

Pubblicato il 12/06/2018

Sent. n. 574/2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 918 del 2017, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Noschese e Benedetta Montanari, con domicilio “digitale” corrispondente alla PEC indicata nel ricorso introduttivo, e domicilio “fisico” presso il loro studio in Brescia, Spalto San Marco n. 1;

contro

Comune di Polpenazze del Garda, non costituitosi in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avv.to Alberto Luppi, con domicilio “digitale” corrispondente alla PEC indicata negli scritti difensivi, e domicilio “fisico” presso il suo studio in Brescia, Via Solferino n. 10;

per l'annullamento

- DEL PROVVEDIMENTO DEL 3/7/2017, RECANTE L'ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO PER L'ANNULLAMENTO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE 28/1/2016 N. 57/2013;

- DEL PERMESSO DI COSTRUIRE 28/1/2016;

- DEGLI ALTRI ATTI PRESUPPOSTI E CONNESSI.

Ricorso incidentale

per l'annullamento

- SOTTO ALTRO PROFILO, DEL PROVVEDIMENTO DEL 3/7/2017, RECANTE L'ARCHIVIAZIONE DEL PROCEDIMENTO PER L'ANNULLAMENTO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE 28/1/2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visto il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2018 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Riferisce parte ricorrente che gli immobili di proprietà del controinteressato hanno costituito oggetto di numerosi interventi edilizi.

B. In data 23/12/2013, il Signor -OMISSIS- depositava (al prot. n. 4588) istanza di ristrutturazione del fabbricato identificato al Fg. 6 mappale n. 863 (sub 7) del Catasto Terreni e Fabbricati, con modifica di destinazione da portico a residenziale. Il predetto manufatto era inserito dallo strumento urbanistico nel Nucleo di Antica Formazione (NAF), come access-OMISSIS- alla residenza, e nella relazione tecnica allegata alla richiesta di permesso di costruire il controinteressato dichiarava (cfr. pag. 2 – doc. 1 di sua produzione) che *“la struttura oggetto di intervento è costituita da un porticato chiuso su tre lati, disposto su due piani, e da un terrazzo”*. In buona sostanza, veniva attestata l’apertura di un solo lato del fabbricato. L’amministrazione Comunale riscontrava positivamente la domanda, rilasciando il permesso di costruire n. 57/13 del 28/1/2016.

C. L’odierno ricorrente sollecitava a più riprese l’amministrazione (cfr. note del 23/11/16, 30/12/2016, 1/3/2017, 31/5/2017, 6/6/2017 e 13/7/2017), sottolineando che il titolo abilitativo del 28/1/2016 traeva origine da una descrizione dello stato dei luoghi non veritiera da parte del Sig. -OMISSIS- e del suo tecnico incaricato. Il Sig. -OMISSIS- aveva infatti denunciato che il portico non era in realtà chiuso su tre lati, come comprovato dalla documentazione fotografica già in possesso dell’amministrazione.

D. Il Comune di Polpenazze del Garda avviava un procedimento di verifica in autotutela e, con comunicazione del 7/3/2017, informava il ricorrente della richiesta di chiarimenti trasmessa al signor -OMISSIS- (cfr. doc. 4). Con nota 13/4/2017, accompagnata da riscontri documentali, il Signor -OMISSIS- dichiarava che le chiusure laterali del fabbricato in commento erano esistenti. Dopo un’ulteriore interlocuzione tra le parti coinvolte (nella nota 31/5/2017 il ricorrente insisteva nell’affermare che sino al 2010/2011 il portico non era chiuso su tre lati e che i tamponamenti laterali erano stati abusivamente realizzati poco prima di inoltrare la domanda di titolo abilitativo del 2013), con l’impugnato provvedimento 3/7/2017 l’amministrazione archiviava il procedimento.

E. Nello specifico, riconosceva la fondatezza del rilievo del Sig. -OMISSIS-, per cui il manufatto doveva ritenersi in precedenza aperto anche sul lato nord/est (oltre che, dato incontestato, sul lato sud), mentre non poteva dirsi raggiunta la prova relativa all’apertura nel lato sud/ovest. Sotto il primo profilo affrontato, l’Ente riferiva che *“qualunque provvedimento di annullamento presuppone il puntuale e incontestabile accertamento relativo alla violazione della legalità e presuppone, altresì, la dimostrazione di un interesse pubblico attuale che giustifichi l’annullamento del titolo edilizio”*. Sotto altro aspetto, richiamava l’art. 10.4, comma 2 lett. g) delle NTA del Piano delle Regole del PGT vigente, ai sensi del quale *“non è conteggiato nel computo della slp (utile per il calcolo del volume) un manufatto se aperto almeno sul 40% del suo perimetro”*: nel caso di specie non sarebbe *“stata raggiunta la prova certa che il manufatto fosse aperto almeno sul 40% del suo perimetro e quindi che esso non dovesse essere computato come volume”*.

F. Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, il ricorrente impugna i provvedimenti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi in diritto:

a) Violazione, falsa e/o errata applicazione dell’art. 97 della Costituzione, degli artt. 1, 3 e 21-nonies della L. n. 241/90, eccesso di potere per violazione dei principi fondamentali dell’azione amministrativa, imparzialità e buon andamento, travisamento dei presupposti di fatto e contraddittorietà intrinseca, in quanto:

- l’amministrazione non ha illustrato le ragioni della ravvisata assenza di un interesse pubblico, malgrado la conclamata falsità della rappresentazione dei fatti, imputabile al controinteressato che ha chiesto il rilascio del titolo abilitativo (si tratta di una situazione di particolare gravità);

- è noto l’indirizzo giurisprudenziale secondo il quale l’esercizio dell’autotutela (con rimozione dell’atto) è doveroso – e l’amministrazione non è tenuta a evidenziare profili di interesse pubblico – quando un provvedimento favorevole sia stato ottenuto dall’interessato sulla base di una falsa o erronea esposizione dei fatti (la discrezionalità in questo caso si azzera, e l’annullamento costituisce un atto ad emanazione dovuta);

- il controinteressato, per beneficiare del titolo abilitativo n. 57/13, ha sostenuto – in contrasto con la realtà materiale come da accertamento della stessa amministrazione – che il portico (denominato “FABBRICATO 2”) era chiuso su tre lati;

- l'asserzione infedele ha indotto l'amministrazione in errore, in quanto si è persuasa della preesistenza di un volume, il quale era stato da poco (abusivamente) creato;
- una corretta informazione al momento del deposito dell'istanza avrebbe indotto l'Ente locale a prendere cognizione dell'esatta situazione dei luoghi e dell'avvenuta esecuzione dei tamponamenti illegittimi;

- dopo l'accertamento della reale consistenza del portico (aperto almeno in due lati su quattro), la naturale conseguenza avrebbe dovuto essere quella dell'adozione di un provvedimento edilizio sanzionat-OMISSIS-, per avere il controinteressato eseguito opere prive di valido titolo in area sottoposta a vincolo paesaggistico ambientale;

- malgrado la scoperta della non genuinità della dichiarazione sull'apertura del fabbricato su tre lati, l'amministrazione non ha assunto – senza motivazione – alcuna determinazione a contenuto repressivo;

b) Violazione, falsa e/o errata applicazione delle norme del Piano delle regole del PGT sui Nuclei di Antica Formazione (NAF), eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, per omessa e/o carente motivazione, dato che:

- il Comune, richiamando l'art. 10.4 comma 2 lett. g) delle NTA, fa applicazione di una disciplina normativa del PGT non direttamente applicabile al caso in esame;

- premesso che il portico di cui si discorre è inserito all'interno dei NAF (Nuclei Antica Formazione), quale access-OMISSIS- del fabbricato principale, e individuato al n. 125 in categoria 3B6, non è corretta l'applicazione della disposizione sopra citata;

- il fabbricato n. 125, proprio in quanto inserito nei NAF, avrebbe dovuto essere disciplinato secondo le regole che sottendono quella specifica pianificazione urbanistica;

- più in particolare, il vigente PGT e quello precedentemente in vigore all'epoca della presentazione della domanda di titolo abilitativo, per gli interventi su fabbricati in categoria 3B6 dispone e disponeva come non realizzabili quelli di cui alla classe G6 (oggi F6) del quadro sinottico ovvero *"recupero volumetrico di portici e logge mediante opere di tamponamento"* (cfr. doc. n. 8);

- consegue, quindi, che lo stato di fatto del portico, come accertato dall'amministrazione comunale, non avrebbe potuto comportare, se non in violazione delle regole specifiche dei NAF, alcun recupero del patrimonio edilizio esistente nel senso di cui al permesso di costruire rilasciato;

- il portico, in ragione del regime giuridico che aveva al momento della proposizione della domanda, non poteva in alcun modo essere considerato un utile volume trasformabile ai fini della pratica in commento, posto che esso era stato trasformato illegittimamente nel 2010 con tamponamenti sino ad allora non esistenti;

c) Violazione, falsa ed errata applicazione dell'art. 10.4, comma 2, lett. g) della NTA del PGT, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, poiché:

- il provvedimento impugnato travisa completamente gli accertamenti effettuati dall'amministrazione (apertura dei lati sud e nord-est del fabbricato);

- il titolo abilitativo avrebbe dovuto essere rimosso anche perché, dalle planimetrie depositate dal controinteressato ai fini del suo rilascio, si evince che le aperture del perimetro dell'intero fabbricato superano il 50%, costituendo il 50,51%;

- si precisa, peraltro, che dalle fotografie rinvenibili su internet, anche il lato ovest del manufatto risultava aperto e non tamponato, per cui il calcolo delle superfici sale al 65,81%;

- in definitiva, è fuori luogo l'affermazione del Comune circa il mancato raggiungimento della prova che il manufatto fosse aperto almeno sul 40% del suo perimetro (come richiede la citata norma delle NTA);

- siccome prima della presentazione della domanda, nel 2013, il richiedente ha predisposto dei tamponamenti a chiusura dei due lati ovest ed est senza alcun valido titolo, quel portico non poteva essere considerato quale volume utile ai fini del recupero edilizio;

- l'amministrazione comunale non ha neppure illustrato il procedimento di calcolo eseguito ai fini dell'accertamento.

