Pubblicato il 21/03/2017

Sent. n. 1546/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1543 del 2013, proposto da:
Antonio Cariati, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Michelina La Bella in Napoli, viale Maria Cristina di Savoia, n.18;
contro
Comune di Procida in persona del Sindaco p.t. non costituito in giudizio;
per l'annullamento
dell'ordinanza n.5/2013, con cui il responsabile della VIII sezione condono del Comune di Procida ha annullato il titolo edilizio in sanatoria n.26/2011 intestato al ricorrente.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2017 la dott.ssa Renata Emma Ianigro 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 iscritto al n. 1543/2013 r.g. parte ricorrente esponeva:
- di aver presentato al Comune di Procida istanza di sanatoria ai sensi dell'art. 39 della L. 724/94 (condono 94) per un abuso consistente nella realizzazione, in assenza di concessione edilizia, di un fabbricato per civile abitazione avente una superficie complessiva utile di mq. 45.20, precisando che si trattava di un abuso commesso tra il 16 marzo 1985 ed il 31 dicembre 1993;
- di aver inoltrato, in data 29 novembre 2004, ulteriore istanza di condono, ai sensi della L. 326/2003, relativa alla realizzazione di un locale deposito pertinenziale alla predetta abitazione, avente una superficie di 18 mq;
- che in data 5 luglio 2011 il Comune di Procida aveva provveduto al rilascio del permesso di costruire in sanatoria relativo all'istanza di condono del 1995, senza adottare alcun provvedimento in relazione all'istanza del 2004;
- che con atto per notaio Gaetano Romano del 12 marzo 2012 aveva venduto l'intero immobile al sig. Borgogna Francesco;
- che a seguito di accesso agli atti aveva appreso che da un'ispezione dei luoghi erano emersi lavori abusivi eseguiti dall'acquirente.
Tanto premesso, impugnava, chiedendone l'annullamento, l'ordinanza di annullamento del titolo edilizio in sanatoria del 2011, relativo all'abuso del 1993, motivato sul rilievo che, ad una più attenta

istruttoria dell'istanza di condono edilizio prot. n. 3047 del 01.03.1995 e del titolo edilizio rilasciato, erano emerse delle discrasie tra lo stato dei luoghi dei luoghi evidenziato dal tecnico rilevatore nei grafici allegati all'istanza di condono e quanto emergente nella descrizione dei luoghi di cui al verbale della Guardia di Finanza in data 15.03.1993 e successivi, e che dall'accertamento del servizio antiabusivismo del 29.01.2013 era risultato che l'immobile oggetto di sanatoria era stato ampliato di ulteriori mq. 18,40.
A sostegno del ricorso il ricorrente, quale destinatario del provvedimento di annullamento e titolare del permesso di costruire annullato richiamato nell'atto di compravendita del bene, deduceva i seguenti motivi di diritto:
1°) Violazione dell'art. 7 della L. 241/90.
Il provvedimento di annullamento non è stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento. La sua omissione costituisce vizio di violazione di legge rilevabile, ai sensi dell'art. 8 legge cit., dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista, e comporta l'illegittimità del provvedimento finale adottato (Cons. St. Sez. V, 22/11/91 n. 1346; TAR Veneto, Sez. Il, 13/5/92 n. 438).
La comunicazione di avvio del procedimento è ancor più necessaria allorquando si tratti di un provvedimento di annullamento o revoca o di ritiro di provvedimenti favorevoli al destinatario (T.A.R. Liguria, Sez. II, 2 marzo 2007, n. 366; C.d.S., Sez. VI, 27 febbraio 2006, n. 821; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 10/06/2008, n.1961; T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 20/05/2008, n.1444; T.A.R. Campania-Napoli, III, 9.5.2006, n. 4026; T.A.R. Sicilia Catania, Sez. Il, 08/10/2007, n.1607).
E' illegittimo l'annullamento d'ufficio di un'autorizzazione edilizia che non sia stato preceduto dall'avviso di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, I. 7 agosto 1990 n. 241 (T.A.R. Basilicata, 16/07/2002, n. 512; T.A.R. Liguria, Sez. I, 07/05/2001, n. 536; Cons. Stato, Sez. V, 05/06/1997, *n.* 606).
La comunicazione risulta oltremodo necessaria in un caso come quello in esame, in cui il provvedimento è motivato - tra l'altro - con riferimento ad una pretesa discrasiatra grafici e stato dei luoghi, su cui il ricorrente avrebbe potuto fornire integrazioni e chiarimenti.
2°) Violazione dell'art. 21 novies L. 241/90; difetto di motivazione; inesistenza di concrete ragioni di interesse pubblico;
La legge n.15/2005, introducendo l'art. 21 nonies della l. 241/1990, ha definitivamente sancito il principio secondo cui l'annullamento d'ufficio può essere esercitato solo qualora sussistano ragioni di interesse pubblico. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'interesse pubblico deve essere concreto ed attuale, diverso dal mero interesse al ripristino della legalità ed è necessaria una comparazione con l'interesse del privato (Cons. St., Sez. V, 25.2.91 n. 190; Sez. V, 2.8.89 n. 462; Sez. V, 27.11.87 n. 731; in ultimo, Sez. V, 13.2.98 n. 158).
Il provvedimento di annullamento di ufficio di una concessione edilizia, quale atto discrezionale, deve essere adeguatamente motivato in ordine all'esistenza dell'interesse pubblico, specifico e concreto, che giustifica il ricorso all'autotutela anche in ordine alla prevalenza del predetto interesse pubblico su quello antagonista del privato (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 05/06/2012, n. 2653).
Nel provvedimento impugnato non viene evidenziata alcuna concreta ragione di interesse pubblico.
3°) segue. Omessa valutazione della posizione del privato; Violazione dell'art. 21-novies, in relazione al tempo trascorso;
L'annullamento d'ufficio è possibile solo "...entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.... L'annullamento di ufficio presuppone una congrua motivazione sull'interesse pubblico attuale e concreto a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela, con una adeguata ponderazione comparativa, che tenga anche conto dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento delle posizioni, che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito dall'amministrazione (Conferma della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, sez. Il bis, n. 7358/2009, Cons. Stato, Sez. IV, 16/04/2010, n. 2183).

Nel caso di specie il Comune non ha considerato che l'annullamento riguarda un titolo edilizio in sanatoria rilasciato nel luglio del 2011 in relazione ad un abuso edilizio risalente al 1993, ad evasione di un'istanza di sanatoria presentata nel lontano 1995.
Va peraltro sottolineato che, ai sensi dell'art. 35 della L. 47/85, l'istanza doveva ritenersi accolta per silenzio assensofin dal 1998, con la conseguenza che in sostanza il provvedimento di annullamento interviene a distanza di 15 anni dalla sanatoria.
4°) segue. Omessa valutazione della posizione del terzo acquirente in buona fede. Violazione del principio dell'affidamento;
Il Comune avrebbe anche dovuto valutare che nel frattempo l'immobile è stato acquistato da un terzo in buona fede, con conseguente necessità di dover applicare il principio di tutela dell'affidamento (cfr. Cons. St., Sez. V, 1.3.2003 n. 1150). L'esercizio dello jus poenitendi da parte della P.A. incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare le situazioni dei soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento delle posizioni di vantaggio loro attribuite.
Pertanto, il travolgimento di tali posizioni è legittimo solo se giustificato dalla necessità di garantire il soddisfacimento di un interesse di carattere generale, prevalente come tale sulle posizioni individuali, dandone idonea contezza nella motivazione del provvedimento di rimo-zione, affinchè ne sia consentito il controllo di legittimità in sede giurisdizionale (Cons. St., Sez. V, 24 settembre 2003 n. 5444; conforme Tar Campania sez. IV sentenza n. 4077 del 23 aprile 2003, e n. 1968 del 9 febbraio 2004).
5°) Incongruità della motivazione; Violazione dei principi in materia di annullamento d'ufficio;Violazione del principio di legalità;
Dalla relazione dell'UTC risulta che l'acquirente dell'immobile, sig. BORGOGNA Francesco, ha eseguito ulteriori lavori abusivi, consistenti nella realizzazione di un ampliamento del fabbricato acquistato, e nella demolizione del corpo di fabbrica oggetto dell'istanza di sanatoria presentata nel 2003.
E' di tutta evidenza che l’esecuzione di nuovi lavori abusivi comporta l’irrogazione delle sanzioni previste dagli artt. 28 e ss. del T.U. Edilizia e non giustifica l'annullamento della sanatoriarilasciata per i lavori eseguiti abusivamente nel 1993.
L'annullamento può essere disposto per vizi di legittimità del provvedimento oggetto di ritiro, non certo perché sono stati eseguiti nuovi abusi edilizi. Così come è evidente che non può essere motivo di annullamento della sanatoria relativa all'immobile oggetto della sanatoria del 1993 la demolizione dell'immobile oggetto della sanatoria del 2003.
6°) segue. Difetto di motivazione; Carenza di adeguata istruttoria; Insussistenza delle ragioni giustificative;
Nel provvedimento si legge anche che sono state rilevate discrasie tra lo stato dei luoghi così come evidenziato dal tecnico rilevatore nei grafici allegati all'istanza di condono e quanto emergente nella descrizione dei luoghi di cui al verbale della Guardia di Finanza in data 15.03.1993 e successivi.
Non è dato comprendere, in punto di fatto, quali sarebbero tali discrasie; né risulta compiuta alcuna istruttoria sul punto.
E' noto che tutti i provvedimenti amministrativi devono essere motivati, e la motivazione "deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria" (art. 3 della legge 241/90).
"I provvedimenti amministrativi, soprattutto quando incidono negativamente sulla sfera giuridica del destinatario, devono essere congruamente motivati (Cons. St., Sez. V, 24.5.88 n. 355) in modo tale da poter ricostruire l'iter logico e le ragioni di fatto che abbiano influenzato la determinazione adottata (Cons. St. Sez. IV, 25/5/79 n. 3779).
La motivazione non può risolversi in una mera e vaga formula di stile (Cons. St., Sez. VI, 30.3.84 n. 170, Tar Calabria, Reggio, 20.9.82 n. 165).
I provvedimenti devono contenere una congrua esposizione delle circostanze di fatto assunte a presupposto delle determinazioni adottate (Cons. St., Sez. V, 14 ottobre 98 n. 1463), in modo da rendere palesi le ragioni delle scelte compiute e consentire un efficace controllo giurisdizionale sulle

stesse (Tar Lombardia, Sez. III Milano, n. 451; Tar Campania, 10/2/82 n. 70); conseguentemente, è illegittimo, per difetto di motivazione, ogni provvedimento che sia sorretto da una motivazione apparente (Tar Basilicata, 28.03.86 n. 35).
Nel caso concreto, non è dato comprendere quali sarebbero tali discrasie, né quale sarebbe la loro rilevanza ai fini della legittimità del titolo rilasciato in sanatoria.
7°) segue.
Dall'esame dei verbali della Guardia di Finanza rilasciati dall'Ufficio risulta che il manufatto fu sottoposto a sequestro, e che nel marzo e poi nell'agosto del 1993 era ancora privo di copertura. Ma il Cariati proseguì i lavori, tanto che a suo tempo è stato anche denunciato e condannato per violazione dei sigilli. Non può esservi discrasia tra grafici allegati all'istanza di condono che rappresentano la situazione dei luoghi al 31 di-cembre 1993, e verbali della G.d.F. che rappresentano la situazione dei luoghi in date antecedenti. Il Comune avrebbe dovuto comunque procedere ad un'ulteriore istruttoria per accertare lo stato dei luoghi alla data del 31 dicembre 1993, unica data rilevante ai fini dell'ammissibilità dell'istanza di condono.
Concludeva quindi per l'accoglimento del ricorso con ogni conseguenza di legge quanto alle spese processuali.
Il Comune di non si costituiva per opporsi al ricorso.
Alla pubblica udienza di discussione del 28.02.2017 il ricorso veniva introitato per la decisione.
2. Nel giudizio risulta impugnata l'ordinanza n. 5 del 30.01.2013 con cui il Comune di Procida ha annullato il titolo edilizio in sanatoria n. 26 del 5.07.2011 rilasciato in favore del ricorrente per l'immobile distinto in catasto al fg 6 particella 136 sub 2, sul rilievo che, ad una più attenta istruttoria, erano emerse delle discrasie tra lo stato dei luoghi come evidenziato dal tecnico rilevatore nei grafici allegati all'istanza di condono e quanto emergente nella descrizione dei luoghi di cui al verbale della Guardia di Finanza in data 15.05.1993 e successivi.
2.1 Ritiene il Collegio che il ricorso è fondato e merita accoglimento sotto il profilo della contestata violazione delle garanzie partecipative che non sono state assicurate in presenza di un atto di secondo grado con cui sono stati rimossi gli effetti favorevoli di un precedente provvedimento di condono, come tale attributivo di una posizione di vantaggio in favore del ricorrente.
È ormai ius receptum che i provvedimenti di secondo grado concretanti esercizio della c.d. autotutela decisoria, debbano essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento, venendo ad incidere su posizioni consolidate del privato, generate dall'avvenuto previo ottenimento di un provvedimento ampliativo.
Gli atti di secondo grado con i quali l'Amministrazione annulla o revoca suoi precedenti provvedimenti accrescitivi della sfera giuridica privata debbono infatti essere assistiti dal corredo procedimentale costituito dalla previa comunicazione di avvio del procedimento onde consentire al destinatario di articolare il contradditorio prodromico e far valere le sue ragioni di contrarietà all'adozione dell'atto di ritiro.
Ed infatti, l'annullamento del provvedimento di condono, come si è innanzi anticipato, determina la perdita di una posizione di vantaggio acquisita e reca un indiscutibile pregiudizio al proprietario dell'immobile, ciò in disparte dalla omessa valutazione comparativa degli interessi in rilievo e dalla circostanza che il decorso del tempo può consolidare situazioni di fatto sorrette dall'apparenza di uno stato di diritto basato sull'atto da ritirare, rilevando l'affidamento ingenerato dall'atto nell'interessato in merito alla legittimità del provvedimento" (T.a.r. Campania Napoli Sez. II, 4.4.2014, n. 1944).
Nella specie, ove detta comunicazione fosse stata inviata, il ricorrente avrebbe avuto la possibilità di interloquire sulle prospettate discrasie rilevate nei grafici allegati all'istanza di condono ed apportare ogni utile chiarimento onde indurre l'amministrazione a determinarsi diversamente anche ai fini di un approfondimento istruttorio.
3. Inoltre, l'annullamento d'ufficio di un permesso di costruire in sanatoria richiede un'espressa motivazione in ordine all'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino dello status quo ante, ai sensi dell' art. 21 nonies L. n. 241/1990, che giustifichi il ricorso al potere di autotutela della P.A., non essendo, anche nella materia edilizia, sufficiente l'intento di operare un mero astratto ripristino

della legalità violata (T.a.r. Puglia Lecce Sez. III, 10-04-2015, n. 1159; T.a.r. Puglia Lecce Sez. III, 18-03-2015, n. 923; T.a.r. Campania Salerno Sez. II, 09-01-2014, n. 20).
L'annullamento d'ufficio, infatti, non può, nemmeno in materia di titoli edilizi, essere disposto per la sola esigenza di ristabilire la legalità dell'azione amministrativa, posto che tale interesse, pur rilevante, deve essere comparato con altri interessi posti a tutela della stabilità delle relazioni giuridiche, anche se basate su provvedimenti illegittimi (T.a.r. Campania Napoli, Sez. II, 28-5-2015, n. 2961; Cons. St., sez. VI, 30-7- 2009, n. 4812).
Il potere di autotutela è, infatti, per sua natura "discrezionale" e, quindi, frutto di una scelta di opportunità che deve essere congruamente giustificata. Soltanto in casi eccezionali il legislatore deroga a tale consolidato principio prevedendo, in considerazione della preminenza che egli vuole assicurare a determinati interessi, che l'esercizio del potere di ritiro debba assumere natura "doverosa" (T.A.R. Toscana Firenze Sez. III, 02-05-2014, n. 688). Ora vi possono essere dei casi particolari in cui questa regola della necessarietà di una specifica motivazione sull'interesse pubblico possa essere derogata, come nell'ipotesi in cui l'interesse pubblico emerga in re ipsa in ragione della rilevanza oggettiva dell'impatto negativo dell'immobile sul territorio, oppure qualora il titolo abilitativo sia stato conseguito in base ad una dolosa rappresentazione della realtà da parte dell'interessato.
Nel caso di specie, tuttavia, da un lato, la rilevanza pubblicistica dell'annullamento non emerge in re ipsa non essendosi evidenziate quali siano le discrasie rilevate nel confronto tra gli atti in possesso dell'amministrazione né essendo evidenti ragioni da cui desumere una dolosa rappresentazione dei fatti da parte del ricorrente in sede di condono. Il caso in esame, quindi, non poteva derogare alla regola della necessità di un'espressa motivazione sull'interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento del titolo ritenuto illegittimo.
Il ricorso pertanto merita accoglimento con ogni conseguenza in ordine alle spese processuali che seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato nei termini di cui in motivazione.
Condanna il Comune resistente al rimborso delle spese processuali in favore della parte ricorrente che si liquidano nella misura di complessive € 1000,00 (mille) oltre accessori di legge se dovuti e rimborso del contributo unificato.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:
Paolo Passoni, Presidente
Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore
Paola Palmarini, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Renata Emma Ianigro

IL PRESIDENTE
Paolo Passoni

IL SEGRETARIO