



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 la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 177 del 2011, proposto da: Carlo Ballotrini, rappresentato e difeso dagli avv.ti Lorian Zanutigh, Stefano Dondé e Sebastiano Mancuso, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, via G. Modena, 20;

contro

Comune di Ferrera Erbognone, rappresentato e difeso dall'avv. Giulio Colli, con domicilio eletto *ex lege* (art. 25 cod. proc. amm.), presso la Segreteria del Tar Lombardia in Milano, via Corridoni, 39;

nei confronti di

Rodolfo Campanini, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Adavastro, Serena Filippi Filippi e Paolo Re, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Cerva, 20;

Giancarlo Dellerà, rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Re, Francesco Adavastro e Serena Filippi Filippi, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Cerva, 20;

per la declaratoria della nullità previa inibitoria dell'attività edilizia,

della D.I.A. prot. 1896 del 3.6.2010

della D.I.A. prot. 339 n. 3 del 23.1.2010.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ferrera Erbognone, di Rodolfo Campanini e di Giancarlo Dellerà;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2011 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'esponente è proprietario di un edificio in Ferrera Erbognone (PV), via Resistenza, 7.

Sull'immobile collocato di fronte, ora di proprietà dei signori Campanini e Dellerà, sono stati posti in essere una serie di interventi edilizi, qualificati di ristrutturazione e di recupero del sottotetto, sulla base di due denunce di inizio attività (DIA), la prima del 23.1.2010 e la seconda del 3.6.2010.

Il sig. Ballotrini proponeva il presente ricorso, con domanda di sospensiva, chiedendo a questo Tribunale la declaratoria di nullità delle due DIA, per i motivi che possono così essere sintetizzati:

1) violazione dell'art. 27 lett. a), della legge regionale della Lombardia n. 12/2005, dell'art. 4 delle NTA e carenza dei presupposti; nel mezzo si contesta la qualificazione dell'intervento come "ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione", contenuto nella DIA di gennaio 2010, sostenendosi che si tratterebbe invece di un intervento di nuova costruzione;

2) violazione del DM 2.4.1968, richiamato dall'art. 9 del DPR 380/2001, in materia di distanze fra edifici.

Nessuna delle parti intime si costituiva in giudizio.

In esito all'udienza cautelare del 10.2.2011, il Tribunale disponeva incumbenti istruttori con ordinanza n. 340/2011.

A tale ordinanza, faceva seguito la costituzione in giudizio del Comune e dei controinteressati, i quali eccepivano la tardività, l'inammissibilità sotto vari profili ed in ogni caso l'infondatezza nel merito del gravame.

Alla successiva udienza camerale del 7.4.2011, con ordinanza n. 608/2011 era rigettata l'istanza di sospensiva e contestualmente era fissata l'udienza di discussione.

Alla pubblica udienza del 20.10.2011, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale, deve esaminarsi l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività della notificazione del medesimo, eccezione sollevata da tutte le parti evocate nel presente giudizio.

L'eccezione merita accoglimento, per le ragioni che seguono.

1.1 Dapprima risulta necessario qualificare correttamente l'azione proposta dal ricorrente, che nel proprio atto introduttivo chiede, nel merito ed in via principale, di <<*dichiarare la nullità della D.I.A.*>>, attribuendo così alla propria impugnativa giurisdizionale la qualificazione di azione di nullità, azione prevista dall'art. 31, ultimo comma, del D.Lgs. 104/2010 ("Codice del processo amministrativo").

Tuttavia, tenuto conto che, per generale principio processuale, la qualificazione dell'azione spetta al giudice, che può anche disporre la conversione (cfr. l'espressa previsione dell'art. 32, comma 2°, del D.Lgs. 104/2010 ed in giurisprudenza, fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, 11.3.2011, n. 1570); nel caso di specie l'azione proposta non appare rivolta a denunciare la presunta nullità delle DIA in epigrafe,

ma semmai la loro illegittimità, configurandosi così come azione di annullamento, secondo l'art. 29 del D.Lgs. 104/2010 (si prescinde, in sede di qualificazione dell'azione, da ogni questione sulla impugnabilità diretta della DIA, che sarà invece affrontata in seguito).

Infatti, i presunti vizi delle DIA, che emergono dalla lettura del ricorso, sono senza ombra di dubbio riconducibili a vizi di legittimità dell'atto amministrativo, quali la violazione di legge (in specie, dell'art. 27 della legge regionale 12/2005 in merito alla corretta qualificazione dell'intervento edilizio, oltre che del decreto ministeriale 2.4.1968 sulle distanze minime ed inderogabili tra pareti finestrate dei fabbricati), oppure l'eccesso di potere per carenza dei presupposti o violazione delle norme tecniche di attuazione.

Al contrario, anche da una attenta lettura dell'atto introduttivo del giudizio, non emerge la denuncia di motivi di nullità dell'atto amministrativo, come previsti dalla legge (mancanza di elementi essenziali, difetto assoluto di attribuzione, violazione o elusione del giudicato, ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge 241/1990), visto che il rilascio di titoli edilizi in violazione dei presupposti di legge o delle norme sulle distanze dà luogo tutt'al più ad un'ipotesi di cattivo esercizio del potere amministrativo, ma non certo ad un difetto assoluto di attribuzione del potere medesimo.

Di conseguenza, l'azione ivi proposta deve essere correttamente qualificata come azione di annullamento, avente ad oggetto le due DIA indicate in epigrafe e soggetta di conseguenza all'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni di cui al già citato art. 29 del codice del processo amministrativo.

1.2 Una ulteriore e preliminare riflessione deve essere dedicata, seppure per sommi capi, alla questione del regime di impugnazione giurisdizionale della denuncia di inizio attività.

Sul punto, è noto il complesso dibattito giurisprudenziale, che ha visto la formazione di orientamenti anche radicalmente differenti fra i giudici amministrativi e che ha indotto il Consiglio di Stato, sez. IV, con ordinanza 5.1.2011, n. 14, a rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria.

In particolare, per la Sezione IV, si possono individuare tre tesi sulla natura giuridica della DIA e conseguentemente sul suo regime di impugnazione:

- a) titolo abilitativo implicito, impugnabile entro l'ordinario termine di decadenza (cfr. Consiglio di Stato, n. 72/2010);
- b) atto del privato, suscettibile di autonoma azione di accertamento per la declaratoria di insussistenza dei presupposti (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 717/2009);
- c) atto del privato rispetto al quale il terzo può solo attivare i poteri repressivi e di controllo dell'Amministrazione ed impugnare l'eventuale diniego ovvero il silenzio rifiuto della P.A.

A tale ordinanza di remissione, ha fatto seguito la sentenza dell'Adunanza Plenaria 29.7.2011, n. 15, la quale ha dapprima escluso che la DIA (al pari della SCIA, segnalazione certificata di inizio attività, introdotta nel nostro ordinamento con legge n. 122/2010), costituisca un provvedimento amministrativo a formazione tacita, configurando semmai un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività.

Quanto alla tutela giurisdizionale, l'Adunanza Plenaria ha delineato un complesso meccanismo, che vede la combinazione di un'azione di annullamento di un silenzio significativo negativo con un'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di adempimento), con un'ampia possibilità di ricorrere a misure cautelari, anche *ante causam*.

Alla decisione del Supremo Consesso Amministrativo, ha fatto però seguito un intervento legislativo, che ha – almeno stando ai primi commenti – messo in

discussione le conclusioni dell'Adunanza Plenaria: infatti, con decreto legge 138/2011 convertito con legge 148/2011, è stato aggiunto il comma 6-ter all'art. 19 della legge 241/1990, il quale, dopo aver premesso che la DIA e la SCIA non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, prevede che gli interessati possano sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'Amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi da 1 a 3, del D.Lgs. 104/2010, vale a dire l'azione contro il silenzio della P.A.

Ciò premesso, reputa il Collegio che la citata decisione dell'Adunanza Plenaria, al pari del resto del successivo intervento legislativo, non possano trovare diretta ed immediata applicazione nella presente controversia, introdotta con ricorso notificato il 24.12.2010, addirittura prima della rimessione della questione all'Adunanza Plenaria; per cui l'azione di impugnazione diretta delle DIA, proposta col presente ricorso, non può essere ritenuta di per sé inammissibile, salva la verifica della tempestività dell'azione stessa, verifica da condursi alla luce della giurisprudenza da tempo formatasi e relativa alla decorrenza del termine perentorio di impugnazione di sessanta giorni, con riguardo specifico ai titoli edilizi (concessione edilizia, ora permesso di costruire e dichiarazione o denuncia di inizio attività).

E' opinione comune della giurisprudenza che il termine di decadenza per impugnare il permesso di costruire – ma tale tesi vale anche per la DIA, in caso di impugnazione diretta della medesima – decorra, per il terzo che si reputa leso dall'intervento edilizio – perlomeno in casi come quello attuale, dove è contestata l'inosservanza delle distanze – dal completamento della costruzione nel suo assetto planivolumetrico definitivo, o come si suole dire al “rustico”, cioè dal momento in cui l'interessato è in grado di percepire la lesione alla propria posizione giuridica, visto lo stato di avanzamento e di realizzazione dell'edificazione (cfr., fra le tante,

Consiglio di Stato, sez. IV, 5.1.2011, n. 18; sez. VI, 10.12.2010, n. 8705 e TAR Lombardia, Milano, sez. II, 10.12.2010, n. 7511; 8.2.2011, n. 386 e 5.7.2011, n. 1762, con la giurisprudenza ivi richiamata; si ricordi ancora che l'ordinanza sopra citata del Consiglio di Stato n. 14/2011 di rimessione all'Adunanza Plenaria prevede, qualora si ammetta il carattere provvedimentale della DIA, la necessità della sua impugnazione nell'ordinario termine decadenziale, mentre la citata sentenza n. 15/2011 dell'Adunanza Plenaria, in ordine al termine di impugnazione del titolo edilizio, afferma anch'essa che il termine suddetto *<<inizia a decorrere quando la costruzione realizzata rivela in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica>>*).