G. Si è costituito in giudizio il controinteressato, proponendo ricorso incidentale. In particolare, ha impugnato il provvedimento del 3/7/2017 limitatamente alla parte in cui ha ritenuto “*fondato il rilievo relativo all’apertura del manufatto in lato nord/est*” (doc. 7), nonché nella parte in cui ha ritenuto applicabile alla fattispecie l’art. 10.4, comma 2 lett. c del PGT, entrato in vigore il 15/3/2017 (oltre alla comunicazione di avvio del procedimento del 22/5/2017 ed ogni altro atto ad esso connesso, presupposto e/o consequenziale). Dopo aver premesso che, dall’esame della documentazione fotografica inerente allo stato di fatto (inserita nella pratica edilizia) emerge che l’unico lato aperto del porticato era quello affacciato sulla corte comune (cfr. doc. 1 - 3 documentazione fotografica e pianta punti di scatto – stato di fatto), deduce in diritto i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della L. 241/90 ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto, difetto di motivazione e di istruttoria, visto che:

- nessuna falsa rappresentazione dello stato dei luoghi è imputabile al sig. -OMISSIS-, atteso che quanto dichiarato, in sede di domanda di permesso di costruire, corrispondeva esattamente alla situazione di fatto esistente;
- il Comune di Polpenazze ha comunque travisato il dato fattuale, ritenendo fondata la contestazione mossa dal ricorrente principale per quanto concerne la chiusura del porticato sul lato nord;
- il Sig. -OMISSIS- ha dimostrato l’esistenza, ante 2013, della parete oggetto di controversia producendo – durante il procedimento amministrativo avviato dal Comune su segnalazione del sig. -OMISSIS- – documentazione fotografica e catastale da cui risulta la presenza sia della parete sud sia della parete sul lato a monte (nord), qui di interesse (cfr. docc. nn. 4 e 6 e relativi allegati);
- è stata prodotta una fotografia di vecchia data risalente all’anno 1990, dalla quale emerge la presenza della parete sul lato nord (desumibile dalla differente intensità di colore, chiaro all’esterno della parete e buio all’interno del locale);
- la fotografia prodotta dal sig. -OMISSIS- rappresenta una parte della parete non tamponata, ma è priva di data certa, e comunque la contraddizione è solo apparente per il fatto che, a seguito del forte sisma del 2004, la parete in lato nord, originariamente in legno, è in parte crollata (per cui, nel fotogramma esibito dal ricorrente, appare parzialmente aperta);
- si registra un difetto di istruttoria e di motivazione sull’apertura del lato nord del porticato;
- in ogni caso, il fatto che i tamponamenti fossero già realizzati al momento della presentazione della domanda è cosa diversa dalla mancanza dell’autorizzazione abilitante i medesimi, e detta evenienza si rifletterebbe, al più, sulla valutazione della legittimità dell’originario permesso di costruire (e non integrerebbe una “falsa rappresentazione” dello stato di fatto);

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della L. 241/90, dell’art. 12 del DPR 380/2001 e dell’art. 13 della L.r. 12/2005, eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto, difetto di motivazione e di istruttoria, lesione del principio del *tempus regit actum*, contraddittorietà, violazione del PGT dato che, come emerge dalle NTA allegate alla relazione tecnica (doc. 8), all’epoca di presentazione della domanda di permesso di costruire e alla data del rilascio di questo, l’art. 11.4 comma 2 lett. g) delle NTA del PGT vigente prevedeva l’esclusione dei porticati e dei loggiati dal calcolo del volume, solo se aperti su almeno il 50% del loro perimetro; con il provvedimento impugnato in via incidentale, il Comune ha ritenuto di applicare la norma successiva, entrata in vigore solo il 15/3/2017, in base alla quale non sarebbero considerati, ai fini volumetrici, i portici o i loggiati aperti su almeno il 40% del loro perimetro (norma più sfavorevole al Sig. -OMISSIS-);

III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3, 21-nonies della L. 241/90, degli artt. 29, 34, 40 C.p.a., difetto di motivazione e di istruttoria, in quanto il Sig. -OMISSIS-, ove titolare di un interesse legittimo azionabile in relazione alla fattispecie concreta per cui si discute, avrebbe dovuto impugnare – nel termine breve di impugnazione – i titoli abilitativi rilasciati dal Comune; oggi egli è decaduto dalla facoltà di azione e dalla possibilità di coltivare l’interesse all’annullamento del permesso di costruire rilasciato al sig. -OMISSIS- (pertanto non era legittimato a chiedere l’avvio di un procedimento di annullamento in autotutela del permesso non impugnato); a sua volta, l’amministrazione non avrebbe potuto avviare il procedimento di autotutela in mancanza di una

verifica della legittimazione e dell'interesse dell'istante e di un'indagine sull'interesse pubblico prevalente.

Sul ricorso principale, il Sig. -OMISSIS- ha formulato eccezioni in rito e ne ha chiesto il rigetto nel merito, rimarcando (quanto al primo motivo) che alla data della domanda del permesso di costruire i tamponamenti laterali erano presenti, come riconosciuto da controparte e come emerge dalla documentazione in atti: pertanto, non viene in considerazione alcuna falsa dichiarazione o rappresentazione della realtà materiale.

H. Con ordinanza 9/11/2017 n. 524 questa Sezione ha disposto attività istruttoria, intimando al Comune di produrre una relazione sui fatti di causa che desse conto:

“• delle ragioni per le quali è stata ritenuta comprovata l'apertura del manufatto anche sul lato nord-est (versante a monte) e viceversa si è esclusa l'apertura nel lato sud/ovest; in proposito dovrà anche essere ricostruita – con ragionevole approssimazione – la cronologia delle tamponature effettuate, sulla base delle rappresentazioni fotografiche depositate dalle parti nel corso del procedimento (affinché sia chiarito “quando” verosimilmente siano state effettuate le chiusure sul lato nord/est e su lato sud/ovest);

• del calcolo effettuato ex art. 10.4 comma 2 lett. g) delle NTA del PdR, che ha indotto l'amministrazione a ritenere il manufatto aperto per un valore inferiore al 40% del suo perimetro; l'amministrazione dovrà esibire i dati necessari allo scopo;

• delle ragioni per le quali è stato applicato il suddetto art. 10.4 comma 2 lett. g) delle NTA del PdR (che secondo il controinteressato è entrato in vigore il 15/3/2017) e non la disposizione previgente”.

I. Con deposito del 27/11/2017 il Comune ha adempiuto al comando giurisdizionale.

I.1 Sulla comprovata apertura anche sul lato nord-est, ha riferito della faticosa ricerca effettuata nell'archivio comunale dalla quale è emerso che il Piano Regolatore Generale vigente nei primi anni '90 era stato preceduto da un'approfondita analisi del patrimonio edilizio storico, accompagnata da un rilievo fotografico di tutti gli immobili ricadenti nei centri storici: *“per l'immobile oggetto del contendere, in quegli atti, è depositata una fotografia (datata 29.08.1990) che riprese molto chiaramente il fronte nord-est, trattandosi di documentazione ufficiale e certa si ritenne di confermare che il ridetto portico fosse, in origine, aperto anche sul fronte nord-est”.*

I.2 Sull'esclusione dell'apertura in lato sud-ovest, ha affermato che la predetta “ufficiale” documentazione fotografica non riprende il lato sud-ovest che, dalla vista da nord-est sembra in ombra quindi non aperto; ha aggiunto che *“a dimostrazione del preesistente tamponamento, o meno, del fronte sud-ovest vi sono solo le fotografie, poco chiare e contraddittorie, presentate dalle parti in causa, ognuna a dimostrazione delle proprie confliggenti tesi, per cui questo ufficio tecnico ha ritenuto di basarsi solo sulla predetta ufficiale documentazione negli atti comunali, depositata in epoca antecedente il contenzioso (ca 1990)”.*

I.3 Circa l'epoca di chiusura dei lati nord-est e sud-ovest, ha ritenuto di poter *“affermare, con ragionevole certezza, che la tamponatura del fronte nord-est fu eseguita successivamente all'anno 1990; quanto a quella del fronte sud-ovest non è possibile ipotizzarne l'epoca, in astratto potrebbe essere verosimile che il lato fosse chiuso fin dall'origine (prima metà del '900)”.*

I.4 In merito all'applicazione dell'art. 10.4 comma 2 lett. g) NTA del PdR, ha rappresentato che, dopo aver appreso dell'originaria apertura del fronte nord-ovest dell'immobile, è stato effettuato un esame “postumo” al permesso ormai rilasciato, al fine di verificare se, per effetto della impropria rappresentazione grafica, la chiusura assentita costituisse un illecito aumento volumetrico: si è accertato *“che, comunque, il porticato doveva considerarsi volume preesistente perché la parte chiusa era superiore al 50% del perimetro intero (norma vigente al momento del rilascio del permesso), per cui si ritenne non sussistessero i motivi per l'annullamento del provvedimento rilasciato”:* in sede di istruttoria postuma non è stata considerata la norma in vigore il 15/03/2017, *“e la sua citazione nel provvedimento impugnato deve ritenersi un mero errore materiale”.*

I.5 Viene allegato l'elaborato di calcolo della lunghezza perimetrale aperta.

L. Unitamente alla memoria del 7/12/2017, il ricorrente produce la foto del 24/9/2003 dalla quale si evince a suo avviso l'apertura del lato nord-est a quella data, e dunque in epoca anteriore al terremoto:

combinando la fotografia rintracciata dal Comune con quella del ricorrente, si ricava che dal 1990 sino almeno al 29/7/2009, quella parete è rimasta ininterrottamente aperta in considerazione del fatto che, come emerge dalla fotografia in atti al doc. 10, il lato in contestazione è aperto e sullo sfondo è possibile osservare, in maniera chiara, il tetto del fabbricato limitrofo, sempre di proprietà -OMISSIS-, scoperchiato. Il primo momento in cui appare la parete tamponata sarebbe quello, una volta eseguita l'opera di rifacimento del tetto di copertura prima scoperchiato, di cui alla DIA del 29/7/2009 (fotografie n. 3 e n. 4 allegate alle osservazioni del Signor -OMISSIS- al prot. n. 2121 del 13/4/2017 – doc. 11) descritte dal tecnico del controinteressato come “di vecchia data”.

M. Sostiene il Sig. -OMISSIS-, viceversa, nella memoria in pari data (7/12/2017) che la falsa rappresentazione dello stato dei luoghi è esclusa dall'accatastamento del fabbricato, avente data certa e rappresentante la chiusura del portico su entrambi i fronti, nord e sud, e dalle fotografie allegate alla richiesta di permesso di costruire.

N. Con ordinanza n. 594, pubblicata il 14/12/2017, questo T.A.R. (dopo ampie premesse e deduzioni) ha direttamente fissato l'udienza di merito alla data odierna ex art. 50 comma 10 cpa, senza accordare misure cautelari.

O. In prossimità dell'udienza pubblica del 9/5/2018 le parti hanno ribadito le rispettive prospettazioni.

P. Il gravame introduttivo e il ricorso incidentale sono stati in data odierna chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura il provvedimento con il quale l'amministrazione comunale ha archiviato il procedimento avviato per la rimozione in autotutela del titolo abilitativo 3/7/2017. Con gravame incidentale il controinteressato impugna il medesimo atto, nella parte in cui ha ritenuto “*fondato il rilievo relativo all'apertura del manufatto in lato nord/est*” (doc. 7), e ha ritenuto applicabile alla fattispecie l'art. 10.4, comma 2 lett. c del PGT, entrato in vigore il 15/3/2017.

0. Il controinteressato ha eccepito l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione e interesse ad agire in capo al sig. -OMISSIS-, il quale perseguirebbe esclusivamente scopi di tipo emulativo: il ricorrente non avrebbe dimostrato (né prospettato) la sussistenza di detti elementi, non avendo dato conto del sito di proprietà e del requisito della *vicinitas*. In aggiunta, il ricorrente non avrebbe illustrato il pregiudizio che i provvedimenti impugnati cagionano alla sua posizione, ossia la concreta ed effettiva lesione dell'interesse del quale assume di essere titolare.

0.1 L'eccezione è infondata in quanto, come già anticipato nell'ordinanza cautelare n. 594/2017, la *vicinitas* è elemento necessario e sufficiente per radicare la legittimazione e l'interesse del proprietario confinante a impugnare un titolo edilizio (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI – 19/5/2016 n. 1861, che richiama ulteriori pronunce conformi del giudice d'appello). In proposito, è sufficiente richiamare le numerose sollecitazioni mosse nei confronti del Comune (doc. 3 ricorrente), nella quali si dà conto della localizzazione del fabbricato del quale si controverte a confine con la proprietà -OMISSIS- (cfr. mail del legale del Sig. -OMISSIS- in data 6/6/2017 – doc. 3). Peraltro, gli interventi edilizi sono stati posti in essere dal Sig. -OMISSIS- in Via IV Novembre n. 5, luogo coincidente con l'indirizzo di residenza della parte ricorrente (cfr. gravame introduttivo).

0.2 E' altresì eccepita l'irricevibilità del gravame relativamente al titolo abilitativo n. 57/2013. L'esponente non avrebbe indicato la data di avvenuta conoscenza del permesso di costruire, e in argomento nel primo esposto da lui rassegnato (in data 23/11/2016) veniva sottolineato che le segnalazioni erano susseguenti all'evasione dell'istanza ostensiva (cfr. mail ricevuta il 21/10/2016). Alla data indicata, il ricorrente aveva dunque acquisito piena cognizione del fascicolo afferente al titolo abilitativo, e nel successivo esposto inviato l'1/3/2017 aveva potuto lamentare la falsa rappresentazione dello stato dei luoghi ad opera del controinteressato, allegando documenti della pratica edilizia. Con riguardo ad entrambe le date indicate, il ricorso sarebbe irricevibile, in quanto notificato ben oltre in sessantesimo giorno dalla piena conoscenza dell'opera (pienamente visibile una volta conclusa nell'aprile 2017) e della sua potenzialità lesiva. L'irricevibilità che affligge il

ricorso avverso il permesso di costruire n. 57/2013 riverbera i suoi effetti nei confronti dell'impugnazione del provvedimento 3/7/2017, non potendosi aggirare la decadenza già maturata attraverso l'attivazione di un procedimento di autotutela (in altri termini, il giudice non potrebbe pronunciarsi, neppure incidentalmente, sulla legittimità di atti non ritualmente gravati nei termini di legge).

0.3 Anche detta prospettazione non è condivisibile. Come ha sottolineato questo T.A.R. (cfr. sentenza sez. I – 22/12/2017 n. 1478, che risulta impugnata), la giurisprudenza (cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato, sez. V – 23/12/2016 n. 5442) ha chiarito che si configura un atto meramente confermativo (cd. conferma impropria) allorché l'amministrazione, di fronte ad un'istanza di riesame, si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere alcuna ulteriore istruttoria e senza valutare nuovamente gli elementi di fatto e di diritto già vagliati in precedenza (per cui non si riaprono i termini per proporre ricorso giurisdizionale); con la conferma cd. "propria", viceversa, l'amministrazione entra nel merito dell'istanza e, dopo aver riesaminato i fatti e i motivi prospettati dal richiedente, si esprime in senso negativo con una nuova decisione, fonte di disciplina del rapporto che costituisce un provvedimento autonomamente impugnabile (cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI – 17/7/2017 n. 3513). La distinzione rileva dunque sul piano processuale: l'atto meramente confermativo è inattaccabile, perché privo di efficacia lesiva propria, mentre la conferma si sostituisce integralmente al precedente provvedimento, e risulta autonomamente impugnabile da parte dell'interessato (cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio Roma, sez. III-ter – 20/3/2018 n. 3094, e i numerosi precedenti ivi citati, dei giudici di primo e di secondo grado). Nel caso all'esame del Collegio, l'impulso a una nuova e distinta attività istruttoria e i nuovi approfondimenti compiuti dal Comune di Polpenazze hanno dotato il titolo abilitativo originario di una rinnovata attitudine lesiva, cosicché la sua omessa impugnazione nel termine perent-OMISSIS- breve non refluiscie sull'ammissibilità del ricorso, correttamente coltivato avverso un provvedimento di conferma "propria". In particolare, la ricorrente ha illustrato elementi che non erano rientrati nel raggio di apprezzamento del Comune (susceptibili di insinuare dubbi sull'apertura o meno del manufatto su 3 lati) che hanno stimolato l'esatta ricostruzione della situazione di fatto dell'immobile, attraverso verifiche mai in precedenza effettuate. Per il resto, l'esponente ha tempestivamente censurato l'atto del 3/7/2017, autonomamente lesivo nella parte in cui archivia il procedimento finalizzato all'annullamento del titolo abilitativo 28/1/2016.

1. SULLA QUESTIONE IN FATTO

1.1 Si possono richiamare i rilievi sviluppati nell'ordinanza cautelare n. 594/2017. All'esito della disposta istruttoria, il Responsabile dell'Area Tecnica ha dato conto del rinvenimento di una fotografia datata 29/8/1990 (agli atti in quanto effettuata in occasione della programmazione urbanistica dell'epoca in Centro storico) *"che riprese molto chiaramente il fronte nord-est, trattandosi di documentazione ufficiale e certa si ritenne di confermare che il ridetto portico fosse, in origine, aperto anche sul fronte nord-est"*. Detta fotografia – prodotta dalla parte ricorrente al doc. 12 – è riferibile a una data ben anteriore a quella del sisma evocato dal controinteressato (risalente al 2004). In proposito, la fotografia allegata alla memoria dei Sigg.ri -OMISSIS- in data 31/5/2017 (doc. 6) a riscontro della notizia di avvio del procedimento – asseritamente dell'anno 1990 – non incide sulle conclusioni raggiunte, sia per la scarsa nitidezza, sia per l'impossibilità di risalire con certezza alla sua data. Per quanto riguarda il lato sud-ovest, il Comune ha affermato – in modo condivisibile – che *<<la predetta "ufficiale" documentazione fotografica non riprende il lato sud-ovest che, dalla vista da nord-est sembra in ombra quindi non aperto; a dimostrazione del preesistente tamponamento, o meno, del fronte sud-ovest vi sono solo le fotografie, poco chiare e contraddittorie, presentate dalle parti in causa, ognuna a dimostrazione delle proprie confliggenti tesi, per cui questo ufficio tecnico ha ritenuto di basarsi solo sulla predetta ufficiale documentazione negli atti comunali, depositata in epoca antecedente il contenzioso (ca 1990)>>*.

1.2 Peraltro, l'ordinanza n. 594/2017 di questo T.A.R. poneva a carico delle parti l'onere di fornire altri elementi sull'apertura del fabbricato sia in lato nord/est, di cui appare acclarata l'apertura preesistente; sulla chiusura del lato sud/ovest, che sembra suffragata dagli ultimi documenti prodotti

dal controinteressato; sul ripristino *sine titulo* della parete sud/ovest, dopo le lesioni provocate dal terremoto del 2004.

1.3 Alla luce del materiale probat-OMISSIS- acquisito e dell'approfondimento istrutt-OMISSIS- compiuto dal Comune, si rivela dotata dei requisiti di credibilità e attendibilità la ricostruzione della parte ricorrente nella memoria conclusiva del 7/12/2017. Il Sig. -OMISSIS- ha esibito una foto del fabbricato del 24/9/2003, dalla quale si evince l'apertura del lato nord-est in epoca anteriore al terremoto. Lo stato dei luoghi è rimasto immutato sino al luglio 2009, come è acclarato anche dalla fotografia in atti al doc. 10, ove il lato in contestazione è aperto e sullo sfondo è possibile osservare, in maniera chiara, il tetto del fabbricato limitrofo, sempre di proprietà -OMISSIS-, scoperchiato. Il primo momento in cui appare la parete tamponata sarebbe quello, una volta eseguita l'opera di rifacimento del tetto di copertura prima scoperchiato, di cui alla DIA del 29/7/2009 (fotografie n. 3 e n. 4 allegate alle osservazioni del Signor -OMISSIS- del 13/4/2017 n. 2121 del protocollo comunale – doc. 5 controinteressato).

La conclusione del Comune sul lato nord/est (aperto) è dunque verosimile e può essere condivisa. Analogamente si può concludere per il lato sud/ovest (chiuso), rispetto al quale anche il materiale fotografico racchiuso nella memoria di parte ricorrente del 5/4/2018 non fornisce elementi nuovi: le immagini non sono chiare e comunque inducono a concludere per la pressoché completa chiusura del lato.

2. SULLE CONSEGUENZE IN DIRITTO

2.1 L'Ente preposto alla vigilanza del territ-OMISSIS- ha accertato che il “fabbricato 2” non era chiuso su tre lati come asserito dalla parte ricorrente, la quale risulta aver abusivamente tamponato un lato.

2.2 Il nostro ordinamento vede con particolare disfavore l'ottenimento di benefici originato da dichiarazioni false, e secondo l'indirizzo del Consiglio di Stato, sez. V – 15/3/2017 n. 1172 (che richiama sez. V – 3/2/2016 n. 404), in base all'art. 75 predetto *“la non veridicità della dichiarazione sostitutiva presentata comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti, senza che tale disposizione (per la cui applicazione si prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante, rispetto alla quale sono irrilevanti il complesso delle giustificazioni addotte) lasci alcun margine di discrezionalità alle Amministrazioni; pertanto la norma in parola non richiede alcuna valutazione circa il dolo o la grave colpa del dichiarante, facendo invece leva sul principio di auto responsabilità”*. Il comma 2-bis all'art. 21-*nonies*, introdotto dall'art. 6 comma 1 lett. d) n. 2 della L. 124/2015, statuisce che l'amministrazione conserva il potere di intervenire dopo la scadenza del richiamato termine per l'annullamento d'ufficio (18 mesi) proprio nel caso in cui i provvedimenti amministrativi siano stati *“conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato”*, seppur previo accertamento con sentenza passata in giudicato.

2.3 Questo T.A.R. si è pronunciato sulla medesima questione di diritto (cfr. sentenza della sez. I – 9/6/2017 n. 765) argomentando nel modo seguente: *“- che, laddove una concessione edilizia sia stata ottenuta in base ad una falsa rappresentazione dello stato effettivo dei luoghi negli elaborati progettuali, al Comune è consentito di esercitare il proprio potere di autotutela ritirando l'atto concess-OMISSIS- senza necessità di esternare alcuna particolare ragione di pubblico interesse (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. III – 7/11/2016 n. 5141 – che risulta appellata – e la giurisprudenza citata, tra cui la pronuncia di questo T.A.R. – 20/11/2002 e T.A.R. Campania Napoli, sez. VI – 12/05/2016 n. 2416, ad avviso del quale in materia di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, quando l'operato dell'amministrazione sia stato fuorviato dall'erronea o falsa rappresentazione dei luoghi, non occorre una specifica ed espressa motivazione sull'interesse pubblico, che va individuato nell'aspirazione della collettività al rispetto della disciplina urbanistica, e in questi casi, si è quindi al cospetto di un atto vincolato); - che, in definitiva, l'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto illegittimo è in re ipsa nel caso ritiro di un titolo abilitativo a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione dolosa o colposa, della realtà da parte del relativo destinatario, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento autorizzativo (T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII –*

13/6/2017 n. 3213, che risulta appellata; si veda anche T.A.R. Reggio Calabria – 7/6/2017 n. 527); - che 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 – 14/6/2017 n. 2885)". Secondo il C.G.A. Sicilia – sez. riunite – 13/3/2018 n. 11 "la dottrina e la giurisprudenza, specificamente in materia urbanistica ed edilizia, non hanno mai avuto alcuna esitazione nel considerare pienamente legittimo e doveroso l'annullamento d'ufficio di atti autorizzativi o concessori rilasciati sulla base di una falsa rappresentazione della realtà fornita dal richiedente, affermando che in tal caso l'annullamento non richiede una particolare motivazione in ordine all'interesse pubblico. Inoltre, è stato più volte ribadito che, in riferimento all'esercizio del potere di autotutela da parte della P.A., non può essere considerato incolpevole l'affidamento di chi abbia prodotto un documento non veritiero e che l'affidamento tutelabile passa attraverso l'accertamento di un comportamento improntato ai canoni della lealtà e della salvaguardia, tipici della buona fede, in capo al privato".

2.4 Il controinteressato, nel proprio gravame incidentale, afferma che, alla data in cui è stata presentata la richiesta di rilascio del titolo abilitativo, lo stato dei luoghi (incisi dal tamponamento) era rappresentato da un porticato chiuso su tre lati, in cui l'unico lato aperto era quello affacciato sulla corte comune: pertanto, in quel momento la descrizione riproduceva fedelmente la realtà fattuale.

2.5 Rileva il Collegio che, con sentenza 17/10/2017 n. 8, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha enunciato il seguente principio di diritto: "Nella vigenza dell'articolo 21-nonies della l. 241 del 1990 - per come introdotto dalla l. 15 del 2005 - l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole.

In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi:

i) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro;

ii) che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del ius poenitendi);

iii) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte".

Va ribadito che la giurisprudenza ha individuato dei casi in cui la discrezionalità dell'amministrazione in materia scompare, vanificando sia l'interesse del destinatario del provvedimento ampliativo da annullare, sia il tempo trascorso, e ciò si verifica proprio quando il privato istante abbia ottenuto il permesso di costruire inducendo in errore l'amministrazione attraverso una falsa rappresentazione della realtà (Consiglio di Stato, sez. IV – 14/6/2017 n. 2885).

2.6 Il Sig. -OMISSIS- sostiene che la falsa rappresentazione sarebbe esclusa dall'accatastamento del fabbricato, avente data certa e rappresentante la chiusura del portico su entrambi i fronti, nord e sud (oltre che dalle fotografie allegate alla richiesta di permesso di costruire). Nella memoria finale puntualizza che, anche volendo ammettere, in astratta tesi, che la parete fosse in origine aperta in lato nord/est, egli avrebbe comunque ottenuto il titolo edilizio, poiché anche senza detto tamponamento il portico costituiva volume risultando aperto meno del 50%, e anche meno del 40%: ai fini della

concessione del titolo abilitativo risultava del tutto irrilevante la preesistenza della parete in lato nord/est e dunque nessuna *utilitas* egli avrebbe ottenuto per effetto della pretesa (ed insussistente) falsa rappresentazione invocata dal ricorrente.

2.7 Detto ordine di idee non pare meritevole di positivo apprezzamento. Per la questione in fatto, si rinvia a quanto già statuito nei precedenti paragrafi, con la precisazione che l'accatastamento non ha un effetto sanante di eventuali vizi dei titoli abilitativi in precedenza rilasciati. In punto di diritto, corrisponde al vero che la situazione "cristallizzata" al momento dell'istanza di rilascio del permesso di costruire non era difforme da quella dichiarata, e tuttavia la rappresentazione risultava lacunosa (in quanto omissiva) rispetto agli interventi pregressi realizzati sul manufatto. Come ha evidenziato parte ricorrente, in presenza di fabbricati non assistiti da titolo abilitativo, non sanati né condonati, le opere ulteriori (anche nelle ipotesi in cui siano riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, del restauro e/o risanamento conservativo, della ristrutturazione, della realizzazione di opere costituenti pertinenze urbanistiche) ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente, sicché l'ordinamento non può ammettere la prosecuzione di lavori abusivi (cfr. T.A.R. Campania, sez. VI – 27/4/2018 n. 2811; sez. IV – 10/11/2017 n. 5326; T.A.R. Trentino Alto Adige Trento – 21/10/2017 n. 293; Consiglio di Stato, sez. II – 28/9/2016 n. 2000; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II – 15/9/2016 n. 1679, che risulta appellata; Consiglio di Stato, sez. VI – 15/9/2015 n. 4293; C.G.A. Sicilia, sez. riunite – 11/12/2017 n. 981; Consiglio di Stato, sez. VI – 30/4/2018 n. 2584): è pertanto inaccettabile l'esecuzione di lavori a completamento di opere che, fino al momento di eventuali sanatorie, devono ritenersi comunque prive di titolo, con conseguente obbligo del Comune di ordinarne la demolizione (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis – 4/4/2017 n. 4225).

2.8 A questo punto, è irrilevante il calcolo dell'esatto perimetro ai fini della superficie utile (al fine di dirimere l'ulteriore questione pendente).

3. In conclusione, il gravame principale è fondato e merita accoglimento, mentre deve essere rigettato il ricorso incidentale.

4. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe:

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato del 3/7/2018 e il permesso di costruire del 28/1/2016;
- respinge il gravame incidentale.

Condanna il controinteressato a corrispondere alla parte ricorrente la somma di 3.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Condanna il Comune di Polpenazze del Garda a corrispondere alla parte ricorrente la somma di 2.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente e tutti i soggetti menzionati nella sentenza.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.