

Publicato il 11/10/2023

N. 08861/2023REG.PROV.COLL.
N. 03751/2023 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3751 del 2023, proposto da
-OMISSIS- rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Bruno Antonio
Molinaro, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Volla, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Erik Furno, con domicilio digitale come
da PEC Registri di Giustizia;

-OMISSIS-- e-OMISSIS--, rappresentati e difesi dall'avvocato Raffaele
Marciano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania,
Sezione Seconda, n. -OMISSIS- resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Volla, di -OMISSIS-- e
di-OMISSIS--;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la richiesta dei difensori dell'appellante e del Comune di Volla di passaggio in decisione senza discussione orale;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2023 il Cons. Maria Stella Boscarino, nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'appellante premette di essere proprietaria di un immobile, confinante con la proprietà degli appellati, ubicato in Volla alla via Rossi n°329/333, che si compone di un corpo di fabbrica principale, costituito da n. 4 piani, e di un corpo di fabbrica retrostante a destinazione artigianale.

Per tale immobile venivano rilasciate, in data 27 aprile 1966, licenza edilizia n. 774 per la realizzazione di una sopraelevazione al primo piano; in data 4 luglio 1975, licenza edilizia n. 1609 per la realizzazione di una ulteriore sopraelevazione ai piani 2° e 3°; in data 31 luglio 2012, permesso di costruire in sanatoria n. 1675, relativa alla realizzazione di un capannone a destinazione artigianale, posto alle spalle del fabbricato di 4 piani in via Rossi.

In data 5 marzo 2013 i sigg.ri-OMISSIS- presentavano denuncia di inizio attività per frazionamento e diversa distribuzione degli spazi interni del locale artigianale ma, contrariamente a quanto riportato nella D.I.A. e nella relazione tecnica, l'originario capannone artigianale oggetto del permesso di costruire in sanatoria n. 1675/12 risultava modificato e ampliato nella superficie, nel volume, nella sagoma e nei prospetti.

In data 16 luglio 2015 i sigg.ri-OMISSIS- presentavano nuova denuncia di inizio attività per la realizzazione di un intervento di sostituzione delle lamiere con solaio in latero cemento, ma l'intervento previsto, erroneamente qualificato come manutenzione straordinaria, comportava la sostituzione totale delle strutture portanti, con modifica di sagoma ed altezze e traslazioni di volume.

In data 2 marzo 2017 i sigg.ri-OMISSIS- presentavano segnalazione certificata di inizio attività per la realizzazione di terrazzi di pertinenza; l'intervento veniva erroneamente qualificato come manutenzione straordinaria.

2. Con nota prot. 4403 del 7 febbraio 2018 il Responsabile del IV Settore del Comune di Volla avviava il procedimento di annullamento d'ufficio della S.C.I.A. prot. 5790/17, avendo rilevato: difformità tra rilievo fotografico e rappresentazione grafica dello stato di fatto; mancata indicazione della distanza dai fabbricati confinanti; mancato rispetto dell'art. 38 del Regolamento Edilizio Comunale. Di seguito veniva emessa l'ordinanza n. 14/2018 di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi che con sentenza n. -OMISSIS- del 14 febbraio 2019 del T.A.R. Campania Napoli, Sezione Seconda, veniva annullata per difetto di adeguata motivazione.

3. L'appellante espone ancora di aver notificato al Comune di Volla, in data 12/07/2022, atto di significazione, diffida e messa in mora, invitando l'ente ad applicare i necessari provvedimenti sanzionatori, dichiarando l'inefficacia delle denunce di inizio attività e SCIA presentate dai controinteressati, accertando sia l'inesistenza dell'autorizzazione e del deposito sismico, sia l'esistenza di abusi e difformità tra quanto denunciato e segnalato e quanto in concreto realizzato, e per l'effetto ordinare il ripristino dello stato dei luoghi; essendo la predetta diffida rimasta senza effetto, la ricorrente proponeva il ricorso al T.A.R. Campania deciso con la sentenza appellata.

