

Pubblicato il 03/11/2016

N. 04610/2016REG.PROV.COLL.
N. 09217/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il 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 prosiegua 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 GLDE s.a.s. (in prosiegua solo GLDE), 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 GLDE 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 Convenzion 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) derianti 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 allegare 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 alcuno 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'espreso 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 inadempimento a quella proposto 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
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO