

**Pubblicato il 22/11/2019**

**Sent. n. 1002/2019**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 835 del 2017, proposto da [omissis] in persona del legale rappresentante P.T. [omissis], rappresentata e difesa dagli avvocati Bruno Santamaria, Fabio Rizzo, Tommaso Santamaria, domiciliato presso la Segreteria del TAR di Brescia, via Carlo Zima, 3;

contro

Comune di Casazza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Rodolfo Jose' Mendez, domiciliato presso la Segreteria del TAR di Brescia, via Carlo Zima, 3;

per

-l'accertamento: a) del diritto della ricorrente alla restituzione della somma di Euro 26.992,57, oltre interessi, versati in eccesso a titolo di oneri di urbanizzazione e contributo di costruzione in relazione agli interventi edilizi di cui al permesso di costruire [omissis] e di cui al permesso di costruire [omissis]; b) della non debenza di maggiori oneri, contributi e sanzioni indicati negli atti comunali prot. [omissis]; conseguente condanna del Comune di Casazza a restituire alla odierna ricorrente la somma di Euro 26.992,57, oltre interessi, versati in eccesso in relazione ai titoli edilizi sopra indicati; - la declaratoria della nullità e/o per l'annullamento degli atti comunali [omissis], assunti dal Comune di Casazza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2019 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

Con ricorso depositato in data 8.9.2017, [omissis] ha esposto quanto segue:

-che con permesso di costruire n. [omissis], il Comune di Casazza concedeva alla società Quarzo Immobiliare srl (nuova denominazione assunta dalla [omissis]) di realizzare quattro corpi di fabbrica per un totale di 13 appartamenti, nonché n. 26 box interrati;

-che successivamente, era ottenuto il permesso di costruire n. [omissis] relativo alla realizzazione, nelle immediate vicinanze del precedente, di un ulteriore intervento edilizio, consistente in una villetta bifamiliare e in un fabbricato composto da 4 appartamenti e un locale commerciale, oltre alla realizzazione di 7 box interrati;

-che con sentenza n. 1309/2015, questo Tribunale accoglieva il ricorso proposto dalla odierna ricorrente limitatamente (e per quanto in questa sede rileva) alla domanda di accertamento del diritto alla restituzione di quanto pagato in eccesso a titolo di oneri di urbanizzazione per il permesso di costruire n. [omissis] e per il permesso di costruire n. [omissis] rilasciati dal Comune di Casazza, con obbligo dell'Amministrazione di ridefinire gli oneri di urbanizzazione, eliminando dalla base di calcolo i volumi destinati a parcheggio e restituendo la somma incamerata in eccesso, previa compensazione con gli importi (e relative penalità) non ancora versati dalla ricorrente;

-che il Comune non ottemperava entro il termine di 90 giorni assegnato nella suddetta sentenza, cosicché la ricorrente era costretta a proporre giudizio di ottemperanza che si concludeva con sentenza n. 572/2017 che dichiarava improcedibile il ricorso in quanto l'Amministrazione aveva, *medio tempore*, trasmesso due atti, contraddistinti dai nn. prot. [omissis], con i quali, in asserita esecuzione della sentenza n. 1309/2015, aveva effettuato i conteggi relativi ai due titoli edilizi per i quali spettava il ricalcolo degli oneri contributivi;

-che i calcoli effettuati dal Comune risultavano erronei, in quanto, con riferimento ai parcheggi, non erano stati scomputati il tunnel di accesso e la relativa area di manovra ed erano stati imputati titoli edilizi rilasciati ad altro soggetto ([omissis] in fallimento) subentrato all'odierna ricorrente.

Tanto premesso, la ricorrente, in sintesi, ha formulato le seguenti censure: con riferimento al permesso di costruire n. [omissis], i conteggi di rideterminazione del contributo sarebbero errati in quanto il Comune avrebbe considerato solo le autorimesse ma non il tunnel e la relativa area di manovra di accesso alle autorimesse, che ove computati avrebbero determinato un importo totale di euro 18.408,00, oltre interessi legali per euro 1.283,00; anche con riferimento al permesso di costruire n. 26/2007 il Comune avrebbe illegittimamente considerato solo le autorimesse ed inoltre andrebbero esclusi i titoli edilizi (in particolare [omissis]) rilasciati non alla ricorrente ma ad altro soggetto, a seguito di voltura del titolo avvenuta il [omissis], erroneamente indicati dal Comune, con la conseguenza che il totale sarebbe pari ad euro 7.300,80, oltre interessi legali pari ad euro 509,15; parimenti illegittima sarebbe, inoltre, l'attribuzione di una ulteriore somma a titolo di sanzione ex art. 36 d.P.R. n. 380/2001.

La ricorrente ha, quindi, concluso chiedendo di accertare il diritto alla restituzione della somma di euro 26.992,57, oltre interessi, versati in eccesso, di accertare la non debenza di maggiori oneri, contributi e sanzioni indicati negli atti comunali prot. [omissis], di condannare il Comune a restituire la suddetta somma versata in eccesso, di dichiarare la nullità e/o disporre l'annullamento degli atti prot. [omissis].

Si è costituito in giudizio il Comune di Casazza, il quale ha evidenziato che l'Amministrazione si è attenuta al dettato della sentenza n. 1309/2015, passata in giudicato, che testualmente fa riferimento a "*volumi destinati a parcheggio*", senza contemplare tunnel ed area di manovra; in relazione alla voltura del titolo edilizio, il Comune ha precisato che l'edificazione ha avuto consistenza in capo ad entrambi gli operatori.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie difensive e di replica con cui hanno ribadito le rispettive argomentazioni.

Alla pubblica Udienza del 7 novembre 2019, il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso è parzialmente fondato nei limiti e termini di seguito indicati.

Va premesso che, a seguito dell'assunzione da parte del Comune resistente degli atti prot. [omissis], la ricorrente ha ritenuto di non attivare un giudizio di ottemperanza in relazione alla sentenza n. 1309/2015, ma di proporre un ricorso ordinario, formulando domanda di accertamento e di condanna, nonché di annullamento dei suddetti atti comunali.

La domanda di accertamento è inammissibile.

E' noto che l'azione generale di accertamento, inizialmente prevista nel progetto di codice del processo amministrativo elaborato dalla Commissione presso il Consiglio di Stato, è stata successivamente stralciata in sede di approvazione governativa, ragion per cui attualmente il sistema codicistico prevede esclusivamente singole e tipiche ipotesi di azioni di accertamento. Peraltro, fin da subito, la giurisprudenza ha manifestato una certa apertura verso la configurabilità di un'azione di

accertamento “atipica”, ritenuta però esperibile solo in via residuale. Invero, già l’Adunanza Plenaria 29 luglio 2011, n. 15 aveva precisato che “In questo quadro la mancata previsione, nel testo finale del codice, di una norma esplicita sull’azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all’adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni. Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l’azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all’art. 44 della legge n. 69/2009”.

A fronte di tali aperture – fatte proprie, con precisazioni, dalla giurisprudenza successiva (*ex multis* TAR Veneto, sez. I, 17 ottobre 2017, n. 925; TAR Friuli Venezia Giulia, 8 agosto 2016, n. 386; TAR Lazio, Roma, sez. I, 14 dicembre 2016, n. 12485; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11 marzo 2015, n. 689) – e, quindi, della possibilità di ammettere, in casi particolari, azioni di accertamento, atteso che nella impostazione del codice del processo amministrativo il contenuto della decisione deve modellarsi intorno alle necessità di tutela della posizione soggettiva dedotta in giudizio (art. 34, comma 1, lett. c), è stato però osservato che tale ammissibilità è condizionata al rispetto dei limiti generali che il codice del processo pone ai poteri decisori del giudice, i quali sono costituiti dal divieto di pronunciarsi su questioni afferenti poteri non ancora esercitati, dal divieto di accertare la fondatezza della pretesa al di fuori dei casi in cui si tratti di attività vincolata o non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e dal divieto di adottare sentenze costitutive che pongano in essere un nuovo atto, modifichino o riformino quello impugnato al di fuori dei casi di giurisdizione di merito. Dunque, l’azione di accertamento, per essere esperibile in concreto, deve essere supportata da un interesse giuridicamente rilevante di chi agisce in giudizio diverso da quello consistente nella eliminazione degli effetti del provvedimento, occorrendo altrimenti esperire l’azione di annullamento, che è correlata al rispetto del termine decadenziale. Invero, il comma 2 dell’art. 34 del CPA dispone che “*Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall’art. 30, comma 3, il giudice non può conoscere della illegittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l’azione di annullamento*”, in tal modo sancendo una non dissociabilità della mera azione di accertamento, quando volta nella sostanza alla eliminazione dell’atto, funzionale ad evitare la elusione del termine decadenziale di impugnazione (in tal senso TAR Toscana, sez. III, 8 maggio 2015, n. 760).

Ebbene, facendo applicazione al caso in esame delle suddette coordinate ermeneutiche, consegue la inammissibilità della domanda di accertamento proposta in questa sede in quanto volta alla contestazione e caducazione di atti amministrativi, e ciò a prescindere dalla considerazione che un’azione di accertamento era già stata proposta dalla ricorrente nel ricorso che ha condotto al pronunciamento della sentenza n. 1309/2015.

La domanda di annullamento, parimenti proposta dalla ricorrente ed avente ad oggetto i provvedimenti comunali del [omissis], è invece fondata e va accolta per le ragioni di seguito precisate. Sotto un primo profilo, parte ricorrente sostiene che i calcoli contenuti nei suddetti provvedimenti sarebbero errati in quanto non sarebbero stati considerati – ai fini dello scomputo di superficie- la rampa del tunnel e lo spazio di manovra per accedere ai parcheggi. Tale circostanza non è contestata tra le parti, atteso che la stessa difesa dell’Amministrazione Comunale precisa che la sentenza n. 1309/2015 fa riferimento esclusivamente ai parcheggi, senza menzionare i relativi spazi di manovra. Ebbene, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che allo stesso regime giuridico dei parcheggi – esenti dal contributo – non possono che essere assoggettati anche i relativi spazi di manovra e di accesso ai garage, secondo i normali canoni di interpretazione logica e teleologica (e niente affatto estensiva), per la semplice ragione che senza i corselli di accesso le autorimesse non sarebbe tali (TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 11 luglio 2014, n. 47).

Questo stesso Tribunale, peraltro, di recente (*TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 11 settembre 2017, n. 1087*) ha avuto modo di ribadire che "Dal calcolo dei predetti oneri vanno esclusi anche gli spazi destinati all'accesso e alla manovra dei veicoli, in quanto tecnicamente e logicamente imprescindibili per l'utilizzazione dei parcheggi in relazione alla loro funzione (cfr. Consiglio di Stato, IV, 16 aprile 2015, n. 1957; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, I, 13 luglio 2017, n. 545; TAR Lombardia, Milano, II, 21 luglio 2016, n. 1480)".

Non vi è ragione per discostarsi dal suddetto orientamento, che appare del tutto logico e ragionevole, per cui sotto tale profilo risultano fondate le doglianze di parte ricorrente con conseguente illegittimità degli atti comunali impugnati.

Parimenti fondata è la censura relativa all'illegittimità dell'applicazione di una sanzione fondata sull'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001.

Tal disposizione, recante "Accertamento di conformità", disciplina, invero, la possibilità di ottenere il permesso in sanatoria, individuandone i presupposti, ma non contempla alcuna sanzione in relazione alle ipotesi di cui si discute.

Pertanto, l'applicazione di una sanzione pecuniaria, fondata sul citato art. 36, prevista nei provvedimenti comunali impugnati, non è giustificata ed è, dunque, illegittima.

Infine, limitatamente al provvedimento comunale n. [omissis], relativo al permesso di costruire n. [omissis], è fondata anche la censura con cui si denuncia l'illegittimità dell'inclusione dei costi relativi ad un titolo edilizio ([omissis]) rilasciato ad altro soggetto.

Invero, è indiscusso tra le parti (cfr. provvedimento n. [omissis] che richiama espressamente la voltura del titolo edilizio del [omissis] e doc. sub n. 6 Comune resistente) che il permesso di costruire n. [omissis] è stato volturato in data 7.5.2008 (dalla [omissis] alla [omissis]), mentre la DIA n. [omissis] è stata presentata dalla [omissis] solo in data 17.9.2009, per cui gli oneri relativi alle varianti di cui al detto titolo edilizio (diversamente da quelli di cui all'originario permesso di costruire) possono essere imputati unicamente al soggetto subentrato, che ha richiesto il titolo medesimo.

In conclusione, sotto i profili sopra evidenziati, le censure di parte ricorrente sono fondate e vanno accolte con conseguente annullamento dei provvedimenti comunali prot. n. [omissis] ed obbligo dell'Amministrazione resistente, giusta il portato conformativo della presente decisione, di rideterminare gli oneri di urbanizzazione alla luce di quanto sopra precisato, con restituzione della eventuale somma incamerata in eccesso.

In considerazione della peculiarità del giudizio, le spese di causa possono essere compensate tra le parti.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente, come da motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere

Alessio Falferi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alessio Falferi

IL PRESIDENTE

Bernardo Massari

IL SEGRETARIO