

**Pubblicato il 22/07/2019**

**Sent. n. 463/2019**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**Sezione Staccata di Reggio Calabria**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 481 del 2018, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Augusto Romeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, sito in Reggio Calabria via G. De Nava, 122;

contro

Comune di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Emidio Morabito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocatura comunale in Reggio Calabria, via S. Anna Il Tronco - Pal Cedir; nei confronti

[omissis], non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento prot. [omissis] emesso dalla Città di Reggio Calabria, notificato alla ditta ricorrente in data [omissis] con il quale veniva revocato il permesso a costruire n. [omissis] dell'[omissis], rilasciato ai sensi dell'art. 10 del DPR 380/2001, relativo alla realizzazione di un fabbricato a sette piani f.t e due interrati da erigersi in via [omissis] di Reggio Calabria;

del provvedimento prot. [omissis], notificato alla ditta ricorrente in data [omissis] ed a mezzo del quale si ordinava al sig. [omissis] di provvedere alla esecuzione delle opere di demolizione e sgombero del fabbricato realizzato in forza del predetto permesso a costruire con ripristino dello stato dei luoghi entro 90 gg.;

nonché di tutti gli atti prodromici, presupposti, connessi, collegati, precedenti e consequenziali, anche se non conosciuti dalla società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Reggio Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2019 il dott. Antonino Scianna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con il ricorso in epigrafe, [omissis] impugna il provvedimento prot. [omissis] emesso dalla Città di Reggio Calabria, notificato in data [omissis], con il quale il Comune di Reggio Calabria ha annullato il permesso a costruire n. [omissis] rilasciato alla [omissis] ricorrente ai sensi dell'art. 10 del DPR 380/2001, relativo alla realizzazione di un fabbricato di un fabbricato a sette piani fuori terra e due interrati da erigersi in via [omissis] di Reggio Calabria. Viene altresì impugnata la successiva

ordinanza di demolizione, prot. [omissis], notificata in data [omissis] ed a mezzo della quale si ordinava al [omissis] di provvedere alla esecuzione delle opere di demolizione e sgombero del fabbricato realizzato in forza del predetto permesso a costruire, con ripristino dello stato dei luoghi entro 90 giorni.

2. Espone in fatto la società ricorrente, che il Comune di Reggio Calabria rilasciava in data [omissis] il permesso di costruire n. [omissis], con il quale veniva assentita la realizzazione di un fabbricato di sette piani fuori terra e due interrati, da erigersi, previa demolizione di un vecchio fabbricato, sull'area censita in catasto al foglio di mappa n. [omissis], particelle [omissis].

Molti anni dopo il rilascio del titolo edilizio, su istanza del proprietario di un vicino fabbricato il Comune, con nota del 14.06.2018, avviava il procedimento finalizzato all'annullamento del ridetto permesso a costruire deducendo, in assenza di alcun sopralluogo:

a) La realizzazione di volumetrie superiori a quelle consentite dall'indice di edificabilità del lotto (mq. 990 x 4,5 mc/mq), essendo stata sommata alla potenzialità edificatoria dello stesso quella prodotta dal fabbricato esistente maggiorata del 20%;

b) La conseguente generazione di incoerenze urbanistico-edilizie connesse alla distanza dai confini e dai fabbricati e, segnatamente, la violazione della distanza unica di 10 metri tra le pareti finestrate di edifici antistanti di cui all'art. 9 D.M. 1444/68.

2.1. Con nota del 25.06.2018, la ricorrente presentava al Comune le proprie osservazioni, evidenziando che l'Ufficio aveva palesemente ripreso, senza verificarle e/o confutarle, le deduzioni formulate dal controinteressato sig. [omissis], travisando peraltro quanto esposto nella relazione al progetto a firma Arch. Carlo Suraci, e rappresentando la illegittimità di un eventuale provvedimento di annullamento del permesso a costruire in quanto tardiva, e comunque in violazione del disposto di cui all'art. 21 *nonies* legge 241/90.

2.2. Cionondimeno, in data 16.08.2018, l'amministrazione intimata concludeva il procedimento con il provvedimento gravato annullando il ripetuto permesso a costruire n. [omissis] dell'[omissis], senza controdedurre rispetto alle osservazioni formulate dal ricorrente e, anzi, erroneamente, ritenendo che la comunicazione di avvio del procedimento fosse rimasta priva di riscontro.

All'annullamento del permesso di costruire fece seguito, come si disse, l'ordinanza di demolizione, prot. [omissis] del [omissis], notificata alla ricorrente in data [omissis].

3. Con il ricorso in epigrafe insorgeva dunque la ricorrente che, con un unico ed articolato motivo di censura, assumeva che gli impugnati provvedimenti fossero affetti da violazione di legge, eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza dei presupposti di legge, errore, illogicità e irragionevolezza manifesta, difetto di motivazione e di istruttoria.

In sintesi la ricorrente contesta:

- il difetto di istruttoria dei gravati provvedimenti, che sarebbero stati emessi dal Comune in assenza di sopralluogo e di valutazioni autonome rispetto a quelle formulate dal controinteressato;

- il travisamento dei fatti, che emergerebbe dalla lettura del provvedimento gravato, nella parte in cui si contesta alla ricorrente la realizzazione di una volumetria pari a metri cubi 6836,52, mai realizzata ed incoerente con quanto dichiarato dal progettista nella relazione allegata al progetto assentito, laddove invece si giungeva ad una quantificazione del volume disponibile pari a metri cubi 4913,79, comprensivi del volume relativo al vano scala;

- l'ulteriore travisamento che emergerebbe dalle contestazioni dell'intimata amministrazione, afferenti alla violazione della normativa in materia di distanze, stante che il progettista, nella relazione depositata a corredo della domanda di permesso di costruire, aveva chiaramente evidenziato, al competente Ufficio Urbanistica che l'intervento, avrebbe determinato "*il mantenimento delle precedenti condizioni per quanto riguarda distanze dai confini e dai fabbricati da parte del fabbricato esistente*", precisando che "*in tal modo si darà vita ad un unico organismo edilizio omogeneo strutturalmente e che contiene in esso una preesistenza demolita e ricostruita*".

Risulterebbe dunque evidente che, contrariamente a quanto ritenuto dal Comune di Reggio Calabria, l'intervento edilizio originariamente assentito, sia stato rappresentato all'Amministrazione Comunale in modo chiaro e trasparente, consentendo fin da subito all'ente di effettuare quegli stessi rilievi sulla

base dei quali si vorrebbe giustificare, dopo oltre nove anni, l'annullamento del permesso di costruire n. [omissis];

- si duole infine la ricorrente della violazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, stante che l'annullamento è intervenuto ad oltre 9 anni di distanza dall'adozione del permesso di costruire, e del vizio di motivazione del gravato provvedimento che non evidenzia quali concreti ed attuali interessi pubblici o privati giustificerebbero l'adozione di tale provvedimento, a distanza di tanto tempo.

4. Con memoria, in data 2 novembre 2018, si è costituito il Comune di Reggio Calabria per chiedere il rigetto del ricorso, insistendo in particolare sul superamento dei limiti di densità fondiaria e sul mancato rispetto delle distanze tra edifici che affliggerebbero il permesso di costruire annullato.

5. Con ordinanza n. [omissis] del [omissis], il Tribunale accolse la richiesta di sospensione dei provvedimenti impugnati giudicando il ricorso assistito dal prescritto *fumus* di fondatezza.

6. All'udienza pubblica del 12 giugno 2019, le parti hanno concluso come da separato verbale ed il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. Il ricorso è fondato.

Risultano assorbenti le censure che questo Collegio giudicò fondate già all'esito della sommaria delibazione propria della fase cautelare.

È condivisibile la doglianza relativa al difetto di istruttoria, essendo pacifico che l'amministrazione resistente non ha provveduto ad effettuare un sopralluogo, come sarebbe stato doveroso, in presenza di un permesso di costruire così risalente nel tempo ed in considerazione delle difese del ricorrente che attesta, con perizia giurata, che la volumetria pari a mc 6836,52 che, a mente dell'impugnato provvedimento, determinerebbe il superamento del potenziale edificatorio del lotto, invece non è mai stata realizzata e che il fabbricato, nella sua attuale conformazione, è rispettoso, anche quanto alle distanze, del progetto assentito col permesso annullato. In sostanza, ritiene il Collegio, che mentre il ricorrente abbia offerto, quanto meno, un principio di prova in ordine al rispetto del potenziale edificatorio del lotto, l'amministrazione si è limitata, per altro solo in sede di discussione, a ribadire le proprie posizioni, non supportandole in alcun modo dal punto di vista tecnico.

Vanno altresì richiamati, come già accennato in fase cautelare, i principi che, in materia di ritiro degli atti amministrativi illegittimi, sono stati esplicitati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 17 ottobre 2017, n. 8 che ha escluso che sussista *ex se* l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata per effetto del rilascio di un titolo edilizio illegittimo, evidenziando invece come il decorso del tempo oneri l'amministrazione del compito di valutare, motivatamente, se l'annullamento risponda ad un, effettivo e prevalente, interesse pubblico di carattere concreto e attuale.

Tanto premesso, il Collegio non può che ribadire che i provvedimenti impugnati non recano una adeguata motivazione, circa l'interesse pubblico che si intende tutelare con l'annullamento del permesso di costruire a suo tempo rilasciato in favore dell'odierna parte ricorrente, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, nonché dell'evidente superamento del "termine ragionevole" per adottare gli atti di ritiro fissato dall'art. 21 *nonies* della l.n. 241/1990.

In aperto contrasto con i riferiti principi di diritto fatti propri dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, infatti, il provvedimento impugnato si limita a ribadire che l'annullamento del permesso di costruire è in *re ipsa* correlato alla necessità di tutelare l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata, omettendo ogni valutazione comparativa dei contrapposti interessi in campo, necessaria, come si disse, anche, e soprattutto, in ragione del lungo tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento annullato. Osserva il Collegio come, la motivazione fondata sull'interesse pubblico in *re ipsa* al ripristino della legalità violata si ponga, per altro, in contrasto con la lettera dell'art. 21 *nonies* della legge 241/1990, il quale impone, al contrario, di valutare le ragioni di interesse pubblico e di tener conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, oltre che l'adozione del provvedimento entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi.

Sotto questo ultimo profilo altrettanto fondata, e insieme a quelle di cui si disse, dirimente, si presenta la doglianza dell'atto introduttivo del giudizio relativa alla violazione del termine ragionevole indicato dalla legge.

Questo Collegio ha già evidenziato (da ultimo con la sentenza n. 44 del 28.01.2019) come risulti ormai prevalente in giurisprudenza la tesi secondo cui la formulazione dell'art. 21 *nonies* della legge 241/1990 norma introdotta dalla L. 124/2015 trovi, applicazione a tutti i provvedimenti di secondo grado emanati successivamente alla sua entrata in vigore (28 agosto 2015), indipendentemente dalla data di emanazione del provvedimento oggetto di autotutela.

Tanto premesso, atteso che il permesso di costruire venne rilasciato in data 11.06.2009 ed annullato solo il 10.08.2018, il decorso di un termine superiore a nove anni dal rilascio del titolo ed a tre anni dalla norma sopravvenuta per l'esercizio del potere di autotutela, viola palesemente lo sbarramento temporale fissato dal legislatore e ritenuto, in ogni caso, rilevante dal Consiglio di Stato (sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5625 e 31 agosto 2016, n. 3762), ai fini interpretativi e ricostruttivi del sistema, anche nei casi (diversamente da quello all'esame) in cui il novellato art. 21 *nonies* della l.n. 241/1990 risultasse non applicabile *ratione temporis*.

8. In conclusione il ricorso è fondato e va accolto, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Reggio Calabria al pagamento, in favore di parte ricorrente, delle spese di lite, che si liquidano in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre oneri di legge e refusione del contributo unificato, se versato.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Andrea De Col, Referendario

Antonino Scianna, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Antonino Scianna

IL PRESIDENTE

Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO