

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 6 novembre 2008 n. 5500

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

Sul ricorso r.g.n. 3792/2003 proposto in appello da Rea Luigi e Caporaso Demetria Stella, rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni Di Nola e Alberto Vitale, con domicilio eletto presso l'avvocato Daniela Mettimano in Roma alla via Natale del Grande n. 51;

contro

Comune di Sant'Anastasia, in persona del l.r.p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Laura Sofia Allamprese con domicilio eletto in Roma alla via degli Avignonesi n. 5 presso l'avv. Andrea Abbamonte;

Autorità di Bacino nord occidentale della Campania, in persona del l.r.p.t., non costituita;

Regione Campania, in persona del l.r.p.t. rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Lacatena con domicilio eletto in Roma alla via Poli 29;

per l'annullamento

della sentenza n. 7195 del 2002 depositata in data 10 luglio 2002 con la quale il TAR Campania Napoli quarta sezione ha rigettato il ricorso per l'annullamento della ordinanza di sospensione di lavori relativi a lottizzazione abusiva e per il ripristino dello stato dei luoghi e la demolizione di tutte le opere di urbanizzazione già realizzate sui fondi siti in via Somma, traversa privata.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Sant'Anastasia e della Regione Campania;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Relatore alla udienza pubblica del 17 ottobre 2008 il Consigliere Sergio De Felice;

Uditi gli avvocati delle parti, come da verbale di causa;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania l'attuale appellante impugnava la ordinanza di sospensione di lavori relativi a lottizzazione abusiva e per il ripristino dello stato dei luoghi e la demolizione di tutte le opere di urbanizzazione già realizzate sui fondi siti in via Somma, traversa privata. Il ricorso veniva rigettato perché ritenuto infondato in relazione a tutte le censure.

Con l'atto di appello vengono riproposte le medesime censure.

Si deduce la insussistenza della lottizzazione abusiva ai sensi dell'art. 18 della l.47/1985 in relazione al frazionamento di terreni; si deduce la violazione del principio dell'affidamento e la mancata valutazione dell'interesse pubblico alla demolizione, nonché la violazione dell'obbligo di partecipazione (art. 7 L.241/1990).

Si è costituito il comune di Sant'Anastasia chiedendo il rigetto dell'appello perché infondato.

Si è costituita la Regione Campania, che chiede dichiararsi la inammissibilità e improcedibilità dell'appello e comunque il rigetto dell'appello perché infondato.

Alla udienza pubblica del 17 ottobre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello è fondato.

In primo luogo, va esaminato il motivo di appello relativo agli asseriti vizi procedurali che, se accolto, dovrebbe comportare una riedizione della attività amministrativa, nel rispetto dell'obbligo di partecipazione.

Si sostiene la doverosità dell'obbligo di comunicazione a fini partecipativi anche per i procedimenti sanzionatori, cautelari e demolitori riguardanti ipotesi di lottizzazione abusiva.

L'articolo 18 l.28 febbraio 1985 n.47 disciplina due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva, la prima c.d. materiale, relativa all'inizio della realizzazione di opere che comportano la trasformazione urbanistica e edilizia dei terreni, sia in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici approvati o adottati ovvero di quelle stabilite direttamente in leggi statali o regionali, sia in assenza della prescritta autorizzazione; la seconda c.d. formale (o cartolare) che si verifica allorché, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione lottizzatoria di carattere materiale, se ne sono già realizzati i presupposti con il frazionamento e la vendita, o altri atti equiparati, del terreno in lotti, creando così una variazione in senso accrescitivo sia del numero dei lotti che in quello dei

soggetti titolari del diritto sul bene; il bene giuridico protetto dalla predetta norma quindi è non solo la ordinata pianificazione urbanistica e del corretto uso del territorio, ma anche e soprattutto l'effettivo controllo del territorio da parte del soggetto titolare della stessa funzione di pianificazione (cioè dal Comune), cui spetta di vigilare sul rispetto delle vigenti prescrizioni urbanistiche, con conseguente legittima repressione di qualsiasi intervento di tipo lottizzatorio, non previamente assentito (Consiglio di Stato, IV, 11.10.2006, n.6060).

Si ritiene quindi che sussista lottizzazione abusiva ai sensi dell'art. 18 l.28.2.1985 n.47 ogni qualvolta si rinvercano elementi di fatto che comprovino in modo non equivoco la predisposizione dei terreni a scopo edificatorio (C. Stato, IV, 30.6.2005, n.3531).

Con riguardo alla problematica della necessità di una adeguata partecipazione per il procedimento di accertamento della lottizzazione abusiva, in tema di lottizzazione abusiva per mezzo di frazionamento e vendita del terreno, l'accertamento della esistenza del presupposto di cui all'art. 18 l.28.2.1985 n.47, non può essere affidato al mero riscontro del frazionamento o della vendita di un terreno, ma implica la ricostruzione di un quadro indiziario, sulla scorta degli elementi indicati nella norma, dalla quale sia possibile desumere in maniera non equivoca "la destinazione a scopo edificatorio" degli atti posti in essere dalle parti (C. Stato, V, 20.10.2004, n.6810).

Alla luce di tale esigenza emergente dalla fattispecie in questione, il Collegio non condivide la tesi per la quale, a causa della natura sostanzialmente vincolata del provvedimento di sospensione cautelare in tema di lottizzazione abusiva, per la sua adozione non sarebbe necessario l'invio della comunicazione di avvio del relativo procedimento.

Infatti, l'accertamento in tema sia di lottizzazione materiale che negoziale in punto di fatto riguarda una pluralità di elementi, attraverso indagini la cui particolare complessità impone la partecipazione dei soggetti interessati.

La partecipazione del privato ai procedimenti amministrativi prevista dal Capo III della l.241 del 1990 è necessaria anche in relazione ad accertamenti che precedono provvedimenti vincolati, potendo sovente assumere rilievo, grazie all'apporto partecipativo del privato, circostanze e elementi tali da indurre l'amministrazione a recedere dalla emanazione dei provvedimenti restrittivi. In presenza di atti vincolati, in fattispecie ad accertamento ad alta complessità, anche in presenza di esigui se non inesistenti margini di apprezzamento discrezionale per la pubblica amministrazione, la partecipazione, oltre che un valore in sé, è sempre utile, e quindi obbligatoria, in quanto può rilevare circostanze ed elementi tali da indurre l'amministrazione a recedere dalla emanazione di provvedimenti restrittivi.

Il procedimento di verifica degli elementi che caratterizzano la lottizzazione abusiva – sia finalizzato alla adozione della misura cautelare della sospensione della realizzazione delle opere di lottizzazione e degli atti di disposizione che, in un secondo momento, della acquisizione al patrimonio comunale delle aree lottizzate – lungi dall'aver uno sbocco necessitato, a parte la sua incisività e lesività, richiede un accertamento complesso di circostanze di fatto, non contraddistinte da significati unidirezionali, basato su molteplici elementi, al quale i soggetti interessati possono, con le loro osservazioni critiche e deduzioni in punto di fatto, utilmente cooperare, facendo eventualmente anche rilevare circostanze e elementi tali da indurre la p.a. stessa a orientarsi diversamente e a recedere dalla emanazione in questione (C. Stato, V, 23 febbraio 2000, n.948; V, 11 maggio 2004, n.2953; V, 29.1.2004, n.296).

Conseguentemente, ove tali procedimenti si siano svolti in mancanza dell'apporto cooperativo dei soggetti interessati, per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento stesso, esso va annullato.

Non è sufficiente addurre che si tratti di atto vincolato, ai fini della dimostrazione che il provvedimento, affetto dal vizio formale o procedimentale di difetto dell'avvio del procedimento, non sia annullabile ai sensi dell'art. 21 octies comma 2 della L. 241 del 1990, in quanto il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

Nella specie, infatti, il vincolo deriva da precisi presupposti di fatto, la cui ricorrenza è invece contestata dai motivi di gravame, proprio perché il deficit partecipativo – in tesi – non ha consentito di dimostrare la erroneità dei presupposti di fatto da cui muove l'amministrazione.

Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va accolto e, conseguentemente, il ricorso di primo grado va accolto nei sensi di cui in motivazione.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

accoglie l'appello e, conseguentemente, in riforma della impugnata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione e annulla il provvedimento impugnato, salve ulteriori determinazioni dell'Amministrazione. Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 ottobre 2008, con l'intervento dei magistrati:

Giovanni VACIRCA Presidente

Giuseppe ROMEO Consigliere

Anna LEONI Consigliere

Sergio DE FELICE Consigliere, est.

Vito CARELLA Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Sergio De Felice Giovanni Vacirca

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria il 06/11/2008

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa