

SCIA e tutela del terzo

Data di pubblicazione: 25 novembre 2016

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 3 novembre 2016*, con commento di FRANCO BOTTEON, Scia e tutela del terzo: un (piccolo) passo avanti del Consiglio di Stato nel rafforzamento dell'istituto.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI – sentenza 3 novembre 2016 n. 4610 - Pres. Santoro, Est. Lopilato - Bradford (Avv.ti Di Raimondo e Mastroviti) c. Comune di Almese (n.c.) e Società La Torre s.n.c. (Avv.ti Occhiena e Paolantonio) - (riforma T.A.R. Piemonte, Sez. II, sentenza 1 luglio 2015, n. 1114, in *LexItalia.it*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/57366>).

Edilizia ed urbanistica - SCIA - Tutela del terzo - Ordine all'Amministrazione di esercitare i poteri inibitori - Nel caso in cui sia trascorso il termine previsto dall'art. 19 l. n. 241/90 - Impossibilità - Potere di chiedere la condanna dell'Amministrazione all'esercizio di poteri che devono avere i requisiti che giustificano l'autotutela amministrativa - Sussiste.

In tema di scia deve ritenersi, pur nella non chiarezza del vigente quadro normativo (1), che il terzo non possa chiedere al giudice di ordinare all'Amministrazione di esercitare i poteri inibitori, nel caso in cui sia trascorso il termine di trenta (o sessanta) giorni previsto dall'art. 19 l. n. 241/90, ma che possa solo chiedere la condanna dell'Amministrazione all'esercizio di poteri che devono avere i requisiti che giustificano l'autotutela amministrativa (2).

(1) Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839.

(2) Ha osservato la sentenza in rassegna che, **un primo orientamento**, seguito nella specie dalla sentenza del T.A.R. Piemonte, oggetto dell'appello (pubblicata in questa *Rivista* alla pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/57366>), ritiene che il terzo possa chiedere al giudice di ordinare all'amministrazione di esercitare i poteri inibitori, anche nel caso in cui sia trascorso il termine di trenta (o sessanta) giorni previsto dall'art. 19.

Un secondo orientamento, che la Sezione VI ha ritenuto preferibile, assume, invece, che il terzo possa chiedere la condanna dell'amministrazione all'esercizio di poteri che devono avere i requisiti che giustificano l'autotutela amministrativa.

Tale seconda opzione interpretativa è preferibile in quanto coniuga in modo più equilibrato le esigenze di liberalizzazione sottese alla SCIA con quelle di tutela del terzo.

Se quest'ultimo potesse sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione dell'incidenza sulle posizioni del privato che è ricorso a questo modulo di azione verrebbero frustrate le ragioni della liberalizzazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei trenta (o sessanta) giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame, potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere.

La qualificazione del potere come potere di autotutela costituisce invece, da un lato, maggiore garanzia per il privato che ha presentato la SCIA, in quanto l'amministrazione deve tenere conto dei presupposti che legittimano l'esercizio dei poteri di autotutela e, in particolare, dell'affidamento ingenerato nel destinatario dell'azione amministrativa, dall'altro, non vanifica le esigenze di tutela giurisdizionale del terzo che può comunque fare valere, pur con queste diverse modalità, le proprie pretese.

Commento di

FRANCO BOTTEON (*)

**Scia e tutela del terzo: un (piccolo) passo avanti
del Consiglio di Stato nel rafforzamento dell'istituto**

**(commento a Cons. Stato, Sez. VI,
sentenza 3 novembre 2016, n. 4610)**

Il passo avanti è rappresentato dal fatto che il Supremo Collegio amministrativo cassa, liquidandola in poche righe, la tesi nettamente maggioritaria nella giurisprudenza quantomeno di primo grado secondo la quale il terzo può **sollecitare** (locuzione usata dal comma 6 ter dell'art. 19, l. 241/90) **in ogni tempo** gli interventi inibitori e repressivi spettanti alla p.a. ai sensi dell'art. 19, comma 3, l. 241/90, con la conseguenza che la p.a. medesima sarebbe soggetta, a seguito della "sollecitazione", ad un vero e proprio obbligo di provvedere all'adozione dei provvedimenti inibitori e repressivi, in caso di illegittimità dell'attività oggetto di scia, anche se i termini ristrettissimi di cui al comma 3 siano ampiamente scaduti senza alcun intervento dell'amministrazione.

Sulla base di tale indiscutibile enunciato, accompagnato, come si vedrà da affermazioni meno convincenti, il Consiglio di Stato riforma proprio la sentenza "portabandiera" (per la diffusione ricevuta sulle riviste) della tesi predetta, la n. 1114 del 1° luglio 2015 del Tar Piemonte (in questa *Rivista*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/57366>), alla quale si erano associati (prima e dopo la pronuncia stessa) vari altri interventi della giurisprudenza di primo grado quali quelli del Tar Lombardia - Milano n. 735/16 (*ivi*, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2016/75633>), TAR Campania - Napoli, Sez. III, 5 marzo 2015, n. 1410; TAR Veneto, Sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1038 e n. 1039).

Il Tar Piemonte, oggi contraddetto dal Consiglio di Stato, aveva affermato che il legislatore "con il D.L. 138/2011 non ha fissato al terzo alcun termine per esercitare la facoltà di sollecitare le Amministrazioni a procedere alle 'verifiche' loro spettanti, ed è quindi necessario indagare se questa assenza di termini abbia un significato particolare, essendo stata voluta dal legislatore. Ebbene: ad avviso del Collegio una simile previsione, che sarebbe stata così essenziale per la tutela del privato, non può che leggersi, in applicazione del noto canone di interpretazione "ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit", nel senso che il legislatore non ha inteso limitare nel tempo questa facoltà riconosciuta al terzo, evidentemente titolare di una posizione soggettiva qualificata tale da consentirgli di esperire l'azione ex art. 31 c.p.a.". Da tale ricostruzione, il Tar ha tratto la conclusione che "Nella misura in cui il terzo può, ai sensi del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90, **sollecitare senza limiti di tempo** le Amministrazioni queste **possono** - proprio perché la norma lo consente - esercitare i poteri inibitori, o comunque assumere determinazioni coerenti con la rilevata illegittimità di una S.c.i.a. o di una D.i.a. e della attività intrapresa sulla base di essa, e ciò **parimenti senza limiti di tempo**".

Il Tar parla di "possibilità" dell'intervento, non assoggettata invero, nello sviluppo argomentativo, ad alcuna regola, non venendo associata - tale facoltà pubblica - al potere di autotutela, che pure è notoriamente discrezionale, legittimando la tesi per la quale la p.a., a fronte della "legittima" sollecitazione "senza limiti di tempo" del terzo, addirittura **deve** intervenire.

Sul punto, la successiva sentenza del Tar Milano n. 735/16 ha precisato, assumendo una posizione differenziata a seconda del tempo in cui la sollecitazione interviene, salvo muovere dall'assunto della possibilità della formulazione della stessa da parte del terzo senza limiti temporali, che "la previsione del comma 6-ter dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990 imponga all'amministrazione di riscontrare motivatamente, **in ogni caso**, l'istanza con cui un terzo, titolare di una situazione giuridica qualificata e differenziata, abbia sollecitato l'intervento della stessa amministrazione in relazione a una denuncia o segnalazione certificata di inizio attività. In particolare, laddove l'istanza pervenga entro **sessanta giorni dal momento in cui tale soggetto risulta aver avuto conoscenza** dei profili lesivi dell'intervento, l'amministrazione sarà tenuta a esercitare, sussistendone i presupposti, pieni poteri inibitori, poiché - in difetto - il terzo subirebbe una diminuzione della tutela accordatagli

rispetto a chi sia leso da un permesso di costruire. **Superati i sessanta giorni**, l'amministrazione dovrà comunque a verificare, dandone conto motivatamente, unicamente la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela".

Come si nota, il Tar dà rilevanza ad un *dies a quo* (conoscenza della lesività dell'intervento oggetto di scia) e considera rilevante un termine (60 giorni) che non trovano riscontro nel tenore testuale della norma.

Dall'enunciato "sostanziale", il Tar Milano ricava, sul piano processuale, il "logico corollario" secondo il quale "la circostanza che tale terzo abbia avuto conoscenza del titolo edilizio da più di sessanta giorni non comporta conseguenze processuali, in relazione alla eventuale successiva azione giurisdizionale contro il silenzio o il provvedimento negativo emesso dall'amministrazione, ma ha unicamente conseguenze di tipo procedimentale (secondo quanto già rilevato dalla Sezione con la sentenza n. 585 del 5 marzo 2014).

In entrambe le ipotesi sopra enunciate, il ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento con cui l'amministrazione abbia negato il proprio intervento sarà quindi ammissibile – sussistendo, beninteso, tutte le altre condizioni dell'azione – ma la risposta dell'amministrazione dovrà essere verificata tenendo conto del diverso potere esercitato nelle due ipotesi sopra dette.

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia in rassegna afferma ora che se il terzo "potesse sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione dell'incidenza sulle posizioni del privato che è ricorso a questo modulo di azione verrebbero frustrate le ragioni della liberalizzazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei trenta (o sessanta) giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame, potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere".

Si tratta di osservazione pressoché ovvia (e formulata anche da chi scrive - ci si permette di sottolineare - fin dai primi momenti della pubblicazione della sentenza del Tar Piemonte) ma contraddetta finora dalla gran parte della giurisprudenza, come detto, quantomeno di primo grado.

Si tratta, peraltro, anche di affermazione insufficiente, dal momento che in realtà la tesi della natura imperitura della sollecitazione e del conseguente potere (se non dovere) di intervento pubblico risulta contrastare con un dato testuale inequivoco: quello per il quale il comma 6 ter dell'art. 19, l. 241/90 parla di sollecitazione delle verifiche di cui al comma 3 e di null'altro. Non di autotutela o di un intervento atipico della p.a..

Ed è proprio alla luce di tale rilievo, basato sul dato testuale, che si ritiene di formulare qualche riserva sullo sviluppo argomentativo che segna la sentenza in commento a valle dell'enunciato senz'altro condiviso, della inaccettabilità della tesi della sollecitazione del terzo e dell'intervento della p.a. per effetto della stessa **senza limiti di tempo**. Riserve che portano a parlare di un passo in avanti modesto o comunque meno coraggioso e meno funzionale rispetto a quanto meriti il soggetto che si avvale dell'istituto di liberalizzazione voluto dal legislatore.

Ci si riferisce, in particolare all'assunto che sembra cogliersi nella pronuncia per il quale la sollecitazione, anche tardiva, dà comunque luogo ad un obbligo di procedere della p.a. sollecitata, seppure in termini di "autotutela" (con applicazione dei relativi corollari, quale quello della tutela dell'affidamento del presentatore della scia) e non di intervento interdittivo ai sensi del comma 3 dell'art. 19.

In sostanza, il Consiglio di Stato sembra sostenere che il potere il cui esercizio è "sollecitato" ai sensi del comma 6 ter dell'art. 19 della l. 241/90, va qualificato non come potere inibitorio o conformativo ai sensi del comma 3 dell'art. 19 (con i relativi termini di decadenza) ma come potere di autotutela, seppure sui generis, in quanto mancante di un atto di "primo grado" sul quale intervenire (non essendo atto amministrativo la scia né dando luogo ad un atto nemmeno "silenzioso" il comportamento inerte della p.a. a fronte della scia). Da tale qualificazione (potere di autotutela) deriva - secondo il Consiglio di Stato - lo sganciamento dell'iniziativa del terzo dai termini di decadenza del comma 3 e la sottoposizione del rapporto tra terzo "sollecitante" e p.a. sollecitata al regime "temporale" dell'autotutela, per il quale regime è fondamentale - sempre secondo il Consiglio di Stato - il tema dell'affidamento del "segnalante" e in particolare dell'affidamento del segnalante sulla stabilità della scia a fronte della inerzia della p.a. mantenuta dopo la decadenza dagli interventi inibitori; con la conseguenza che tanto più tardiva è l'iniziativa del terzo di sollecitazione del potere (non inibitorio ma) di autotutela, tanto più probabile è il

“rigetto” della “sollecitazione” per la forza assunta dall’affidamento e tanto più probabile è la conservazione dell’attività svolta mediante la scia.

In sintesi, il Consiglio di Stato opera la distinzione tra sollecitazione di poteri inibitori, i quali sono soggetti a decadenza, e poteri di autotutela, soggetti alla “consumazione” derivante dall’affidamento del segnalante.

Va detto che il Consiglio di Stato si riferisce ad ipotesi anteriore alla modifica apportata all’art. 21 nonies della l. 241/90 dalla l. 124/15, che ha stabilito che il termine ragionevole di esercizio dell’autotutela da illegittimità non può mai superare i 18 mesi.

Ma se anche fosse questo lo sviluppo che è destinato ad avere l’indirizzo oggi assunto dal Consiglio di Stato esso si presta, come anticipato sopra, quantomeno a due obiezioni: a) sul piano testuale, il terzo è abilitato a sollecitare nemmeno poteri inibitori o conformativi ma verifiche sui presupposti e requisiti della scia, verifiche comunque sottoposte a termini di decadenza, con la conseguenza che l’iniziativa del terzo va quantomeno in prima battuta qualificata alla luce di tale configurazione di legge dell’operato del terzo che intenda reagire all’attività oggetto di scia; b) non risulta motivato l’assunto del Consiglio di Stato per il quale la p.a., raggiunta da quella che va qualificata (ad avviso del Supremo Collegio) come istanza di autotutela, sarebbe comunque obbligata a procedere all’esame della sollecitazione, in contrasto con le caratteristiche dell’autotutela, per la quale essa non è oggetto di un obbligo nell’an.

Che si tratti di un obbligo sembra desumersi dal fatto che, con riguardo alla fattispecie esaminata dal Tar Piemonte prima e dal Consiglio di Stato poi, quest’ultimo osservi come *“l’azione del terzo non poteva ritenersi finalizzata alla sollecitazione di poteri inibitori bensì di autotutela”* e che il giudice, in caso di accertata inerzia della p.a. a fronte della “sollecitazione” del terzo, deve **“condannare l’amministrazione ad iniziare il procedimento di ‘secondo grado’ finalizzato a stabilire la sussistenza dei presupposti per l’adozione del provvedimento richiesto dal terzo, senza valutare, in ragione della natura discrezionale dell’attività, la fondatezza della pretesa azionata”**.

In sostanza, sembra che il Consiglio di Stato parli di obbligo di procedere per la p.a. sulla sollecitazione dell’autotutela laddove un tale obbligo, per un titolo non impugnabile (come la scia) o non **più** impugnabile (come gli atti amministrativi lesivi di cui sia venuto a conoscenza il terzo), è escluso dalla giurisprudenza pacifica. In sostanza, deve ritenersi che a fronte della “sollecitazione” del terzo operata dopo la scadenza del termine di decadenza del comma 3 (e 6 per l’edilizia), i quali decorrono dalla presentazione della scia e non dalla conoscenza del terzo, residui solo un potere discrezionale nell’an e nel quid della p.a., potendosi limitare la p.a. a non agire a fronte dell’intervenuta, predetta scadenza.

Sempre entro i termini di decadenza deve promuovere l’azione dell’art. 31 cpa, risultando improcedibile l’azione promossa dopo la decadenza suddetta.

E’ ben vero che il terzo vede implicitamente derogato per la scia il termine di un anno previsto dall’art. 31 cpa.

Ma come lo stesso Consiglio di Stato rileva, ci si trova di fronte ad un istituto di liberalizzazione che “non funziona” o destinato a fallire se il termine di decadenza rigoroso, che lo stesso legislatore ha posto, viene sostanzialmente neutralizzato dalla “mancata conoscenza” da parte del terzo del titolo abilitativo asseritamente lesivo delle sue posizioni e se si prolunga la soggezione del segnalante (che è colui che “mette in moto l’economia” e in funzione della cui operatività l’istituto è stato congegnato) a poteri comunque interdittivi.

Non è affatto vero, soprattutto, che se la tutela dell’art. 31 cpa, comunque attivabile anche in sede cautelare, non è efficace in concreto, il terzo sia privo di tutele offerte dall’ordinamento.

Si pensi all’azione civile anche cautelare di interdizione di attività, tema per il quale il terzo gode anche della nuova figura del “tribunale delle imprese” per quanto riguarda, per l’appunto, dell’attività imprenditoriale avviata con scia e, con riguardo alle attività edilizie, che sono quelle che possono lasciare “sul campo” gli impatti più stabili (manufatti edilizi) di una scia (ma mai nuove costruzioni bensì solo interventi su edifici già esistenti, cosicché la scia non reca comunque lesioni particolarmente gravi ai terzi) può promuovere l’azione civile, anche con domanda, pure cautelare, di condanna alla esecuzione in forma specifica, che comporta la rimozione di ogni stabile effetto di

una attività in tesi illegittima.

In sostanza, la tutela ultima del terzo, a fronte del dato normativo testuale riscontrabile all'interno dell'art. 19, commi 3, 4 e 6 ter, l. 241/90, è offerta dall'ordinamento, e particolare, sul piano sostanziale, in ultima battuta, dall'art. 2043 c.c., in termini assolutamente pieni e conformi al dettato costituzionale, anche se non integralmente interni al sistema di giustizia amministrativa.

(*). *Avvocato.*

Pubblicato il 03/11/2016

04610/2016REG.PROV.COLL.

09217/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9217 del 2015, proposto da:

Susan Elizabeth Bradford, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Di Raimondo e Francesca Mastroviti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, via della Consulta, 50;

contro

Comune di Almese, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Società La Torre s.n.c., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Occhiena e Nino Paolantonio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza 11 luglio 2015, n. 1114 del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Torino, Sezione II.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Società La Torre Snc;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2016 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Luca Di Raimondo, Francesca Mastroviti e Massimo Occhiena.

FATTO

1.– La società La Torre s.n.c. (in prosieguo solo “La Torre”) é proprietaria, nel Comune di Almese, di parte di un complesso immobiliare di tipo rurale, ubicato in borgata San Mauro n. 45, composto da un fabbricato a due piani fuori terra con piccola corte esclusiva.

Altra parte del medesimo complesso rurale, pure costituito da un fabbricato a due piani fuori terra e da una porzione di area antistante, era di proprietà della GI.DE s.a.s. (in prosieguo solo GI.DE), alla quale era pervenuto in forza di atto di compravendita in forma notarile del 19 aprile 2001: in esso si specificava che mentre la porzione di cortile interno evidenziata in giallo nella planimetria allegata all'atto veniva acquistata dalla GI.DE a titolo di proprietà esclusiva ed era liberamente recintabile, la ulteriore porzione di cortile interno evidenziata in colore grigio era gravata, a favore di tutti gli immobili aventi accesso dal civico n. 11, da servitù di passaggio pedonale e carraio, nonché da servitù di attraversamento del sottosuolo con tubazioni, e non poteva pertanto essere recintata dall'acquirente. Il suddetto atto notarile dava atto, inoltre, della esistenza, a favore degli immobili oggetto di compravendita, di servitù di passaggio pedonale e carraio e di attraversamento del sottosuolo a carico della ulteriore porzione di cortile interno individuata nella planimetria allegata in colore rosso.

In data 28 maggio 2003 le due società presentavano al Comune di Almese una prima proposta di piano di recupero dell'intero complesso, la quale prevedeva la parziale demolizione dei fabbricati esistenti e la loro ricostruzione ad uso residenziale, con conservazione della corte interna. In particolare, il piano urbanistico proposto prevedeva la demolizione di una porzione dell'edificio di proprietà della GI.DE (denominato negli atti “Edificio A”) esistente sul mapp. 619, e ciò allo scopo di allargare il varco di ingresso alla corte interna, varco ben visibile nello stato preesistente nelle foto nn. 4, 7, 8 e 14 allegate al Piano di Recupero, prodotto da parte ricorrente sub doc. 1: la volumetria rinveniente da tale parziale demolizione sarebbe stata recuperata mediante ristrutturazione dell'adiacente fienile preesistente.

Tale proposta riceveva inizialmente parere non favorevole della Commissione edilizia.

In data 30 aprile 2004 le due società provvedevano a ripresentare il piano di recupero in una versione che confermava la parziale demolizione verso fronte dell'edificio A, e tale versione del piano veniva definitivamente approvata con delibera del Consiglio Comunale n. 49 del 1° settembre 2005.

All'approvazione del piano di recupero da parte del Consiglio Comunale seguiva la sottoscrizione della Convenzione tra le società proponenti ed il Comune di Almese, con atto notarile 4 novembre 2005, nel quale si richiamavano, in quanto costituenti parte integrante, gli elaborati tutti del Piano di Recupero. L'art. 10 della convenzione stabiliva che in caso di alienazione degli immobili i soggetti attuatori avrebbero trasmesso agli acquirenti dei singoli lotti gli oneri derivanti dalla Convenzione medesima,

Con atto notarile del 19 gennaio 2007 la GI.DE cedeva alla signora Susan Elisabeth Bradford, controinteressata nel presente giudizio, l'edificio A con le aree esterne ad esso pertinenti: per la individuazione di queste ultime nell'atto di vendita si richiamava l'atto notarile del 19 aprile 2001 e la relativa planimetria. In tale atto si affermava, inoltre, che: «La vendita è fatta sotto l'osservanza della Convenzione Edilizia per l'esecuzione del piano di recupero delle aree ubicate in Borgata San Mauro numero 45 (...)» ed, inoltre, che «La società venditrice (...) per i lavori di risanamento e ristrutturazione della porzione di fabbricato qui compravenduta, dichiara di aver presentato al Comune di Almese denuncia di inizio attività in data 2/06/2006 protocollo numero 2144 e di aver assolto tutti gli oneri (urbanizzazione primaria e secondaria, costo di costruzione, monetizzazione, spese di progettazione) derivanti da detto piano di recupero, e dichiara inoltre che la parte compratrice a partire da oggi potrà iniziare detti lavori di risanamento e ristrutturazione».

I lavori di risanamento/ristrutturazione dell'edificio A sono poi stati realizzati come da piano di recupero, e quindi

con la parziale demolizione del fronte verso via Caduti e conseguente allargamento dell'accesso carrabile alla corte interna.

Il 31 gennaio 2014, tuttavia, la signora Bradford presentava in Comune una denuncia di inizio attività per procedere ad alcune opere, tra cui anche la posa di 4 paletti rimovibili «che delimitano la porzione di cortile ad uso esclusivo posta all'esterno»: alla denuncia venivano allegate alcune planimetrie, nelle quali veniva evidenziato il luogo di collocazione dei quattro dissuasori rimovibili, evidenziando che essi sarebbero andati a "recintare" quella porzione di terreno lasciata libera dalla parziale demolizione dell'edificio A, precludendone l'utilizzo per il passaggio carrabile e così di fatto riportando l'accesso carrabile alla ampiezza che esso aveva prima dei lavori.

Il Comune non riteneva di assumere alcuna determinazione in ordine a quanto rappresentato e richiesto nella d.i.a.

In data 8 aprile 2014 la ricorrente, tramite un proprio tecnico, chiedeva l'accesso agli atti delle pratiche edilizie riguardanti la proprietà della signora Bradford: presa visione della d.i.a. del 31 gennaio 2014 e dei relativi allegati, la Torre s.c.n. il 5 giugno 2014 presentava una diffida con la quale il responsabile del procedimento era invitato a sospendere e/o a revocare la d.i.a. nella parte in cui questa aveva ad oggetto l'autorizzazione a recintare con paletti in ferro la porzione di ingresso destinata ad ingresso ai cortili. A fondamento di detta richiesta si richiamava l'art. 3 della Convenzione, in base alla quale solo l'area antistante il fabbricato A doveva considerarsi in proprietà esclusiva, nonché l'art. 10, che obbligava i soggetti attuatori della Convenzione ed i relativi aventi causa al rispetto della Convenzione. Si richiamava, inoltre, la Relazione illustrativa del Piano di Recupero, laddove essa evidenziava che: i) la parziale demolizione dell'edificio A veniva prevista al fine di procurare un comodo accesso alla corte, come da richiesta della Amministrazione; ii) la parte di cortile spettante all'edificio A sarebbe stata recintata con un muretto della altezza di 60 cm, così evidenziando che solo tale area doveva intendersi in uso esclusivo alla proprietà dell'edificio A; iii) la sistemazione dell'ingresso avrebbe dovuto avvenire "in sintonia con le scelte progettuali operate dalla Amministrazione dei previsti lavori di rifacimento del fondo stradale e arredo urbano dell'intera via", ciò che evidenziava la natura pubblica del passaggio; iv) l'art. 2 L. 122/89 veniva soddisfatto mediante previsione di un parcheggio nell'area di pertinenza esclusiva, dovendosi pertanto ritenere che a tal scopo non potesse essere utilizzata alcuna delle aree esterne alla recinzione.

Alla diffida presentata dalla ricorrente non seguiva alcuna risposta.

2.- La società La Torre s.12. ha pertanto proposto ricorso, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, avverso il silenzio mantenuto dal Comune di Almese sulla diffida presentata il 5 giugno 2014. Contestualmente ha proposto domanda di accertamento: i) dell'obbligo del Comune di esercitare i poteri inibitori di controllo ex art. 19 L. 241/90, in ordine alla d.i.a. presentata dalla signora Bradford il 31 gennaio 2014; ii) della fondatezza della pretesa al ripristino della legalità; iii) della inesistenza del diritto della signora Bradford a posteggiare/recintare/apporre paletti di delimitazione della porzione di terreno lasciata libera dalla demolizione;

Si è chiesta, altresì, domanda di condanna della signora Bradford a non apporre i manufatti suddetti a comunque a far cessare i comportamenti che impediscono l'ingresso al compendio immobiliare.

3.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza 11 luglio 2015, n. 114, dopo avere ritenuto che l'azione inibitoria del terzo non incontra limiti temporali, ha ritenuto fondata la pretesa rilevando che «che l'intervento di cui alla D.i.a. presentata al Comune di Almese il 31/01/2014 dalla signora Susan Elisabeth Bradford deve ritenersi, limitatamente alla posa dei paletti a delimitazione dell'area rinveniente dalla parziale demolizione dell'edificio A, illegittimo e vietato perché integra violazione delle previsioni del Piano di Recupero approvato dal Consiglio Comunale del Comune di Almese con delibera n. 49 dell'1/09/2005 e della Convenzione urbanistica accessiva stipulata, il 4/11/2005, tra il Comune di Almese e le società GI-DE. S.a.s. e La Torre s.n.c. nonché violazione del diritto di servitù di passaggio carrabile costituito sull'area medesima a favore dei fondi e fabbricati di proprietà della società La Torre s.n.c.; per l'effetto accerta e dichiara l'obbligo del Comune di Almese di adottare i provvedimenti necessari a sanzionare detto abuso mediante rimozione».

4.- La sig. Bradford ha proposto appello.

Con un primo motivo di appello si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha rilevato

l'improcedibilità della domanda proposta in primo grado dalla società La Torre. In particolare, si deduce che, una volta scaduto il termine di trenta giorni per l'esercizio del potere inibitorio, non è più esercitabile sia il potere dell'amministrazione sia la facoltà del privato di sollecitare l'esercizio del potere stesso. Il Tribunale amministrativo avrebbe, invece, erroneamente affermato che il terzo potrebbe sollecitare, in assenza di preclusioni legislative, detti poteri senza limiti di tempo.

