

Pubblicato il 14/08/2024

N. 07134/2024REG.PROV.COLL.
N. 05862/2022 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 5862 del 2022, proposto dal signor Dario Ferone, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Cosentini, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

il signor Cupido Lanza, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Brancaccio, Laura Clarizia, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto n. 18;

nei confronti

il Comune di Camerota, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda) n. 1392 del 2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor Cupido Lanza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2024 il Consigliere Emanuela Loria;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

FATTO e DIRITTO

1. Il Signor Dario Ferone è proprietario di un immobile in un condominio confinante con quello limitrofo a quello del Signor Cupido Lanza nel Comune di Camerota, frazione Marina, via la Manna e censito in catasto al foglio n. 26, particella n. 42.

Quest'ultimo ha realizzato un piano sottotetto non abitabile in corrispondenza della terrazza (di sua proprietà unitamente alla figlia) a copertura del fabbricato.

2. La vicenda contenziosa che vede sostanzialmente opposti il Signor Ferone e il Signor Lanza ha avuto vari arresti processuali in sede giurisdizionale amministrativa (per quello che rileva in questa sede).

2.1. In particolare il T.a.r. per la Campania, sede di Salerno, con la sentenza n. 7923 del 2009 ha respinto il ricorso r.g.n. 1696/2008 proposto dal Signor Ferone per la impugnativa del provvedimento di archiviazione prot. n. 11824 del relativo di procedimento di dichiarazione di decadenza per mancato rispetto dei termini di inizio e di conclusione dei lavori del permesso di costruire n. 104/05.

2.2. Il Consiglio di Stato, con la sentenza della Sez. IV, n. 5297/2017 ha accolto l'appello del Signor Dario Ferone e, in riforma della sentenza appellata, ha accolto il ricorso proposto dinanzi al T.a.r. e ha annullato il provvedimento impugnato recante l'archiviazione dell'avviato procedimento dichiarativo di decadenza del permesso in oggetto.

La suindicata sentenza del Consiglio di Stato è stata altresì impugnata con ricorso per revocazione r.g.n. 2973/2018, ricorso che è stato dichiarato inammissibile con la sentenza del 5 agosto 2020 n. 4940.

2.3. Con il ricorso r.g.n. 278/2020 il signor Cupido Lanza ha impugnato il provvedimento del Comune di Camerota del 23 dicembre 2019, prot. n. 24618 con il quale è stato disposto l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire n. 104 del 30 giugno 2005.

Il T.a.r. per la Campania, sede di Salerno, ha accolto il ricorso e ha annullato il provvedimento del Comune di Camerota prot. n. 24618 del 23 dicembre 2019 poiché il Comune, nell'ottemperare alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5297/2017, che aveva riformato la sentenza di rigetto di primo grado n. 7923/2009, avrebbe dovuto non rimuovere in autotutela il permesso di costruire n. 104/2005, bensì ripetere l'*iter* decadenziale ex art. 15 del T.U. edilizia; il T.a.r. ha compensato le spese del giudizio.

2.4. Il Signor Ferone, interveniente *ad opponendum* nel giudizio di primo grado, ha proposto l'appello in esame e dopo aver ricostruito la complessa vicenda edilizia, ha proposto i seguenti tre motivi d'appello:

I. ERROR IN IUDICANDO: ERRONEITÀ DELLA SENTENZA PER INTRINSECA ILLOGICITÀ DELLA MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE DI LEGGE.

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 15 DPR 380/01. ECCESSO DI POTERE.

II. ERROR IN IUDICANDO: ERRONEITÀ DELLA SENTENZA PER INTRINSECA ILLOGICITÀ DELLA MOTIVAZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 90 DEL D.P.R. 380/2001. ERRATA INTERPRETAZIONE DEL PROVVEDIMENTO DELLA AREA GENERALE DI COORDINAMENTO LAVORI PUBBLICI, OPERE PUBBLICHE, ATTUAZIONE, ESPROPRIAZIONI DELLA REGIONE CAMPANIA – SETTORE PROVINCIALE DEL GENIO CIVILE DI SALERNO DELL'11 MARZO 2014, PROT. N. 172029 -- ECCESSO DI POTERE.

III. ERROR IN IUDICANDO: ERRONEITÀ DELLA SENTENZA PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21 nonies L.

2.5. Si è costituito in giudizio il Signor Cupido Lanza depositando memoria e documenti e richiamando a pag. 23 della memoria di costituzione le domande e le eccezioni non esaminate dal T.a.r.

2.6. L'appellante ha depositato in data 27 luglio 2022 memoria di replica.

2.7. Il Comune di Camerota non si è costituito in giudizio.

3. Alla pubblica udienza del 23 maggio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. L'appello è infondato.

4.1. Con il primo motivo è censurata la sentenza di primo grado nella parte in cui vi si afferma: *“se il Comune di Camerota avesse effettivamente inteso ottemperare alla sentenza n. 5297 del 16 novembre 2017 – così come espressamente dichiarato nella parte dispositiva del qui gravato provvedimento del 23 dicembre 2019, prot. n. 24618 (peraltro, riproduttivo dell'intero testo della richiamata pronuncia giurisdizionale) –, avrebbe dovuto non già rimuovere in autotutela il PdC n. 104 del 30 giugno 2005, bensì rieditare l'iter decadenziale di cui all'art. 15 del d.p.r. n. 380/2001.”*

Secondo l'appellante il provvedimento del RUP avrebbe sostanzialmente accertato la decadenza del titolo edilizio ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 380 del 2001 in considerazione della sua inesistenza, essendo ormai il titolo *“tamquam non esset”*.

Il provvedimento di decadenza non dovrebbe contenere alcuna motivazione in ordine all'interesse pubblico bensì evidenziare solo i presupposti di fatto sui quali l'atto si basa.

4.1.1. Con il secondo motivo è censurata la motivazione della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto la sussistenza l'interesse del signor Lanza alla decisione del ricorso e all'annullamento giurisdizionale del provvedimento del 23 dicembre 2019, prot. n. 24618.

La tesi della carenza di interesse fonda sulla revoca dell'autorizzazione sismica dell'11 luglio 2008, prot. n. 92482 (disposta Area Generale di Coordinamento Lavori Pubblici, Opere Pubbliche, Attuazione, Espropriazioni della Regione

Campania – Settore Provinciale del Genio Civile di Salerno con provvedimento dell'11 marzo 2014, prot. n. 172029), sull'ordinanza del Tribunale di Vallo della Lucania del 12 gennaio 2015 (confermativa dell'ordinanza del 5 dicembre 2012, pronunciata in accoglimento della denuncia di nuova opera proposta dall'appellante avverso i lavori di realizzazione del sottotetto *de quo*) e sull'imposizione del vincolo paesaggistico sull'area di intervento nell'anno 2008 sicché il permesso di costruire sarebbe *"tamquam non esset"*.

4.1.2. Con il terzo motivo l'appellante sostiene che il Comune avrebbe correttamente esercitato il proprio potere di autotutela riaprendo il procedimento e valutando compiutamente l'interesse pubblico; soggiunge l'appellante che in ogni caso *"la decadenza del titolo edilizio è un mero effetto legale del decorso del termine ragion per cui il provvedimento comunale è, in merito, meramente dichiarativo"* (pag. 15).

4.2. Si può procedere ad una trattazione congiunta dei motivi in relazione alla loro connessione logico-giuridica.

Invero, questa stessa Sezione, con l'ordinanza n. 7780 del 22 novembre 2021 (emessa nell'ambito della medesima vicenda contenziosa per regolare la competenza a seguito dell'ordinanza collegiale del T.a.r. n. 837 del 2 aprile 2021, resa tra le stesse parti), ha rilevato che, ancorché il provvedimento del Comune di Camerota n. 11824 del 23 dicembre 2019 affermi di attuare il giudicato portato dalla sentenza n. 5297/2017 di questo Consiglio, esso non costituisce attuazione o esecuzione del giudicato amministrativo portato dalla suindicata sentenza, in considerazione del fatto che tale pronuncia non ha riguardo ai profili di legittimità del permesso di costruire n. 104 del 30 giugno 2005, bensì il distinto provvedimento di archiviazione del procedimento di decadenza avente ad oggetto il suddetto titolo edilizio, e che, pertanto, il provvedimento di annullamento di ufficio del permesso di costruire n. 104/2005 e di demolizione delle opere realizzate in base a quel titolo *"non risulta attuativo del giudicato contenuto nella suindicata sentenza di questo Consiglio di*

Stato, ma il provvedimento n. 11824 del 23 dicembre 2019 costituisce, sostanzialmente, espressione dell'esercizio, ex novo, del potere amministrativo."

4.3. Da ciò discende in primo luogo che vi è un interesse specifico, concreto ed attuale del signor Lanza a vedere annullato il provvedimento amministrativo poiché: a) l'ordinanza del Tribunale di Vallo della Lucania del 12 gennaio 2015 (confermativa dell'ordinanza del 5 dicembre 2012, pronunciata in accoglimento della denuncia di nuova opera proposta, inter alii, dall'appellante avverso i lavori di realizzazione del sottotetto), siccome pronunciata ai sensi dell'art. 669 *terdecies* cod. proc. civ., riveste natura cautelare e provvisoria; b) la revoca dell'autorizzazione sismica dell'11 luglio 2008, prot. n. 92482 (disposta dal Genio Civile di Salerno con provvedimento dell'11 marzo 2014) non elide l'interesse dell'appellato a vedere annullato il provvedimento del 2019 poiché l'autorizzazione sismica riguarda la fase dell'integrazione dell'efficacia e non quella della legittimità.

4.4. Conseguentemente, la legittimità del provvedimento in esame deve essere valutata alla stregua dell'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990 (nella versione applicabile *ratione temporis* al momento della sua adozione).

L'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, nel testo in vigore dal 28 agosto 2015 al 31 maggio 2021 e, quindi, *ratione temporis* vigente, ha previsto che:

"1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

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

2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.”.

Di talché, i presupposti affinché possa disporsi l'annullamento d'ufficio di un provvedimento illegittimo sono i seguenti:

- a) sussistenza di ragioni di interesse pubblico;
- b) termine non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dell'atto;
- c) bilanciamento con l'interesse dei destinatari e dei controinteressati.

4.5. Nella fattispecie in esame, fermo restando che l'interesse pubblico alla rimozione di un'opera edilizia abusiva potrebbe ritenersi *in re ipsa*, l'esercizio del potere di autotutela si rivela illegittimo per la carenza dei presupposti sub b) e sub c).

4.6. In primo luogo, si rileva la carenza del presupposto sub c) – ossia il bilanciamento con l'interesse dei destinatari e dei controinteressati - in quanto, ribadito che l'interesse pubblico alla rimozione di un'opera edilizia abusiva potrebbe ritenersi *in re ipsa*, il Comune non ha svolto alcuna considerazione in ordine al bilanciamento degli interessi del destinatario dell'atto, pur prevista dall'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 *ratione temporis* vigente.

Come rilevato nell'ordinanza di questa Sezione sopra citata, l'atto impugnato è quanto meno perplesso nella sua motivazione finale in cui dispone “*in ottemperanza della Sentenza n. 05297/2017 del Consiglio di Stato come da dispositivo finale, ... Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa*” *l'annullamento del permesso di costruire numero 104 del 30 giugno 2005 (...) l'avvio del procedimento sanzionatorio per realizzazione di manufatto in assenza di valido permesso di costruire*”.

Poiché la sentenza del Consiglio di Stato n. 5297/2017, di cui il provvedimento citato costituisce asseritamente attuazione, ha annullato il provvedimento di decadenza del titolo edilizio, il provvedimento del 23 dicembre 2019 è quanto meno perplesso perché dispone l'annullamento del titolo edilizio, elemento questo che non rientrava nel contenuto conformativo della stessa sentenza del 2017.

4.7. In secondo luogo, l'atto è stato emanato in violazione del presupposto indicato alla lettera b).

Invero, l'atto, con cui il Comune di Camerota ha annullato il permesso di costruire rilasciato al signor Lanza il 30 giugno 2005, è stato adottato in data 23 dicembre 2019 vale a dire in uno iato temporale estremamente ampio e, quindi, poco ragionevole (nonostante siano state emanate due ordinanze di sospensione dei lavori da parte del Comune nell'anno 2007, poi revocate - cfr. doc. 8 ss. fascicolo primo grado produzione ricorrente - e le prime iniziative giurisdizionali tra le parti private avverso le opere autorizzate con il titolo edilizio risalgano al *"ricorso per denuncia di nuova opera e di danno temuto"* dinanzi al Tribunale di Vallo della Lucania, ordinanza n. 1178 del 29 novembre 2012 confermata dall'ordinanza collegiale del 7 gennaio 2015 e al ricorso r.g.n. 1686/2008 proposto dinanzi al T.a.r. di Salerno) e, comunque, ben oltre il termine di diciotto mesi dall'entrata in vigore, in data 28 agosto 2015, dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 come novellato dalla c.d. legge Madia (legge n. 124 del 2015).

Il regime temporale di diciotto mesi introdotto dalla legge n. 124 del 2015, così come non può decorrere dall'adozione dell'atto di prime cure, se antecedente al 28 agosto 2015, decorre senz'altro, per tali atti, dall'indicato giorno di entrata in vigore della novella legislativa; per cui, nella fattispecie, il provvedimento impugnato è stato adottato oltre il termine perentorio di legge, essendo decorsi oltre tre anni dal *dies a quo*.

4.8. Peraltro, il termine di diciotto mesi, peraltro, può essere legittimamente superato nelle ipotesi di cui al comma 2-bis dell'art. 21-nonies, vale a dire di

provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato.

La giurisprudenza ha chiarito in proposito come non possa sostenersi che le "false attestazioni", ai fini dell'operatività del comma 2-*bis* dell'art. 21 *nonies* e, quindi, per poter consentire di superare il termine dei 18 mesi nell'esercizio dell'autotutela, debbano essere state accertate con sentenza penale passata in giudicato.

A tali fini, infatti, è stata operata una netta distinzione tra le due ipotesi contemplate dal comma 2-bis dell'art. 21-*nonies*, costituite, l'una, dalle "*false rappresentazioni dei fatti*", l'altra, dalle "dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci".

4.9. In particolare (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 2021 n. 2329), la giurisprudenza ha evidenziato che il superamento del rigido limite temporale di 18 mesi per l'esercizio del potere di autotutela di cui all'art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, deve ritenersi ammissibile, a prescindere da qualsivoglia accertamento penale di natura processuale, tutte le volte in cui il soggetto richiedente abbia rappresentato uno stato preesistente diverso da quello reale, atteso che, in questi casi, viene in rilievo una fattispecie non corrispondente alla realtà.

Tale contrasto, tra la fattispecie rappresentata e quella reale, può essere determinato da dichiarazioni false o mendaci la cui difformità, se frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive), dovrà scontare l'accertamento definitivo in sede penale, ovvero da una falsa rappresentazione dei fatti, che può essere rilevante al fine di superamento del termine di diciotto mesi anche in assenza di un accertamento giudiziario della falsità, purché questa sia accertata inequivocabilmente dall'Amministrazione con i propri mezzi.

4.10. L'articolo 21-*nonies*, in definitiva, contempla due categorie di provvedimenti - differenziabili in ragione dell'uso della disgiuntiva “o” - che consentono all'Amministrazione di esercitare il potere di annullamento d'ufficio oltre il termine di diciotto mesi dalla loro adozione, a seconda che siano, appunto, conseguenti a false rappresentazioni dei fatti o a dichiarazioni sostitutive false.

La *ratio* dell'illustrato comma 2-*bis*, infatti, risiede nell'esigenza che il *dies a quo* di decorrenza del termine per l'esercizio dell'autotutela debba essere individuato nel “*momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro*” (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 8 del 17 ottobre 2017, riferita peraltro al concetto di termine “ragionevole”, in quanto involgente una fattispecie concreta venuta in essere prima della c.d. riforma Madia).

La “scoperta” sopravvenuta all'adozione del provvedimento di primo grado deve tradursi in una impossibilità di conoscere fatti e circostanze rilevanti imputabile al soggetto che ha beneficiato del rilascio del titolo edilizio, non potendo la negligenza dell'Amministrazione procedente tradursi in un vantaggio per la stessa, che potrebbe continuamente differire il termine di decorrenza dell'esercizio del potere.

4.11. In sostanza, il differimento del termine iniziale per l'esercizio dell'autotutela deve essere determinato dall'impossibilità per l'Amministrazione, a causa del comportamento dell'istante, di svolgere un compiuto accertamento sulla spettanza del bene della vita nell'ambito della fase istruttoria del procedimento di primo grado.

4.12. Nel caso di specie, l'Amministrazione comunale non solo non ha rappresentato l'esistenza di dichiarazioni false accertate con sentenza penale passata in giudicato, ma nemmeno ha dimostrato l'esistenza di una falsa rappresentazione dei fatti, tanto che le ragioni poste a base dell'annullamento sono espresse con riferimento ad una serie di procedimenti amministrativi e giurisdizionali che nulla hanno a che fare con una istruttoria condotta

autonomamente dal Comune sull'effettiva sussistenza di difformità progettuali o di false rappresentazioni rispetto alla situazione reale da accertare con i poteri propri dell'Amministrazione; vale a dire che il Comune avrebbe potuto e dovuto accertare se lo stato progettuale sia conforme alle disposizioni dello strumento urbanistico, alle norme paesaggistiche etc... e se la situazione reale dei lavori (ove conforme con le disposizioni testé indicate) coincida con quella progettuale.

Tutto ciò il Comune avrebbe potuto e dovuto fare nel corso della fase istruttoria del procedimento amministrativo senza dover attendere le segnalazioni da parte dei proprietari limitrofi per avviare le attività di verifica a considerevole distanza di tempo dal rilascio del permesso di costruire.

4.13. L'Amministrazione, cioè, aveva la possibilità di conoscere tutti i fatti e le circostanze necessarie all'assunzione di una corretta decisione sull'istanza di parte volta a conseguimento del titolo abilitativo edilizio.

4.14. Una volta rilasciato, sia pure illegittimamente, il permesso di costruire, il potere di annullamento d'ufficio deve essere esercitato nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 *ratione temporis* vigente.

D'altra parte, i diversi presupposti in presenza dei quali possono essere esercitati il potere di negare il permesso di costruire (così come di ordinare la demolizione di un immobile abusivo), provvedimento di primo grado, ed il potere di annullamento d'ufficio di un permesso di costruire già rilasciato, provvedimento di secondo grado, sono diretta conseguenza della natura vincolata del primo potere e della natura discrezionale del secondo potere.

5. Conclusivamente, in considerazione della ravvisata infondatezza dei motivi sopra esaminati, l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, deve essere confermato l'annullamento del provvedimento impugnato con il ricorso di primo grado, salvo ed impregiudicato il riesercizio dei poteri da parte del Comune di Camerota – non costituito – nei termini indicati in motivazione, in

effettiva ottemperanza della sentenza di questa stessa Sezione n. 5297 del 16 novembre 2017.

6. Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti costituite, sussistendo giusti motivi in relazione alla particolarità del contenzioso deciso.

P.Q.M.

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

Compensa le spese di giudizio tra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Loria

IL PRESIDENTE
Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO