



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 il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1415 del 2011, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Donatella De Carli e Girardi Cesare, rappresentati e difesi dagli avv. Franco Zambelli e Giuseppe Gortenuiti, con domicilio eletto presso l' avv. Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

***contro***

Comune di San Giovanni Lupatoto, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Baciga e Antonio Sartori, con domicilio eletto presso l' avv. Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

***nei confronti di***

Falco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Barel e Francesco Acerboni, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Mestre-Venezia, via Torino, 125;

***per l'annullamento***

del permesso di costruire n. 1610/16260 del 14 giugno 2011 con cui è stata disposta la regolarizzazione di una porzione di fabbricato residenziale nonché per l'ampliamento del medesimo ai sensi dell'art. 2 L.R.G. Veneto n. 14/09;  
del parere della commissione edilizia n. 11 del 18 maggio 2011;  
della relazione dettagliata di conformità urbanistico-edilizia 8 giugno 2011 del responsabile del procedimento e dei pareri legali.  
nonché, con motivi aggiunti, del provvedimento tacito negativo, formatosi a seguito della presentazione da parte della Falco srl della DIA del 1 luglio 2011 prot. n. 18068, e, qualora ritenuto necessario della DIA del 1 luglio 2011 prot. n. 18068 conosciuta nel settembre 2011.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Giovanni Lupatoto e di Falco S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2012 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La presente causa è collegata ad una precedente, pendente fra le medesime parti, definita in primo grado con la sentenza del Tar Veneto n. 5701 del 9 settembre 2010.

In particolare, con il ricorso iscritto al n. 724 del 2009 Donatella De Carli e Girardi Cesare – residenti nel Comune di San Giovanni Lupatoto in via Ippolito Nievo 9 e proprietari di un immobile ad uso abitativo – avevano agito in giudizio per l'annullamento del permesso di costruire n. 52/08 dell'11 novembre 2008, con il

quale era stata autorizzata la costruzione di un fabbricato residenziale in via Ippolito Nievo 8.

Nello specifico, la parte ricorrente aveva rappresentato che di fronte alla propria abitazione era sorta una villetta unifamiliare e che tale immobile era stato acquistato dalla Falco S.r.l., la quale ne aveva progettato la demolizione per la successiva edificazione di un fabbricato residenziale.

Dopo un primo annullamento giudiziale del permesso di costruire - avvenuto, con sentenza n. 995/08, per motivi meramente formali - su istanza della Falco S.r.l., il Comune di San Giovanni Lupatoto aveva rilasciato un nuovo permesso di costruire datato 11 novembre 2008.

Questo TAR, con sentenza n. 5701/2010, appunto, aveva annullato anche il predetto titolo edilizio, per violazione dell'art. 22 delle NTA del Comune di San Giovanni Lupatoto, in materia di altezze massime degli edifici, in quanto il fabbricato era stato assentito con un'altezza maggiore di quella ammessa dalla norma appena citata.

Avverso tale sentenza è stato proposto appello al Consiglio di Stato da parte della Falco s.r.l. .

Successivamente, in data 21 gennaio 2011, la società Falco ha presentato in Comune una nuova istanza, tesa ad ottenere: ai sensi dell'art. 38, D.P.R. 380/2001, la regolarizzazione della porzione di fabbricato conforme alle previsioni di P.R.G., nonché, ai sensi dell'art. 2 l.r. n. 14/09, il permesso di costruire per l'ampliamento relativo alla parte eccedente l'altezza indicata dal Tar nella sentenza n. 5701/2010.

Il Comune, in accoglimento della domanda della Falco s.r.l., con il provvedimento in questa sede impugnato, n. 30/2011 del 14 giugno 2011, ha rilasciato il permesso di costruire: 1) “per la regolarizzazione, ai sensi dell'art. 38 del TU edilizia, della porzione di fabbricato...conforme alle previsioni del PRG, siccome interpretate dal Tar Veneto con la sentenza n. 5701/2010” 2) “per l'ampliamento del

medesimo fabbricato.. con applicazione dell'art. 2 della Legge regionale Veneto n. 14/09 per la parte eccedente l'altezza dell'edificio come indicata nella sopra citata pronuncia del Tar Veneto”.

Con il presente ricorso i signori De Carli Donatella e Girardi Cesare hanno impugnato il predetto permesso di costruire n. 30/11, deducendo, inizialmente, dodici motivi di ricorso. Con i primi quattro motivi hanno denunciato, sotto vari profili, la violazione e la mancata applicazione dell'art. 38 del DPR n. 380/2001, nonché la violazione della legge regionale n. 14/2009. Invece, con i motivi dal quinto al decimo hanno riproposto le stesse censure articolate nel giudizio definito con la sentenza n. 5701/2010 (per cui, risultando gli stessi già oggetto di pronuncia giudiziale, appare superflua la loro descrizione ed analisi in queste sede). Con l'undicesimo motivo di ricorso i ricorrenti hanno dedotto l'illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui ha autorizzato la realizzazione di parcheggi pertinenziali ex L. 122/1989. Infine, con il dodicesimo motivo hanno dedotto la violazione delle norme sul procedimento amministrativo, non essendo stato loro comunicato l'avvio del procedimento di rinnovazione del rilascio del titolo edilizio.

Si sono costituiti il Comune di San Giovanni Lupatoto e la controinteressata Falco S.r.l., contestando in fatto e in diritto quanto affermato nel ricorso introduttivo e chiedendone il rigetto.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 30 settembre 2011, i sig.ri De Carli e Girardi hanno dedotto cinque ulteriori motivi di ricorso, relativi: all'errata applicazione della legge regionale n. 14/09, che non permette l'ampliamento dei sottotetti non abitabili; alla violazione dei limiti massimi di ampliamento in base alla legge regionale 14/09 e all'art. 5 del regolamento comunale di applicazione di tale legge; alla violazione degli obblighi di destinazione di aree a parcheggio e a superficie scoperta.

La controinteressata Falco s.r.l. ha eccepito l'irricevibilità e l'inammissibilità di tali nuovi motivi di impugnativa.

Infine, con ricorso per motivi aggiunti notificato il 14 novembre 2011, i De Carli – Girardi hanno impugnato il “provvedimento tacito negativo, formatosi a seguito della presentazione da parte della Falco srl della DIA del 1 luglio 2011”. La DIA in questione, avente ad oggetto “variante al permesso di costruire n. 30/2011 per modifiche interne e prospettiche”, infatti, doveva ritenersi, innanzitutto, viziata per invalidità derivata dai vizi del permesso di costruire già denunciati. Inoltre, l'intervento progettato nella DIA, consistente nell'aumento del numero delle unità immobiliari e nel cambio di destinazione d'uso delle cantine trasformate in garage, poteva essere autorizzato solo con un permesso di costruire in variante a quello precedentemente rilasciato. Infine, i ricorrenti hanno eccepito il mancato rispetto da parte del progetto della superficie minima scoperta prevista dalle NTA del PRG, nonché il mancato rilascio da parte dei vigili del fuoco del parere sul progetto antincendio dei box auto.

Il Comune e la Falco srl hanno controdedotto nelle loro memorie difensive e conclusionali anche in merito a tali ultimi motivi aggiunti.

Alla pubblica udienza del 20 giugno 2012 il Collegio ha trattenuto la causa per la decisione.

## DIRITTO

1. Pregiudizialmente, devono essere giudicati irricevibili i primi motivi aggiunti notificati il 30 settembre 2011, in quanto con essi si introducono nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, senza però che tale necessità sia giustificata dalla intervenuta conoscenza di nuovi elementi fattuali, documentali o tecnici, posti a fondamento delle nuove censure, non conoscibili già al momento della proposizione del ricorso principale. Pertanto, tali motivi devono essere ritenuti irricevibili per tardività.

2. Inoltre, il Collegio ritiene che il secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 14 novembre 2011 - con il quale si è impugnato il “provvedimento tacito negativo, formatosi a seguito della presentazione da parte della Falco srl della DIA del 1 luglio 2011” - debba essere giudicato, in via preliminare, inammissibile. Infatti, alla luce delle recenti modifiche normative in materia, la DIA non è un provvedimento tacito direttamente impugnabile da parte del terzo, il quale può solo sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso d'inerzia, esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del D.lgs 2 luglio 2010, n. 104 (comma 6 ter, art. 19 L. 241/1990). Sul punto si richiama la sentenza di questo Tar n. 298 del 16 febbraio 2012.

3. Va, invece, ritenuto fondato nel merito il ricorso principale.

In particolare, meritano accoglimento le censure relative alla violazione e alla errata applicazione dell'art. 38 del DPR n. 380/2001, e degli artt. 2 e 9 della legge regionale n. 14/2009.

4. Si è già detto nelle premesse in fatto che l'amministrazione, con il provvedimento impugnato, ha inteso regolarizzare l'edificio facendo contestualmente applicazione, da una parte, dell'art. 38 DPR n. 380/2001, per la porzione di fabbricato conforme al PRG (dunque fino all'altezza massima accertata da questo Tar), dall'altra, della legge regionale c.d. “piano casa” in modo da regolarizzare la parte residua calcolata come ampliamento.

5. La parte ricorrente sostiene che tale modo di procedere sia erroneo, poiché l'art. 38 TU edilizia prevede che in caso di annullamento del titolo edilizio devono essere applicate le sanzioni reale o pecuniaria previste da tale norma, ed in quanto l'art. 9 della l.r., alla lettera e) stabilisce che non possono essere ampliati in forza della legge regionale gli edifici “anche parzialmente abusivi soggetti all'obbligo della demolizione”.

6. Viceversa, secondo la tesi della difesa del Comune e di quella della società Falco - premesso che l'art. 38 TU edilizia, come interpretato dalla giurisprudenza consolidata, consente all'amministrazione di rilasciare un permesso in sanatoria, sostitutivo di quello annullato, laddove l'intervento, prima abusivo, risulti ora compatibile con la normativa sopravvenuta - nel caso di specie, l'amministrazione non ha fatto altro che applicare, ora per allora, la normativa sopravvenuta del "piano casa" che ha reso l'intervento conforme al PRG. In tal modo, la cubatura eccedentaria accertata da questo Tar è rimasta assorbita nel maggiore bonus volumetrico riconosciuto dalla l.r. 14/2009. Pertanto, poiché l'intervento era infine risultato conforme alla disciplina sopravvenuta, non vi era ragione di applicare le sanzioni, demolitoria o pecuniaria, previste dall'art. 38 DPR 380/2001, ed il rilascio del permesso di costruire in sanatoria era perfettamente coerente con il canone di azione dettato dall'art. 38 citato.

7. Ritiene il Collegio che tale ultima linea interpretativa non sia totalmente condivisibile.

Infatti - se è vero che l'art. 38 DPR n. 380/2001, come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria, non escluderebbe la possibilità di sanare, mediante il rilascio di un nuovo titolo abilitativo sostitutivo di quello annullato, un' intervento divenuto legittimo e conforme al PRG per effetto di norme sopravvenute, così evitando l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 38 DPR n. 380/2001 - ciò che nel caso di specie impediva la "regolarizzazione" dell'intervento abusivo è proprio il disposto della legge sopravvenuta sul "piano casa", che alla lettera e) dell'art. 9, espressamente esclude dai benefici di legge, gli edifici "anche parzialmente abusivi soggetti all'obbligo della demolizione".

Ebbene, essendo chiaro che la finalità della legge regionale n. 14/2009 è quella di rilanciare l'attività edilizia e di incentivare gli interventi di qualità e giammai quella di sanare ampliamenti abusivi già realizzati, nel caso di specie ci troviamo di fronte

proprio ad un “edificio parzialmente abusivo soggetto all’obbligo della demolizione”.

“Abusivo”, perché realizzato sulla base di un permesso di costruire annullato, per vizi sostanziali, con effetto retroattivo. In altre parole, il fabbricato in questione è abusivo perché costruito in violazione del limite di altezza stabilito dalle norme attuative del PRG. Il permesso rilasciato, una volta annullato, non ha più alcun effetto autorizzativo e l’opera realizzata con permesso inefficace è da ritenersi come priva di permesso. La buona fede del costruttore e degli altri soggetti responsabili non incide sul carattere abusivo dell’opera, ma è tutelata solo con l’applicazione di una sanzione pecuniaria (alternativa all’ordine di demolizione) ridotta rispetto ai casi di costruzione in difformità dal permesso di costruire. Per il resto, “la posizione di colui che abbia realizzato l’opera sulla base di un titolo inizialmente assentito e dopo annullato non si differenzia dagli altri soggetti che hanno invece realizzato l’opera abusiva senza titolo” ( Cons. St. A.P. n. 4/2009)

Inoltre, l’edificio in questione è “soggetto (in astratto) all’ordine di demolizione”, perché questa è la sanzione prevista dall’art. 38 citato, in alternativa a quella pecuniaria, per il caso di annullamento del permesso di costruire per vizi sostanziali.

In conclusione, la legge regionale n. 14/09 sul “piano casa” non poteva essere utilizzata per “regolarizzare” un immobile abusivo, a ciò ostando le finalità della legge ed il chiaro dettato dell’art. 9, lett. e).

L’amministrazione, piuttosto, prima di accordare all’edificio abusivo in questione i benefici della legge regionale n. 14/09, avrebbe dovuto applicare l’art. 38 del DPR 380/2001, eventualmente irrogando la sanzione pecuniaria, ivi prevista per il caso di impossibilità di demolizione parziale. Solo l’integrale corresponsione di quest’ultima avrebbe prodotto la sanatoria dell’abuso ai sensi del secondo comma

di tale articolo, consentendo, quindi, all'edificio in questione di poter beneficiare del bonus volumetrico previsto dalla legge sul piano casa.

8. Pertanto il permesso di costruire impugnato deve essere annullato in quanto illegittimo.

9. Attesa la peculiarità della lite e delle questioni interpretative affrontate, ritiene il Collegio che sussistano giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

dichiara irricevibili i primi motivi aggiunti;

dichiara inammissibile il secondo ricorso per motivi aggiunti;

accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il permesso di costruire impugnato;

Compensa le spese di lite fra le parti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Alessandra Farina, Consigliere

Nicola Fenicia, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2012

IL SEGRETARIO

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