Con ulteriore motivo di appello si contesta la decisione del primo giudice nel merito. In particolare, si assume che nel piano di recupero e nella relativa convenzione stipulata non fosse previsto alcun vincolo inerente l'accesso alla corte interno del compendio immobiliare. Tale vincolo, si aggiunge, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale amministrativo, non potrebbe desumersi dalla relazione illustrativa, la quale non potrebbe "costituire lo strumento per introdurre prescrizioni di alcun genere e vincolanti, anche per il principio di affidamento e la necessità di tutelare i soggetti acquirenti che subentrano nella titolarità del piano.

5.– Si è costituita in giudizio la ricorrente in primo grado, chiedendo in via preliminare che l'appello venga dichiarato improcedibile per mancata impugnazione della determinazione 4 agosto 2015, n. 521, con cui l'amministrazione si sarebbe, successivamente alla sentenza, rideterminata annullando la SCIA.

6.– La causa è stata decisa all'esito delle camere di consiglio del 26 maggio e 29 settembre 2016.

DIRITTO

1.– La questione all'esame del Collegio attiene alla natura dei poteri che l'amministrazione può esercitare a seguito di una azione proposta da un terzo leso da una attività posta in essere da altro privato a seguito di segnalazione certificata di inizio attività.

2.– In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello, sollevata dalla parte resistente, per la mancata impugnazione, da parte dell'appellante, del provvedimento 4 agosto 2015, n. 521, con cui il Comune avrebbe, autonomamente, riesercitato il potere, dopo la sentenza di primo grado, annullando in via di autotutela la SCIA.

L'eccezione non è fondata.

L'atto adottato dal Comune non può qualificarsi come dotato di autonomia precettiva, in quanto, come emerge chiaramente dal suo contenuto, esso è stato emanato per dare esecuzione alla sentenza del Tribunale amministrativo. Né per pervenire ad una diversa conclusione è sufficiente la qualificazione dell'atto da parte della stessa autorità procedente come di «autotutela decisoria», in mancanza di una valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'esercizio di tale potere idonei a fare ritenere che sia stato adottato un provvedimento non meramente esecutivo. In definitiva, l'esplicito richiamo della sentenza del Tribunale e di quanto da essa disposto, induce a ritenere che si sia trattato di attività di ottemperanza e non di autonoma attività amministrativa.

3.– Nel merito è necessario stabilire se è corretta l'interpretazione, seguita dal primo giudice, secondo cui il potere inibitorio dell'amministrazione, su denuncia del terzo, può essere esercitato anche oltre il termine di trenta (o sessanta) giorni previsto dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990.

4.– Il suddetto art. 19 dispone che l'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della sua presentazione all'amministrazione competente.

Il comma 3 di prevede che l'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti per lo svolgimento dell'attività oggetto di SCIA, «nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni». La stessa norma aggiungeva che: «è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies

21-nonies» della stessa legge 241. Il comma 6-bis dispone che «nei casi di Scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni».

Il comma 4 prevedeva che: «decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3 ovvero di cui al comma 6-bis, all'amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente». L' art. 25, comma 1, lett. b-bis), del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, ha modificato quest'ultimo inciso, disponendo che «è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies, nei casi di cui al comma 4 del presente articolo». Il richiamato comma 4, anch'esso modificato, prevede che decorso il termine per l'esercizio dei poteri inibitori «all'amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente». La legge n. 124 del 2015 ha nuovamente modificato il comma 4, disponendo che decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti inibitori «l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies». Quest'ultima norma è stata anch'essa modificata dall'art. 6 della legge n. 124 del 2015, il quale ha previsto che il provvedimento illegittimo «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 (...) e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge».

Il comma 6-ter, introdotto dall' art. 6, comma 1, lett. c), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, dispone che: «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

Il richiamo anche al terzo comma dell' art. 31 implica che il giudice amministrativo «può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

5.– La non chiarezza del vigente quadro normativo ha posto le questioni – non risolte dal legislatore (cfr. Consiglio di Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839) – relative al tempo dell'azione esperibile dal terzo e al tipo di potere che il terzo stesso può “sollecitare”.

In relazione al tempo, non è perfettamente adattabile lo schema dell'azione avverso il silenzio inadempiuto a quella proposta dal terzo nell'ambito della SCIA. L'art. 31 c.p.a. prevede, infatti, che l'azione si propone entro il termine di un anno dalla conclusione del procedimento. Ma in questo caso il ricorrente, essendo titolare dell'interesse legittimo pretensivo all'adozione di un provvedimento favorevole che ha attivato con la sua istanza, è a conoscenza del momento in cui il procedimento si deve concludere e, conseguentemente, di quando inizia a decorrere il termine di un anno. Nel caso della SCIA, invece, il terzo è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'adozione di atti sfavorevoli per il destinatario dell'azione amministrativa. Non è, pertanto, a conoscenza “diretta” dell'andamento procedimentale della vicenda. Ne consegue che il termine decorre da quando il terzo ha avuto piena conoscenza dei fatti idonei a determinare un pregiudizio nella sua sfera giuridica.

In relazione alla natura del potere, un primo orientamento, seguito dalla sentenza impugnata, ritiene che il terzo possa chiedere al giudice di ordinare all'amministrazione di esercitare i poteri inibitori, anche nel caso in cui sia trascorso il termine di trenta (o sessanta) giorni previsto dall'art. 19.

Un secondo orientamento, che la Sezione ritiene preferibile, assume, invece, che il terzo possa chiedere la

condanna dell'amministrazione all'esercizio di poteri che devono avere i requisiti che giustificano l'autotutela amministrativa.

Quest'ultima, calata nell'ambito del procedimento in esame, si connota in modo peculiare perché: i) essa non incide su un precedente provvedimento amministrativo e dunque si caratterizza per essere un atto di "primo grado" che deve, però, possedere i requisiti legittimanti l'atto di "secondo grado"; ii) l'amministrazione, a fronte di una denuncia da parte del terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo e ciò diversamente da quanto accade in presenza di un "normale" potere di autotutela che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto ma anche all'an del procedere.

Tale seconda opzione interpretativa è preferibile in quanto coniuga in modo più equilibrato le esigenze di liberalizzazione sottese alla SCIA con quelle di tutela del terzo. Se quest'ultimo potesse sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione dell'incidenza sulle posizioni del privato che è ricorso a questo modulo di azione verrebbero frustrate le ragioni della liberalizzazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei trenta (o sessanta) giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame, potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere. La qualificazione del potere come potere di autotutela costituisce invece, da un lato, maggiore garanzia per il privato che ha presentato la SCIA, in quanto l'amministrazione deve tenere conto dei presupposti che legittimano l'esercizio dei poteri di autotutela e, in particolare, dell'affidamento ingenerato nel destinatario dell'azione amministrativa, dall'altro, non vanifica le esigenze di tutela giurisdizionale del terzo che può comunque fare valere, pur con queste diverse modalità, le proprie pretese.

6.– Applicando le regole sopra esposte alla fattispecie all'esame del Collegio ne discende la fondatezza dell'appello.

L'appellante ha presentato la SCIA il 31 gennaio 2014 e il terzo ha diffidato l'amministrazione ad esercitare i propri poteri il successivo 5 giugno. La fattispecie sostanziale si è, pertanto, perfezionata prima dell'entrata in vigore del decreto-legge n. 133 del 2014, con conseguente applicazione della disciplina vigente in quel dato momento.

Chiarito ciò, la Sezione rileva come l'azione del terzo non poteva ritenersi finalizzata alla sollecitazione di poteri inibitori bensì di autotutela. Il primo giudice avrebbe, pertanto, dovuto, alla luce del quadro normativo riportato, qualificare correttamente l'azione e condannare l'amministrazione ad iniziare il procedimento di "secondo grado" finalizzato a stabilire la sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento richiesto dal terzo, senza valutare, in ragione della natura discrezionale dell'attività, la fondatezza della pretesa azionata.

7.– Alla luce di quanto esposto, l'appello è fondato nei limiti indicati, senza che sia necessario esaminare l'altro motivo proposto.

8.– La fase esecutiva successiva a questo giudizio impone all'amministrazione di dare esecuzione alla presente sentenza mediante l'inizio di un procedimento di autotutela amministrativa finalizzato a verificare non soltanto l'asserita illegittimità dell'attività posta in essere dall'appellante ma anche la sussistenza degli ulteriori presupposti costituiti dalla sussistenza di un interesse concreto e attuale all'esercizio dei poteri in esame e dalla mancanza di un legittimo affidamento dell'appellante stesso.

9.– La particolarità dell'esito del presente giudizio che, pur accogliendo l'appello, impone comunque all'amministrazione di iniziare il procedimento di autotutela, unitamente alla non chiarezza del complessivo quadro normativo, giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

a) accoglie, nei sensi e limiti indicati nella motivazione, l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;

b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 26 maggio 2016, 29 settembre 2016, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Vincenzo Lopilato Sergio Santoro