

N. 01658/2016 REG.PROV.COLL.
N. 04889/2015 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4889 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da Immobiliare Maria Rosaria s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Orazio Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Gramsci 16,

contro

Comune di Napoli in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Ricci, Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Anna Ivana Furnari, Annalisa Cuomo, Gabriele Romano, Eleonora Carpentieri, Giacomo Pizza, Anna Pulcini, domiciliata in Napoli, piazza Municipio (uffici Avvocatura),

per l'annullamento

- del provvedimento 6 agosto 2015 prot. 2015/638293 notificato il successivo 26 agosto, a firma del dirigente del servizio sportello unico - edilizia privata del comune di Napoli, con il quale è stata dichiarata l'inefficacia della SCIA 82/2015 del 31 gennaio 2015 e della DIA 141/2015 del 18 maggio 2015;

- del provvedimento della medesima autorità n. 687849 del 9 settembre 2015 con il quale vengono respinte le istanze della ricorrente finalizzate a conseguire l'autorizzazione all'esecuzione delle opere, sulla base di ridotta volumetria;
- di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale comunque lesivo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Napoli in persona del Sindaco pro tempore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2016 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato il 6-7 ottobre 2015, l'Immobiliare Maria Rosaria s.r.l. (in seguito: l'Immobiliare) ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, con i quali il Comune di Napoli ha dichiarato l'inefficacia di una SCIA e di una DIA presentate dalla società rispettivamente il 31 gennaio e il 18 maggio 2015, e sulla base delle quali aveva proceduto alla realizzazione di un complesso edilizio di notevoli dimensioni su un'area di circa 12.000 mq sita in Napoli, alla via Gianturco n° 112 (in catasto al fol. 8, p.11a 362 subalterno 1), ove insistevano capannoni un tempo destinati ad attività industriale.

La SCIA (82/2015) aveva ad oggetto un progetto di risanamento per la realizzazione d'una struttura da destinarsi a complesso commerciale per la grande distribuzione, attraverso il recupero della precedente volumetria avente destinazione industriale.

Con successiva DIA (141/2015), il medesimo intervento oggetto della SCIA, su indicazione degli stessi uffici comunali, era stato riqualificato in *ristrutturazione edilizia* e, stante l'archiviazione di entrambe le pratiche avvenuta

in data 10 luglio 2015, era stato avviato, procedendosi alla demolizione delle preesistenze e all'edificazione parziale delle previste strutture.

A seguito di un sopralluogo successivo all'archiviazione, tuttavia, il Comune provvedeva a dichiarare l'inefficacia della SCIA e della DIA (delib. 6 agosto 2015), per una serie di ragioni sintetizzabili in: i) esubero volumetrico, comunque non verificabile stante la vetustà dell'originaria licenza edilizia (datata 1950); ii) violazione della normativa urbanistica e delle destinazioni di piano (art. 21 del regolamento edilizio del comune di Napoli, perché non sarebbe stata dimostrata la legittimità della volumetria dichiarata; artt. 56 n.t.a.); iii) mancata preventiva adozione d'uno strumento di pianificazione esecutiva (33 commi 5 e 6 e art. 2 comma 4 delle citate n.t.a.).

Con il successivo provvedimento del 9 settembre, il Comune respingeva anche l'istanza della Immobiliare volta alla realizzazione della volumetria pacificamente esistente, mediante una variante delle altezze originariamente previste in progetto.

Il Comune altresì ribadiva che l'originaria licenza edilizia del complesso (n. 241 del 1950) sarebbe stata rilasciata per la sola ricostruzione di un muro di cinta e di un capannone ad uso industriale, mentre l'intervento progettato sarebbe diverso.

In ragione delle motivazioni sopra illustrate, l'Amministrazione dichiarava l'inefficacia della SCIA e della DIA.

2. Avverso i provvedimenti sopra citati, l'Immobiliare ha sollevato le seguenti censure:

I) Violazione dell'art. 23 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 — Eccesso di potere per mancata ponderazione degli interessi, intempestività dell'azione amministrativa, difetto di motivazione e d'istruttoria — Violazione dell'art. 7, 19 e 21- nonies 1. 241 del 7 agosto 1990.

La ricorrente ha contestato la violazione, da parte del Comune di Napoli, delle disposizioni che conferiscono alla SCIA e alla DIA definitività decorso il tempo previsto dalla legge per il loro consolidamento, in assenza di

osservazioni, e a maggior ragione a stato di avanzamento dei lavori ormai consolidato e con preesistenze non più presenti.

Nel caso di specie, dal deposito della SCIA all'emissione del primo provvedimento impugnato, erano trascorsi sei mesi senza alcuna contestazione, e due mesi erano trascorsi dal deposito della DIA, sicchè l'esercizio del potere comunale non può essere considerato semplice vigilanza, ma vera e propria autotutela, adottabile solo in presenza di rilevanti interessi pubblici e nella certezza della sussistenza delle condizioni, il che non ricorre nel caso concreto.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 nel testo vigente nel 1950 della l. 1150 del 1942 — Violazione degli artt. 21 nonies e 22 l. 241 1990 — Eccesso di potere per difetto di motivazione e d'istruttoria — Illogicità e manifesta ingiustizia — Intempestività dell'azione amministrativa — Violazione dell'art. 21, comma 3 del Regolamento edilizio del comune di Napoli.

Laricorrente ha contestato al Comune di non aver dimostrato la presunta illegittimità delle cubature preesistenti, contestazione che l'ente basa sul fatto che la licenza edilizia n. 241 del 17 maggio 1950 è priva degli elaborati grafici, con la conseguenza che non sarebbe possibile stabilire se essa si riferisca all'intera consistenza dei capannoni industriali presenti o solo ad una parte.

Le considerazioni del Comune vengono contestate sotto vari profili, tra cui quello del decorso del tempo e del legittimo affidamento della parte privata, nonché quello dell'assenza di documentazione grafica, il che avrebbe consentito al Comune ad avvalersi di strumenti incerti ed incompleti per avallare le proprie tesi (nel caso di specie, una aerofotogrammetria del 1987).

La licenza edilizia, inoltre, non sarebbe stata necessaria in quanto l'area *de quo* non rientrava né nel centro abitato né in quello d'espansione e, di conseguenza, non sarebbe applicabile l'art. 1 del regolamento edilizio del 1935.

III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 33, 56 e 21 delle Nta della Variante generale al PRG di Napoli approvata con DPGR Campania 323 del 1 giugno 2004.

Il Comune ha contestato alla ricorrente il contrasto dell'intervento con le disposizioni di pianificazione di zona, in quanto essa sarebbe destinata ad attrezzature di quartiere, e non sarebbe possibile la ristrutturazione, ed inoltre sarebbe stata necessaria la preventiva pianificazione urbanistica di dettaglio, nel caso di specie del tutto assente.

A parere della ricorrente, invece, ciò non impedisce interventi di ristrutturazione edilizia e consente la destinazione a "produzione di servizi", tra i quali anche la destinazione "commerciale all'ingrosso" che è quella del progetto *de quo*, ragion per cui il provvedimento sarebbe illegittimo anche sotto questo profilo.

Neppure vi sarebbe il vincolo procedimentale della preventiva pianificazione esecutiva, in quanto l'art. 33, comma 5, delle n.t.a., invocato dal Comune, non impone il PUA per realizzare una ristrutturazione, e consente altresì la presentazione di un PUE per ristrutturare l'esistente prevedendo, al comma 1, la possibilità di nuove costruzioni mediante PUA, per i proprietari di lotti superiori a 5.000, mentre la medesima disposizione, al comma 2° non richiede alcun PUA per le ristrutturazioni edilizie.

3. Il Comune di Napoli si è costituito opponendosi alle prospettazioni avversarie e chiedendo il rigetto del ricorso, depositando, a sostegno, una dettagliata nota dell'ufficio tecnico competente e diversa documentazione.

4. In data 31 ottobre 2015, parte ricorrente ha depositato una perizia nella quale ha dato atto dello stato di avanzamento dei lavori.

5. A seguito del rinvio disposto all'esito della camera di consiglio del 4 novembre 2015, la ricorrente ha anche depositato ricorso per motivi aggiunti, facendo riferimento a una normativa non più vigente ma che avrebbe consentito, in quell'area e nell'immediato dopoguerra, la creazione di nuovi opifici indipendentemente dalla licenza edilizia.

In particolare, trattasi dell'art. 2 del d.lgs. lgt. 12 marzo 1946 n. 211, illegittimamente non considerato dal Comune.

Infine, con un ultimo motivo, ha censurato l'eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore nei presupposti in quanto il rinvenimento di un documento del 2 aprile 1955, riferito all'originario proprietario dell'area, dimostrerebbe che l'attività posta in essere dalla società edificatrice dei capannoni non aveva solo carattere industriale, ma anche commerciale. Da qui l'infondatezza dell'assunto del Comune circa il cambio di destinazione d'uso dell'area.

6. Con memorie depositate in vista della decisione del merito, le parti hanno ribadito le rispettive posizioni. Il Comune ha altresì eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti.

All'udienza pubblica del 13 gennaio 2016, previa discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il caso posto all'attenzione del Collegio è quello della legittimità dell'operato del Comune di Napoli nella declaratoria di inefficacia di una SCIA e una DIA rilasciate al medesimo soggetto privato, a distanza di alcuni mesi dal loro preteso consolidamento a seguito di archiviazione da parte dello stesso Comune.

La questione riguarda dunque il rapporto tra efficacia dei suddetti istituti e poteri repressivi/ di autotutela dell'Amministrazione, e, quindi, da ultimo, la dicotomia tra liberalizzazione/ semplificazione da una parte, e legittimo esercizio delle prerogative della P.A. dall'altro, che è poi il nodo principale nel rapporto tra gli istituti di liberalizzazione delle attività private - precedentemente soggette ad autorizzazione amministrativa - e poteri inibitori/repressivi dell'Amministrazione.

Ciò in quanto l'incertezza sulla natura giuridica di siffatti istituti ha condizionato anche l'attività dell'Amministrazione in ordine ai poteri esercitabili a tutela dell'interesse pubblico come pure dei terzi, essendo differente l'approccio laddove essi vengano qualificati come provvedimenti amministrativi (sia pure tacitamente assentiti) oppure no, in quanto

l'attribuzione alla SCIA/DIA della natura giuridica di provvedimento amministrativo tacito oppure di atto privato sottoposto a controllo dell'Amministrazione conduce a conclusioni opposte in ordine ai rimedi esperibili da parte dei terzi che vengano pregiudicati, ma anche dei poteri esercitabili dalla parte pubblica.

È stato efficacemente sottolineato, da un'attenta dottrina, che questo "meccanismo semplificato di produzione dell'effetto abilitante" trova la sua radice ideologica nel riconoscimento di posizioni di libertà del cittadino che richiedono lo spostamento del punto di equilibrio con il potere dell'Amministrazione, al pari di libertà costituzionali quali quelle di riunione e di stampa.

Il malfunzionamento di questa complessa relazione, nella quale alla parte pubblica è richiesto un ruolo rilevante quanto alla celerità di azione e, in analisi finale, all'efficienza, si scarica, come nel caso oggetto del presente giudizio, sul contenzioso dinanzi al giudice amministrativo, il quale è tenuto ad intervenire sotto il duplice profilo del sindacato della legittimità, anche temporale, dell'intervento successivo dell'Amministrazione (una volta che sia decorso il termine di legge per l'inibitoria "ufficiale"), e poi del sindacato sostanziale in ordine alle ragioni utilizzate dalla parte pubblica per il sindacato sulla SCIA/DIA.

In ogni caso, dopo un lungo dibattito anche giurisprudenziale, la soluzione data dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 29 luglio 2011 n. 15) è quella che la DIA (e quindi la SCIA, istituto introdotto successivamente) non sono provvedimenti amministrativi taciti e non danno luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituiscono atti privati volti a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge.

Il legislatore ha recepito tali indicazioni introducendo nel 2011 (art. 6, comma 1, lett. c), D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 settembre 2011, n. 148), il comma 6 *ter* all'art. 19 della L. n. 241/1990, in base al quale "la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la

dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili”.

2. L'attuale quadro normativo degli istituti, necessario al fine di inquadrare correttamente il caso oggetto di giudizio, è dato dagli art. 19 e ss. della legge 241/90 e dagli artt. 22 e 23 del d.P.R. 380/2001 (testo unico dell'Edilizia, in seguito TUED).

Le disposizioni in questione sono state oggetto di varie manipolazioni nel corso degli anni, ma alcune di esse hanno subito nel 2015 modifiche assai rilevanti per effetto della entrata in vigore, in data 28 agosto 2015, della legge 7 agosto 2015 n. 124 (Legge-delega per la riforma della pubblica amministrazione - cd. legge Madia).

Questi correttivi, pur non applicabili, nel testo attualmente vigente, al caso oggetto di questo giudizio, posto che il provvedimento del Comune reca la data del 6 agosto 2015, non fanno altro che confermare l'interpretazione data, da parte della dottrina e della giurisprudenza, alla normativa su SCIA e DIA nel testo vigente a seguito delle stratificazioni normative susseguitesì sull'impianto originario, che è principalmente quello risalente alle leggi 11 febbraio 2005 n. 15 e 14 maggio 2005 n. 80.

2.1. Segnatamente, in base al comma 1 dell'art. 19 della l. 241/90, che è norma generale in materia e non ha subito modifiche per effetto della riforma del 2015, “ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa

nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria.”

Sempre il comma 1, stabilisce che la SCIA è corredata da dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti, nonché, se previsto, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione.

La SCIA, così individuata, ha in astratto un ambito di applicazione assai vasto, ma il settore nel quale ha trovato maggior utilizzo è proprio quello dell'edilizia, per il quale vi è apposita regolamentazione all'art. 22 del TUED, che al comma 1 stabilisce che “sono realizzabili mediante segnalazione certificata di inizio attività gli interventi non riconducibili all'elenco di cui all'articolo 10 e all'articolo 6, che siano conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente. “

Ai commi successivi prevede altre tipologie di interventi realizzabili, tra cui quelli assoggettati a DIA alternativa al permesso di costruire, di cui al comma 3 (cd. “superDIA”) che comprende anche determinati interventi di ristrutturazione – quelli di cui all'art. 10, comma 1, lettera c) – nonché gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati (..).

Sempre nella materia edilizia, al fine di chiarire i rapporti tra la SCIA neointrodotta e la preesistente DIA (art. 23 del TUED), l'art. 5 del d.l. 70/2011 (convertito con legge 106/2011) ha stabilito, a titolo di interpretazione autentica, che le disposizioni di cui all'articolo 19 della legge 7

agosto 1990, n. 241 si interpretano nel senso che” le stesse si applicano alle denunce di inizio attività in materia edilizia disciplinate dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n.380, con esclusione dei casi in cui le denunce stesse, in base alla normativa statale o regionale, siano alternative o sostitutive del permesso di costruire. Le disposizioni di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 si interpretano altresì nel senso che non sostituiscono la disciplina prevista dalle leggi regionali che, in attuazione dell'articolo 22, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, abbiano ampliato l'ambito applicativo delle disposizioni di cui all'articolo 22, comma 3, del medesimo decreto e nel senso che, nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, la SCIA non sostituisce gli atti di autorizzazione o nulla osta, comunque denominati, delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale”.

2.2. Ciò che è stato oggetto di importanti e rilevanti modifiche è il regime dei poteri di intervento dell'autorità pubblica.

Il comma 3 dell'art. 19, nel testo vigente al momento dell'adozione del provvedimento (a seguito delle modifiche apportate dall'art. 25, comma 1, lett. b-*bis* del d.l. 133/2014, convertito dalla legge 164/2014 e prima della sostituzione operata dall'art. 6, comma 1, lett. a), L. 7 agosto 2015, n. 124), stabiliva che l'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma (giorni che, nella SCIA edilizia sono ridotti a trenta, per effetto del comma 6 *bis* del medesimo art. 19, introdotto dall'art. 5 del d.l. 78/2010 poi convertito dalla l. 122/2010), potesse adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò fosse possibile, l'interessato provvedesse 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.

Il medesimo comma stabiliva che era fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinqies* e 21-*nonies*, nei casi di cui al comma 4 del medesimo articolo 19.

Inoltre, in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, avrebbe potuto sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo e quindi inibire l'attività e rimuovere effetti dannosi determinati dalla stessa.

Il successivo comma 4 (oggetto di modifiche da parte del d.l. 138/11 e successiva l. 148/11, nonché della l. 116/14) stabiliva, a sua volta, che “decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3 ovvero di cui al comma 6-*bis*, ovvero nel caso di segnalazione corredata della dichiarazione di conformità di cui all'articolo 2, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 luglio 2010, n. 159, 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 124/15 ha apportato delle evidenti modifiche all'impianto normativo dei commi citati, semplificando la disciplina e eliminando le evidenti incoerenze e antinomie soprattutto in ordine all'esercizio di poteri di autotutela poco conciliabili (in particolare, la “ revoca” ex art. 21 *quinqies*) con la natura privata dell'istituto e comunque circoscritti alla tutela di interessi cd. “ sensibili” e non della generalità degli interessi pubblici; autotutela che, tuttavia, non aveva limiti temporali laddove si fossero riscontrate

dichiarazioni false o mendaci, a prescindere dalla tipologia di interessi coinvolti.

Il nuovo comma 3 dell'art. 19, infatti, conferma il potere dell'Amministrazione di inibire motivatamente l'attività e rimuoverne gli effetti dannosi in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1 del medesimo articolo, il tutto entro sessanta giorni (trenta in materia edilizia).

Cambia tuttavia il ruolo del privato nel conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente, posto che, con la nuova formulazione, l'Amministrazione non si limita a stabilire il termine per l'adeguamento del privato trasgressore, ma stabilisce essa stessa se sia possibile conformare l'attività e i suoi effetti alla normativa vigente, e con "atto motivato" invita il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. A tale termine viene attribuito il crisma della perentorietà, in quanto in difetto di adozione delle misure stabilite, "decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata".

Nella nuova disciplina scompare il riferimento formale alla "autotutela" e i poteri di intervento dell'Amministrazione, decorsi i trenta o sessanta giorni previsti dalla legge per l'inibitoria "formale", transitano nel comma 4, subendo un ampliamento quanto al raggio di azione, che non è più limitato al pericolo di un danno per i cd. interessi sensibili, ma divenendo doverosi "in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*."

Quest'ultima disposizione, quindi, viene anch'essa riscritta dalla legge 124/15, in quanto è stata aggiunta la previsione di un termine certo, "non superiore a diciotto mesi", entro il quale è possibile annullare d'ufficio il provvedimento amministrativo illegittimo.

Rispetto alla formulazione del comma 1 vigente alla data del 6 agosto 2015 (data di adozione del provvedimento impugnato), tuttavia, non mutano gli altri presupposti per l'annullamento del provvedimento da parte

dell'Amministrazione emanante o all'uopo legalmente autorizzata e quindi: (i) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, (ii) l'esistenza di un termine comunque "ragionevole", (iii) la necessaria considerazione degli interessi dei destinatari e dei contro interessati, (iv) le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

Nel medesimo art. 21 *nonies*, la legge 124/15 ha poi inserito un successivo comma 2-*bis*, che generalizza gli effetti negativi delle dichiarazioni mendaci o false ad ogni tipologia di autotutela, e non solo a quella collegata alla SCIA: eliminando dal comma 3 dell'art. 19 il riferimento a tali eventi, la legge delega del 2015 ha infatti stabilito che tutti " i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445."

Ciò dovrebbe consentire, almeno astrattamente, di risolvere il delicato tema dei rapporti di pregiudizialità tra giudizi penali e giudizi amministrativi, posto che non sarà consentita l'autotutela sulla base della mera apertura di indagini penali, né la pendenza di un processo penale potrà essere opposta al giudice amministrativo eventualmente adito avverso i provvedimenti di annullamento (o di sospensione) d'ufficio dei titoli in questione.

2.3. I commi 6 e 6 *bis* dell'art. 19 della l. 241/90 contemplano invece l'esercizio dei poteri sanzionatori.

Tralasciando il comma 6, che contiene una vera e propria sanzione penale, il comma 6 *bis*, seconda parte, introdotto dal d.l. 70/11 e modificato dal d.l. 138/11 (conv. L. 148/11), fa salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, e mantiene ferme quelle relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal

TUED (l'intero Titolo IV, ma il riferimento non può che essere agli artt. 31, 33 e 38) e dalle leggi regionali.

Il comma 6 *ter*, già menzionato, oltre a sancire la natura privata di SCIA e DIA, disciplina il potere di verifica dell'Amministrazione stabilendo che esso può essere sollecitato dai terzi e, in caso di inerzia, consentir loro l'azione per il silenzio (art. 31 c.p.a.).

Sotto l'aspetto delle sanzioni va altresì ricordato che l'art. 21 della legge 241/90, stabilisce, al primo comma, che “ con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20, l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato.”

Salvo una piccola revisione (“segnalazione “ in luogo di “denuncia”), questo comma è passato indenne alle modifiche della l. 124/15, mentre sorte ben diversa è toccata al comma 2, vigente al momento di emanazione del provvedimento ma completamente abrogato dalla legge 124/15 per ragioni di coerenza di sistema, come si vedrà *infra*, che stabiliva che le sanzioni previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'Amministrazione o in difformità di esso, potessero applicarsi anche nei riguardi di coloro i quali avessero dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente.

Invariato il comma 2-*bis*, aggiunto dalla l. 80/05, in base al quale “ restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 20”.

Pertanto, con la sola eccezione della materia edilizia (comma 6-*bis*), con la legge Madia si esclude l'applicabilità del sistema sanzionatorio ordinario ai casi

di attività liberalizzate (precludendo così ai terzi la possibilità di agire nel procedimento e nel processo per la loro attivazione).

Per contro, nel sistema ante Madia (quello applicabile al caso oggetto di giudizio), decorso il termine fissato dal comma 3 dell'art. 19, accanto al potere di autotutela, che faceva rivivere il potere inibitorio generale ma unicamente a protezione dei c.d. interessi sensibili di cui al successivo comma 4, e al potere inibitorio speciale *sine die* per i casi di dichiarazioni false o mendaci, residuava altresì un potere sanzionatorio anch'esso illimitato estraneo alla logica dell'autotutela, per effetto del 21 comma 2 della l. 241/90, la cui abrogazione, con la l. 124/15, si è resa necessaria – come si vedrà *infra* – per ricondurre a coerenza il sistema. Tale effetto abrogativo, tuttavia, incontra alcuni limiti proprio nella materia dell'edilizia, in forza del comma 6 *bis* dell'art. 19, che consente tuttora l'applicazione del comma 2 *bis* dell'art. 38 del TUED, il quale stabilisce che le sanzioni (più lievi di quelle dettate per l'assenza del permesso) previste “in caso di annullamento del permesso di costruire si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'art. 22, comma 3, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo”.

Tale disposizione settoriale non introduce un caso di annullamento della segnalazione, ma si limita ad operare una equiparazione, quanto alle conseguenze sanzionatorie, della ben diversa ipotesi di inesistenza della legittimazione del privato ad effettuare l'intervento ai casi di annullamento del permesso, sicchè non possono trovare applicazione le più gravi sanzioni previste dall'art. 31 TUED, attribuendo quindi rilievo all'affidamento ingenerato nel privato anche nel caso di segnalazione che avrebbe dovuto essere negativamente riscontrata.

3. Il quadro normativo attualmente vigente e sopra sinteticamente illustrato vale a evidenziare che, una volta chiarita della natura degli istituti in questione grazie all'AP 15/11 e al successivo comma 6-*ter* (introdotto dal D.L. 138/11), rimangono aperte diverse questioni interpretative riguardo la natura e

l'estensione dei poteri dell'Amministrazione, il ruolo delle parti e quello del giudice.

Alcune di queste non hanno mutato i loro contenuti per effetto dell'entrata in vigore della legge 124/15, la quale, per quanto non applicabile, come detto, ai provvedimenti oggetto del presente giudizio, consente di interpretare ancor più efficacemente la normativa previgente.

L'istituto della DIA (e, giocoforza, della SCIA), infatti, è stato da sempre caratterizzato dall'esistenza di un potere amministrativo di controllo-riscontro, da esercitarsi nel termine di legge e che, se concluso in termini sfavorevoli al privato, non produce rigetto dell'istanza, ma inibizione dell'attività, a fronte del quale esiste una successiva fase autoritativa del tutto eventuale, che è l'oggetto della controversia posta all'attenzione del collegio.

Questa fase, fino all'entrata in vigore della legge 124/15, è stata pacificamente ascritta nell'ambito della autotutela amministrativa, anche perché così definita nel previgente comma 3 dell'art. 19, applicabile al presente giudizio.

Tuttavia, anche prima della citata novella, che ha espunto i riferimenti al termine "autotutela" e all'art. 21 *quinquies* (revoca del provvedimento), indicando nel comma 4 dell'art. 19 (e non più nel 3) il contenuto dei poteri di intervento della p.a. "in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*", si era concretamente mostrata la contraddittorietà e lacunosità di un istituto che è stato oggetto di numerosi tentativi di razionalizzazione, mediante un continuo *restyling* di una disposizione, quella dell'art. 19, che è dall'origine la causa dei problemi nella comprensione di una sorta di "ibrido", che, anziché semplificare, ha complicato non solo la ricostruzione teorica degli istituti, ma soprattutto la loro concreta operatività.

All'indomani della sentenza dell'Adunanza Plenaria 15/11, che ha ricostruito la natura di atti privati di DIA e SCIA ed ha ricevuto, come detto, l'avallo del legislatore, restava infatti in piedi la possibilità dell'utilizzo, da parte dell'Amministrazione, dei poteri di cui agli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. 241/90, riferimento non del tutto pertinente trattandosi di poteri della p.a.

referibili ad atti di diritto privato, ma la cui introduzione era giustificata - all'indomani del rafforzamento degli istituti di liberalizzazione ad opera del d.lgs. 80/2005 - in qualità di clausole di salvezza delle prerogative "autoritative" dell'Amministrazione.

Il paradosso del sistema risiedeva nel fatto che questa cd. liberalizzazione lasciava gli istanti in sospenso in ordine alla efficacia di un titolo sul quale si era fatto incolpevole affidamento, ma che, a differenza del titolo espresso, era, per disposizione di legge, assoggettato ai poteri di secondo grado dell'Amministrazione, attivabili non solo d'ufficio ma anche, e soprattutto, per effetto di denunce di terzi soggetti, la cui tutela doveva comunque essere garantita in qualche modo, con ciò assoggettando costoro alle medesime sanzioni previste a carico di coloro che avessero agito in assenza di titolo, come risultava dall'art. 21 comma 2 della l. 241/90, più volte citato.

Di conseguenza, anche coloro che erroneamente e incolpevolmente avevano ritenuto di poter validamente utilizzare lo strumento della SCIA, si trovavano esposti *sine die* alle medesime sanzioni previste a carico di coloro che avessero agito in totale assenza di titolo, e tutto questo a causa dell'inerzia dell'Amministrazione che aveva ommesso di esercitare tempestivamente il proprio potere/dovere di controllo entro il termine previsto per legge.

Questa evidente contraddizione del sistema è stata colta sia dalla dottrina più attenta che dalla giurisprudenza che, in alcune occasioni, ne ha messo in evidenza l'incoerenza e la necessità della tutela dell'affidamento dei segnalanti/dichiaranti una volta decorso il termine di legge, circoscrivendo entro limiti sempre più rigorosi il potere di disporre non solo la revoca ma anche l'annullamento dei provvedimenti in questione (sul punto, si veda Cons. St., sez. IV, 16 aprile 2014 n. 1880, che, con riferimento all'autotutela, parla di potere residuale, che presuppone un'attenta ponderazione comparativa degli interessi dei soggetti coinvolti, mentre il ripristino della legalità non è motivo di per sé solo sufficiente per l'annullamento del precedente atto; nello stesso senso anche Cons. St., sez. VI, 22 settembre

2014 n. 4780. Entrambe le decisioni, pur cogliendo appieno l'esigenza di porre un limite ai poteri dell'Amministrazione esercitabili *ex post*, sembrano muovere, tuttavia, dall'errata considerazione della SCIA/DIA come provvedimenti amministrativi veri e propri).

Sotto questo profilo, la sopravvivenza, ante Legge Madia, del comma 2 dell'art. 21 ha contribuito – e il caso oggetto del presente giudizio ne è la prova – ad alterare l'efficacia propriamente liberalizzatrice dei due istituti.

Non può non notarsi che il d.l. 133/14 (Sblocca Italia) aveva delimitato l'operatività dell'autotutela ad alcune ipotesi ben definite nel comma 4 dell'art. 19 l. 241/90, che è poi la norma applicabile al caso oggetto di giudizio.

Tale limitazione è stata a sua volta modificata per effetto dell'approvazione della l. 124/15, che ha chiarito che il potere inibitorio generale sopravvive alla consumazione del termine di sessanta/trenta giorni, potendo l'Amministrazione intervenire anche dopo, purchè ricorrano le condizioni di cui all'art. 21 *nonies* della legge 241/90.

L'aver generalizzato nuovamente l'uso del potere di autotutela, al punto di renderla una sorta di “ valvola di sicurezza” azionabile a tutela di ogni interesse pubblico, anche dopo la scadenza del termine previsto per l'esercizio tempestivo del potere inibitorio generale, è dunque il problema principale da risolvere qualora l'Amministrazione ne faccia uso in un momento successivo alla scadenza del termine per l'inibitoria tipizzata dalla legge, e quando il privato abbia già consolidato le sue aspettative legittime in ordine all'attività oggetto di segnalazione ed abbia, come nel caso concreto, posto in essere cospicui investimenti e quasi concluse le attività.

3.1. Lo sviluppo di questo dibattito non può non avere effetti sui casi consolidatisi nella vigenza della normativa preesistente all'entrata in vigore della legge Madia, posto che, a fronte di evidenti cambiamenti che fanno capo principalmente alla imposizione di un termine massimo di diciotto mesi per l'intervento della p.a., alla espunzione del riferimento alla revoca del 21 *quinquies*, alla generalizzazione dei casi di intervento, e alla abrogazione del 21

comma 2, appare indiscutibile che i poteri di intervento della p.a. sulle SCIA/DIA consolidatesi, possiedono un nucleo di contenuti analoghi e sovrapponibili sia prima che dopo l'entrata in vigore della l. 124/15.

A prescindere dal *nomen iuris* utilizzato, infatti, il potere di intervento successivo della p.a. consiste comunque nell'uso di poteri inibitori soggetti a limiti imposti per legge, per i quali la l. 124/15 ha correttamente eliminato la definizione di "autotutela" facendo un richiamo all'art. 21 *nonies* che, al suo primo comma, tralasciando l'aspetto della nuova (e fondamentale) delimitazione temporale dei poteri di intervento, ha da sempre imposto dei precisi connotati all'intervento pubblico sul titolo abilitativo, ossia: i) l'esistenza di ragioni di interesse pubblico; ii) la presenza di un termine ragionevole; iii) la necessaria considerazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

La l. 124/15 ha quindi confermato e rafforzato, anche sotto un profilo di *restyling* normativo quanto mai necessario, quello che già prima era in qualche modo intuibile, ossia che l'esercizio di poteri di "autotutela" in senso stretto non è logicamente ammissibile nei confronti di atti che, dalla Plenaria 15/11 in poi, sono considerati atti privati, il cui effetto abilitativo si è consolidato per il decorso del termine inibitorio e che, quindi, hanno acquistato definitività.

Le condizioni di cui al 21 *nonies*, pertanto, assurgono a elementi fondamentali dell'azione successiva della p.a. a tutela dell'interesse pubblico, e la loro valutazione è assolutamente necessaria ai fini di un eventuale giudizio sull'operato dell'ente locale, che a distanza di tempo ponga nel nulla l'attività privata.

Non è certamente questa la sede per approfondire la complessa questione che riguarda la natura del potere esercitabile dalla p.a. rimasta inerte, se si tratti, in definitiva, di un potere discrezionale, che sopravvive alla scadenza del termine di trenta/sessanta giorni, oppure di un potere a contenuto vincolato, consumato dal decorso del tempo previsto per il suo esercizio ma in qualche modo riesumabile da parte dei terzi.

Sotto questo aspetto, anche nel sistema previgente la legge Madia, il comma 6 *ter* dell'art. 19 consentiva agli interessati di sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31 del Codice del processo (rito del silenzio).

Tale meccanismo, se da un lato consente ai terzi di stimolare l'intervento dell'ente locale ai fini della tutela di posizioni non solo del singolo ma anche pubbliche, e questo senza incorrere nelle limitazioni proprie dell'autotutela, dall'altro nulla toglie al potere dell'Amministrazione di attivarsi d'ufficio sulla base di scelte discrezionali.

In questo caso, però, il Collegio ritiene che sia prima che dopo la legge Madia, le regole cui è assoggettato il potere amministrativo di controllo e di inibizione- conformazione, siano sempre e comunque quelle di cui al primo comma dell'art. 21 *nonies*, e questo in quanto non può prescindere dalla considerazione che il potere inibitorio originario si è comunque esaurito per decorso del termine di legge, sicchè detto potere – che riviva per effetto dell'autonoma iniziativa dell'Amministrazione o per effetto dell'azione sollecitatoria del terzo e, quindi, del giudice amministrativo – resta nella sfera di disponibilità dell'Amministrazione solo a particolari condizioni.

Questa Sezione, infatti, condivide pienamente quanto affermato dalla dottrina che, in tempi recenti, si è occupata del regime della SCIA, soprattutto dopo le conclusioni dell'Adunanza Plenaria, e quindi che l'interesse pubblico è affidato alla cura dell'Amministrazione sulla base del regime che il legislatore ha prescelto, sia per ciò che riguarda i termini per l'esercizio, sia per le modalità di quest'ultimo.

Il terzo che invochi l'intervento del giudice, pertanto, non dovrebbe poter ottenere più dell'attuazione del diritto obiettivo ed il giudice non potrebbe fare più di quanto non possa la stessa Amministrazione cui la cura di quell'interesse è affidata, con condizioni e tempi che tengono conto del contemperamento degli interessi operato in sede normativa.

Parimenti, quand'anche sia l'Amministrazione ad attivarsi di sua iniziativa, l'effetto finale non può prescindere dall'osservanza dei limiti imposti dalla legge, perché, a ragionare diversamente, il titolare di un titolo abilitativo "semplificato", come la SCIA, avrebbe costantemente una tutela minore di quella di cui gode il titolare di un titolo "tradizionale", come il permesso di costruire.

Sono queste le complicazioni di un modello definito "a controllo successivo", dove si confrontano e si scontrano l'esigenza di effettività della regolazione amministrativa, le istanze di libertà dei privati, gli interessi dei terzi, che solo in parte possono coincidere con quelli dell'Amministrazione.

Al fine di consentire al modello di funzionare, pertanto, non può prescindersi da soluzioni giurisdizionali che considerino la *ratio* semplificatrice degli istituti e, al contempo, risolvano eventuali questioni nel senso meno gravoso per il cittadino che abbia intrapreso l'attività con spirito liberalizzatore, dando al potere amministrativo esercitato *ex post* una consistenza diversa rispetto al potere esercitato *ex ante*, nel senso che nel primo caso non può esservi vero potere discrezionale nel senso classico del termine, poiché si parte dal presupposto che il diritto del privato a intraprendere un'attività senza passare prima per il *placet* dell'Amministrazione (ossia, senza il previo rilascio di un titolo abilitativo *ex ante*) comporti di per sé una sorta di depotenziamento del potere dell'Amministrazione tutte le volte che questa, in un momento successivo, si determini all'intervento.

Ecco che dunque si torna alla necessità di attribuire la giusta e fondamentale importanza ai criteri di esercizio del potere, che non possono che essere quelli dell'art. 21 *nonies* comma 1, come pure ai limiti dell'autotutela dati dall'esercizio dei poteri sanzionatori.

In pratica, come detto, non può il potere di autotutela far smarrire all'istituto della SCIA la sua funzione di liberalizzazione ed anche la sua stessa natura di atto privato, per cui esso dovrebbe consistere semplicemente nel potere di riesaminare i provvedimenti già eventualmente emanati alla luce dei criteri del

21 *nonies*; allo stesso modo la logica dell'autotutela non dovrebbe "contaminare" il potere sanzionatorio, per sua natura doveroso e vincolato.

4. Queste doverose premesse sulla normativa vigente al momento dell'emissione del provvedimento, consentono di ritenere fondati i primi due motivi di ricorso, che, stante il loro contenuto, possono essere esaminati congiuntamente e, conseguentemente, di annullare la declaratoria di inefficacia della SCIA 82/2015 e della DIA 141/2015, operata da parte del Comune di Napoli ed in danno della società ricorrente.

Va in primo luogo precisato che il Comune non specifica in alcun modo in base a quale normativa abbia reso la duplice declaratoria di inefficacia, così di fatto impedendo alla parte privata di qualificare e inquadrare il suo operato in termini quanto meno oggettivi.

Le ipotesi possibili, come detto, in base alla normativa vigente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato sono tre: esercizio di poteri di autotutela (art. 21 *nonies* l. 241/90); esercizio di poteri sanzionatori per dichiarazioni mendaci (art. 21 co. 1 l. 241/90; art. 19 co. 3, seconda parte, l. 241/90); esercizio dei poteri di vigilanza e inibitori in materia urbanistica (art. 21 comma 2 l. 241/90; art. 19 comma 6 *bis* l. 241/90).

La sola circostanza che non sia allo stato possibile comprendere a quale titolo il Comune abbia voluto attivarsi per dichiarare l'inefficacia della SCIA, vale a ritenere che il provvedimento sia, nel suo complesso, inficiato da una grave e insanabile carenza motivazionale, che lo rende attaccabile già sotto questo profilo.

Il Comune, infatti, fa riferimento esclusivamente ad un sopralluogo presso l'immobile, eseguito il 14 luglio 2015, a seguito del quale si è proceduto all'esame " sostanziale e approfondito della documentazione afferente la DIA", per poi pervenire alla contestazione su volumetria e altezze e, quindi, alla declaratoria di inefficacia.

Omette tuttavia di dare atto e di riportare, nel corpo del provvedimento, l'esistenza di una cospicua fase di interlocuzione con la ricorrente, che aveva

condotto all'archiviazione dapprima della SCIA e successivamente della DIA, che era stata presentata come variante al primo progetto.

Tale fase di interlocuzione è evincibile dalla documentazione depositata dal Comune e in parte riepilogata nella nota dello Sportello Unico per l'Edilizia n. 838591 del 29 ottobre 2015, ed è inconfutabile che abbia comunque condotto ad una duplice archiviazione, della SCIA in data 16 marzo 2015 (vedi all. a.1. prod. Comune, ove sulla prima pagina viene dato atto di " SCIA assentibile), e della DIA in data 10 luglio 2015 (vedi all. a.2. prod. Comune); di tale ultima archiviazione viene dato atto anche nel corpo del provvedimento del 6 agosto 2015.

4.1. Ciò detto, può ritenersi che l'esercizio dell'autotutela, se vi è stato, è certamente illegittimo.

Entrambi i provvedimenti impugnati (quello del settembre 2015 è di fatto confermativo, nella sostanza, del provvedimento iniziale) sono del tutto carenti di riferimenti ai tre generali requisiti di cui all'art. 21 *nonies* co. 1, mancando qualsiasi accenno esplicito alla ponderazione tra interessi pubblici e privati e ai benefici, per l'interesse pubblico, scaturenti dalla declaratoria di inefficacia in luogo del mantenimento dei titoli (a maggior ragione in quanto il Comune era assolutamente consapevole dell'avvenuta realizzazione di gran parte delle opere assentite).

Va altresì precisato che, ai sensi della normativa vigente, al momento dell'emissione del provvedimento impugnato, l'autotutela era possibile solo nei casi di interessi " sensibili" di cui al comma 4 dell'art. 19, ma anche di ciò non vi è alcuna menzione nel corpo del provvedimento.

In ordine al termine ragionevole è doverosa una specificazione.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, sia la SCIA che la DIA erano state oggetto di inibitoria doverosa da parte del Comune, nel termine di legge dei trenta giorni.

Tale circostanza non emerge dal provvedimento impugnato ma dalla documentazione versata in atti dal Comune medesimo, ed in particolare dalla

nota del 23 febbraio 2015 (all. 4 prod. Comune) che però, a seguito delle integrazioni di parte (datate 6 marzo e 11 marzo, all. a.5. e a. 6), era stata superata, come detto, dall'archiviazione del 16 marzo 2015.

Parimenti, anche per la DIA del 18 maggio 2015 era stata disposta sospensione e richieste integrazioni in data 17 giugno 2015 (v. all. a.2 e a.9 prod. Comune), successivamente prodotte il 10 luglio, data nella quale anche la DIA era stata archiviata.

Dal 16 marzo 2015 e dal 10 luglio 2015 l'Amministrazione avrebbe potuto fare uso dei poteri di autotutela, e, fermo restando quanto sopra già chiarito in ordine alla concreta improbabilità che questo sia avvenuto, per mancanza delle condizioni del comma 4 dell'art. 19, resta il fatto che il termine di intervento non avrebbe potuto considerarsi del tutto ragionevole, se rapportato al caso di specie, posto che la ragionevolezza deve tenere conto dell'esistenza di una pregressa fase di contraddittorio tra le parti, la quale, in sé considerata, non può che far ritenere non ragionevole una inibitoria concretizzatasi a distanza di mesi e motivata sulla base delle medesime circostanze di fatto oggetto di pregresso confronto tra le parti.

Infatti, anche se la legge Madia ha modificato l'art. 21 *nonies* l. 241/90 fissando un termine, per l'esercizio dei poteri inibitori, "comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici", ciò non significa che detto termine sia necessariamente un termine legittimante l'inibitoria sempre e comunque, perché è comunque un termine massimo e non è venuto meno il riferimento alla ragionevolezza del medesimo, sicché esso non potrà prescindere dal caso concreto, dalla tipologia di SCIA/DIA e dalle ragioni che conducano la p.a. all'esercizio dei poteri inibitori.

Il collegio ritiene quindi che, anche nel regime previgente alla legge Madia, il "termine ragionevole" di cui all'art. 21 *nonies* co. 1 della l. 241/90, come richiamato dall'art. 19 comma 3, debba essere interpretato nel senso che la ragionevolezza vada comunque rapportata al caso concreto, alla tipologia di

opere autorizzate e al loro presumibile stato di avanzamento, in relazione alla natura delle circostanze emerse che inducano l'Amministrazione all'esercizio dei poteri di inibitoria successiva; la dilazione nel tempo dell'esercizio del potere è tanto meno giustificabile quanto più le censure sollevate attengano a profili di tipo formale e documentale, che l'Amministrazione avrebbe potuto cogliere sin nei primi trenta giorni dalla presentazione della Segnalazione/Denuncia, e comunque entro un termine non eccessivamente protratto, al fine di evitare la totale e ingiustificata vanificazione dell'attività intrapresa dalla parte privata sulla base di un titolo praticamente consolidato e di una aspettativa legittima sul proprio corretto operare.

Nel caso oggetto di causa, inoltre, aggiungasi che il Comune aveva già avuto una interlocuzione con la parte, conclusasi con l'archiviazione, e inoltre, secondo quanto dichiarato dalla ricorrente (vedi secondo motivo di ricorso) aveva anche condotto per decenni in locazione l'area in questione e tollerato i pretesi abusi edilizi successivamente rilevati, accorgendosi improvvisamente delle discrasie evidenziate proprio nel momento in cui le volumetrie preesistenti venivano riqualificate attraverso l'attività assentita all'odierna ricorrente.

Anche sotto questo profilo, come correttamente evidenziato, la dimensione temporale, se non preclusiva in assoluto, costituisce titolo di consolidamento delle situazioni giuridiche, e l'esercizio della pubblica funzione, per garantire il buon andamento, deve tenere conto delle situazioni soggettive medio tempore formatesi.

La decisione del Comune, nei termini e contenuti in cui è stata presa, conferma l'assoluta vanificazione dello spirito della cd. liberalizzazione delle attività economiche, comprese quelle edilizie, e dimostra la situazione di incertezza nella quale i privati, siano o meno imprenditori, si muovono quando debbano svolgere operazioni o attività sulla base di un titolo che, di fatto, ha un valore di gran lunga minore rispetto ad uno regolarmente assentito (ossia, al classico permesso di costruire), con ciò ponendosi in aperta

contraddizione con l'insegnamento della Corte Costituzionale la quale ha ribadito in più occasioni che la materia del " governo del territorio" fa parte dei principi fondamentali della legislazione statale e che la denuncia di inizio attività (DIA) e la SCIA, seppure con la loro indubbia specificità, si inseriscono in una fattispecie il cui effetto è pur sempre quello di legittimare il privato ad effettuare gli interventi edilizi (sentenze n. 121 del 2014, n. 188 e n. 164 del 2012).

5. Va in astratto considerata la possibilità che il Comune abbia esercitato i poteri sanzionatori conseguenti all'accertamento dell'esistenza di dichiarazioni mendaci da parte del progettista. Risulta infatti in atti (all. 6 prod. Immobiliare) un verbale di sequestro dell'area del 23 luglio 2015, eseguito su delega della Procura di Napoli a seguito del sopralluogo del 14 luglio 2015, a causa della presunta falsa rappresentazione grafica delle altezze dei manufatti oggetto di abbattimento e ricostruzione, evincibile dal confronto tra i progetti allegati alla DIA e alla SCIA con quelle riportate sulla tavola STR 105/87.

Tuttavia, di tutto ciò non vi è alcuna menzione nel provvedimento impugnato e deve pertanto ritenersi che non sia questa la ragione che ha determinato il Comune all'adozione del provvedimento del 6 agosto 2015.

6. Non resta che ritenere che il Comune abbia agito nell'esercizio dei poteri sanzionatori conseguenti alla vigilanza sull'attività edilizia, di cui all'art. 21 comma 2 l. 241/90 (vigente al momento dell'emissione del provvedimento) e richiamati anche al comma 6 *bis* dell'art. 19 l. 241/90, quest'ultimo passato indenne alla riforma Madia e comunque anch'esso vigente all'epoca dei fatti.

Come già illustrato, l'Ufficio tecnico aveva esercitato i poteri di inibitoria legale (entro i trenta giorni) sia nel caso della SCIA del 31 gennaio 2015, sia nel caso della DIA del 18 maggio 2015, quest'ultima di fatto costituente una variante alla SCIA originaria (vedi relazione tecnica dell'arch. Annunziata Compagnone, all. a.5 prod. Comune).

Orbene, prescindendo dalle ragioni che hanno condotto l'Immobiliare a presentare una DIA sul medesimo progetto, e anche dai contenuti della

medesima, resta il dato inconfutabile che entrambe le dichiarazioni sono state assentite e archiviate, legittimando appieno l'operato della parte privata, l'inizio e il proseguimento delle attività edilizie.

L'Amministrazione, pertanto, alla data di archiviazione delle pratiche, disponeva di tutta la documentazione necessaria e di ogni elemento per procedere al blocco definitivo dell'attività, cosa che, per contro, non ha fatto. È quindi del tutto illegittimo che la dichiarazione di inefficacia del 6 agosto 2015 sia intervenuta, a distanza di mesi, basandosi non su nuove risultanze di una qualche istruttoria condotta ex novo, bensì sulla base di elementi che erano sin dall'inizio a disposizione della p.a., tant'è che nel provvedimento impugnato il Comune fa riferimento all' "esame sostanziale e approfondito della documentazione " (v. pag. 2 provv. 6 agosto 2015), dal quale emergono problematiche (asseritamente ritenute tali) solo di tipo formale e precisamente: la consistenza volumetrica *ante operam* asseverata dal progettista, quantificata in mc 69.087,51, non trova riscontro con quella ricavabile dallo stralcio aerofotogrammetrico S.T.R. n.105 del 1987, determinata in mc 50.542,55; inoltre, nella relazione tecnica del progettista, la descrizione del progetto, *post operam*, ricomprende anche la realizzazione di una "tettoia" la quale, dall'esame del grafico (piante e sezioni), si presenta chiusa su tre lati e la cui volumetria non risulta computata in quella di progetto; infine, la documentazione tecnica prodotta non ricomprende il grafico della licenza edilizia n.241 del 17/05/1950, la cui pratica risulta irreperibile presso gli archivi; il progetto sarebbe dunque in contrasto con l'art. 21 del regolamento edilizio in quanto da un lato mancherebbe la dimostrazione delle legittimità della volumetria preesistente, dall'altro sarebbe stata realizzata una volumetria maggiore di quella originaria, accertata tuttavia sulla base di strumenti diversi da quelli grafici originari, non più reperibili.

A parere del collegio, è evidente che la motivazione posta alla base del provvedimento è di per sé contraddittoria perché da un lato nega la dimostrazione, da parte del privato, della legittimità della volumetria

dichiarata, dall'altro però ne afferma l'esistenza (in misura minore al dichiarato) in ragione di un accertamento condotto mediante un sistema empirico (aerofotogrammetria) risalente al 1987 e che, per sua stessa natura, è inidoneo a fornire esattamente l'entità della cubatura in questione.

Sul punto, il provvedimento non è in grado di spiegare in cosa consista la differenza tra cubatura dichiarata e cubatura accertata mediante l'S.T.R; basti tuttavia evidenziare in primo luogo che la cubatura di mc 69.087,51 viene fatta discendere non dalla documentazione depositata ab origine con la Segnalazione (gennaio 2015), bensì dalla quantificazione riportata nella cd. "verifica urbanistica" del 3 giugno 2015 (doc. 8 prod. Comune), che, a quanto è dato vedere, era finalizzata alla verifica "dello standard dei parcheggi" e, di fatto, era quindi una quantificazione di cui il Comune ha preso quasi casualmente visione; in secondo luogo, dalla lettura della citata nota del Servizio Sportello Unico Edilizia Privata del 29 ottobre 2015, sembrerebbe (punto 2) che mediante l'STR sia stata possibile una verifica dei dati altimetrici del complesso edilizio oggetto di contenzioso, dalla quale sia emersa una differenza di altezza superiore al 25 % e tale da alterare la quantificazione delle preesistenze.

Orbene, al di là del fatto che tali considerazioni avrebbero dovuto essere svolte nel corpo del provvedimento impugnato e non nella relazione degli uffici, depositata a giudizio incardinato e che non può fungere da motivazione integrativa e tanto meno postuma, resta indimostrata la circostanza riferita dall'Amministrazione, e soprattutto resta indimostrato che lo scarto asseritamente esistente tra le altezze comprovate la differenza di volumetria cui il Comune fa riferimento.

Il Comune, inoltre, come detto, fa propri dei dati acquisiti solo nel giugno 2015 e al di fuori di un contraddittorio effettivo con la parte privata, alla quale non era mai stata sottoposta alcuna problematica circa le consistenze effettive del complesso immobiliare, posto che sia l'inibitoria della SCIA del 23 febbraio 2015 (all. a.4. prod. Comune) sia quella della DIA del 17 giugno

2015 (all. a. 9 prod. Comune) fanno riferimento alla insufficienza della documentazione tecnica ed amministrativa, all'assenza di alcuni nulla osta e, in generale, a problematiche di tipo formale che non hanno alcun punto di contatto con le motivazioni poste alla base del provvedimento impugnato, ma comunque evincibili ab origine, in quanto frutto dell'esame della documentazione depositata sin dall'inizio della domanda.

L'elemento di difformità in questione, pertanto, avrebbe potuto e dovuto essere rilevato sin dal momento della presentazione della SCIA, a nulla valendo la distinzione tra regolarità formale e sostanziale cui la relazione comunale fa riferimento (punto 1) per giustificare la discrasia temporale tra momento della segnalazione e momento dell'accertamento in danno della parte; infatti, l'art. 19 comma 1 letto in relazione al comma 3, così come l'art. 23 comma 1 TEUD letto in relazione al comma 6 del medesimo articolo, non collegano il periodo di tempo previsto per l'inibitoria "legale" alla verifica esclusiva dei requisiti formali della pratica di SCIA, bensì alla verifica di tutte le "condizioni" stabilite (così l'art. 23 comma 6 TUED), intendendosi per tali tutte quelle che legittimano l'esecuzione dell'opera e non solamente quelle di tipo formale o documentale.

Ne discende che la distinzione operata nella nota sopra citata è del tutto irrilevante ai fini del decidere ed anche errata laddove interpreta la legge in modo diverso dai suoi contenuti, omettendo completamente di considerare che l'esercizio successivo dei poteri sanzionatori e di vigilanza sul territorio può assumere un rilievo, per così dire, sostanziale solo laddove esso sia collegato all'accertamento, in un momento successivo, di elementi di fatto prima sconosciuti all'Amministrazione e neppure conoscibili con l'ordinaria diligenza, collegati, per esempio, allo stato dei luoghi o ad altri elementi che la parte abbia involontariamente omissi.

Nel caso di specie, tuttavia, gli scarni rilievi di cui al provvedimento impugnato sono comunque oggetto di deduzioni condotte esclusivamente sulla base della documentazione in atti, che l'Amministrazione aveva il dovere

di esaminare nei trenta giorni immediatamente successivi al deposito della DIA, ed il cui esame successivo è condotto secondo metodologie che non dimostrano comunque l'esistenza delle asserite illegittimità, sulla base, oltre tutto, di carenze documentali ascrivibili al soggetto pubblico in quanto la pratica relativa alla licenza edilizia, siccome anteriore al 1950, non è risultata reperibile presso gli archivi comunali.

Ciononostante l'ente locale ha ritenuto di dichiarare inefficaci la SCIA e la DIA perché non sarebbe possibile stabilire se la licenza si riferisca all'intera consistenza dei capannoni industriali presenti in situ o solo ad una parte, obiezione fondata sul fatto che in detta licenza si parli di un solo capannone ad uso industriale e di un muro di cinta (argomentazione, quest'ultima, rinvenibile solo nel provvedimento del 9 settembre 2015 che ha rigettato le istanze di adeguamento volumetrico presentate dalla parte al fine di completare l'intervento).

Ne discende che le considerazioni sopra svolte valgono a far ritenere illegittimo anche il provvedimento da ultimo citato.

7. Infine, è fondato anche il terzo motivo di ricorso, ove si contesta la parte conclusiva del provvedimento impugnato, laddove si ritiene che l'intervento contrasti con l'art. 56 delle NTA in quanto in contrasto con le disposizioni di pianificazione di zona e con l'art. 33 commi 5 e 6 e art. 2 comma 4 delle medesime NTA, per mancanza di pianificazione urbanistica di dettaglio.

In base al certificato di destinazione urbanistica in atti, l'area in questione ricade in zona B sottozona Bb e su di essa sono previste le attrezzature di quartiere di cui all'art. 56 delle NTA, che per gli immobili destinati ad attività collettive, verde pubblico o parcheggi, consente gli interventi di cui al comma 2 e quindi, nel caso di edifici esistenti, interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, di restauro e risanamento conservativo e di ristrutturazione edilizia.

È dunque di tutta evidenza che proprio la norma di piano che prevede le attrezzature consente per gli edifici esistenti, interventi sino alla

ristrutturazione edilizia.

Correttamente la ricorrente ha evidenziato che, quanto alla disciplina della sottozona Bb, anch'essa al primo comma, ultimo periodo, consente la «ristrutturazione edilizia a parità di volume». Ed al comma quarto precisa che «le destinazioni compatibili sono quelle di cui alle lettere a), c) e d) dell'art. 21». La lettera c) richiamata a sua volta indica come destinazione la produzione di servizi, tra i quali, esemplificativamente, elenca anche la “commerciale all'ingrosso” che è quella del progetto de quo.

Ne discende che l'art. 56, pur stabilendo la destinazione "attrezzature" per varie aree collocate all'interno di zone e sottozone di piano, permette per gli immobili che già esistono le ristrutturazioni edilizie coerenti con le discipline di zona da eseguirsi secondo intervento diretto.

7.1. Trattandosi di atto plurimotivato, va anche esaminato il riferimento all'art. 33 commi 5 e 6 delle NTA, concludendo che esso non è pertinente, in quanto, detta disposizione non impone piano attuativo per ristrutturare l'esistente ma si limita a prevedere la possibilità di nuove costruzioni per i proprietari di lotti superiori a 5.000 mq.

Trattandosi, nel caso concreto, di ristrutturazione edilizia e non di nuova costruzione, è giocoforza ritenere che l'Immobiliare ben potesse eseguire gli interventi oggetto di segnalazione.

8. Passando all'esame dei motivi aggiunti, notificati il 9 novembre 2015, essi devono essere dichiarati irricevibili.

In base all'art. 43, co. 1, c.p.a., “i ricorrenti, principale e incidentale, possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte. Ai motivi aggiunti si applica la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini.”

Ferma restando, dunque, l'utilizzabilità di tale strumento al fine di introdurre nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, la disposizione *de qua* va comunque coordinata con il termine decadenziale di cui all'art. 41 c.p.a., al

fine di impedire che il *thema decidendum* venga ampliato dal ricorrente man mano che il giudizio evolve, tenuto conto delle difese dell'Amministrazione sul punto.

Il Consiglio di Stato, dopo l'entrata in vigore del Codice, ha tenuto a specificare, in diverse occasioni, che l'art. 43 non limita la proponibilità di motivi aggiunti alla sola sopravvenienza di fatti o atti nuovi rispetto all'atto impugnato con il ricorso originario (vedi sentenza III sez., 9 dicembre 2015 n. 5596).

Ogni situazione va, tuttavia, valutata caso per caso, al fine di evitare l'elusione del termine di decadenza e di rispettare il canone di diligenza imposto alle parti al fine di sfruttare lo strumento processuale per l'ottenimento di vantaggi non dovuti.

Questo Tribunale (sez. VIII, 14 gennaio 2010, n. 87) ha già avuto modo, in passato, di evidenziare come la proponibilità di motivi aggiunti per sopravvenuta conoscenza di vizi originari del provvedimento impugnato trovi necessario contemperamento nel principio della "conoscibilità in concreto" degli atti amministrativi, garantita dai presidi all'uopo apprestati dall'ordinamento (diritto di accesso) e nel correlativo onere per l'interessato di avvalersene tempestivamente, secondo i canoni di diligenza che gli impongono di agire a propria tutela senza ingiustificate dilazioni.

In questo senso, è da considerarsi irricevibile il gravame allorquando la tardiva conoscenza di nuovi elementi oggettivi abbia natura colposa, ossia imputabile a negligenza del ricorrente, il quale non abbia tempestivamente posto in essere tutte le iniziative idonee ad acquisire cognizione dei documenti amministrativi.

8.1. Nel caso oggetto del presente giudizio, i due motivi aggiunti riguardano documentazione che era nella sfera di conoscenza della parte sin dal momento della proposizione del ricorso.

Il IV) motivo (primo motivo aggiunto) ha infatti riguardo all'art. 2 del Decreto legislativo Luogotenenziale 12 marzo 1946 n. 211.

A prescindere dai contenuti del medesimo, non può non rilevarsi come la conoscenza di una norma di legge, per quanto non più vigente o abrogata, è nella assoluta disponibilità della parte e non può consentire l'ampliamento del *thema decidendum* oltre il termine decadenziale di cui all'art. 41 c.p.a.

D'altra parte, il riferimento che il comma 1 dell'art. 43 c.p.a. fa alla disciplina del ricorso, compresa quella relativa ai termini, non può che interpretarsi nel senso che, per consentire la deroga alla stessa, debba necessariamente esservi una qualche novità dell'accadimento e/o una omessa conoscenza pregressa del fatto/atto che sta a presupposto della doglianza. Tuttavia, in quest'ultimo caso, come sopra chiarito, l'omessa conoscenza non può imputarsi a una negligenza della parte.

Orbene, per quanto la normativa richiamata dall'Immobiliare sia datata all'immediato Dopo Guerra e non sia tuttora vigente, resta il fatto che la medesima era astrattamente conoscibile dalla parte, la quale, peraltro, non ha ricollegato la sua posticipata conoscenza a qualche evento particolare (es. produzione di un documento *ad hoc* da parte dell'Amministrazione), sicchè non è possibile giustificare l'allargamento del *thema decidendum* senza che alla base di ciò vi sia un evento nuovo e successivamente conosciuto, tale da giustificare, almeno in astratto, la proposizione del nuovo motivo.

8.2. Discorso analogo vale per il V motivo (secondo motivo aggiunto).

In esso si fa valere un ulteriore profilo di censura, che è stato possibile articolare grazie al "ritrovamento" della certificazione della Camera di commercio di Napoli in data 2 aprile 1955 e che dimostrerebbe che la società "La Recupera di Umberto Prota fu Filippo", con la quale operava il proprietario originario, oltre a svolgere attività industriale di recupero del materiale di risulta della produzione acciaiera, si incaricava anche di commercializzarla.

Tuttavia, a parere del Collegio, anche in questo caso la parte non supera la prova di resistenza relativa alla dimostrazione della diligenza dimostrata nella

ricerca della documentazione necessaria a articolare il ricorso nel rispetto del termine di decadenza dei sessanta giorni.

In primo luogo, il cd. ritrovamento della certificazione non viene collocato temporalmente, sicchè è astrattamente possibile ipotizzare che detto documento potesse essere da tempo nella disponibilità della parte e non prontamente utilizzato ai fini della articolazione dei motivi di ricorso.

Non vale, poi, a giustificare la proposizione della nuova censura (col conseguente ampliamento del *thema decidendum*) il riferimento, peraltro solo accennato in memoria, alla destinazione commerciale dell'area.

La memoria, infatti, non trae spunto dal contenuto del provvedimento, che non menziona il cambio di destinazione d'uso tra le ragioni della declaratoria di inefficacia, sicchè, a tutto voler concedere, le prospettazioni successive sono irrilevanti e avrebbero potuto imporre, se trasposte in un documento ufficiale del Comune, la proposizione di motivi aggiunti a decorrere dalla loro conoscenza; tuttavia, questo ruolo non può essere attribuito alle mere difese dell'Amministrazione, con la conseguenza che il motivo aggiunto va ritenuto irricevibile per le ragioni sopra esposte.

9. In conclusione, il ricorso va accolto e i motivi aggiunti dichiarati irricevibili. La sostanziale vittoria da parte del ricorrente, giustifica l'imputazione delle spese processuali alla parte pubblica rimasta soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e dichiara irricevibili i motivi aggiunti.

Condanna il Comune di Napoli al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, che liquida in complessivi euro 2000,00 (duemila/00), oltre contributo unificato e accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente FF

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/04/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)