

N. 01038/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00834/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 834 del 2015, proposto da:
..., rappresentato e difeso dagli avv.ti ..., con domicilio eletto presso la Segreteria T.A.R.;

contro

Comune di Cortina D'Ampezzo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Federico Bressan e Giuliano Marchi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Venezia, S. Polo, 2237;

nei confronti di

..., rappresentati e difesi dall'avv. ..., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. ...in Mestre - Venezia, via ...;

e con l'intervento di

..., rappresentato e difeso dagli avv.ti ..., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. ... in Venezia...;

per la declaratoria di nullità e l'annullamento

del provvedimento del Comune di Cortina d'Ampezzo prot. n. 7238/2015 del 16/4/2015, avente oggetto: "esito procedimento amministrativo prot. 1439 del 26/1/2015. Immobile censito alla p.ed. 1041 in via Cianderies n. 39";

dell'autorizzazione paesaggistica del Comune di Cortina d'Ampezzo n. 171/2012 del 5/7/2012.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cortina d'Ampezzo e di;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2015 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori ...;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente è comproprietario di un appartamento in un edificio sito in via ... nel Comune di Cortina d'Ampezzo, che sorge su un terreno che a sud confina con un terreno di pertinenza di un altro edificio condominiale i cui tre appartamenti sono di proprietà dei Sig.ri ..., della loro figlia Sig.ra .. e del Sig. ...

I Sig.ri ... con una prima denuncia di inizio attività assunta al protocollo comunale n. 14786 del 26 luglio 2012 n. 229/2012, una seconda denuncia di inizio attività assunta al protocollo comunale n. 119/2013 per la sanatoria di alcune difformità, ed una terza denuncia assunta al protocollo n. 120/2013 per alcune varianti in corso d'opera, entrambe del 17 luglio 2013, hanno realizzato modifiche interne ed esterne al fabbricato consistenti nel rifacimento del tetto, con sopraelevazione dell'edificio e modifica delle fonometrie esterne e la creazione di un vano ascensore che, essendo interno all'edificio, ha comportato il suo ampliamento con occupazione di un'area esterna, della sagoma e del perimetro della facciata, nella parte nord rivolta verso l'edificio condominiale in cui si trova l'unità immobiliare del ricorrente, ad una distanza dal confine che varia da un minimo di m 1,84, nel punto più vicino, ad un massimo di m 2,67, nel punto più lontano.

Il ricorrente con nota del 20 novembre 2014, ha diffidato il Comune ad intervenire mediante l'esercizio dei propri poteri di vigilanza in materia urbanistica al fine di far rispettare la distanza di 5 m dal confine, sollecitando l'intervento richiesto con ulteriore nota del 19 dicembre 2014.

Il Comune con nota prot. n. 1439 del 26 gennaio 2015, ha comunicato al ricorrente l'avvio del procedimento di verifica della fondatezza delle segnalazioni pervenute, anche in adempimento della sentenza Tar Veneto, Sez. II, 20 novembre 2014, n. 1427, pronunciata sul ricorso sul silenzio prevista dall' art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, esperita dal Sig. ..., condomino dei Sig.ri ... che si è opposto alla realizzazione di tali interventi edilizi.

Con tale sentenza è stata accertata l'illegittimità del silenzio nella parte in cui ha ritenuto di non attivare alcun procedimento e di non dare alcun riscontro alle istanze proposte, statuendo l'obbligo per l'Amministrazione di avviare il procedimento entro 30 giorni.

Successivamente il Comune con atto prot. n. 7238 del 16 aprile 2015, indirizzato anche all'odierno ricorrente, ha affermato che non vi sono le premesse per sospendere o inibire l'attività edilizia, perché non sussistono i presupposti previsti dall'art. 19, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo allora vigente, il quale prevedeva che decorso il termine di trenta giorni (termine che vale in materia edilizia) per l'adozione del provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività "all'amministrazione e' 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”.

Tale provvedimento è impugnato con il ricorso in epigrafe, unitamente all'autorizzazione paesaggistica n. 171/2012 del 5 luglio 2012, con domanda di risarcimento dei danni subiti e in via alternativa per la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione alle istanze presentate dall'odierno ricorrente, per le seguenti censure:

I) nullità ai sensi dell'art. 21 species della legge 7 agosto 1990, n. 241, per violazione ed elusione del giudicato, in quanto il Comune non ha dato applicazione alla sentenza Tar Veneto, Sez. II, 20 novembre 2014, n. 1427, che ha statuito la necessità di verificare la fondatezza o meno delle segnalazioni;

II) violazione degli artt. 3 e 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dei principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento e sviamento, perché la norma di cui all'art. 19, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, invocata dall'Amministrazione per archiviare il procedimento senza entrare nel merito delle contestazioni sollevate dal ricorrente, non può essere interpretato nel senso di escludere l'esercizio del potere di autotutela in materia edilizia avviato su sollecitazione del terzo alle verifiche spettanti all'Amministrazione ai sensi dell'art. 19, comma 6 ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e perché l'Amministrazione, omettendo di pronunciarsi sulle istanze e le diffide presentate dal ricorrente, ha mantenuto un'illegittima inerzia che deve essere accertata con dichiarazione dell'obbligo di provvedere;

III) violazione dell'art. 3 della legge della legge 9 gennaio 1989, n. 13, degli artt. 21 e 27 del regolamento edilizio, dell'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dell'art. 23 del DPR 6 giugno 2001, n. 380, dell'art. 146 del Dlgs. 22 gennaio 2004, n. 42, e carenza di motivazione perché si tratta di un intervento soggetto a permesso di costruire e non a denuncia di inizio attività, perché la determinazione di realizzare i lavori è stata assunta a maggioranza del condominio e non all'unanimità e perché manca una valida autorizzazione paesaggistica, dato che alle sedute della commissione edilizia integrata ha partecipato solo uno degli esperti in materia paesaggistico ambientale, e non è possibile qualificare gli interventi edilizi oggetto di contestazione come assentibili in deroga alla disciplina urbanistica in attuazione della disciplina speciale volta all'eliminazione di barriere architettoniche, in quanto non accompagnati dal certificato attestante l'esistenza di un handicap come previsto dagli artt. 8 e 11 comma 3, della legge 9 gennaio 1989, n. 13.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Cortina e i controinteressati concludendo per la reiezione del ricorso ed è altresì intervenuto, a sostegno delle argomentazioni presentate con il ricorso, il Sig. ..., condomino dei contro interessati che ha manifestato la sua opposizione agli interventi edilizi .

Alla pubblica udienza del 24 settembre 2015, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta in decisione.

Preliminarmente è necessario esaminare le eccezioni in rito sollevate dal Comune di Cortina e dai controinteressati.

Con la prima il Comune eccepisce un difetto del contraddittorio perché il ricorso non è stato notificato al progettista.

L'eccezione non può essere accolta perché in capo al progettista può individuarsi un interesse di mero fatto inidoneo a fargli acquisire la qualità di controinteressato (cfr. Tar Puglia, Lecce, Sez. III, 2 febbraio 2011 n. 225; Consiglio Stato, Sez. V, 5 marzo 2001, n. 1250).

Con la seconda il Comune lamenta la carenza di legittimazione ed interesse al ricorso da parte del ricorrente, perché il suo edificio dista molti metri dall'immobile oggetto degli interventi, e quindi non è configurabile un pregiudizio a suo danno.

L'eccezione deve essere respinta, perché il ricorrente lamenta la violazione della distanza di 5 m dal confine prescritta dall'art. 7.2 delle norme tecniche di attuazione allegata al piano regolatore, e ciò configura di per sé una lesione alla sua sfera giuridica che ha interesse a rimuovere.

Con un'ulteriore eccezione il Comune sostiene la tardività delle censure proposte avverso l'intervento, in quanto le opere sono state ultimate ad ottobre e sono visibili anche dalla pubblica via.

I controinteressati eccepiscono anche la tardività dell'impugnazione del provvedimento di autorizzazione paesaggistica, perché la piena conoscenza dell'esistenza della struttura nella sua esatta consistenza risale quantomeno dalla proposizione delle istanze di intervento in autotutela proposte del mese di novembre 2014.

Tali eccezioni sono fondate, perché il lungo periodo decorso dalla realizzazione dell'intervento edilizio contestato, la presentazione di più diffide e di puntuali domande di accesso, nell'insieme costituiscono prova della piena conoscenza della lesività degli atti oggetto di contestazione in un periodo non utile ai fini della tempestiva proposizione del ricorso, notificato solo in data 3 giugno 2015, e anche l'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica (che deve ritenersi autonomamente impugnabile in quanto oggetto di un procedimento autonomo da quello edilizio: cfr. l'art. 146, comma 12, del Dlgs. 22 gennaio 2004, n. 42) deve avvenire entro i termini che decorrono dalla realizzazione dell'intervento o dalla piena conoscenza dell'efficacia dell'autorizzazione (cfr. Tar Liguria, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 43).

Infatti la piena conoscenza dell'atto lesivo non deve essere intesa quale conoscenza piena ed integrale del contenuto dei provvedimenti che si intendono impugnare o degli atti endoprocedimentali la cui illegittimità invalida, in via derivata, il provvedimento finale, ma come percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sfera giuridica del ricorrente, mentre la conoscenza integrale del provvedimento o di altri atti del procedimento influisce sulle ragioni a sostegno della domanda già proposte e quindi sulla causa petendi, e giustifica la presentazione di motivi aggiunti c.d. propri.

Conseguentemente devono essere dichiarate irricevibili le censure proposte avverso l'autorizzazione paesaggistica nell'ambito del terzo motivo.

Con un'ulteriore eccezione i controinteressati lamentano l'inammissibilità dell'azione avverso il silenzio inadempiuto alle istanze rivolte dal ricorrente.

L'eccezione è fondata perché già al momento della proposizione del ricorso l'Amministrazione aveva adottato un provvedimento espresso, indirizzato appositamente al ricorrente a riscontro della istanza da questo proposta, che è l'atto prot. n. 7238 del 16 aprile 2015, con il quale è stata disposta l'archiviazione del procedimento di verifica, che lo stesso ricorrente ha impugnato con il presente ricorso, e l'adozione di un qualsiasi provvedimento esplicito intervenuto prima della proposizione

del ricorso rende lo stesso inammissibile per carenza originaria dell'interesse ad agire (cfr. ex pluribus Tar Veneto, Sez. III 7 maggio 2015, n. 492).

Conseguentemente deve essere dichiarata l'inammissibilità delle censure proposte nell'ambito del secondo motivo, con le quali il ricorrente chiede l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia serbata dall'Amministrazione rispetto alle proprie istanze.

Nel merito il Collegio osserva quanto segue.

Il primo motivo con il quale il ricorrente sostiene che l'atto impugnato, con il quale è stata disposta l'archiviazione del procedimento di verifica delle denunce di inizio attività, è nullo perché in violazione ed elusione del giudicato non può essere accolto.

Infatti la sentenza Tar Veneto, Sez. II, 20 novembre 2014, n. 1427, emessa ai sensi dell'art. 117 cod. proc. amm., si è limitata ad accertare l'illegittimità dell'inerzia dell'Amministrazione, e l'obbligo di avviare il procedimento di verifica sollecitato dall'odierno ricorrente, senza pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio.

In una fattispecie come quella all'esame il giudicato ha quindi un oggetto circoscritto all'accertamento di tali due aspetti e l'effetto conformativo attiene solamente alla rimozione del comportamento di inerzia tenuto sulla domanda iniziale del privato, ma non vale a predeterminare le future determinazioni dell'Amministrazione, con la conseguenza che l'adozione di un provvedimento esplicito, anche non soddisfacente dell'interesse fatto valere, in risposta all'istanza dell'interessato, comporta l'ottemperanza alla sentenza sul silenzio.

Costituisce un corollario di tale premessa l'esistenza nell'ordinamento di un tipica actio iudicati attivabile solo in caso di perdurante inerzia dell'Amministrazione successiva alla sentenza che abbia dichiarato l'obbligo di provvedere, prevista dall'art. 117, comma 3, cod. proc. amm., regolata da puntuali disposizioni processuali diverse da quelle previste per l'ordinario giudizio di ottemperanza contenute negli artt. 112 e seguenti cod. proc., amm..

Nel caso in cui il provvedimento sopravvenuto sia ritenuto illegittimo, la tutela del soggetto interessato è assicurata dalla normativa processuale che consente di proporre contro di esso una nuova impugnazione, come è reso esplicito dall'art. 133, comma 1, lett. a), n. 3, cod. proc. amm., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la cognizione sui "provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività, di cui all'articolo 19, comma 6-ter, della legge 7 agosto 1990 n. 241".

Il primo motivo deve pertanto essere respinto.

La censura, proposta nell'ambito del secondo motivo, con la quale il ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di archiviazione, è invece fondato e deve essere accolto.

Il Comune di Cortina d'Ampezzo ha disposto l'archiviazione del procedimento di verifica della legittimità delle denunce di inizio attività ritenendo di per sé ostantiva, e quindi senza svolgere un approfondimento istruttorio sui singoli rilievi sollevati nelle richieste di verifica, la norma di cui all'art. 19, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo allora vigente.

Secondo il Comune anche a seguito della richiesta di verifica da parte di un terzo non è possibile procedere al divieto di prosecuzione dell'attività se non vi siano lesioni agli specifici interessi sensibili menzionati dall'art. 19, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Tale norma ammette il divieto di prosecuzione dell'attività "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", che nel caso di specie non ricorrono.

La tesi non è condivisibile.

La giurisprudenza, alla quale il Collegio aderisce (cfr. Tar Piemonte, Sez. II, 1 luglio 2015, n. 1114; Tar Campania, Napoli, Sez. III, 5 marzo 2015, n. 1410; Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 21 novembre 2014, n. 4799), ha infatti chiarito che è vero che il sistema delineato dal citato art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel rafforzare la tutela di affidamento del privato che abbia presentato una dia o una scia, ha previsto la tassatività dei casi in cui alla Amministrazione è consentito di intervenire dopo la scadenza dei termini di cui al comma 3 e comma 6-bis, nel senso che fuori dalle situazioni individuate al comma 3 (falsità nelle dichiarazioni) ed al comma 4 (pericolo di danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente e la salute, per la sicurezza pubblica e la difesa nazionale), le Amministrazioni non possono intervenire.

Tuttavia il comma 6 ter, nel porre un obbligo all'amministrazione di provvedere su istanza del privato, ha previsto una fattispecie autonoma e diversa dal potere ufficioso previsto dai menzionati commi 3 e 4.

Una tale interpretazione appare peraltro obbligata secondo una lettura costituzionalmente orientata delle norme alla luce dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale sanciti dagli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione, non risultando altrimenti giustificabile, rispetto all'intento di garantire una tendenziale stabilità ai titoli abilitativi, l'eccessivo sacrificio che verrebbe imposto al diritto di azione del terzo leso dall'attività intrapresa.

Infatti il legislatore ha escluso che la denuncia e la dichiarazione di inizio attività costituiscano provvedimenti taciti direttamente impugnabili, ammettendo solo che i terzi interessati possano sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'Amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione contro il silenzio.

Poiché il terzo leso ha quest'unico rimedio a tutela della propria sfera giuridica, quando l'intervento di verifica risulti dallo stesso sollecitato e ad esso possa riconoscersi la titolarità di un interesse differenziato e qualificato, il divieto di prosecuzione dell'attività o l'inibitoria deve potersi svolgere in modo pieno e senza i limiti propri dell'autotutela avviata d'ufficio.

In definitiva, dichiarata la tardività dell'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica, e l'inammissibilità dell'azione avverso il silenzio, in accoglimento delle censure proposte nell'ambito del secondo motivo, il provvedimento di archiviazione del procedimento di verifica deve essere annullato, e a tale annullamento consegue l'obbligo in capo all'Amministrazione di completare sollecitamente il procedimento di verifica accertando analiticamente la fondatezza o meno dei singoli rilievi proposti ed adottando i conseguenti provvedimenti che, in caso di riscontro delle illegittimità segnalate, come sopra precisato, hanno carattere doveroso e non soggiacciono ai limiti previsti per le attività di verifica attivate d'ufficio dall'Amministrazione quando, come nel caso di specie, siano avviati su segnalazione del terzo leso nella propria posizione qualificata e differenziata.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara irricevibile, in parte inammissibile e in parte lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato nel senso precisato in motivazione.

Condanna il Comune di Cortina d'Ampezzo e il controinteressato alla refusione delle spese di lite in favore della parte ricorrente, liquidandole nella somma di € 2.000,00 (duemila//00) per ciascuno, per diritti e spese oltre i.v.a. e c.p.a., compensandole invece per quanto riguarda l'interveniente.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/10/2015

IL SEGRETARIO

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