

N. 01039/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00771/2015 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 771 del 2015, proposto da:

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

contro

Comune di Cortina d'Ampezzo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ..., con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Venezia, ..;

nei confronti di

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

..., non costituitosi in giudizio;

per la declaratoria di nullità e l'annullamento

del provvedimento prot. 7238 del 16 aprile 2015 del Comune di Cortina d'Ampezzo.

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 proprietario di un appartamento al secondo piano, con locale accessorio al piano terra, di un condominio sito nel Comune di Cortina d'Ampezzo risalente alla prima metà del secolo scorso, composto complessivamente da tre unità abitative, una delle quali, di comproprietà dei Sig.ri ..., e l'altra della loro figlia Sig.ra

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, i Sig.ri hanno realizzato modifiche interne ed esterne al fabbricato consistenti nel rifacimento del tetto, con sopraelevazione dell'edificio e modifica delle fonometrie esterne, 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, la demolizione e ricostruzione con riposizionamento e restringimento della scala condominiale dell'edificio, con modifica del locale di ingresso e della porta d'accesso, la rimozione di un terrapieno in cemento posto sul lato sud dell'edificio, il rivestimento in legno delle pareti esterne perimetrali dell'ultimo piano e la realizzazione di un nuovo poggiatesta sul lato sud est, con realizzazione di una porta finestra.

A seguito dell'avvio dei lavori il ricorrente sin dal 22 ottobre 2012 ha espresso la propria opposizione a questi lavori, ha presentato istanze di accesso al Comune ed ha ripetutamente chiesto un intervento in autotutela del Comune avverso le denunce di inizio attività rilevando la loro illegittimità.

In sostanza il ricorrente ha lamentato, oltre ad alcune difformità rispetto alla prima denuncia di inizio attività:

- che è stato aumentato il volume dell'edificio con ampliamento verso il confine della proprietà, rispetto al quale non sono rispettate le distanze (dopo l'ampliamento la distanza è di 1,6 m);
- che tale ampliamento, contrariamente a quanto dichiarato nelle denunce di inizio attività, non costituisce un vano tecnico, perché interno all'edificio il cui perimetro è stato ampliato;
- che non è possibile qualificare tali interventi 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;
- che manca la legittimazione ad ottenere il titolo edilizio, dato che gli interventi incidono sul decoro, la tipicità e la fruizione della parti di uso comune, senza che vi sia l'unanimità dei consensi dei condomini;
- che l'ampliamento dell'edificio effettuato per realizzare il vano ascensore lede il diritto di veduta del ricorrente, in quanto comporta la realizzazione di un manufatto a 46 cm dalla finestra del vano cucina.

A fronte dell'inerzia del Comune alle sollecitazioni volte ad ottenere le verifiche ad esso spettanti, il ricorrente con ricorso r.g. 690/2014 ha esperito l'azione sul silenzio prevista dall'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

Con sentenza Tar Veneto, Sez. II, 20 novembre 2014, n. 1427, 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 dal ricorrente statuendo l'obbligo per l'Amministrazione di avviare il procedimento entro 30 giorni.

Il Comune con atto prot. n. 7238 del 16 aprile 2015, 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 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".

Tale provvedimento è impugnato con il ricorso in epigrafe, con domanda di risarcimento dei danni subiti, per le seguenti censure:

I) nullità ai sensi dell'art. 21 septies 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 interpretata 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.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Cortina e i controinteressati concludendo per la reiezione del ricorso.

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.

Con la prima 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 lamenta la genericità del secondo motivo.

Anche questa eccezione deve essere respinta perché dal contesto del ricorso, dai fatti esposti nelle premesse dello stesso e dalle argomentazioni enunciate nell'ambito del primo motivo alle quali le deduzioni esposte nel secondo motivo rinviano, emergono elementi sufficienti a specificare i vizi di legittimità che secondo il ricorrente inficiano l'atto impugnato, ed i principi, le norme e le ragioni per cui, secondo il ricorrente, l'Amministrazione avrebbe dovuto emanare un atto diverso da quello impugnato.

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

L'eccezione è priva di fondamento in quanto il ricorrente in questa sede non ha impugnato i titoli edilizi, ma si è limitato ad impugnare il provvedimento espresso adottato in sede di verifica della denuncia di inizio attività, a seguito del giudizio sul silenzio.

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 satisfattivo 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 una 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.

Il secondo motivo, con il 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 ostativa, 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, in accoglimento delle censure 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, 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..

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.)