

N. 07367/2024REG.PROV.COLL.

N. 04630/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4630 del 2021, proposto da Francesco Ruggiero e Giuseppina Ruggiero, rappresentati e difesi dall'avvocato Alfonso Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio A. Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Comune di Nocera Superiore, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabato Criscuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Antonio Milite, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe D'Amato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno (Sezione seconda) n. 765/2021 del 25 marzo 2021

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Nocera Superiore e del sig. Antonio Milite;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2024 il consigliere Ofelia Fratamico;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito:

- dal provvedimento del 22 maggio 2017 prot. n. 12615 del Comune di Nocera Superiore di archiviazione del procedimento di riesame del permesso di costruire in variante e in sanatoria n. 85 del 21 dicembre 2007 rilasciato al sig. Antonio Milite per la sopraelevazione di un fabbricato sito sul territorio comunale, in via V. Russo n. 30/32;
- dalla relazione tecnica di accertamento prot. n. 34497 del 15 dicembre 2016 e da tutti gli atti connessi del procedimento.

2. I signori Giuseppina Ruggiero e Francesco Ruggiero, rispettivamente proprietaria ed usufruttuario di un immobile confinante con quello di cui al suddetto titolo edilizio hanno impugnato dinanzi al T.a.r. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, tali provvedimenti sulla base dei seguenti motivi:

a) violazione di legge (artt. 27 e 39 DEL d.P.R. n. 380/2001), violazione e falsa applicazione di legge (art. 21 *nonies* legge n. 241/1990), eccesso di potere contraddittorietà, difetto del presupposto, arbitrarietà, illegittimità manifesta, sviamento;

b) violazione di legge (art. 9 d.m. n. 1444/68, art. 25 in combinato disposto con gli artt. 31, 38 e 40 del regolamento edilizio comunale, legge regionale Campania n. 15/2000, art. 3 lett. c) come modificato dall'art. 1 comma 145 della legge reg. 6 maggio 2013 n. 5), violazione di legge (omessa applicazione del modulo partecipativo ex art. 10 *bis* legge n. 241/1990), eccesso di potere, contraddittorietà, difetto del presupposto, arbitrarietà, illegittimità manifesta, sviamento;

c) violazione di legge (art. 9 d.m. n. 1444/68, art. 25 in combinato disposto con gli artt. 31, 38 e 40 del regolamento edilizio comunale, legge regionale Campania n. 15/2000, art. 3 lett. c) come modificato dall'art. 1 comma 145 della legge reg. 6 maggio 2013 n. 5) eccesso di potere, contraddittorietà, difetto del presupposto, arbitrarietà, illegittimità manifesta, sviamento;

d) violazione di legge (art. 9 d.m. n. 1444/68, art. 25 in combinato disposto con gli artt. 31, 38 e 40 del regolamento edilizio comunale) eccesso di potere, contraddittorietà, difetto del presupposto, arbitrarietà, illegittimità manifesta, sviamento;

e) violazione di legge (art. 9 d.m. n. 1444/1968), eccesso di potere, difetto di motivazione, erroneità, abnormità, sviamento, illegittimità manifesta

f) violazione di legge (art. 2043 c.c.), violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost., art. 1 l.n. 241/1990).

3. Con la sentenza n. 765 del 25 marzo 2021 il T.a.r. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, ha rigettato il ricorso, compensando le spese di lite tra le parti.

4. I signori Ruggiero hanno, dunque, chiesto al Consiglio di Stato di riformare tale pronuncia, affidando il loro appello a tre motivi così rubricati:

I – *error in iudicando* e *error in procedendo* del T.a.r. di Salerno, difetto di motivazione, violazione di legge (artt. 27 e 39 del d.P.R. n. 380/2001 in combinato disposto con l'art. 21 *nonies* legge n. 241/1990), difetto del presupposto, arbitrarietà, illegittimità manifesta, sviamento;

II – *error in iudicando* e *error in procedendo* del T.a.r. di Salerno sulla natura plurimotivata dell'impugnato provvedimento del 22 maggio 2017 prot. n. 12615;

III – *error in iudicando* e *error in procedendo* del T.a.r. di Salerno sul diritto al risarcimento del danno sull'*an* e sul *quantum* della pretesa risarcitoria.

5. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Nocera Superiore ed il sig. Milite Antonio, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità e, in ogni caso, l'infondatezza nel merito dell'appello.

6. Con memorie dell'8 aprile 2024 e repliche del 10 e del 17 aprile 2024 le parti hanno ulteriormente sviluppato le loro difese, insistendo nelle rispettive conclusioni.

7. All'udienza pubblica del 9 maggio 2024 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

8. Gli odierni appellanti hanno lamentato, in primo luogo, l'omessa valutazione da parte del T.a.r. dell'esatto significato della loro domanda, volta a far constare la violazione delle norme regolamentari sulle distanze tra le costruzioni e l'intervenuta realizzazione, in sopraelevazione, nel fabbricato confinante con la loro proprietà, non di un semplice "*volume tecnico*", bensì di un appartamento mansardato. Ciò, secondo la loro prospettiva, avrebbe dovuto condurre l'Amministrazione comunale ad esercitare autonomamente il suo potere di vigilanza edilizia e di repressione degli abusi di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001, che non sarebbe stato soggetto

necessariamente agli stringenti limiti temporali di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, ma, in analogia al potere attribuito alla Regione *ex art.* 39 del d.P.R. n. 380/2001, avrebbe potuto esplicarsi anche nell'arco di un decennio.

9. Con il secondo ed il terzo motivo gli appellanti hanno, poi, dedotto l'erroneità, da un lato, della qualificazione di "*atto plurimotivato*" attribuita dal T.a.r. al provvedimento di archiviazione, in realtà fondato su di un'unica ragione, dall'altro, del rigetto della loro domanda risarcitoria, che sarebbe stata assistita da tutti i presupposti di legge, potendo il danno essere liquidato equitativamente "*o comunque individuato nel suo esatto ammontare con successiva, autonoma e specifica azione*". Proprio a tal fine, nel medesimo atto di appello, i signori Ruggiero hanno, infine, insistito "*per la nomina di un organismo di verifica in merito alla quantificazione di tutti i danni subiti e subendi*".

10. A prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del gravame per l'introduzione di domande nuove rispetto al ricorso di primo grado e per carenza di interesse, stante lo spirare del termine massimo per l'esercizio dell'autotutela, l'appello è infondato e deve essere respinto nel merito.

11. A seguito del giudizio avverso il silenzio conclusosi con la sentenza n. 517/2017, con la quale il T.a.r. ha accertato l'obbligo del Comune di Nocera Superiore, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241/1990, di avviare il procedimento teso alla verifica della conformità urbanistica dei lavori realizzati dal controinteressato sull'immobile di sua proprietà, l'Amministrazione comunale ha effettivamente svolto le verifiche del caso giungendo, però, ad adottare un provvedimento di archiviazione in considerazione del lungo tempo trascorso tra il rilascio del permesso di costruire e la presentazione dell'istanza di autotutela (pari a ben nove anni) da parte dei proprietari confinanti e dell'assenza di profili di falsità nella rappresentazione dei luoghi e dei lavori che

avrebbero potuto giustificare un annullamento in autotutela anche dopo un periodo così esteso.

12. La motivazione della determinazione assunta dal Comune di Nocera Superiore, come correttamente riconosciuto dal T.a.r., risulta al riguardo, in verità, del tutto logica e congrua, ponendo in evidenza entrambi gli elementi ostativi ad un valido esercizio del potere di autotutela, costituiti, appunto, dall'irragionevolezza di un eventuale annullamento di un titolo edilizio così risalente e dall'inconfigurabilità di profili di mendacio nelle dichiarazioni e nei progetti presentati tali da consentire il superamento dei termini fissati dal legislatore all'art. 21^{nonies} l.n. 241/1990.

13. A differenza di quanto argomentato dagli odierni appellanti, le suddette circostanze sono in grado di riassumere in modo compiuto ed esaustivo le ragioni alla base della scelta dell'Amministrazione comunale di non esercitare, nonostante l'istanza formulata dai proprietari confinanti nel 2016, il proprio potere di autotutela sul permesso di costruire rilasciato nel 2007 e, dunque, di archiviare il procedimento di riesame, reputato evidentemente, a seguito delle verifiche effettuate, non assistito da alcun interesse pubblico attuale e concreto all'annullamento del titolo in questione.

14. In materia può osservarsi, altresì, che, come pure di recente sottolineato da questo Consiglio di Stato, *“anche nel settore edilizio, i provvedimenti di annullamento in autotutela rientrano nell'ambito normativo dell'art. 21^{nonies} l. n. 241/1990, il quale ha ridefinito il relativo potere conferendo all'amministrazione un margine di discrezionalità che si basa sulla valutazione dell'interesse pubblico rispetto alla fiducia riposta dal destinatario dell'atto. Per esercitare il potere di revoca d'ufficio delle autorizzazioni edilizie, è necessaria l'origine di una illegittimità del provvedimento e la presenza di un interesse*

pubblico effettivo e attuale alla sua revoca, che non si limita al semplice ripristino della legalità violata, considerando anche le posizioni giuridiche soggettive acquisite dai destinatari. L'attività di autotutela rappresenta quindi, anche per quanto riguarda la pianificazione territoriale, un'espressione di discrezionalità significativa che non esime l'amministrazione dall'obbligo di giustificare, anche in modo sommario, l'esistenza dei suddetti requisiti. In particolare, il potere di autotutela deve essere esercitato dalla pubblica amministrazione entro un termine ragionevole, specialmente quando il privato, dopo un certo periodo, ha lecito affidamento sulla regolarità del permesso edilizio avendo già realizzato il progetto” (Cons. Stato sez. VI, 2 luglio 2024, n. 5830).

15. La ricostruzione del quadro fattuale e giuridico alla base della sentenza appellata non appare, inoltre, in alcun modo inficiata neppure dal riferimento effettuato dagli appellanti al termine previsto dall'art. 39 del d.P.R. n. 380/2001 che, pur costituendo espressione – secondo l'orientamento più recente della giurisprudenza amministrativa – del medesimo potere di annullamento d'ufficio sancito in via generale dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 marzo 2022 n. 1824) si contraddistingue per l'oggetto più specifico costituito, appunto, dei provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione e, soprattutto, per il soggetto peculiare, la Regione, cui il potere è attribuito, ente diverso da quello che ha adottato il provvedimento e, in tal senso, proprio per la sua specialità, non risulta suscettibile di applicazione analogica nell'individuazione del termine decennale eccezionalmente previsto in luogo di quello di 12 mesi (18 al momento dell'adozione del provvedimento impugnato in primo grado) dalla norma generale.

16. Se, dunque, nell'ipotesi di cui all'art. 39 del d.P.R. n. 380/2001, così come in tutti i casi di annullamento d'ufficio, la condizione necessaria per poter attivare l'intervento di secondo grado dell'Amministrazione *“è l'illegittimità del titolo edilizio, tale sola illegittimità, tuttavia, non è sufficiente, dovendosi riscontrare, altresì, (anche in questo caso) la sussistenza di un concreto e attuale interesse pubblico; tale interesse non può coincidere, inoltre, con la mera esigenza di ripristino della legalità violata (id est, nella versione dell'interesse pubblico in re ipsa o nell'altra dell'attività doverosa a prescindere dalla sussistenza) poiché deve tenere conto, appunto, dell'attualità dell'interesse primario alla rimozione dell'atto (principio di effettività del potere) e compararlo con gli interessi secondari, nonché con le posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari (limite esterno all'esercizio della discrezionalità). La comparazione degli interessi legati alla tutela del territorio ed al legittimo affidamento ingeneratosi nei privati deve essere, poi, puntualmente esplicitata nella motivazione del provvedimento, ancor più qualora l'intervento dell'Ente avvenga a distanza di molto tempo dal rilascio del titolo abilitativo...”* (Cons. Stato, Sez. VII, 15 febbraio 2024 n. 1536).

17. Sul punto, la Sezione non può che richiamarsi all'intervento dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2017 che, nell'affrontare la questione relativa alla valenza del presupposto dell'interesse pubblico concreto e attuale nell'esercizio del potere di annullamento, ha enunciato il principio di diritto per cui *"nella vigenza dell'articolo 21nonies della l. 241 del 1990 - per come introdotto dalla l. 15 del 2005 - l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio (...) intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole"*, evidenziando, sempre, al contempo, che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consuma certo il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio, che l'onere motivazionale

dell'Amministrazione può attenuarsi in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati e che non appare configurabile alcun legittimo affidamento in caso di non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole.

18. In assenza dei suddetti elementi di auto-evidenza o di falsità e in considerazione del carattere risalente del rilascio del titolo, la valutazione dell'Amministrazione di archiviare il procedimento di riesame, vista la mancanza di un interesse attuale e concreto in grado di sorreggere una determinazione di annullamento appare ragionevole e congrua e, come tale, immune dalle censure dedotte dagli originari ricorrenti, salva la facoltà per questi ultimi di agire in giudizio per il rispetto delle distanze in sede civilistica (come emerso dagli atti depositati).

19. A ciò può aggiungersi l'osservazione per cui *"Se... si prescindesse dalla ponderazione degli interessi in gioco mercé l'obnubilazione di ogni valutazione dell'interesse pubblico concreto e attuale per l'esercizio del potere di annullamento di cui si discetta, si consentirebbe in ipotesi-limite all'amministrazione - la quale abbia comunque errato nel rilascio di una sanatoria illegittima - dapprima di restare inerte anche per un lungo lasso di tempo e poi di adottare un provvedimento di ritiro privo di alcuna motivazione, in tal modo restando pienamente de-responsabilizzata nonostante una triplice violazione dei principi di corretta gestione della cosa pubblica"* (cfr. Adunanza plenaria n. 9 del 2018).

20. In conclusione, l'appello deve essere, perciò, come anticipato, integralmente rigettato.

21. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna gli appellanti alla rifusione in favore del Comune di Nocera Superiore e del controinteressato Antonio Milite delle spese di lite liquidate in € 5.000,00 per ciascuno, oltre accessori di legge, con distrazione degli importi spettanti al sig. Antonio Milite in favore dell'avv. Giuseppe D'Amato, dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO