

Pubblicato il 07/09/2018

N. 05277/2018REG.PROV.COLL.

N. 09698/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 9698 del 2015, proposto dal Comune di Telese Terme, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

contro

società Telesia Immobiliare di Vegliante Quirino s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Carbone, con domicilio eletto presso lo studio Antonio D'Aloia in Roma, via Emilio de' Cavalieri, n. 11;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania – Napoli, Sezione VIII, n. 4286 del 4 settembre 2015, resa tra le parti, concernente annullamento in autotutela di permessi di costruire.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Telesia Immobiliare di Vegliante Quirino s.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 il consigliere Giovanni Sabato e uditi, per le parti rispettivamente rappresentate, gli avvocati Abbamonte e Carbone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.L'oggetto del presente giudizio è costituito dai seguenti atti:

a) il provvedimento n.5489 del 5 maggio 2014, con cui il Comune di Telese Terme (in prosieguo il Comune) ha annullato in autotutela i permessi di costruire n.25/2004 e n. 22/2007, aventi ad oggetto, rispettivamente, "*il cambio di destinazione d'uso di un fabbricato esistente da autorimessa pubblica in commistione funzionale ad edificio di interesse pubblico*" e "*l'ampliamento e completamento funzionale di un edificio di interesse pubblico da destinare a struttura sanitaria ed amministrativa del distretto sanitario di Telese*";

b) la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela prot. n. 6868 del 29 giugno 2011.

2. In fatto giova ripercorrere i passaggi salienti della vicenda:

a) con concessione edilizia n. 74/99 il Comune autorizzava i sigg. Fusco Rosina, Vegliante Luigi e Vegliante Michele a realizzare, in espressa applicazione dell'art. 25 N.T.A. del P.R.G., in zona F4, un edificio, "*lungo la strada prov.le S. Salvatore – Telese*", destinato ad autorimessa per autobus (distinto con la lettera "A") ed un edificio a destinazione commerciale (distinto con la lettera "B") con la prescrizione di realizzare 166 posti auto, di cui 108 nella struttura ad autorimessa e 58 nella struttura a servizi;

b) in base alla richiamata norma urbanistica, la realizzazione delle opere sarebbe avvenuta "*in commistione funzionale*" di guisa che l'autorimessa, quale attrezzatura pubblica, una volta realizzata, sarebbe stata, alternativamente, ceduta al Comune ad un prezzo calmierato, ovvero locata, ferma restando la possibilità, in funzione premiale, di realizzare unità terziarie e produttive con gli indici e i parametri più favorevoli previsti per la contigua zona C3;

c) con atto notarile del 14 aprile 2000 i predetti sigg. Fusco Rosina, Vegliante Luigi e Vegliante Michele cedevano alla Edil Lux di Carotenuto Raffaele parte del lotto relativo ai lavori assentiti con la concessione edilizia n. 74/99 ed in particolare l'area di sedime dell'immobile a destinazione commerciale;

d) dopo uno scambio di note, nell'anno 2002, tra il nuovo proprietario del suolo ed il Comune per acquisire la disponibilità a cedere il fabbricato destinato ad autorimessa, la Telesia Immobiliare (in prosieguo società Telesia), pervenuta nella titolarità del suolo in data 5 settembre 2003, aderiva all'avviso dell'ASL di Benevento per acquisire la disponibilità di immobili da destinare a sede del distretto sanitario, cosicché chiedeva ed otteneva dal Comune, con la concessione edilizia n. 25 del 1° aprile 2004, l'autorizzazione al relativo cambio di destinazione d'uso;

e) in data 9 maggio 2006 veniva stipulato tra l'ASL di Benevento e la società Telesia il contratto preliminare di vendita della struttura con il versamento, a titolo di caparra confirmatoria in favore della promittente venditrice, della somma di € 210.800,00, cui seguiva il permesso di costruire n. 22 del 24 aprile 2007 recante autorizzazione all'esecuzione dei lavori;

f) il Comune, con delibera di C.C. n. 4 del 23 gennaio 2012, approvava uno schema di accordo tra lo stesso Ente, la società Telesia e l'ASL di Benevento per subentrare nel predetto rapporto contrattuale impegnandosi a rilasciare permesso in deroga;

g) con nota prot. n. 8868 del 29 giugno 2011 il Responsabile dell'Area Tecnica del Comune comunicava l'avvio del procedimento di autotutela che si concludeva con la determinazione in epigrafe n. 5489/2014.

3. Con ricorso proposto davanti al T.a.r. per la Campania – Napoli, Sezione VIII, la società Telesia ha lamentato l'illegittimità di tali atti per:

i) difetto di motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico;

ii) mancata considerazione delle osservazioni formulate in sede procedimentale;

iii) insussistenza del presunto contrasto con la normativa urbanistica.

4. Con la sentenza in epigrafe – n. 4286 del 4 settembre 2015 – il Tribunale, nella resistenza del Comune, ha così deciso:

i) ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso (questo capo della sentenza non è stato impugnato ed è pertanto passato in giudicato);

ii) ha accolto il ricorso reputando fondato il primo motivo di gravame;

iii) ha respinto gli altri due motivi di ricorso reputandoli infondati (anche questi capi della sentenza non sono stati impugnati);

iii) ha condannato il Comune al rimborso delle spese di lite (euro 2.000,00 oltre IVA e CPA.).

4. In particolare, il Tribunale ha ritenuto:

- che il provvedimento impugnato, ancorché ampiamente articolato (ben 44 pagine), non presenta la necessaria congrua motivazione sul pubblico interesse, in comparazione con quello privato ad esso contrapposto, sotteso alla conservazione dell'atto nel rispetto dell'affidamento ingeneratosi in capo alla società;

- che la motivazione doveva essere particolarmente "*pregnante*" avuto riguardo a diversi profili della vicenda quali il rilascio di un secondo titolo edilizio, implicitamente confermativo della legittimità del precedente, il decorso di un notevole lasso di tempo dal loro rilascio e dalla stessa attivazione del procedimento di autotutela, il disinteresse manifestato dal Comune nell'acquisizione della disponibilità dell'immobile;

- che il Comune ha omesso di valutare in concreto per quale ragione la perdita di parcheggi pubblici abbia recato "*pregiudizio al corretto sviluppo urbanistico dell'area e alla pianificazione del territorio*";

- che lo stesso Comune, in vista di un ritorno economico, ha ipotizzato il mantenimento della destinazione a distretto sanitario ASL per tal via rappresentando di avere un interesse meramente patrimoniale che andava comparato con quello della società, invece non adeguatamente ponderato;

5. Avverso tale pronuncia, il Comune ha interposto appello, ritualmente notificato il 20 novembre 2015 e depositato il 24 novembre 2015, articolando cinque motivi di gravame (pagine 8 - 25) nei termini di seguito sintetizzati:

5.1.) il Tribunale, pur rilevando la illegittimità dei titoli edilizi annullati, ha ritenuto prevalente l'affidamento consolidatosi in capo alla società per effetto del decorso del tempo senza considerare che l'intervento era destinato a realizzare uno *standard* urbanistico, ovvero la realizzazione di autorimessa per autobus così come stabilito da inoppugnata previsione di PRG e da precise statuizioni normative (art. 41 *quinquies* della legge urbanistica n. 1150/1942 e art. 3 del D.M. n. 1444/1968);

5.2.) deve quindi ritenersi che il provvedimento di autotutela è adeguatamente motivato "*con il solo dichiarato espresso interesse pubblico alla osservanza delle disposizioni del Piano Regolatore e alla realizzazione dello standard urbanistico, interesse questo in relazione al quale l'affidamento ingenerato nel privato dal rilascio del permesso di mutamento di destinazione d'uso del 2004 non può ritenersi affatto prevalente*", interesse che non può non essere frustrato dalla realizzazione di un edificio adibito a servizi rispetto alla programmata autorimessa per autobus;

5.3.) poiché il titolo prevedeva la realizzazione dello *standard* urbanistico in regime convenzionale, nel senso che "*il privato si sostituiva alla P.A. nella realizzazione della rimessa per autobus ed in regime premiale realizzava in zona F4 un edificio commerciale*", la società era ben consapevole che solo la realizzazione dello *standard* urbanistico gli consentiva la edificazione dell'immobile ad uso commerciale, consapevolezza che non gli aveva peraltro impedito di rispondere all'avviso pubblico dell'ASL di Benevento ben prima di ottenere il permesso per il mutamento della destinazione d'uso;

5.4.) il Tribunale ha omesso di considerare che il permesso di costruire n. 25/2004, col quale si autorizzava la modifica di destinazione d'uso, non era preceduto da variante deliberata dall'organo consiliare del Comune così risultando in radice illegittimo;

5.5.) nel valutare i presupposti per l'applicazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, il Tribunale ha omesso di considerare, in prospettiva applicazione dell'art. 1227 c.c., il comportamento della società "*che ha liberamente scelto acquisire un terreno destinato a standard, laddove il terreno destinato alla realizzazione dell'edificio ad uso commerciale era stato in precedenza ceduto ad altro soggetto giuridico*";

5.6.) non sussiste, contrariamente a quanto opinato dal Tribunale, alcuna contraddittorietà dell'azione amministrativa nella scelta dell'Amministrazione di indire una conferenza di servizi per

ricondere sui binari della legalità la vicenda amministrativa in esame.

6. In data 4 dicembre 2015, si è costituita con atto di stile la società Telesia; è seguito il deposito di memoria difensiva. L'appellata ha contrastato tutti i rilievi *ex adverso* sollevati evidenziando che l'Amministrazione non ha valutato la situazione di fatto venutasi a creare per effetto del decorso del tempo.

7. Con ordinanza n. 5633 del 18 dicembre 2015, il Collegio ha respinto la domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza oggetto di gravame e condannato l'appellante alle spese della fase cautelare (€ 2.000,00 oltre IVA e CPA) con la seguente motivazione: *“Considerato che, ad un sommario esame, la sentenza impugnata appare congruamente motivata mediante l'applicazione dei noti principi in materia di autotutela; Considerato altresì che non appaiono sussistere i presupposti per la sospensione dell'efficacia della sentenza medesima, avendo l'appellante chiesto, a giustificazione della domanda di sospensione, un intervento chiarificatore sulla vicenda (che, ovviamente, può essere dato solo nella sede di merito) senza allegare un concreto pregiudizio attuale, grave ed irreparabile, discendente dall'esecuzione della pronuncia gravata in questa sede, ed ovviamente differente dall'interesse al mero ripristino della legalità violata”*.

8. In vista dell'udienza di trattazione del merito, entrambe le parti hanno depositato memorie insistendo per le rispettive conclusioni.

9. All'udienza pubblica del 21 giugno 2018, la causa è stata riservata in decisione.

10. Preliminarmente il Collegio osserva quanto segue:

a) sono state tempestivamente depositate le rispettive memorie difensive prodotte dalle parti di causa in prossimità dell'udienza di trattazione del merito e segnatamente in data 15 maggio 2018 e 31 maggio 2018;

a1) va infatti disattesa l'eccezione della difesa comunale, suffragata dal richiamo di giurisprudenza di questo Consiglio, di inammissibilità della memoria di replica di controparte del 31 maggio 2018, evidenziando che questa non è stata preceduta dal deposito, da parte della società Telesia, di alcuna memoria difensiva;

a2) invero anche il processo amministrativo risente della necessità di impedire che, in vista dell'udienza di trattazione del merito, le parti assumano iniziative che comportino forme di abuso degli strumenti processuali con finalità elusive dei termini perentori che governano la produzione di memorie e documenti, di tal che questo Consiglio ha evidenziato che *“Nel processo amministrativo la facoltà di replica discende in via diretta dall'esercizio della correlata facoltà di controparte di depositare memoria difensiva nel termine di trenta giorni prima dell'udienza di merito, con la conseguenza che ove quest'ultima facoltà non sia stata esercitata, non può consentirsi la produzione di memoria definitiva di replica dilatando il relativo termine di produzione (pari a trenta giorni e non a quello di venti giorni prima dell'udienza, riservato dal menzionato art. 73 appunto alle repliche)”* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5676);

a3) orbene, di tale orientamento giurisprudenziale, suscettibile di conferma anche in questa sede, non può giovare l'appellante avendo controparte esercitato la facoltà di replica nel termine sancito dal su mentovato art. 73;

a4) l'eccezione in esame è peraltro contenuta nelle note difensive del 5 giugno 2018, che, pertanto, devono essere ritenute tardivamente depositate perché in violazione proprio dell'anzidetto termine perentorio di venti giorni liberi sancito dal più volte menzionato art. 73, comma 1, c.p.a.;

b) non possono essere esaminati mezzi di gravame sviluppati per la prima volta nelle memorie difensive del Comune aventi, come tali, funzione meramente illustrativa e, comunque, certamente tardivi rispetto ai termini decadenziali previsti dall'art. 92 c.p.a. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 marzo 2016, n. 1130; sez. V, n. 398 del 2014).

11. L'appello non merita accoglimento.

12. I cinque motivi d'appello articolati con il gravame in esame, volti ad affermare la legittimità dell'atto di autotutela, in quanto intimamente connessi possono essere congiuntamente esaminati e disattesi, per le seguenti ragioni:

- non convince *in primis* quanto argomentato dall'appellante nel senso della insussistenza in radice della posizione di affidamento ascrivibile al privato stante il contrasto dei titoli edilizi rilasciati con la previsione urbanistica che impone la realizzazione dello *standard* afferente ai parcheggi pubblici contemplato dalla legge generale (art. 41 *quinquies* della legge urbanistica nazionale) oltre che dalla disciplina di P.R.G., in quanto, anche i provvedimenti di annullamento in autotutela sono attratti all'alveo normativo dell'art. 21 *nonies* che, per effetto delle riforme introdotte dal legislatore (da ultimo, la legge n. 124 del 2015), ha riconfigurato il relativo potere attribuendo all'Amministrazione un coefficiente di discrezionalità che si esprime attraverso la valutazione dell'interesse pubblico in comparazione con l'affidamento del destinatario dell'atto;

- come è noto, l'Adunanza plenaria (sentenza 17 ottobre 2017, n.8) ha, da un lato, escluso che sussista *ex se* l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata per effetto del rilascio di un titolo edilizio illegittimo, dovendo essere espressamente circostanziato, e, dall'altro, ha negato la *"teoria dell'inconsumabilità del potere"*, altrimenti nota come *"perennità della potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi"*, con la conseguenza che il decorso del tempo *"onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale"*;

- questa Sezione, nel fare applicazione di tali principi, ha quindi di recente rilevato che i *"presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari; l'esercizio del potere di autotutela è dunque espressione di una rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione"* (cfr. sentenza 29 marzo 2018, n. 1991);

- non coglie nel segno altresì quanto dedotto dal Comune appellante - attraverso il richiamo dell'orientamento pretorio secondo cui la ragionevolezza del termine che governa il potere di autotutela va commisurato utilizzando, quale *tertium comparationis*, il potere regionale di annullamento del permesso di costruire *ex art. 39 del d.P.R. n. 380 del 2001*, fissato in dieci anni - avuto riguardo all'insegnamento dell'Adunanza plenaria, espresso con la su citata pronuncia, secondo cui è da escludere che tale termine sia suscettibile di applicazione nei casi di autotutela;

- secondo il Collegio in composizione allargata, infatti, l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio, successivamente valutato come illegittimo, è possibile anche *"ad una distanza temporale considerevole dal titolo medesimo"*, ma deve essere adeguatamente motivato *"in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale"*, tenuto anche conto degli interessi dei privati coinvolti;

- del resto questa Sezione aveva già rilevato, poco prima dell'intervento dell'A.p., che *"il potere ex art. 39, D.P.R. n. 380 del 2001, per come esso vive nell'interpretazione giurisprudenziale amministrativa, non può dirsi assimilabile o riconducibile, in un rapporto di species a genus, a quello di cui all'art. 21-nonies L. n. 241 del 1990, il quale è, per espressa previsione di diritto positivo, sottoposto al principio del bilanciamento dei contrapposti interessi"* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 agosto 2017, n. 4008);

- ebbene non si evince, dal pur complesso quadro motivazionale che connota il provvedimento

impugnato in prime cure, una adeguata valutazione del sacrificio imposto al privato derivante dal ritiro degli atti autorizzativi, in quanto, come evidenziato di recente da questo Consiglio, *“l'interesse pubblico che legittima e giustifica la rimozione d'ufficio di un atto illegittimo deve consistere nell'esigenza che quest'ultimo cessi di produrre i suoi effetti, siccome confliggenti, in concreto, con la protezione attuale di valori pubblici specifici, all'esito di un giudizio comparativo in cui questi ultimi vengono motivatamente giudicati maggiormente preganti di (e prevalenti su) quello privato alla conservazione dell'utilità prodotta da un atto illegittimo”* (cfr. sentenza sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341);

- peraltro la società ha documentato, nel corso del procedimento di autotutela, il parallelo giudizio civile instauratosi nei suoi confronti su iniziativa dell'ASL di Benevento per la condanna al pagamento della penale di € 1.343.200,00 contrattualmente prevista;

- non va altresì trascurato il comportamento della società improntato a criteri di lealtà e chiarezza avendo *ab initio* rappresentato al Comune (vedi delibera di Giunta municipale n. 242 del 23 settembre 2003) di avere interesse al mutamento della destinazione d'uso al fine di dar seguito al rapporto contrattuale instaurato con l'ASL di Benevento;

- per giunta, sia gli originari proprietari, signori Vegliante – Fusco, che i successivi aventi causa, società Edil Lux, manifestavano la propria disponibilità, negli anni 2001 e 2002, a concedere in locazione l'uso dei locali del blocco “A” senza trovare alcun riscontro di un qualsivoglia interesse da parte dell'Amministrazione (come si evince dalle note del 1° marzo 2001 e del 31 dicembre 2002);

- nemmeno vanno trascurate le circostanze relative al rilascio, ad opera del Comune, del certificato di agibilità dell'immobile in data 10 maggio 2011, nonchè al notevole lasso temporale decorso non solo dal rilascio dei titoli edilizi oggetto della determinazione repressiva del Comune (circa 10 anni, circostanza questa che *“imponesse una motivazione particolarmente convincente circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto”* cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 2017, n. 3462), ma anche dall'atto che ha innescato il procedimento di autotutela, essendo il provvedimento finale intervenuto dopo ben tre anni dalla comunicazione del relativo avviso di avvio procedimentale;

- dalla dinamica della complessa vicenda di causa è dato rilevare che la reazione del Comune si registra soltanto dopo aver avuto cognizione, nel corso dell'anno 2010, stante il coinvolgimento degli uffici comunali da parte degli organi inquirenti (vedi nota dell'Ufficio tecnico prot. n. 5489 del 5 maggio 2014), della pendenza di un procedimento penale presso la Procura della Repubblica di Benevento in ordine al mutamento della destinazione d'uso dell'autorimessa;

- dagli atti della Conferenza di Servizi, svoltasi tra il 15 marzo ed il 19 aprile 2012 dopo l'approvazione, con delibera di C.C. n. 4 del 23 gennaio 2012, dello schema di accordo procedimentale, si evince come il Comune abbia optato per il mantenimento della destinazione d'uso a servizi impegnandosi al rilascio di un permesso in deroga (vedi art.1 dello schema di accordo procedimentale fra il Comune, la società Telesia e la ASL BN1), disponibilità confermata fino ad epoca immediatamente antecedente all'adozione del provvedimento auto-annullatorio con la determinazione n. 109 del 17 giugno 2013 di approvazione di detto schema;

- la volontà espressa dall'Ente comunale di sanare le irregolarità urbanistiche della struttura al fine di subentrare nel rapporto contrattuale con l'ASL di Benevento manifesta l'implicito riconoscimento del notevole interesse pubblico al mantenimento di tale destinazione (a distretto sanitario) della struttura medesima e, al contempo, il disinteresse per la originaria destinazione a parcheggio pubblico;

- il Comune non ha dedicato alcun passaggio motivazionale alla possibilità, non implausibile, di annullare soltanto parzialmente i titoli edilizi rilasciati al fine di contemperare le contrapposte esigenze recando il minore sacrificio possibile alla posizione giuridica del privato (Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 816; sez. VI, 18 luglio 2017, n. 3524; sez. III, 28 luglio 2017, n. 3780).

15. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.

16. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g 9698/2015), lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore della società Telesia Immobiliare, delle spese del giudizio che liquida in euro 6.000,00 (seimila/00), comprensive di quelle relative alla fase cautelare, oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%). .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE
Vito Poli

IL SEGRETARIO