

Publicato il 09/12/2019

N. 05788/2019 REG.PROV.COLL.
N. 03778/2014 REG.RIC.



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 della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3778 del 2014, proposto da A.C., rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Di Foggia e Luigi Roma, domiciliato in via digitale come da pubblici registri e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Raffaele Mastrantuono, in Napoli, via Carducci 18;

contro

Comune di Casal di Principe in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Marciano, domiciliato in via digitale come da pubblici registri e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli, via S. Lucia, 62;

per l'annullamento

del provvedimento prot. n. 6126 del 12.05.2014 di annullamento del permesso di costruire n.68 del 2007 del 25.7.2007, con il quale si

annulla in autotutela con effetto ex tunc il permesso di costruire n.68 del 2007; dell'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi n. 2 del 12.05.2014; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Casal di Principe in persona del Sindaco pro tempore;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza di smaltimento del giorno 13 novembre 2019 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Parte ricorrente ha impugnato il provvedimento prot. n. 6126 del 12.05.2014, con il quale il Comune di Casal di Principe ha annullato in autotutela il permesso di costruire n.68 del 2007 e la conseguenziale ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi n. 2 del 12.05.2014.

Ha formulato i seguenti motivi di ricorso chiedendo l'annullamento degli atti gravati:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, 7 e 10 bis della legge 241 del 7.08.1990 s.m.i. violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere per assoluto difetto di motivazione e di istruttoria, erroneità nei presupposti e travisamento dei fatti;

II. Stessa censura sotto diverso profilo. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10 bis della legge 241 del 7.08.1990 s.m.i. violazione del giusto procedimento;

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies l. 241/90 s.m.i. violazione dei principi generali dell'autotutela ex l. 241/90 e s.m.i. eccesso di potere per assoluto difetto di motivazione e di istruttoria, erroneita' nei presupposti e travisamento dei fatti. Violazione del principio dell'affidamento. Contraddittorieta' tra atti della stessa amministrazione;

IV. Stessa censura sotto diverso profilo. Violazione e falsa applicazione della L.R. Campania n. 14 del 20-03-1982. Violazione e falsa applicazione del p.r.g. e delle n.t.a. del Comune di Casal di Principe. Violazione e falsa applicazione del d.l.gs n. 99/2004 e del d.l.gs n. 101/2005. Violazione e falsa applicazione della deliberazione Regione Campania n. 339, pubblicata sul burc n. 15 del 14 aprile 2008. Eccesso di potere per assoluto difetto di motivazione e di istruttoria, erroneita' nei presupposti e travisamento dei fatti. Violazione del principio dell'affidamento. Contraddittorieta' tra atti della stessa amministrazione;

V. Stessa censura sotto diverso profilo. Violazione e falsa applicazione della L.R. Campania n. 14 del 20.3.1982. Violazione e falsa applicazione del p.r.g. e delle n.t.a. del Comune di Casal di Principe. Violazione e falsa applicazione del d.l.gs n. 99/2004 e del d.l.gs n. 101/2005. Violazione e falsa applicazione della deliberazione Regione Campania n. 339, pubblicata sul BURC n. 15 del 14 aprile 2008. Eccesso di potere per assoluto difetto di motivazione e di istruttoria, erroneita' nei presupposti e travisamento dei fatti. Violazione del principio dell'affidamento. contraddittorieta' tra atti della stessa amministrazione. Il potere della p.a.. Il consolidamento del diritto dell'interessato. il principio di certezza dei rapporti

giuridici e di salvaguardia del legittimo affidamento del privato nei confronti dell'attività amministrativa.

Si è costituito in giudizio il Comune di Casal di Principe resistendo al ricorso.

2) Il ricorso si palesa fondato per le ragioni e nei termini che seguono.

2.1) Parte ricorrente ha lamentato la violazione degli artt. 3, 7 e 10 bis della legge 241 del 7.8.1990, rilevando un difetto di istruttoria e motivazione. In particolare, il Comune, dopo aver dato la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela finalizzato all'annullamento del permesso di costruire n. 68/07 del 25/07/2007 - che indicava le ragioni per cui il permesso di costruire risultava illegittimo - avrebbe illegittimamente concluso il procedimento senza prendere in esame le osservazioni presentate dal privato, integrando un vizio di difetto di istruttoria e di motivazione dell'atto gravato.

Ciò peraltro sulla base della motivazione, riportata nel provvedimento stesso, che le suddette osservazioni sarebbero state tardive.

Nello specifico, nel provvedimento impugnato è stato rilevato il mancato rispetto del termine di dieci giorni indicato nella comunicazione di avvio del procedimento (la missiva prot. n. 6325 del 3 giugno 2013), in quanto le osservazioni sarebbero pervenute con la nota prot. 7613 del 08 luglio 2013.

Il ricorrente deduce l'erroneità in fatto del presupposto della tardività della presentazione delle osservazioni, rilevando come le stesse siano state presentate dopo solo 6 giorni dal ricevimento della comunicazione di avvio del procedimento e, quindi, entro il termine ivi indicato.

Il medesimo ricorrente indica, altresì, che in ogni caso il termine di dieci giorni indicato nella comunicazione di avvio del procedimento non doveva intendersi come perentorio in quanto al momento del deposito delle osservazioni il procedimento non era ancora concluso, come risulta dal provvedimento stesso. In particolare, indica di aver ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento il 2.7.2013 e di aver inviato documenti e osservazioni l'8.7.2013 con nota prot. n. 7613, tra l'altro, a suo dire, chiarendo ed integrando su tutti i punti, l'idoneità documentale e professionale richiesta.

La censura si presenta fondata nei termini che seguono.

La comunicazione di avvio indicava le seguenti motivazioni di illegittimità del permesso di costruire che giustificavano l'apertura del procedimento di annullamento in autotutela:

“a) la documentazione allegata risulta carente e non conforme a quanto previsto dall'art. 21 del Regolamento Edilizio Comunale che prevede che la domanda di Permesso di Costruire deve essere ulteriormente corredata da:

- Scheda riepilogativa asseverata dal progettista, relativa alla compatibilità urbanistica dell'intervento, la sua destinazione e l'anno di costruzione.
- Planimetria dello stato di fatto in rapporto non inferiore 1:500 con le indicazioni delle proprietà confinanti per una profondità di almeno 50 metri dai confini, con le quote planimetriche ed altimetriche del terreno e dei fabbricati circostanti, anche accessori;
- Planimetria in rapporto non inferiore ad 1:200 dove sia rappresentata, nelle sue linee, dimensioni, quote generali e distanze, l'opera esistente;

- Disegni, non inferiori al rapporto 1:100, delle piante di tutti i piani e della copertura, di tutti i prospetti e di almeno due sezioni dell'opera;
- b) Manca il requisito previsto ai sensi dell'art. 1 comma 1 del Decreto Legislativo 29 marzo 2004, n. 99 "... ai fini dell'applicazione della normativa statale, è imprenditore agricolo professionale (IAP) colui il quale, in possesso di conoscenze e competenze professionali ai sensi dell'articolo 5 del regolamento (CE) n. 1257/1999 del Consiglio, del 17 maggio 1999, dedichi alle attività agricole di cui all'articolo 2135 del codice civile, direttamente o in qualità di socio di società, almeno il cinquanta per cento del proprio tempo di lavoro complessivo e che ricavi dalle attività medesime almeno il cinquanta per cento del proprio reddito globale da lavoro...";
- c) Non risulta rispettato quanto previsto dall'art. 29 delle N.T.A. in quanto vengono realizzate residenze agricole RA non previste per la zona omogenea E1".

Sulla base di tali elementi si invitava la parte ricorrente a fornire, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, specifiche osservazioni in forma scritta che consentissero di rivalutare gli elementi e le informazioni inizialmente prodotti.

La stessa comunicazione di avvio è stata notificata alla parte ricorrente il 2.7.2013, come risulta dalla relata di notifica apposta dalla stessa, depositata da parte ricorrente.

E' pacifico che parte ricorrente ha depositato le richieste osservazioni, corredate dalla relativa documentazione, in data 8.7.2013 e, quindi, pienamente nel termine di dieci giorni che, naturalmente, deve intendersi decorrente dal giorno della notifica della comunicazione di avvio.

L'Amministrazione aveva, dunque l'obbligo di considerare tali osservazioni, nonché di verificare se la documentazione depositata fosse conforme a quella indicata come mancante nella stessa comunicazione di invio. Il Collegio rileva come, in ogni caso, anche qualora la presentazione delle osservazioni fosse risultata tardiva il provvedimento risulterebbe ugualmente illegittimo, stante la non perentorietà assoluta del termine previsto per la presentazione delle osservazioni.

Infatti, se è vero che l'Amministrazione decorso inutilmente detto termine può legittimamente pronunciarsi in assenza di osservazioni, la medesima Amministrazione ha l'obbligo di esaminare le osservazioni che siano rese tardivamente ma prima della chiusura del procedimento con la determinazione finale, in conformità a principi di buona amministrazione e di obbligo di correttezza e buona fede di comportamento nella relazione con i privati.

Ciò a maggior ragione nel caso di specie, nel quale il provvedimento finale è stato adottato il 12.5.2014, ben oltre dieci mesi dopo la ricezione delle suindicate osservazioni.

Nel provvedimento, tuttavia, l'Amministrazione, dopo aver indicato la tardività delle osservazioni non ne fa discendere, come indica il ricorrente, in modo automatico la loro non considerabilità al fine di definire il procedimento, anzi al contrario, rileva espressamente come le stesse "non superano i motivi ostativi di cui alla nota prot 6325 del 3 giugno 2013" dando implicitamente atto di averle prese in considerazione seppure non espressamente confutate in sede motivazionale.

Il Collegio rileva come, in riferimento a quest'ultimo punto, il provvedimento gravato si riveli comunque a illegittimo per difetto di istruttoria e motivazione.

Vero è che non sussiste alcun obbligo di specifica disamina e confutazione, in capo all'Amministrazione procedente, delle singole osservazioni e controdeduzioni rassegnate dalla parte nell'ambito della partecipazione procedimentale, bastando che sia dimostrata, tramite la motivazione del provvedimento, l'intervenuta acquisizione, cognizione e valutazione di tali apporti partecipativi.

In ogni caso, tuttavia, a fronte di specifiche osservazioni e produzioni documentali ritenute in precedenza mancanti, l'Amministrazione ha l'obbligo, all'esito dell'esame di quanto apportato dal privato, di aggiornare le ragioni del provvedimento negativo prospettate nell'atto che invita il privato a partecipare al procedimento, quando gli apporti del privato siano tali da far ritenere superate i motivi precedentemente prospettati dall'Amministrazione.

Nel caso di specie, il ricorrente ha dedotto su tutti e tre gli aspetti di illegittimità prospettati dall'Amministrazione e ha depositato la documentazione tecnica rilevata come mancante nella comunicazione di avvio del procedimento.

A fronte di ciò la medesima Amministrazione ha motivato l'annullamento del permesso di costruire limitandosi a richiamare le ragioni prospettate in sede di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 legge n. 241/90, quindi meramente ribadendo persino quelle inerenti all'assenza documentale che era stata evidentemente integrata dal privato con la produzione di cui alla nota dell'8.7.2013. In tal modo, quindi, dimostrando di non aver preso realmente in considerazione le ragioni apportate dal privato e non

aver adeguato la motivazione (e quindi gli esiti finali del procedimento) a quanto emerso in sede istruttoria.

Si evidenzia, quindi, un difetto di istruttoria e motivazione che rende l'atto adottato illegittimo, né risulta, in ogni caso, applicabile l'art. 21-octies della legge n. 241/90, in quanto l'autotutela è esercizio di potere discrezionale e, in ogni caso, da quanto allegato agli atti non risulta affatto palese che il suo contenuto dispositivo dell'atto adottato non avrebbe potuto essere diverso.

Il provvedimento di annullamento di ufficio deve, quindi, essere annullato, fermo restando che l'Amministrazione potrà rieditare il procedimento in questione partendo dal segmento ritenuto vulnerato dalla rilevata carenza e quindi riesercitare il potere di annullamento in autotutela valutando le osservazioni presentate in sede procedimentale dalla parte ricorrente.

2.2) Allo stesso modo deve essere accolto il ricorso nei confronti dell'ordinanza di demolizione che si presenta come atto meramente consequenziale rispetto all'annullamento in autotutela del permesso di costruire e, come tale, affetto da illegittimità derivata.

Anche l'ordinanza di demolizione è stata infatti espressamente impugnata, né era necessaria, come invece sostiene la parte resistente, una specifica articolazione di gravame trattandosi, come indicato, di illegittimità derivata ed essendo venuto meno l'atto presupposto, potendo la censura trarsi dall'intero tenore dell'atto.

2.3) Priva di pregio risulta, invece, la censura inerente all'affermata circostanza che l'esercizio del potere di autotutela sarebbe stato esercitato oltre termine ragionevole di tempo con violazione dell'art. 21-nonies L. 07/08/1990, n. 241.

Al riguardo non è applicabile, *ratione temporis* il testo attualmente vigente del richiamato articolo, che prevede un termine massimo non superiore a diciotto mesi, ma il previgente disposto che contemplava la sola necessità di un “termine ragionevole” dall’adozione dell’atto oggetto di annullamento d’ufficio.

Al riguardo il Collegio ritiene che nel caso di specie non sia comunque trascorso un termine di tempo irragionevole dal rilascio del permesso di costruire, tenuto conto della natura dell’atto in questione, dalle concrete modalità di accertamento dell’illegittimità rispetto ai titoli edilizi e dell’interesse pubblico coinvolto inerente all’ordinato assetto del territorio.

3) Per le suesposte ragioni il ricorso va accolto nei termini indicati.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Alla luce delle specifiche circostanze inerenti al ricorso il Collegio ritiene sussistano gravi ed eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO

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