4. Quest'ultima ha respinto il ricorso in quanto:

- con nota prot. n. 4403 del 20.02.2018 il Comune di Volla aveva avviato il procedimento teso all'annullamento d'ufficio della SCIA del 02/03/2017 e di poi aveva emanato l'ordinanza n. 14 del 20.04.2018 di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi, ma tali provvedimenti sanzionatori erano stati annullati dal TAR Campania con la sentenza n. -OMISSIS- pertanto all'atto della presentazione dell'atto di significazione, diffida e messa in mora del 12.07.2022, non sussisteva alcun obbligo di provvedere a carico del Comune di Volla;

-non sussisteva l'obbligo giuridico per l'Amministrazione di pronunziarsi essendo l'istanza del privato volta ad ottenere l'esercizio dei poteri di riesame di una situazione inoppugnabile;

-peraltro all'esito del sopralluogo effettuato in data 16 settembre 2021 da parte della Polizia Municipale erano emerse solo lievi difformità strutturali;

-l'istanza avanzata dalla ricorrente in data 12.07.2022 sarebbe sostanzialmente volta a rimettere in discussione una situazione che era stata già scrutinata dall'Autorità Giudiziaria.

5. L'appellante lamenta l'erroneità della decisione e deduce che la sentenza n.-OMISSIS- richiamata dal primo giudice, aveva annullato l'ordinanza n. 14/2018 (che, peraltro, aveva ad oggetto esclusivamente le opere di cui alla S.C.I.A. del 2 marzo 2017) per carenza di adeguata motivazione, senza entrare nel merito degli abusi edilizi analiticamente individuati nel proprio atto di diffida.

Evidenzia che l'art. 19, comma 4, della legge n. 241 del 1990 consente di esercitare i poteri anche una volta decorso il termine di sessanta giorni (30 in materia edilizia), in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*novies* ovvero secondo le regole generali che governano l'annullamento d'ufficio di atti illegittimi; il comma 6-*ter*, a sua volta, riconosce al terzo la possibilità di compulsare tali controlli, che non si diversificano per tempistica, contenuti e finalità da quelli attivati *ex officio*. Nel caso di cui all'art. 19, comma 4, della legge n. 241 del 1990, l'Amministrazione ha l'obbligo di rispondere, la discrezionalità risultando relegata alla verifica in concreto della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'articolo 21-*novies*. Del resto il comma 6-*ter* dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990 riconosce ai terzi «esclusivamente» la possibilità, in caso di inerzia, di esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del c.p.a.: il che sottintende appunto un obbligo di pronuncia, ancorché negativa.

Secondo l'appellante il T.A.R. avrebbe anche errato nell'omettere di considerare che l'atto di diffida era finalizzato ad ottenere da parte del

comune di Volla le necessarie verifiche sulle attività dei-OMISSIS- e sulle denunce di inizio attività e S.C.I.A. presentate sia al fine di accertarne formalmente la illegittimità, la falsità e la inefficacia, in vista del doveroso esercizio dei poteri di autotutela ex art. 21- *novies* della legge n. 241/90, sia al fine di accertare l'inesistenza dell'autorizzazione o del deposito sismico, sia al fine di accertare l'esistenza di abusi e difformità tra quanto denunciato e segnalato e quanto in concreto realizzato, con conseguente adozione dei provvedimenti repressivi.

6. Costitutosi in giudizio, il Comune eccepisce che con la citata sentenza del TAR Campania n. -OMISSIS- era già stato dal giudice riconosciuto il vizio di violazione dell'art. 21- *novies* L. 241/90.

Il Comune richiama quanto affermato dall'Adunanza plenaria n. 17 ottobre 2017 n. 8, secondo cui "l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole". Nel caso di specie l'Amministrazione aveva adottato un provvedimento con una motivazione generica, fondata esclusivamente sul profilo – peraltro oggetto anche di contestazione nel ricorso - della irregolarità volumetrica e avulsa dal contraddittorio procedimentale che si era sviluppato tra le parti sulla base di irregolarità sollevate dall'amministrazione con la comunicazione di avvio ex art. 7 l. 241/90: sulla base di tali presupposti era stato annullato il provvedimento allora impugnato, relativo ai medesimi interventi oggetto dell'istanza del 12.07.2022, proposta dalla sig.ra -OMISSIS-
Chiede pertanto il rigetto del ricorso.

7. Costituitisi in giudizio, gli appellati deducono che il TAR si sarebbe già pronunciato in identica fattispecie con sentenza n. 6625/2022 del 27.10.2022, sul giudizio promosso da un altro vicino, richiamando ai fini del rigetto proprio la già citata sentenza n.-OMISSIS- concludendo che all'atto della

presentazione dell'atto di significazione, diffida e messa in mora dell'08.02.2022 non sussisteva alcun obbligo di provvedere a carico del Comune di Volla.

Secondo gli appellati l'appellante avrebbe tentato di provocare un intervento dell'amministrazione in autotutela con l'inammissibile superamento della regola della necessaria impugnazione dell'atto amministrativo nel termine di decadenza.

Inoltre nessuna prova supporterebbe l'asserzione che gli interventi contesati non erano legittimi e d'altra parte il Comune avrebbe valutato più volte l'edificazione, prima in sede di rilascio della predetta SCIA n. 72/17, e poi in sede di due nuovi sopralluoghi (effettuati sempre a seguito di segnalazioni) prot. 26584 del 22.9.2021 e prot. n. 29833 del 22.10.2021). Chiedono in definitiva il rigetto dell'appello.

7. All'udienza in camera di consiglio del 19 settembre 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

8. L'appello è fondato.

8.1. In primo luogo, deve escludersi che l'esame della richiesta della ricorrente sia precluso dal giudicato costituito dalla decisione del TAR Campania n.-OMISSIS-, che ha annullato l'ordinanza di demolizione n. 14 del 20.04.2018 (emessa dal Comune per essere state ravvisate, nell'intervento edilizio degli appellati, irregolarità urbanistiche) unicamente per violazione dei principi in tema di autotutela, in particolare per l'assenza di motivazione circa la sussistenza dell'interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro; in particolare, il T.A.R. ha ritenuto la motivazione generica e non in linea con i profili esternati con l'avviso di avvio del procedimento.

Non si è pertanto formato alcun giudicato in ordine alla regolarità urbanistica delle opere che l'appellante tenti di rimettere in discussione.

8.2. A maggior ragione nessuna preclusione può ravvisarsi nel giudicato nascente dall'altra sentenza n. -OMISSIS- con la quale il T.A.R. Campania si è

pronunciato sul ricorso di altro soggetto tendente a far constatare l'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione resistente a fronte del suo atto di significazione, diffida e messa in mora; tale decisione, intervenuta su ricorso di un altro soggetto nessuna efficacia preclusiva può esercitare sul contenzioso avviato dall'interessata, risultando, peraltro, del tutto irrilevante la motivazione di rigetto del ricorso, affidata a considerazioni del tutto analoghe a quelle espresse nella decisione oggetto del presente gravame (e che peraltro neppure risulta condivisibile).

8.3. Infine l'asserzione degli appellati, secondo la quale il Comune avrebbe rivalutato la legittimità del loro intervento in occasione di due nuovi sopralluoghi (effettuati sempre a seguito di segnalazioni) prot. 26584 del 22.9.2021 e prot. n. 29833 del 22.10.2021, non è stata supportata da alcuna prova, non avendo i predetto appellati depositato tali atti, il che non ha consentito al Collegio di scrutinare l'eventuale coincidenza tra l'istanza dell'appellante del 12/07/2022 ed altra eventuale che in precedenza abbia eccitato i poteri di controllo estrinsecatisi con i menzionati sopralluoghi. Trattandosi di documentazione nella disponibilità degli appellati (salvo prova contraria, non offerta), era loro onere produrla al fine di resistere alle censure dell'appellante.

9. Nel merito si osserva quanto segue.

9.1. Questa Sezione con la decisione n.-OMISSIS- ha avuto occasione di ricostruire la materia della tutela dei terzi controinteressati in rapporto alla tipologia di poteri esercitabili dalla p.a. sui procedimenti dichiarativi in edilizia, ricordando, in particolare, che il termine entro cui i controinteressati possono produrre osservazioni sollecitando interventi dell'amministrazione - senza il quale si avrebbe un potere temporalmente illimitato e in bianco, in manifesto contrasto con il principio di legalità-tipicità - è correlato alle verifiche cui la stessa è chiamata ex art. 19 L. n.241/90, da esercitarsi, in materia edilizia, entro i trenta giorni decorrenti dalla data di presentazione della s.c.i.a., ovvero nei successivi 12 mesi (combinato disposto dei commi 3, 4, 6-bis e 6-ter).

Segnatamente l'art. 19, comma 3, attribuisce alla p.a. nel primo, ristretto lasso temporale un triplice ordine di poteri (inibitori, repressivi e conformativi). La portata cogente della disposizione, peraltro, è stata di recente rinforzata sanzionando di "inefficacia" i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti adottati dopo la scadenza del termine (art. 2, comma 8-*bis* della l. n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a), del d.l. n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120/2020). Il successivo comma 4 consente di esercitare tali poteri anche una volta decorso tale termine, ma solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*novies* della stessa legge n. 241 del 1990, ovvero secondo le regole generali che governano l'annullamento d'ufficio di atti illegittimi, che impongono la verifica della sussistenza di un interesse pubblico ulteriore rispetto al ripristino della legalità, l'effettuazione di un bilanciamento fra gli interessi coinvolti e, per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei privati, che non si superino i dodici mesi dall'emanazione dell'atto, nel caso di specie da computare dallo spirare del termine ordinario di controllo di trenta giorni (gli originari diciotto mesi sono stati ridotti agli attuali dodici dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108).

Il comma 6-*bis*, riferito alla materia edilizia, in linea di principio non contiene alcuna diversa declinazione dei poteri di controllo, salvo ridurre i termini per l'effettuazione di quelli ordinari a trenta giorni, secondo il modello poc'anzi ricostruito.

Il comma 6-*ter*, a sua volta, riconosce al terzo la possibilità di compulsare tali controlli, che tuttavia non si diversificano per tempistica, contenuti e finalità da quelli attivati ex officio, come da ultimo ben chiarito dalla Corte costituzionale (sentenza n. 45 del 2019).

È ormai principio consolidato che l'autotutela di cui al comma 4 dell'articolo 19 della legge n. 241/1990 si diversifica per così dire sul piano ontologico dal modello generale declinato dall'art. 21-*novies*, cui pure rinvia, innanzi tutto per

il fatto che non incide su un precedente provvedimento amministrativo, connotandosi pertanto per conseguire ad un procedimento di primo e non di secondo grado, tanto da indurre la dottrina a rivederne finanche la qualificazione definitiva. Inoltre, mentre di regola il potere di autotutela è ampiamente discrezionale nell'apprezzamento dell'interesse pubblico che può imporre l'esercizio e pertanto non coercibile, al punto che la p.a. non ha neanche l'obbligo di rispondere a eventuali istanze con cui il privato ne solleciti l'esercizio, nel caso di cui all'art. 19, comma 4, della l. n. 241 del 1990, si ritiene che l'Amministrazione abbia l'obbligo di rispondere, sicché la discrezionalità risulta piuttosto relegata alla verifica in concreto della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'articolo 21-*novies*. E' stato evidenziato che "Depongono nel senso della doverosità (in deroga al consolidato orientamento secondo cui l'istanza di autotutela non è coercibile), sia l'argomento letterale - segnatamente, la differente formulazione dell'art. 21-*novies* rispetto all'art. 19, comma 4, della legge n. 241 del 1990, il quale ultimo, a differenza del primo, dispone che l'amministrazione "adotta comunque" (e non già semplicemente "può adottare") i provvedimenti repressivi e conformativi (sempre che ricorrano le 'condizioni' per l'autotutela) -, sia la lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5208).

Di talché l'Amministrazione è chiamata a motivare non soltanto la scelta di procedere all'annullamento, nell'accezione chiarita con riferimento ai procedimenti dichiarativi, ma anche quella opposta, di non annullare seppure in presenza di presupposti di illegittimità dell'atto, utilizzando in senso speculare i parametri individuati dal legislatore (la mancanza di interesse pubblico all'annullamento ovvero la tutela dell'affidamento del soggetto la cui posizione sia stata ampliata dall'atto che si andrebbe ad eliminare).

Il regime delle tutele accordate al terzo controinteressato in via giurisdizionale è contenuto nel comma 6-*ter* dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990. La norma, dopo avere affermato che la segnalazione certificata di inizio attività, la

denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili ed avere codificato la ricordata facoltà dello stesso di "sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione", completa il quadro riconoscendogli esclusivamente la possibilità, in caso di inerzia, di esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del c.p.a.: il che sottintende appunto un obbligo di pronuncia, ancorché negativa, pur senza indirizzarne i contenuti.

Dunque il terzo controinteressato vanta un interesse pretensivo a che l'Amministrazione attivi su suo impulso quegli stessi controlli cui essa è obbligata in via autonoma.

D'altra parte, il consolidarsi della situazione illegittima *-recte* accertata come tale *ex post*, d'ufficio o su impulso di parte, in via giudiziale o stragiudiziale - non fa venire meno "le responsabilità connesse all'adozione [*recte*, in caso di s.c.i.a., alla mancata effettuazione dei controlli nel termine ordinario di 30 o 60 giorni] e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo" (art. 21-*novies*, comma 1, ultimo periodo); ed è di tutta evidenza che laddove l'illegittimità trasmodi nell'abusivismo la motivazione della scelta del mantenimento dell'opera dovrà necessariamente essere più incisiva, giusta la possibilità, non a caso evocata anche dalla Corte costituzionale nella ricostruzione del quadro sistematico delle tutele del terzo, che quest'ultimo agisca per il risarcimento del danno derivatogli dall'inerzia colpevole dell'amministrazione, nei controlli tempestivi, indi nell'annullamento d'ufficio, ove possibile.

9.2. In linea con i principi richiamati dalla sopra riportata decisione, deve ritenersi che nel caso di specie il Comune avesse l'obbligo di pronunciarsi sull'istanza della ricorrente, tanto più che la stessa non aveva evidenziato solo profili di illegittimità dell'attività costruttiva e di non veridicità di alcune dichiarazioni a base delle SCIA e DIA, ma anche veri e propri interventi abusivi rispetto le opere per come denunciate.

10. Conclusivamente, in accoglimento dell'appello e in riforma della decisione appellata, dev'essere accolto il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, affermandosi l'obbligo del Comune di esitare l'istanza della ricorrente.

11. La particolare complessità della fattispecie e la novità degli orientamenti giurisprudenziali a base della decisione integrano le eccezionali ragioni per disporre la compensazione delle spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in accoglimento dello stesso ed in riforma della decisione appellata, accoglie il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e per l'effetto dichiara l'obbligo del Comune di riscontrare l'istanza della ricorrente.

Spese del doppio grado compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle parti private.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere

L'ESTENSORE
Maria Stella Boscarino

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.