

N. 00230/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01221/2012 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 per il Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1221 del 2012, proposto da:

Teresa Zaramella, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Tessier, con domicilio eletto presso Gianluca Tessier in Venezia, San Marco, 3906/A;

contro

Comune di Mira, rappresentato e difeso dall'avv. Cristina De Benetti, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tribunale ai sensi dell'art. 25 Codice del Processo Amministrativo.

nei confronti di

Ri.Va. di De Iacob Rocco & C. Sas, Valeria Boscaro, rappresentati e difesi dagli avv. Alfredo Bianchini, Francesca Busetto, con domicilio

eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464;
Rocco De Jacob, rappresentato e difeso dagli avv. Francesca Busetto,
Alfredo Bianchini, con domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in
Venezia, Piazzale Roma, 464;

per l'annullamento:

- del silenzio serbato dal Comune di Mira sulla domanda-diffida
presentata dalla ricorrente in data 18..2012 con cui si è chiesto, ai sensi
del comma 6 ter dell'art. 19 della legge n. 241/90, di esercitare, entro 30
giorni, le verifiche spettanti al Comune in ordine all'accertamento dei
presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto delle n. 5 DIA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Mira e di Ri.Va. di
De Iacob Rocco & C. Sas e di Rocco De Jacob e di Valeria Boscaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2013 il dott.
Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Sig. De Jacob ha trasformato una casa colonica in ristorante situato in zona agricola e denominato “Do Ciacole”, struttura che è confinante con le proprietà dell’attuale ricorrente.

Quest’ultimo, in data 17/04/2012, a seguito dell’esperimento di un’istanza di accesso, afferma di aver preso visione delle seguenti autorizzazioni corrispondenti alla DIA n. 108/09 (diretta alla realizzazione di una piscina); della DIA n. 403/09 (progetto di ristrutturazione con cambio d’uso per la realizzazione di un relais di campagna); della DIA n. 884/10 (progetto di variante per modifiche interne al ristorante “Do Ciacole”; della DIA n. 482/11 presentata in data 14/07/2011 (progetto per la modifica dell’impianto di depurazione per le acque nere); della DIA n. 718//11 (DIA in variante e nuovo impianto fotovoltaico).

Con riferimento a dette DIA la ricorrente presentava il ricorso Rg 895/2012 per l’accertamento dell’illegittimità delle opere in oggetto.

Sempre la ricorrente presentava una domanda diffida, in data 28/06/2012, con cui si intimava al Comune, ai sensi dell’art. 19 L. 241/90, di esercitare entro 30 gg le verifiche in ordine all’accertamento dei presupposti di legge per l’esercizio delle attività oggetto delle n. 5 DIA e, quindi, annullare in via di autotutela le suddette DIA perché in contrasto con le prescrizioni della vigente normativa edilizia.

In conseguenza del silenzio posto in essere dall’Amministrazione comunale la ricorrente proponeva il presente ricorso, utilizzando il rito

speciale di cui all'art. 31 del Codice del Processo Amministrativo, affinché questo Tribunale dichiarasse l'illegittimità del silenzio serbato dal Comune di Mira sulla domanda diffida presentata dalla Sig.ra Zaramella in data 28/06/2012 con cui si è chiesto ai sensi dell'art. 19 L. 241/90 di esercitare entro 30 gg le verifiche spettanti al Comune in ordine all'accertamento dei presupposti di legge per l'esercizio delle attività oggetto delle n. 5 DIA.

Nel presente ricorso di costituiva il Comune di Mira che sosteneva l'inammissibilità dello stesso ricorso in conseguenza del decorso del termine dei 60 giorni entro i quali sarebbe ammissibile l'esercizio della potestà inhibitoria, ricorso da ritenere comunque infondato nel merito, rilevando comunque l'infondatezza nel merito delle pretese di parte ricorrente

Si costituiva altresì la società RI.VA. di de Jacob Rocco & C. sas anch'essa sostenendo l'infondatezza del ricorso.

All'udienza del 14 Febbraio 2013, uditi i procuratori delle parti e precisate le rispettive conclusioni, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è parzialmente fondato e può essere accolto limitatamente a quanto di seguito precisato.

1. E' necessario in primo luogo precisare l'ambito di incidenza della controversia ora sottoposta a questo Collegio che, in quanto tale, è ora

diretta ad accertare l'esistenza del solo obbligo del Comune di Mira di attivarsi e di concludere il procedimento iniziato con la presentazione di un'istanza da parte ricorrente diretta "per l'annullamento delle seguenti DIA ovvero per l'adozione di provvedimento di divieto dell'esercizio dell'attività edilizia".

Il proponimento di un procedimento in sede speciale in materia di "silenzio", quale è quello in corso, consente sia, di prescindere da quanto dedotto e contenuto in controversie analoghe - anche se inevitabilmente correlate a quello in corso - sia , nel contempo, nel non ritenere ammissibili istanze di riunione con i procedimenti sopra ricordati e relativi al rito "ordinario".

2. Ne consegue, come in questa sede la fattispecie di diritto sottoposta a questo Collegio deve pertanto essere circoscritta all'accertamento dell'esistenza dell'obbligo del Comune di Mira di concludere il procedimento attivato con la presentazione dell'istanza diretta, come sopra ricordato, ad attivare un procedimento finalizzato all'annullamento o all'inibizione dell'attività edilizia oggetto di cinque DIA.

3. Sul punto va, preliminarmente, ricordato quanto disposto dall'Adunanza Plenaria n.15/2011 (nel risolvere il conflitto sulla natura provvedimentale o meno della d.i.a.) nella parte in cui ha sancito la natura perentoria del termine per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'Amministrazione, rilevando come, anche dopo il decorso di

tale spazio temporale, residui all'Amministrazione un potere di autotutela in applicazione dei principi fondamentali sulla legge sul procedimento.

3. Va, altresì, ricordato come il comma 6 ter dell'art. 19 della L. n. 241/1990 (introdotto dall'art. 6, D.L. n. 138/2011) ha, di fatto, determinato il superamento, quanto meno parziale, proprio delle conclusioni cui era giunta l'Adunanza Plenaria n.15/2011 e per quanto attiene il proponimento di un'azione (atipica) di accertamento dell'obbligo di provvedere.

3.1 Detta ultima disciplina legislativa ha, come è noto, previsto che la tutela della posizione giuridica soggettiva del terzo, avverso il deposito di una DIA (ora SCIA) ritenuta lesiva, debba comportare l'esperimento "in via esclusiva", dell'azione in materia di silenzio e di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104".

3.2 E' ancora utile ricordare come questo Tribunale abbia già avuto modo di precisare, in una precedente decisione (Sez. II, 05 marzo 2012, n. 298), che l'azione avverso il silenzio ex art. 31 c.p.a., è ora esperibile anche prima della scadenza del termine assegnato all'Amministrazione per effettuare il controllo sulla s.c.i.a., azione che in tal caso, ha ad oggetto direttamente l'accertamento dei presupposti per l'esercizio dell'attività dichiarata.

4. Da quanto sopra precisato ne consegue che l'applicazione della disciplina ora vigente ha l'effetto di attribuire efficacia dirimente al

momento in cui la domanda del terzo viene presentata, mutando le caratteristiche del potere e dei controlli esperibili e, ciò, nel tentativo posto in essere dalla modifica legislativa sopra ricordata, di operare un non facile contemperamento tra l'interesse del privato a non rimanere perennemente esposto alle conseguenze di un ricorso di un soggetto terzo e, ancora, la necessità di consentire un'effettività della tutela della posizione giuridica del terzo presumibilmente leso da un atto di iniziativa privata.

E' del tutto evidente che, argomentare in modo differente - e non circoscrivere un preciso limite temporale all'esperimento del potere inibitorio – avrebbe l'effetto di legittimare il riesercizio dello stesso potere in qualunque tempo, a seguito di una semplice istanza proposta da un terzo, con l'inevitabile conseguenza di ritenere ammissibile una disciplina in cui la vicenda correlata alla s.c.i.a./dia (e la posizione del dichiarante in particolare) potrebbe rimanere instabile a tempo indefinito e, ciò, quanto meno entro i termini entro i quali è esperibile l'azione avverso il silenzio secondo i principi generali dell'istituto di cui si tratta.

5. Una volta esaurito il periodo di tempo entro il quale l'Amministrazione può esercitare i poteri inibitori, l'istanza del terzo potrà essere diretta a sollecitare l'esercizio del “solo” potere di autotutela e di quello sanzionatorio/repressivo, senza che rilevi il momento in cui l'interessato abbia effettivamente appreso della s.c.i.a. o

constatato la lesività dell'attività dichiarata.

Restano inoltre salve, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 241/1990, le misure sanzionatorie volte a reprimere le dichiarazioni false o mendaci, nonché le attività svolte in contrasto con la normativa vigente, così come sono impregiudicate le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo previste dalla disciplina di settore (in questo senso di recente si veda anche Consiglio di Stato n. 5751/2012) e le rimanenti ipotesi dirette a prevenire un danno al patrimonio artistico e culturale.

6. Applicando detti principi al caso di specie è possibile evidenziare come il termine per l'esercizio del potere di riesame con le finalità inibitorie sopra descritte sia abbondantemente decorso.

Le cinque DIA incidono in un periodo di tempo che può essere circoscritto a partire dal 26/02/2009 al 20/10/2011 e, quindi, ad un periodo di tempo considerevolmente risalente rispetto alla proposizione dell'istanza-diffida alla base dell'attuale ricorso, istanza presentata (è utile ricordarlo) solo in data 18/06/2012.

6.1 E', altresì, del tutto evidente come non sia possibile condividere l'argomentazione di parte resistente che vorrebbe far decorrere il periodo di tempo per l'esercizio del potere inibitorio dall'acquisizione delle cinque DIA e dall'avvenuto esperimento dell'istanza di accesso agli atti, ciò, in considerazione dei principi di affidamento del privato sopra ricordati.

6.2 Ne consegue come nel caso di specie sia esperibile solo l'esercizio di

un potere di autotutela che, in quanto tale, non può prescindere dall'applicazione dei principi regolatori sanciti dalle norme citate, con particolare riguardo alla necessità dell'avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, al rispetto del limite del termine ragionevole, e soprattutto, alla necessità di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo (Cons. St., ad. plen., 29 luglio 2011 n. 15).

7. Ne consegue che se il potere di autotutela resta pur sempre un potere in cui sussiste la discrezionalità dell'Amministrazione è, comunque, necessario che il corretto esercizio di detto potere sia preceduto da una previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse e, quindi, da un'attività istruttoria diretta a verificare l'istanza del privato, attività istruttoria che deve ritenersi ancora più indispensabile nelle materie sottoposte a DIA o Scia nelle quali la tutela ex art. 31 comma 4 del codice del processo costituisce l'unica forma di tutela possibile.

7.1 Deve, infatti, ritenersi che l'attuale disciplina vigente, nel prevedere il ricorso allo strumento del "silenzio", abbia di fatto inevitabilmente anticipato la tutela del terzo ad una fase di partecipazione procedimentale, il cui mancato esperimento ha l'effetto di privare il terzo di un'effettiva forma di tutela.

Come hanno evidenziato altre pronunce ... "una volta formatosi il titolo edilizio della d.i.a., l'intervento dell'amministrazione può essere giustificato soltanto nell'ambito di un procedimento di secondo grado di

annullamento o revoca d'ufficio, ai sensi degli artt. 21 quinquies e 21 nonies l. n. 241 del 1990, previo avviso di avvio di procedimento all'interessato e previa confutazione, ove ne sussistano i presupposti, delle ragioni dallo stesso eventualmente presentate nell'ambito della partecipazione al procedimento (T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 13-04-2012, n. 299).

8. Dall'esame della documentazione in atti è possibile verificare come nessuna istruttoria sia stata posta in essere dal Comune a seguito delle presentazione della diffida che ha originato il presente ricorso e, ciò, pur considerando i rilievi posti in essere da parte ricorrente diretti, tra l'altro, ad evidenziare come dette cinque DIA siano relative alla realizzazione di interventi considerevoli sia, di sostanziale modifica dei manufatti in essere sia, di mutamento di destinazione d'uso.

9. Si consideri, ancora, come la DIA n. 482/2011 sia relativa alla modifica dell'impianto di depurazione per le acque nere di scarico, intervento in relazione al quale già questo Tribunale, in una diversa controversia, ha avuto modo di disporre nei confronti del Comune l'obbligo di integrare l'istruttoria che aveva portato all'emanazione del provvedimento di autorizzazione allo sversamento delle acque di cui si tratta.

10. In considerazione di quanto sopra si dichiara, pertanto, l'esistenza dell'obbligo dell'Amministrazione comunale di istruire e attivare, entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla pubblicazione della presente

sentenza, e, in ultimo, di concludere il relativo procedimento, anche in termini negativi.

La complessità della fattispecie esaminata consente di disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo Accoglie limitatamente a quanto affermato in parte motiva.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Amedeo Urbano, Presidente

Alessandra Farina, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2013

IL SEGRETARIO

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