

N. 00095/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00296/2015 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 per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 296 del 2015, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Otello Valentini, rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Coffrini, Ermes
Coffrini, con domicilio eletto presso La Segreteria Del Tar in Parma, Piazzale
Santaflora, 7;

contro

Comune di Gattatico, rappresentato e difeso dagli avv. Gaetano Campolo, Stefano
Zironi, con domicilio eletto presso La Segreteria Del Tar in Parma, Piazzale
Santaflora, 7;

per l'annullamento

dell' "atto di annullamento in via di autotutela DIA prot.7975 del 16/08/2011 -
Pratica Edilizia n.1578/2011", in data 18/09/2015 prot.9194/2015, a firma del
responsabile del settore sviluppo del territorio;dell'ordinanza di demolizione
prot.9658/2015 n.66/T del 02/10/2015.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Gattatico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2016 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la odierna parte ricorrente impugnava, in qualità di titolare di immobile già oggetto di interventi edilizi, gli atti di cui in epigrafe recanti annullamento in autotutela di DIA nonché ordine di demolizione delle relative opere.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la complessa vicenda, in specie relativamente al precedente contenzioso sul medesimo immobile conclusosi vittoriosamente per la ricorrente nonché alla conseguente fase attuativa, all'atto impugnato si muovevano pertanto le seguenti censure:

- violazione degli artt. 7 s. l. 241\1990, illogicità e contraddittorietà, non avendo specificato nella comunicazione il tipo di potere da esercitare, come già stigmatizzato nella precedente sentenza del Consiglio di Stato (n. 1880\2014);
- violazione della l.r. 5\2014 e diversi profili di eccesso di potere, per aver fatto riferimento, l'atto, alla sola legislazione anteriore (del 1998) senza esaminare quella sopravvenuta;
- violazione dell'art. 21 nonies l. 241\1990 per difetto presupposti, in specie rispetto al termine ragionevole per l'esercizio dell'autotutela, sia quello sopraggiunto ex riforma della 241 sia comunque rispetto al tempo trascorso dalla dia risalente al 2011;

- analoghi vizi per l'insussistenza dei presupposti dell'autotutela basati sulla mancanza dell'agibilità;
- illegittimità dell'ordine di demolizione conseguente, sia per illegittimità derivata sia per vizi propri, avendo applicato la demolizione ordinaria in luogo della disciplina specifica prevista per l'ipotesi dell'annullamento del titolo edilizio.

Il Comune intimato si costituiva in giudizio e, contro deducendo punto per punto, chiedeva il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 197\2015 il Tar accoglieva la domanda cautelare proposta sospendendo l'efficacia dell'atto impugnato. In particolare così si statuiva: “gli abusi edilizi risultano, anche alla luce degli accertamenti effettuati dall'amministrazione, di minima entità, sia per quanto attiene alle altezze in falda che al rapporto aeroilluminante, facilmente rimuovibili con minime modifiche delle opere realizzate e costituiscono solo difformità parziali;

Ritenuto di conseguenza che il provvedimento di demolizione non può che avere per oggetto la difformità parziale e non l'intera opera;

Ritenuto quindi che le esigenze cautelari del ricorrente possono essere soddisfatte mediante la sospensione dell'ordine di demolizione con obbligo dell'amministrazione di riprovedere entro 60 giorni dal ricevimento della presente ordinanza”.

Con successivo atto di motivi aggiunti parte ricorrente impugnava altresì la successiva nota con cui la p.a. si limitava a rimotivare la medesima determinazione. Venivano dedotte le seguenti censure: violazione del giudicato cautelare; violazione dei principi sulla determinazione delle altezze dei vani nei fabbricati civili, illogicità, travisamento; violazione del divieto di motivazione postuma; violazione degli artt. 6 comma 3 l.r. 46\1998 e 23 bis tu edilizia.

Anche in relazione a tali motivi la difesa comunale replicava, ribadendo la richiesta di rigetto del gravame.

Alla pubblica udienza del 2\3\2016, in vista della quale le parti depositavano memorie, la causa passava in decisione.

Il ricorso appare fondato nei limiti che seguono.

Occorre svolgere un breve inquadramento preliminare.

In linea generale, come noto, la d.i.a, una volta perfezionatasi, costituisce un titolo abilitativo valido ed efficace (sotto tale profilo equiparabile "quoad effectum" al rilascio del provvedimento espresso), che può essere rimosso, per espressa previsione legislativa, solo attraverso l'esercizio del potere di autotutela decisoria. Ne consegue l'illegittimità del provvedimento repressivo-inibitorio avente ad oggetto lavori che risultano oggetto di una d.i.a. già perfezionatasi (per effetto del decorso del tempo) e non previamente rimossa in autotutela (cfr. ad es. CdS n. 4780\2014).

Va quindi ribadito che l'annullamento del provvedimento formatosi sulla d.i.a. edilizia deve essere preceduto dall'avviso di avvio del procedimento e dal rispetto di tutte le forme sostanziali e procedurali previste per gli atti in autotutela, ivi compreso il rispetto del tempo ragionevole per porre in essere il provvedimento di secondo grado e la comparazione dell'interesse pubblico con l'aspettativa del privato, consolidata dal decorso del tempo e dalla consapevolezza dell'intervenuto assenso tacito nei termini di legge: in difetto dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela, l'attività dichiarata può legittimamente proseguire. In particolare, in materia di edilizia – e quindi anche in relazione alla d.i.a., figura cardine dell'edilizia quale strumento di semplificazione -, il potere di autotutela deve essere esercitato dall'Amministrazione competente entro un termine ragionevole e supportato dall'esternazione di un interesse pubblico, attuale e concreto, alla rimozione del titolo edilizio tanto più quando il privato, in ragione del tempo trascorso, ha riposto, con la realizzazione del progetto, un ragionevole affidamento sulla regolarità dell'autorizzazione edilizia. Di conseguenza, nell'esternazione

dell'interesse pubblico l'Amministrazione deve indicare non solo gli eventuali profili di illegittimità ma anche le concrete ragioni di pubblico interesse, diverse dal mero ripristino della legalità in ipotesi violata, che inducono a porre nel nulla provvedimenti che, pur se illegittimi, abbiano prodotto i loro effetti (cfr. ex multis Tar Lecce 2153\2013 e Tar Latina 215\2014).

Spostando l'analisi sui motivi di gravame e sulla fattispecie in esame, appare evidente l'infondatezza dei primi profili, con cui si sollevano censure di carattere procedimentale. Infatti, l'analisi degli atti, a partire dalla comunicazione di avvio (cfr. doc n. 10 di parte ricorrente), rende palese sin dall'origine la natura del potere esercitato, di autotutela. D'altronde, ciò trova conferma nel pregresso contenzioso di cui l'avvio predetto costituisce la naturale prosecuzione nella consona sede procedimentale.

A diverse conclusioni deve giungersi in ordine al secondo ordine di censure. Infatti, se in via generale si è avuto modo di sottolineare la adeguatezza della motivazione che deve accompagnare l'esercizio del prospettato potere di autotutela, in via particolare la valutazione svolta dal comune si è basata su di un dato legislativo (l.r. 11\1998) non più attuale al momento dell'avvio del procedimento poi conclusosi con l'atto impugnato. Invero, proprio la necessità di esplicitare l'interesse pubblico ulteriore ed attuale all'annullamento di un titolo edilizio (ovvero alla realizzazione di un intervento assentito silenziosamente, laddove non si accolga la tesi dell'atto implicito), avrebbe imposto l'analisi dell'opera alla stregua della legge vigente al momento dell'intervento repressivo.

Invero, se per un verso, a fronte delle ulteriori considerazioni svolte nell'atto impugnato, il provvedimento risulta accompagnato da una adeguata valutazione dell'interesse pubblico specifico ed ulteriore (specie a pagina tre, seconda parte, dell'atto impugnato in principalità), per un altro verso proprio tali elementi avrebbero dovuto essere accompagnati da un loro adeguamento ed aggiornamento

alla luce della disciplina regionale vigente al momento dell'esercizio del potere, quantomeno in ordine alla relativa applicabilità o meno.

Per ciò che concerne il restante profilo di cui al terzo ordine di rilievi, concernente la violazione del termine ultimo per l'esercizio dell'autotutela, se la nuova disciplina procedimentale invocata (entrata in vigore meno di un mese prima dell'adozione del provvedimento) non appare rilevante nella specie, non avendo la nuova norma natura ed effetti retroattivi, resta carente la motivazione sul punto che, in ordine a tale elemento presupposto fondante l'autotutela ex art. 21 nonies anche previgente ("entro un termine ragionevole") si limita a richiamare il pregresso contenzioso. A tale ultimo riguardo, infatti, l'esercizio di un diritto costituzionale come il diritto di difesa non può elidere il dovere di motivare su di uno specifico presupposto del potere di autotutela che deve, quindi, riguardare il periodo temporale trascorso a prescindere dal relativo contenzioso. L'affidamento del privato sul titolo avrà all'evidenza ad oggetto il periodo precedente, oltretutto ad un contenzioso conclusosi favorevolmente per il privato anche sul punto dei presupposti in questione, rispetto al quale nessuna motivazione è contenuta nell'atto impugnato in via principale.

In proposito, pur a fronte del mancato trascorrere del nuovo termine di diciotto mesi di cui al nuovo testo dell'art. 21 nonies (che pertanto, come detto, non è invocabile nella specie), assume rilievo dirimente nel caso de quo il consolidato previgente principio giurisprudenziale a mente del quale "pur non riscontrandosi un termine di decadenza del potere di autoannullamento del titolo edilizio, la caducazione che intervenga ad una notevole distanza di tempo, e dopo che le opere sono state completate, esige una più puntuale e convincente motivazione a tutela del legittimo affidamento".

Le considerazioni sin qui svolte – in merito al difetto di motivazione sulla legge regionale vigente al momento di avvio e conclusione del procedimento in

questione nonché sulla ragionevolezza del termine trascorso - hanno carattere assorbente, anche rispetto ai motivi aggiunti dedotti in relazione atti costituenti mera conseguenza della statuizione cautelare.

Per ciò che concerne il successivo provvedimento sanzionatorio, il gravame è fondato sia per illegittimità derivata dai profili predetti, sia per i vizi propri dedotti in quanto, a fronte di un titolo annullato, occorre applicare la relativa specifica e puntuale disciplina (ex art. 38 tu edilizia, invero ripresa altresì dalla disciplina regionale), correttamente invocata da parte ricorrente. In proposito, va ribadito che l'art. 38, d. p. r. n. 380 del 2001 costituisce norma di principio (alla cui luce pertanto deve interpretarsi anche la legislazione regionale attuativa) che introduce, tramite la previsione della possibile conservazione dell'immobile realizzato in base a permesso illegittimo annullato, un titolo edilizio in sanatoria a formazione progressiva, che si perfeziona con la corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata (cfr. ad es. Tar Salerno n. 395\2015). Tale previsione detta una norma di favore che assiste l'affidamento qualificato del privato che ha realizzato la costruzione in base a titolo abilitativo poi venuto meno. La disposizione instaura, in sequenza, una duplice alternativa: I) dapprima, tra rimozione dei vizi procedurali del titolo abilitativo edilizio annullato e, in caso di sua impossibilità, riduzione in pristino dello stato dei luoghi; II) poi, tra riduzione in pristino dello stato dei luoghi e, in caso di sua impossibilità, sanzione pecuniaria (cfr. ad es. Tar Napoli 125\2015). Nel caso de quo nessuna valutazione al riguardo risulta essere stata svolta dalla p.a., con conseguente illegittimità degli atti anche sotto tale profilo,

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Sussistono giusti motivi, anche alla luce del pregresso contenzioso e della possibilità di riesame da parte della p.a., per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Marco Poppi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)