codice civile (ad esempio la c.d. *privacy*);

- nella specie i sig.ri Montesi-Rossi hanno optato proprio per il cumulo delle tutele, per cui non vi è dubbio che, essendogli stato sollecitato l'esercizio del *ius poenitendi*, il Comune aveva titolo per intervenire, incidendo ovviamente solo sul profilo pubblicistico della vicenda e fatte salve le decisioni del giudice civile.

E nemmeno è vero che dal contesto del provvedimento impugnato non si comprende quale sia la difformità che il Comune ha posto a base dell'esercizio dell'autotutela: è infatti evidente che l'amministrazione contesta il secondo dei profili di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

7.2. Ciò premesso, nel caso all'odierno esame del Tribunale esistono due differenti profili rispetto ai quali l'intervento edilizio assentito dal Comune nel 2020 risultava non autorizzabile nei termini di cui al p.d.c. n. 9/2020, e questo va chiarito in quanto i ricorrenti, in più parti dei loro scritti difensivi, tendono a confondere questi due profili.

Il primo profilo riguardava le lievi differenze di superficie e volume riscontrate dalla Polizia Locale nel corso del primo sopralluogo del marzo 2021 (si veda il documento allegato n. 7 alla memoria di costituzione del Comune) e a tale problematica i ricorrenti hanno posto rimedio con la S.C.I.A. in variante presentata il 18 marzo 2021.

Proprio per questo, con la nota del 18 aprile 2021 il Comune rendeva nota ai controinteressati l'impossibilità di annullare il p.d.c. n. 9/2020. Al riguardo va evidenziato che l'atto contiene una motivazione in parte errata (o comunque sovrabbondante), e ciò laddove si fa riferimento alla valutazione, ai sensi dell'art. 21-

nonies della L. n. 241/1990, dell'interesse pubblico prevalente. Tale riferimento era in quel contesto del tutto pleonastico visto che l'impossibilità di annullare il titolo risiedeva piuttosto nell'assenza di difformità dello stato di fatto rispetto allo stato di progetto modificato con la S.C.I.A. I ricorrenti, tuttavia, si appigliano a tale inciso al fine di comprovare la sussistenza di un legittimo affidamento, affidamento che indubbiamente esiste ma che, come si vedrà *infra*, riposa su altri presupposti.

Il secondo profilo di difformità, molto più grave, risiedeva invece nell'erroneità dei calcoli che il progettista di fiducia dei ricorrenti aveva posto a base del progetto presentato al Comune inizialmente e *in parte qua* non completamente "sanato" con la S.C.I.A. del marzo 2021. Tale erroneità, come è emerso in corso di causa (si vedano in particolare l'esposto dell'ing. Capozzi e la relazione istruttoria depositata in giudizio dall'amministrazione in esecuzione dell'ordinanza n. 231/2022), riguardava:

- con riferimento al corpo di fabbrica originario, il fatto che il progettista ing. Ciaccafava non è partito dalla superficie e quindi dalla volumetria assentite nel 1982 (ossia una superficie di mq 20,45, per un'altezza di m 2,70 e dunque un volume di mc 55,21. Nell'esposto dell'ing. Capozzi si considera anche, tuzioristicamente, un'altezza di m 2,90, il che dà un volume di mc 59,30), ma ha ritenuto di dover computare per metà anche la superficie dei muri perimetrali, arrivando dunque a mq 21,45 (inizialmente la superficie era indicata in mq 21,95, dato corretto in riduzione con la S.C.I.A. in variante) ed ha inoltre considerato un'altezza di 3,10, pervenendo così ad un volume *ante operam* di mc 66,59;

- con riferimento invece alle opere autorizzate in sanatoria nel 1995, il fatto che l'ing. Ciaccafava ha aggiunto la superficie di una tettoia a quella del manufatto oggetto di quella sanatoria (ossia l'avvenuta copertura e tamponatura laterale del patio

antistante l'appartamento), ancorché il proprietario dell'epoca, in sede di domanda di sanatoria, avesse indicato la superficie abusiva in mq 11,47 (corrispondente dunque solo alla superficie del nuovo manufatto ottenuto mediante tamponatura e copertura del patio). Anche a tal riguardo nell'esposto dell'ing. Capozzi si considera tuzioristicamente l'ipotesi più favorevole ai ricorrenti, ossia l'inclusione nell'oggetto della sanatoria anche della tettoia, e dunque una superficie complessiva di mq 18,93 e un volume complessivo di mc 47,32. In relazione a tale profilo, il Collegio non condivide il ragionamento di parte ricorrente secondo cui la tettoia andava considerata come oggetto di sanatoria in quanto indicata graficamente nelle tavole progettuali, e questo proprio perché il proprietario dell'epoca aveva indicato nella domanda di condono una superficie che non poteva comprendere anche la tettoia. E comunque il Comune non aveva il potere di imporre *ex officio* al proprietario di sanare anche la tettoia. Ma, del resto, le tettoie vere e proprie, ossia quelle "leggere" e non tamponate, non sviluppano né superficie né volumetria, per cui l'autorizzazione alla loro realizzazione è richiesta soprattutto a fini paesaggistici e/o in forza di previsioni del R.E.C. Dunque *in parte qua* il volume di partenza da considerare era pari a mc 30,89, dovendosi escludere i 17,32 mc di "volumetria" della tettoia.

Nulla quaestio invece per ciò che concerne la superficie e il volume oggetto del condono del 2006 e, anzi, in questo caso la relazione istruttoria del Comune è errata per difetto, in quanto, come del resto risulta dal provvedimento di rilascio del condono (allegato all'esposto dell'ing. Capozzi), tale volume è pari a mc 23,40 e non a mc 22,98 (come invece è stato indicato nella relazione istruttoria).

Come si può vedere, dunque, il progetto inizialmente presentato al Comune e in seguito ridimensionato leggermente con la S.C.I.A. in variante si fondava su dati

errati non in quanto riferiti a difformità dell'esistente rispetto all'autorizzato (profilo che è stato sanato con la S.C.I.A.), ma in quanto difformi già in partenza dall'autorizzato. E questo rileva ai sensi e per gli effetti dell'art. 9-*bis*, comma 1-*bis*, del T.U. n. 380/2001 (norma di cui si parlerà più diffusamente *infra*).

7.3. Rispetto a tale rilevante profilo a nulla valgono i richiami operati dai ricorrenti a principi ed istituti del T.U. n. 380/2001 che sono estranei alla questione qui controversa.

Nella specie, infatti, non viene in primo luogo in rilievo l'art. 34-*bis* del D.P.R. n. 380/2001, norma che si applica solo alle c.d. tolleranze di cantiere, ossia alle eventuali eccedenze volumetriche che si registrano a lavori ultimati e non anche ai casi in cui già il progetto iniziale si basa su dati superficiali e/o volumetrici errati.

I ricorrenti, invece, non hanno richiamato nell'atto di motivi aggiunti le uniche norme astrattamente applicabili alla loro situazione, ossia i commi 2 e 2-*bis* dell'art. 34 del T.U. Edilizia.

Né, per i motivi indicati nel precedente § 7.2., rileva la nota comunale del 18 aprile 2021, visto che essa si fondava su un diverso presupposto, ossia l'avvenuta eliminazione delle lievi difformità volumetriche accertate dalla Polizia Locale.

E nemmeno rileva l'entità dell'abuso, visto che a tal riguardo il T.U. n. 380/2001 non contiene alcuna deroga.

Quanto, infine, alle censure dedotte nell'atto di motivi aggiunti in merito ai vari conteggi prodotti in corso di causa dal Comune, va osservato che tali censure, ove accolte, condurrebbero unicamente alla ripetizione del procedimento, ma in ogni caso la difformità (sia pure ridotta) resterebbe visto che i dati di partenza utilizzati dal progettista conducono ad un eccesso di volumetria non rimediabile.

E a questo proposito non è utile ai ricorrenti la produzione dell'atto di cessione di cubatura, visto che esso non possiede i requisiti di forma e di sostanza richiesti dalla legge, come è stato correttamente eccepito soprattutto dai controinteressati.

Al fine di fugare qualsiasi dubbio interpretativo dell'ordinanza n. 231/2022 va poi chiarito il senso del passaggio in cui il Tribunale aveva chiesto al Comune di precisare se “..., *utilizzando la cubatura di cui all'accordo di cessione allegato al ricorso introduttivo, i ricorrenti sono in condizioni di poter regolarizzare l'eventuale abuso*”. Tale quesito aveva finalità meramente conoscitive e riguardava solo il profilo “quantitativo”, non avendo peraltro il giudice il potere di decretare una sanatoria mai richiesta in sede amministrativa.

8. Una volta dichiarate infondate le predette doglianze, si deve passare a trattare delle censure di cui al primo, al terzo (in parte) e al sesto motivo del ricorso introduttivo, le quali risultano invece nel loro complesso fondate.

8.1. Il Comune, negli scritti difensivi, ha rimarcato in vario modo la legittimità del proprio operato alla luce del disposto dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della L. n. 241/1990, evidenziando che il termine massimo previsto per l'esercizio dell'autotutela non opera laddove il titolo sia stato rilasciato sulla base di una falsa rappresentazione dello stato dei luoghi.

Ora, anche a prescindere dal fatto che il comma 2-*bis* non viene espressamente richiamato nel provvedimento impugnato con il mezzo introduttivo, è da osservare che la pur puntuale disamina della normativa di riferimento operata dall'amministrazione (e condivisa anche dai controinteressati) non tiene conto adeguatamente di due profili, entrambi dirimenti.

8.2. In primo luogo, rileva il fatto che, per potersi parlare nella specie di falsa rappresentazione dello stato dei luoghi, sarebbe stato necessario che la falsità non

fosse evincibile dal progetto presentato al Comune ai fini del rilascio del titolo. In caso contrario si deve parlare quantomeno, per usare un linguaggio penalistico, di “un concorso di colpa” del Comune, concorso di colpa che però assorbe anche la colpa del privato, visto che il titolo viene rilasciato dall’amministrazione dopo aver verificato la sussistenza di tutti i presupposti di legge.

Nella specie, poi, più che di falsa rappresentazione si deve parlare di “falsa interpretazione” del progettista, il quale, come è emerso in corso di causa, ha ritenuto di poter desumere le misure dell’edificio originariamente assentito dal Comune nel 1982 secondo un proprio metodo ricostruttivo fondato anche sull’applicazione di norme civilistiche (ed in particolare dell’art. 880 c.c.) ed ha inoltre ritenuto che una tettoia a suo tempo realizzata dai precedenti proprietari fosse inclusa nella sanatoria del 1995.

In casi del genere, e salvo che non sia provata dal Comune la mala fede del proprietario e/o del progettista, si discute dunque di una diversa interpretazione delle norme urbanistiche ed edilizie (ad esempio, come si calcola l’altezza di un edificio costruito su un terreno in pendenza; come si dimostra la consistenza originaria di un edificio diruto; etc.), e non certo di “falsità” della rappresentazione dello stato dei luoghi.

8.3. Comunque sia, la correttezza delle suddette conclusioni discende anche dall’art. 9-*bis* del T.U. n. 380/2001. La norma, introdotta dal D.L. n. 83/2012 e in seguito ulteriormente modificata, stabilisce infatti che: *“1. Ai fini della presentazione, del rilascio o della formazione dei titoli abilitativi previsti dal presente testo unico, le amministrazioni sono tenute ad acquisire d’ufficio i documenti, le informazioni e i dati, compresi quelli catastali, che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni e non possono richiedere attestazioni, comunque denominate, o perizie sulla veridicità e sull’autenticità di tali documenti, informazioni e dati.*

1-bis. Lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Per gli immobili realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio, lo stato legittimo è quello desumibile dalle informazioni catastali di primo impianto, o da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Le disposizioni di cui al secondo periodo si applicano altresì nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia”.

Come si può agevolmente comprendere dalla sua piana lettura, l'art. 9-bis al primo comma onera il Comune di acquisire d'ufficio tutti i documenti necessari per l'istruttoria della pratica di rilascio del permesso di costruire che siano in possesso di altre amministrazioni pubbliche (per cui l'onere è vieppiù cogente con riguardo ai documenti detenuti dallo stesso Comune), mentre al comma 1-bis stabilisce che lo stato legittimo di un immobile è quello che risulta dai titoli abilitativi in forza dei quali esso è stato realizzato e poi eventualmente modificato mediante ristrutturazione, ampliamento, etc.

Ora, leggendo contestualmente i due commi dell'art. 9-bis in relazione alla vicenda per cui è giudizio, è abbastanza facile concludere nel senso che dalla mera visione delle planimetrie della originaria lottizzazione era agevole per il Comune avvedersi dell'errata interpretazione in cui era incorso il progettista di fiducia dei ricorrenti. In effetti, come è stato facile per l'ing. Capozzi (ossia per un tecnico esterno che non

ha avuto nemmeno la possibilità di effettuare un sopralluogo nella proprietà Morelli-Moro) avvedersi di tale errore a seguito dell'accesso agli atti, altrettanto agevole era per i tecnici comunali individuare l'errata impostazione del progetto. Ed era pertanto ben possibile segnalare tali errori al progettista in modo che egli potesse provvedere ad apportare le dovute modifiche, onde rendere approvabile l'intervento.

Nella specie, fra l'altro, si parla di un esubero volumetrico davvero esiguo, la cui eliminazione era tecnicamente possibile senza snaturare il progetto e/o rendere praticamente inutile l'ampliamento consentito dal Piano casa.

8.4. Da ciò consegue che non era applicabile nella specie il disposto del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990 (visto che i ricorrenti hanno maturato il legittimo affidamento circa la correttezza dei calcoli eseguiti dal loro progettista, essendo stati tali calcoli validati dal Comune), per cui il provvedimento di autotutela - illegittimo in quanto adottato dopo il decorso del termine di 12 mesi dal rilascio del titolo - va annullato.

Da ciò discende l'illegittimità derivata dell'ordinanza di rimessione in pristino stato dell'immobile, la quale anche va annullata.

9. In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti vanno accolti, nei sensi dianzi precisati.

Le spese del giudizio si possono però compensare, attesa la peculiarità e la parziale novità della vicenda sottostante.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE
Tommaso Capitano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO