

Pubblicato il 21/03/2022
N. 02016/2022REG.PROV.COLL.
N. 04213/2021 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4213 del 2021, proposto da

Comune di Santa Maria della Versa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Bruno Bianchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

contro

Concettina Polizzi, non costituito in giudizio;

nei confronti

Paolo Fugazza, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 00390/2021, resa tra le parti, concernente l'ottemperanza alla sentenza del Tar Lombardia, Milano, sezione II, 30 settembre 2019 n. 2059, con conseguente declaratoria di nullità della nota comunale Prot. n. 5283 del 12 novembre 2019:

e, in via subordinata, per l'annullamento della nota comunale Prot. n. 5283 del 12 novembre 2019, recante il diniego di adozione di provvedimenti repressivi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Davide Ponte e nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame l'amministrazione comunale odierna parte appellante impugnava la sentenza n. 390 del 2021 del Tar Lombardia, sede di Milano, di parziale accoglimento dell'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto dalla odierna parte appellata, Concettina Polizzi, con due diverse domande: in via principale, in sede di ottemperanza, per la declaratoria di nullità della nota del Comune di Santa Maria Della Versa, con cui si rigettava la richiesta di intervento formulata dalla ricorrente in relazione a talune opere abusive realizzate dal vicino di casa – per violazione del giudicato formatosi sulla sentenza dello stesso Tar n. 2059 del 30 settembre 2019; in via subordinata, per l'annullamento della medesima nota per vizi propri.

All'esito del giudizio di prime cure, con una prima sentenza parziale (n. 725 del 2020) il Tar adito rigettava la domanda di nullità e disponeva la conversione del rito per l'esame della seconda domanda; con la sentenza qui impugnata, quindi, accoglieva la domanda di annullamento della nota comunale prot. n. 5283 del 12 novembre 2019 per la verifica della sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela dettati dall'originaria formulazione dell'art 21 -*nonies*, e per l'illogicità delle argomentazioni dell'amministrazione sulla non sussistenza, allo stato, di un "termine ragionevole" per poter intervenire in "autotutela".

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda il Comune, odierna parte appellante, formulava, avverso tale ultima sentenza di accoglimento, i seguenti motivi di appello:

- error in iudicando, violazione degli art. 21- *nonies*, comma 1 della Legge n. 241/1990 e 6, comma 1 della Legge n. 124/2015, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto per applicabilità del termine decadenziale all'invocato potere di autotutela;

- analoghi vizi sotto diverso profilo, per insussistenza del termine ragionevole e dei presupposti di autotutela.

La parte appellata non si costituiva in giudizio.

Con ordinanza n. 3481 del 2021 veniva accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata.

Alla pubblica udienza del 17 marzo 2022 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Dall'analisi dei documenti di causa emerge una fattispecie pienamente coerente alla ricostruzione in fatto compiuta dalle sentenze di prime cure.

1.1 Con la nota impugnata, datata 12 novembre 2019, il Responsabile del Servizio tecnico del Comune di Santa Maria della Versa, prendeva *“atto dell'accoglimento del ricorso presentato dalla dott.ssa Concettina Polizzi per l'annullamento della nota prot. com. n. 5683 del 12.12.2015”* (ovverosia del ricorso definito con la sentenza n. 2059/2019) ed osservava che il balcone in questione era stato realizzato a seguito di presentazione di Scia in data 16 giugno 2015, che non erano stati esercitati dal Comune i poteri inibitori previsti dall'art. 19 della L. n. 241 del 1990, e che la sentenza n. 2059/2019 – di annullamento del diniego del Comune a intervenire con ordine di inibizione e di rimozione dell'opera realizzata – costituiva *“un provvedimento ‘monco’, poiché, se da un lato annulla il provvedimento impugnato [...], dall'altro lato obbliga l'Amministrazione contumace ad adottare i provvedimenti conseguenti senza, tuttavia, incidere nelle conseguenti decisioni dell'Ente”*

1.2 Nell'ambito dei provvedimenti conseguenti, il Comune riteneva quindi di non dover esercitare i poteri di rimozione degli effetti dannosi della Scia, attribuiti dall'art. 19, comma 4, nella sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, sulla scorta delle seguenti considerazioni. Non essendo obbligato, dalla sentenza n. 2059/2019, ad intervenire e “annullare” il titolo abilitativo formatosi *ex lege*, doveva essere valutata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies* e, in particolare, l'esistenza di un interesse pubblico all'annullamento che fosse ulteriore al mero ripristino della legalità violata; tale interesse non era ravvisabile nella vicenda in esame, ritenuta attinente a un conflitto tra proprietari confinanti, che avrebbe dovuto risolversi dinanzi al giudice ordinario, senza coinvolgimento del Comune. Poiché la Legge 7 agosto 2015 n. 125 ha posto uno sbarramento temporale di diciotto mesi all'esercizio dei poteri di cui all'art. 21-*nonies* e detto termine era ormai decorso l'amministrazione non poteva più intervenire. In ogni caso, anche facendosi riferimento alla previa formulazione dell'art. 21-*nonies* e alla possibilità di intervenire *“entro un termine ragionevole”*, tale non poteva considerarsi il tempo ormai trascorso dal consolidamento degli effetti della Scia, superiore a quattro anni. Ancora, non poteva essere adottato un ordine di demolizione ai sensi degli artt. 19, comma 4, e 21-*nonies* della Legge n. 241 del 1990 poiché *“rileverebbe una sproporzione tra il sacrificio imposto al soggetto destinatario del titolo edilizio e l'interesse oppositivo del privato a conservare l'integrità dell'assetto edilizio minacciato”*; inoltre, il soggetto destinatario del titolo edilizio avrebbe, negli anni, riposto un *“peculiare affidamento, particolarmente qualificato, in ragione del lungo tempo trascorso dal suo consolidamento”* sulla legittimità del titolo

1.3 All'esito del giudizio, il Tar – respinta la domanda di nullità per violazione del giudicato formatosi sulla sentenza dello stesso Tar. n. 2059 del 30 settembre 2019 - accoglieva i vizi dedotti in via subordinata avverso il diniego di autotutela, nei termini evidenziati in fatto: per la verifica della sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela dettati dall'originaria formulazione dell'art 21-*nonies*, e per l'illogicità delle argomentazioni dell'amministrazione sulla non sussistenza, allo stato, di un *“termine ragionevole”* per poter intervenire in *“autotutela”*

2. In assenza della riproposizione delle questioni dedotte e di appello incidentale sul rigetto della domanda di elusione del giudicato della precedente chiara sentenza del Tar, la controversia si concentra sull'appello avverso la pronuncia di accoglimento della domanda subordinata di annullamento del diniego di autotutela opposto dal Comune.

3. L'appello è fondato sotto l'assorbente profilo del superamento del termine decadenziale per l'esercizio del potere di autotutela.

3.1 In linea di diritto, sono ben noti i limiti di sindacabilità degli atti di diniego di autotutela: costituisce principio generale quello a mente del quale l'esercizio del potere di autotutela, in tutte le relative forme, costituisce ambito riservato alla discrezionalità dell'amministrativa, azionabile d'ufficio, e in merito al quale conseguentemente non sussiste in generale alcun obbligo di provvedere (cfr. ex multis Consiglio di Stato n. 6253 del 2013).

3.2 Tradizionalmente, questo Consiglio ha evidenziato che l'esercizio dell'autotutela costituisce un potere coinvolgente in primo piano il merito amministrativo, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, riservata alla Pubblica amministrazione e in generale insindacabile da parte del giudice; quest'ultimo non può infatti valutare se il diniego di autotutela sia stato bene o male esercitato perché, se ciò facesse, la conseguenza sarebbe un ordine, rivolto all'Amministrazione, di riesercizio del potere di autotutela secondo parametri fissati da lui, con illegittimo suo sconfinamento in un potere di merito riservato all'Amministrazione; di conseguenza il diniego espresso di autotutela non è impugnabile per l'assorbente ragione che si tratta di atto espressione di un potere di apprezzamento d'interessi pubblici nel loro merito (opportunità, convenienza), su cui il giudice amministrativo non ha giurisdizione; di conseguenza solo nel caso in cui l'Amministrazione, sollecitata ad esercitare l'autotutela, adotti un provvedimento, quest'ultimo sarà impugnabile dalla parte eventualmente lesa dalla statuizione.

3.3 In proposito, in termini estensivi della tutela, si è rilevato che, al più, in ordine alla sussistenza di un interesse legittimo nei confronti dell'esercizio del potere di autotutela e della legittimazione ad impugnare i provvedimenti che concludono negativamente iter procedimentali attivati per l'esercizio del medesimo potere di ritiro, in specie in materia edilizia, l'estensione di sindacabilità dell'esito negativo del procedimento di autotutela va adeguato all'ambito proprio di valutazione del potere di ritiro, con la conseguente necessità di limitare l'ammissibilità della contestazione alla legittimità dell'atto di esercizio negativo del potere di autotutela, in specie relativamente alla verifica circa la sussistenza dei presupposti per l'esercizio di tale potere, ora dettati *ex lege*, ai sensi degli artt. 21 quinquies e 21 *nonies* l. n. 241 del 1990.

3.4 In difetto dell'impugnativa diretta del titolo edilizio, non può negarsi legittimazione e interesse alla impugnativa della determinazione negativa di ritiro, sebbene naturalmente condizionata dai limiti più stringenti propri della medesima e, quindi, dovendo il sindacato giurisdizionale di legittimità estrinsecarsi non già con la pienezza e ampiezza

propria della cognizione diretta sulla legittimità del titolo edilizio, bensì nei soli e più stretti ambiti della valutazione della ampiezza e sufficienza della motivazione del diniego ed essenzialmente sulla sua logicità e congruenza.

3.5 Ciò premesso, fra i presupposti per l'esercizio dell'autotutela assume rilievo procedurale preliminare e preminente il rispetto o la violazione del termine di diciotto mesi, dettato – *ratione temporis* (in quanto, come noto, il d.l. n. 77/2021 lo ha ridotto a dodici mesi) - per l'esercizio del potere di autotutela.

3.5.1 In linea di diritto, per i provvedimenti di autotutela anteriori alla nota riforma del 2015, recante l'introduzione del predetto termine, la giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito che, in assenza di un'indicazione normativa precisa quale quella successivamente introdotta dalla l. 7 agosto 2015 n. 124, è incontestabile che la decorrenza del tempo, quale che essa sia, non elida il potere di annullamento ex art. 21-nonies, l. n. 241 del 1990. Ciò non significa affatto neutralizzare il relativo fattore, esponendo il privato ad un *tempus poenitendi* sostanzialmente illimitato. Al contrario, impone una valutazione di congruità rimessa (anche) al vaglio del giudice, nella cui disamina la motivazione non può che assurgere ad elemento determinante. La "ragionevolezza" del tempo di intervento costituisce, infatti, comunque un imprescindibile elemento di valutazione della correttezza dell'operato della pubblica Amministrazione, tant'è che se ne impone la coniugazione con la esigibilità della "correzione" stessa, ragione per cui è del tutto congruo che il termine per l'annullamento d'ufficio (nella sua dimensione 'ragionevole') decorra soltanto dal momento in cui l'Amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto. Ne consegue che un'immotivata e protratta inerzia, seguita da un improvviso e ingiustificato revirement connota di sicura negatività la valutazione del tempo trascorso, a maggior ragione ove davvero considerevole.

3.5.2 Nel caso di specie, peraltro, la Scia relativa alla realizzazione del balcone in questione è stata presentata in data 16 giugno 2015, con consolidamento degli effetti (per mancato esercizio del potere inibitorio) nel luglio 2015, vale a dire in data anteriore alla L. 7 agosto 2015, n. 124, entrata in vigore il 28 agosto 2015, cosicché il momento di inizio del decorso del termine per l'esercizio dell'autotutela è, seppur di poco, anteriore alla riforma. Invero, l'entrata in vigore della norma che impone il rispetto del termine predetto non può rimanere indifferente rispetto alla fattispecie in questione, dovendo il termine stesso cominciare a decorrere dalla predetta data di entrata in vigore, sia in base al principio procedimentale per cui *tempus regit actum* (essendo l'atto rilevante, ai fini in esame, quello di autotutela), sia per le evidenti ragioni funzionali di fondo sottese alla introdotta riforma, entrambi elementi posti a fondamento della giurisprudenza già espressa da questo Consiglio sul punto.

3.5.3 In proposito, secondo la giurisprudenza preminente e consolidata per i procedimenti a cavallo del 2015 la decorrenza del termine introdotto ex novo avviene con riferimento alla data di entrata in vigore della legge di riforma della 241 (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2020, n. 1987 e 7 marzo 2022, n. 1704).

3.5.4 In termini di completezza va comunque ribadito che il termine di diciotto mesi (ora dodici), nei procedimenti di annullamento d'ufficio ex art. 21-nonies cit., è applicabile solo per i provvedimenti adottati successivamente alla entrata in vigore della l. 124/2015 (avutasi in data 28 agosto 2015) in considerazione della natura innovativa (e non interpretativa) della disposizione. Infatti, si tratta di un termine che non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il tempo decorso anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, atteso che tale esegesi, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi) finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. È fatta comunque salva l'operatività del «termine ragionevole», secondo la formulazione del testo previsto dall'originaria versione del citato art. 21-nonies, aggiungendo che — per quanto i diciotto mesi non possano considerarsi ancora decorsi — è anche vero che la novella non può non valere come prezioso indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 8 settembre 2020, n. 5410 e 7 marzo 2022 n. 1704).

3.5.5 Nel caso di specie l'invocato esercizio dell'autotutela riguarda un'epoca rispetto alla quale è ampiamente decorso il termine entrato in vigore – e quindi operante nei termini predetti – a fine agosto 2015; epoca pertanto ampiamente successiva all'introduzione del termine, oltre che collocata temporalmente ben oltre la scadenza del termine, sia di diciotto mesi che di ragionevolezza, stante il decorso di diversi anni dal consolidamento del manufatto.

3.5.6 La palese violazione del termine di diciotto mesi (ora ulteriormente ridotto a dodici dal legislatore, in termini che, dal punto di vista ermeneutico, confermano quanto sin qui evidenziato), non risulta superabile alla luce delle eccezioni dettate dalla norma intesa dalla giurisprudenza di questo Consiglio, peraltro neppure prese in considerazione dalla pronuncia appellata.

3.5.7 La norma, in termini di eccezione e quindi non estendibili analogicamente, consente l'annullamento anche oltre il termine dei provvedimenti amministrativi “*conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*”.

3.5.8 In proposito, va ribadito il principio a mente del quale (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 849), il superamento del rigido termine di diciotto mesi (dal 2021 portato a dodici mesi), entro il quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, è consentito: a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso — non essendo parimenti

ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva — si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco.

3.5.9 Orbene, nel caso de quo, se per un verso non risulta alcun accertamento (tantomeno definitivo) di rilevanza penale, per un altro verso non è stata fornita alcuna prova di dolo, ma solo il sorgere di contrasti inerenti la conformità urbanistico edilizia dell'opera, in termini di ordinaria legittimità.

4. Parimenti fondato è l'ulteriore profilo dedotto, in termini di insussistenza dei presupposti di autotutela, in quanto non condivisibile appare la prospettiva in cui si colloca il Tar nella sentenza di accoglimento della domanda subordinata. Infatti, come emerge dalla stessa decisione della plenaria citata dal Giudice di prime cure, il mero ripristino della legittimità violata non è sufficiente a sostenere l'autotutela, dovendo la p.a. individuare ed indicare le peculiari ragioni di interesse pubblico. Orbene, nel caso di specie, dinanzi ad una espressa esclusione della sussistenza di tali ragioni da parte del Comune procedente, attraverso una motivazione che, per quanto opinabile, sussiste, non residuano vizi di legittimità dedotti; piuttosto, le ulteriori indicazioni imposte dal Tar fuoriescono dal campo di sindacato dei provvedimenti di diniego di autotutela, nei termini sopra delimitati in via di principio, finendo con il travalicare nel merito amministrativo circa la individuazione e la valutazione degli interessi pubblici da rilevare a fini di ritiro. Non a caso la pronuncia finisce per il richiamare il dovere di vigilanza e, di conseguenza, il mero ripristino della legalità violata, pacificamente insufficiente ai fini in esame.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va respinta anche la domanda subordinata del ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi, anche in relazione alla natura giuridica della questione controversa e della consistenza dei manufatti in contestazione, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge anche la domanda subordinata del ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Silvestro Maria Russo, Presidente FF

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Thomas Mathà, Consigliere

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Silvestro Maria Russo

IL SEGRETARIO