

Pubblicato il 19/04/2017

N. 01830/2017 REG.PROV.COLL.
N. 05780/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 5780 del 2010, proposto da:

Vito Nocera, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Calvani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arturo Sforza in Roma, via Ettore Rolli, 24-C/11;

contro

Comune di Giovinazzo non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 01636/2010, resa tra le parti, concernente ordinanza di annullamento di concessione edilizia in sanatoria, di atti consequenziali, di demolizione di manufatto realizzato abusivamente

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dagli appellanti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2017 il Cons. Giuseppa Carluccio; uditi per le parti l'avvocato A. Sforza su delega di N. Calvani;

1. La sentenza appellata ha respinto il ricorso proposto dai proprietari di un immobile, acquistato nel 1995, per l'annullamento dell'ordinanza n. 124 del 26 agosto 2008, con la quale: era stata annullata la concessione edilizia in sanatoria, rilasciata nell'ottobre 1999 (in riferimento a pratica edilizia del 1994 attivata dalla precedente proprietaria); erano stati annullati gli atti ad essa consequenziali; era stata ordinata la demolizione del manufatto realizzato abusivamente.

1.1. La concessione in sanatoria riguardava una unità immobiliare adibita a guardiania, facente parte di un complesso ex industriale, composto anche da un capannone e da un fabbricato uso uffici, acquistato unitamente alla guardiania. Mediante successivi titoli abilitativi intervenuti sino al 2005, che avevano riguardato anche gli altri immobili del complesso, con connessi mutamenti di destinazione d'uso, l'originario capannone industriale era stato trasformato in cinema/teatro e la ex guardiania in bar/rosticceria.

In esito al riscontro di irregolarità in un sopralluogo del 2007, nel 2008 venivano avviati procedimenti per l'annullamento dei titoli edilizi, sia per l'immobile adibito a cinema/teatro, che per quello relativo a bar/rosticceria. Il procedimento relativo al primo veniva archiviato, in ragione della ritenuta assenza di ragioni attuali di interesse pubblico in raffronto alla esigenze di certezza delle situazioni giuridiche; il secondo sfociava nel provvedimento di annullamento in autotutela oggetto del presente processo.

1.2. L'annullamento della concessione edilizia in sanatoria, e degli atti consequenziali, veniva fondato dal giudice di primo grado sulla illegittimità della sanatoria, per essere stata rilasciata in difetto di istruttoria sulla scorta di una errata prospettazione dello stato dei luoghi, con conseguente situazione permanente *contra ius*, rispetto alla quale l'interesse pubblico attuale al ripristino della legalità violata risultava *in re ipsa*.

1.3. La sentenza di primo grado, dopo aver esposto le ragioni a fondamento del ritenuto ampliamento del manufatto in pendenza della pratica di condono da parte dei nuovi proprietari e aver collegato lo stesso ad una domanda presentata dalla originaria proprietaria in modo ambiguo, previo accordo con i ricorrenti verosimilmente già in trattative per l'acquisto, così essenzialmente argomenta:

- a) l'affidamento riposto dai privati nella legittimità della concessione in sanatoria, invocato nel ricorso, non è degno di tutela in mancanza di buona fede, atteso che la situazione di illegalità è stata creata dai ricorrenti, ampliando la ex guardiania in epoca successiva all'acquisto;
- b) pertanto, l'amministrazione non aveva l'obbligo di verificare se l'interesse al ripristino della legalità violata fosse o meno prevalente sul contrapposto interesse dei privati; né il potere dell'amministrazione di annullamento dell'atto è limitato in ragione del lungo tempo trascorso dal rilascio della concessione illegittima;
- c) il manufatto, in zona di inedificabilità assoluta ai sensi della legge regionale n. 56 del 1980, non avrebbe potuto essere condonato o altrimenti sanato;
- d) nella fattispecie, l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata – che negli abusi è *in re ipsa* e non richiede una particolare motivazione – è prevalente rispetto all'interesse dei ricorrenti al mantenimento del manufatto abusivo, venendo anche in questione valori ambientali d'importanza prevalente secondo il legislatore regionale.

2. L'appello, oltre a criticare la sentenza nella parte in cui ritiene accertato l'ampliamento del manufatto ad opera dei nuovi proprietari in pendenza della pratica di condono, si incentra, essenzialmente, nell'invocazione della violazione dell'art. 21- *nonies* della legge n. 241 del 1990, introdotto dalla legge n. 15 del 2005. Si deduce che, sulla base di tale disposizione, è richiesto all'amministrazione di valutare in concreto la sussistenza di un interesse pubblico alla eliminazione di un provvedimento illegittimo, diverso dal semplice ristabilimento della legalità violata, anche comparandolo con

l'interesse dei destinatari e controinteressati, e, comunque, entro un termine ragionevole, in ragione delle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche originate dal provvedimento annullabile in via di autotutela e dell'affidamento sulle stesse riposto dagli interessati, ingenerato dal trascorrere di un apprezzabile lasso temporale.

Mentre, il provvedimento impugnato prescinderebbe dall'apprezzamento sul se il provvedimento abbia determinato un effetto negativo sull'assetto urbanistico; prescinderebbe dalla considerazione degli interessi privati sacrificati, dal tempo trascorso (pari a nove anni), financo dal mancato rilievo della difformità nel sopralluogo compiuto dall'amministrazione nel 2002.

Inoltre, il comportamento dell'amministrazione sarebbe stato contraddittorio rispetto alla valutazione in concreto fatta relativamente agli altri immobili dello stesso complesso, dove l'archiviazione è stata disposta valutando l'affidamento sulle esistenti autorizzazioni paesaggistiche e valutando la mancanza di ragioni attuali di interesse pubblico all'annullamento.

Nelle memorie, si invoca, a fini interpretativi, la successiva formulazione dello stesso art. 21-*nonies* cit. (risultante dalle modifiche apportate con la legge n. 124 del 2015), che individua in 18 mesi il termine ragionevole per l'esercizio dell'autotutela.

3. Va precisato che *ratione temporis* è applicabile l'art. 21-*nonies* "Annullamento d'ufficio", inserito dall'art. 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15, che così dispone:

"1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

2. E' fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole."

4. Nella giurisprudenza di questo Consiglio appaiono individuabili due contrapposti orientamenti. Di seguito, senza pretese di completezza, sono

sinteticamente esposti.

4.1. Recentemente (CdS, sez. VI, n. 341 del 2017), in riferimento a provvedimento di annullamento in autotutela di una concessione in sanatoria, e rispetto alla stessa formulazione dell'art. 21-*nonies*, cit. applicabile *ratione temporis*, si è ritenuto che il potere di annullamento ha un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e due presupposti riferiti a concetti indeterminati, affidati all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione (la ragionevolezza del termine di adozione dell'atto; la sussistenza dell'interesse pubblico alla sua rimozione unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari). Il fondamento di questi due ultimi presupposti è stato individuato nella garanzia della tutela dell'affidamento dei destinatari in ordine alla certezza e stabilità degli effetti giuridici, mediante la valutazione discrezionale della amministrazione nella ricerca del giusto equilibrio tra ripristino della legalità violata e conservazione dell'assetto regolativo del provvedimento viziato. Esigenze rafforzate dalla novella del 2015, con la fissazione del termine ragionevole in quello massimo di 18 mesi, valevole come indice ermeneutico.

La conseguenza che la richiamata decisione ha tratto è stata quella di una motivazione necessaria circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto in relazione alla pregnanza e preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio di un titolo illegittimo; tanto più, in presenza di un provvedimento, come quello in materia edilizia, destinato ad esaurirsi con l'adozione dell'atto permissivo, dove assume maggiore rilevanza l'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore rilevanza quello pubblico all'eliminazione di effetti che si sono prodotti in via definitiva. Con l'ulteriore corollario che l'interesse pubblico alla rimozione attuale dell'atto non può coincidere con l'esigenza del mero ripristino della legalità violata e deve essere integrato da ragioni differenti.

La decisione del 2017 si collega all'orientamento (espresso da CdS, sez. IV n. 351 del 2016, e ritenuto generalmente condiviso da altre pronunce (CdS, IV,

n. 915 del 2013), secondo cui l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di un titolo edilizio deve rispondere ai requisiti di legittimità codificati nell'articolo 21-*nonies* cit., consistenti nell'illegittimità originaria del titolo e nell'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione, diverso dal mero ripristino della legalità, comparato con i contrapposti interessi dei privati. Con l'ulteriore canone del termine ragionevole per il legittimo esercizio del potere di autotutela (poi fissato in 18 mesi).

4.2. Invece, appare maggioritario l'orientamento - ripreso anche nella vigenza dell'art. 21-*nonies* cit. (CdS, sez. IV, n. 2885 del 2016; ibidem, n. 4619 del 2012) - secondo il quale il provvedimento di annullamento di concessione edilizia illegittima è da ritenersi *in re ipsa* correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata, atteso che il rilascio del titolo edilizio comporta la sussistenza di una permanente situazione *contra legem* e di conseguenza ingenera nell'amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita (CdS sez. IV, n. 3660 del 2016; CdS, sez. V, n. 5691 del 2012). In questo filone giurisprudenziale, per esonerare dalla comparazione tra interesse pubblico e interesse privato, spesso, assumono rilievo le indicazioni fuorvianti o false della parte istante, che avevano determinato l'illegittimità del provvedimento annullato (n. 3660 del 2016 cit.). Invece, la motivazione sulla comparazione degli interessi è richiesta quando l'esercizio dell'autotutela discenda da errori di valutazione dovuti all'amministrazione (n. 5691 del 2012 cit.). In particolare, in fattispecie nelle quali era applicabile il 21- *nonies*, cit. si è ritenuto che, se è stata rappresentata una situazione dei luoghi difforme da quanto in realtà esistente e tale difformità costituisce un vizio di legittimità del titolo edilizio, determinato dallo stesso soggetto richiedente, tale circostanza costituisce *ex se* ragione idonea e sufficiente per l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio del titolo medesimo, tanto che in tale situazione si può prescindere, ai fini dell'autotutela, dal contemperamento con un interesse pubblico attuale e

concreto. Si è poi ritenuto del tutto inconferente, nell'economia della causa, il richiamo dell'appellante alla disciplina contenuta negli artt. 21- *octies* e 21- *nonies* della legge n. 241 del 1990, perché proprio la falsa rappresentazione della realtà, rendeva necessitata e vincolante l'adozione, da parte dell'amministrazione comunale, del provvedimento di annullamento in autotutela, il cui contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (n. 4619 del 2012 cit.).

5. In estrema sintesi, appare emergere un contrasto tra: - un recente orientamento che, sulla base dell'art. 21-*nonies*, cit., e anche in considerazione delle modifiche dello stesso, ritiene necessaria una valutazione dell'interesse pubblico in concreto in rapporto agli interessi dei destinatari (e dei controinteressati) degli originari provvedimenti, in un tempo ragionevole; con la conseguenza che il lungo decorso del tempo agisce a favore dell'affidamento ingenerato nel privato e incide anche sulla valutazione del pubblico interesse in concreto; - un orientamento, che sembra maggioritario, il quale, pur nella vigenza del citato articolo, esclude la necessità della valutazione dell'interesse pubblico in concreto, essendo esso insito nella restaurazione della legalità violata, quantomeno, tutte le volte che la illegittimità sia dipesa dalle prospettazioni non veritiere del privato.

6. Nella specie, il giudice di primo grado, con argomentazioni pure censurate dai ricorrenti, ha ritenuto attribuibile l'ampliamento del manufatto in pendenza della pratica di condono ai nuovi proprietari ed ha collegato l'ampliamento ad una domanda presentata dalla originaria proprietaria in modo ambiguo, previo accordo con i ricorrenti; lo stesso giudice ha escluso per questi motivi ogni rilievo al tempo trascorso (9 anni) e alla mancata valutazione comparativa tra interesse pubblico in concreto e affidamento dei privati, in quanto affidamento non degno di essere tutelato. Mentre, gli appellanti assumono comunque la violazione dell'art. 21-*nonies*, nell'interpretazione sostenuta dalla recente decisione del 2017.

7. Con Ordinanza collegiale n. 1337 del 2017, è stata già sottoposta all'adunanza plenaria la questione "Se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (nella specie, trasferito *mortis causa*) debba essere congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio".

7.1. Stante il contrasto giurisprudenziale in atto, al Collegio appare opportuno – anche al fine di favorire la trattazione della materia nell'ambito di un quadro più completo – deferire il presente ricorso all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a., per la decisione della seguente questione:

"Se, nella vigenza dell'art. 21- *nonies*, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza – sia pure solo a fini interpretativi – della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato".

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giuseppa Carluccio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppa Carluccio

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

IL SEGRETARIO