Di conseguenza, nel caso di specie il computo del termine decadenziale per l'impugnativa diretta delle DIA in epigrafe non può che decorrere dal momento in cui l'esponente aveva piena conoscenza degli abusi a suo dire commessi dai controinteressati nel corso dell'attività costruttiva.

1.3 Ciò premesso, dall'esame della documentazione versata in atti, risulta che il sig. Ballotrini in data 9 ottobre 2010, depositava presso il Comune un esposto, nel quale, dopo aver richiamato nell'oggetto della sua lettera le DIA di cui è causa del 27.1.2010 e del 3.6.2010, segnalava all'Amministrazione l'avvenuta realizzazione di pareti finestrate ad una distanza di cinque metri dall'immobile di sua proprietà.

Era successivamente richiamato l'art. 9 del DM 1444/1968, di cui si assumeva l'avvenuta violazione e si concludeva chiedendo all'Ente Locale un intervento per il rispetto delle norme (cfr. il testo dell'esposto, doc. 5 del Comune e doc. 1 dei controinteressati).

All'esposto del ricorrente, faceva seguito la nota del Sindaco del 29.10.2010, cui era allegato verbale dell'Ufficio Tecnico, che escludeva la sussistenza dei vizi denunciati (cfr. doc. 6 del Comune e doc. 4 del ricorrente).

Orbene, reputa il Collegio che il tenore del citato esposto, protocollato al competente ufficio del Comune il 9.10.2010, porti alla agevole conclusione che alla data suddetta l'esponente fosse pienamente a conoscenza della lesività dell'intervento edilizio denunciato.

Infatti, nell'esposto sono indicati chiaramente:

- gli estremi delle DIA in epigrafe (DIA 27.1.2010 e DIA 3.6.2010);
- l'intervenuta realizzazione dell'opera edilizia con le pareti finestrate;
- la distanza di queste ultime dall'edificio del ricorrente (5 metri), reputata inferiore a quella minima di 10 metri prevista dall'art. 9 del DM 1444/1968 (articolo espressamente richiamato nell'esposto).

Pare quindi difficile, alla luce di quanto sopra, negare che il ricorrente, quanto meno alla data del 9.10.2010, non fosse nelle condizioni di proporre azione giurisdizionale, per contestare la legittimità delle DIA di cui sopra.

Tenuto però conto che il presente ricorso è stato presentato agli Ufficiali Giudiziari di Vigevano per la notificazione in data 24 dicembre 2010, quindi ben oltre il termine di sessanta giorni decorrente dal pregresso 9 ottobre 2010, il Tribunale non può sottrarsi ad una declaratoria di irricevibilità del ricorso per tardività della notificazione, ai sensi dell'art. 35, comma 1°, lett. a) del D.Lgs. 104/2010.

1.4 Fermo restando quanto sopra esposto, preme al Collegio, per doverosa completezza espositiva, evidenziare come l'attuale gravame non sarebbe sfuggito ad una declaratoria di tardività anche nell'ipotesi – insussistente però nel caso di specie – in cui, in luogo dell'azione impugnatoria diretta della DIA, fosse stata proposta azione di accertamento dell'insussistenza dei presupposti per la presentazione delle DIA medesime, secondo uno degli indirizzi giurisprudenziali sopra ricordati nell'ordinanza n. 14/2011 di rimessione alla Plenaria.

Anche nel caso dell'azione di accertamento, infatti, la giurisprudenza imponeva il rispetto del termine decadenziale di sessanta giorni, sempre decorrente dall'effettiva conoscenza dell'intervento lesivo (cfr. la già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 717/2009).

Da ultimo, si rileva ancora come il ricorrente, pur avendo sollecitato l'esercizio dei poteri repressivi dell'Amministrazione e pur avendo avuto da quest'ultima una risposta negativa (cfr. i già citati documenti del Comune n. 5 e n. 6, vale a dire l'esposto del 9.10.2010 e la nota del Sindaco del 29.10.2010, quest'ultima prodotta anche dal ricorrente quale suo doc. 4), non ha però neppure ritualmente impugnato la citata nota di riscontro negativa del Comune, per cui anche sotto tale profilo il ricorso non sarebbe meritevole di favorevole deliberazione.

L'accoglimento dell'eccezione pregiudiziale sopra indicata esime il Collegio dalla trattazione delle altre censure in rito e del merito del ricorso.

2. La complessità delle questioni trattate ed il carattere meramente processuale della presente pronuncia inducono il Tribunale a compensare interamente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Primo Referendario, Estensore

Silvana Bini, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2011

IL SEGRETARIO

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