



N.3916/2005

Reg. Dec.

NN.

9518, 9670,

10538 e 11356

Reg. Ric.

Anno 2004

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello NN.R.G. 9518, 9670, 10538 e 11356 del 2004 proposti

il primo, n. 9518/2004:

dal sig. ANDREAGGI Roberto, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Bassani e dall'avv. Nicolò Paoletti, con domicilio eletto in Roma presso lo studio del secondo difensore, via Barnaba Tortolini, n. 34;

contro

- COMUNE DI MILANO, non costituitosi in giudizio;
- BRACCHETTI ROBERTO, LOCATELLI MARCO, rappresentati e difesi dall'avv. Nadia Restivo, dall'avv. Pier Giuseppe Torrani e dall'avv. Vittorio Giuseppe Mocci, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'ultimo difensore, via Germanico, n. 146;
- SOC. GARFIN HOLDING S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Ezio Perego, dall'avv. Franco Gaetano Scoca e dall'avv. Lucio Decio, con domicilio eletto in Roma presso lo studio del secondo difensore, via G.Paisiello, n. 55;

il secondo, n. 9670/2004:

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Redondi, dall'avv. Maria Rita Surano e dall'avv. Raffaele Izzo, con domicilio eletto in Roma, presso lo studio dell'ultimo difensore, via Cicerone, n. 28;

contro

- BRACCHETTI Roberto, LOCATELLI Marco e RISARI Pietro rappresentati e difesi dall'avv. Nadia Restivo, dall'avv. Pier Giuseppe Torrani e dall'avv. Vittorio Giuseppe Mocci, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'ultimo difensore, via Germanico, n. 146;

- SOC. GARFIN HOLDING S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Ezio Perego, dall'avv. Franco Gaetano Scoca e dall'avv. Lucio Decio, con domicilio eletto in Roma presso lo studio del secondo difensore, via G.Paisiello, n. 55;

il terzo, n. 10538/2004:

SOC. WINDON S.P.A. rappresentata e difesa dall'avv. Franco Gaetano Scoca, dall'avv. Luigi Decio, con domicilio eletto in Roma presso lo studio del primo difensore, via G.Paisiello, n. 55;

contro

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Redondi, dall'avv. Maria Rita Surano e dall'avv. Raffaele Izzo, con domicilio eletto in

Roma, presso lo studio dell'ultimo difensore, via Cicerone, n. 28;

- BRACCHETTI Roberto, LOCATELLI Marco e RISARI Pietro rappresentati e difesi dall'avv. Nadia Restivo, dall'avv. Pier Giuseppe Torrani e dall'avv. Vittorio Giuseppe Mocchi, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'ultimo difensore, via Germanico, n. 146;

il quarto, n. 11356/2004:

- BRACCHETTI Roberto, LOCATELLI Marco e RISARI Pietro rappresentati e difesi dall'avv. Nadia Restivo, dall'avv. Pier Giuseppe Torrani e dall'avv. Vittorio Giuseppe Mocchi, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'ultimo difensore, via Germanico, n. 146;

contro

- COMUNE DI MILANO, non costituitosi in giudizio;

e nei confronti di

WINDON S.P.A., rappresentata e difesa dall'avv. Ezio Perego, dall'avv. Franco Gaetano Scoca e dall'avv. Luigi Decio, con domicilio eletto in Roma presso lo studio del primo difensore, via G.Paisiello, n. 55;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Milano 7 luglio 2004 n. 3086

Visti i ricorsi in appello principale e incidentale con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei sigg.ri BRACCHETTI Roberto, LOCATELLI Marco, RISARI Pietro, della GARFIN HOLDING S.r.l., del Comune di Milano e WINDON S.P.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 22 marzo 2005 il Consigliere Filippo Patroni Griffi; uditi gli Avv.ti M. Bassani, P.G. Torrani, N. Restivo, E. Perego, R. Izzo, F.G. Scoca, e L. Decio;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O e D I R I T T O

1. Con ricorso principale e quattro atti di motivi aggiunti i signori Bracchetti, Locatelli e Risari hanno impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia i silenzi serbati dal Comune di Milano su cinque denunce di inizio attività, presentate dalla società Garfin Holding, concernenti opere di restauro e risanamento conservativo nonché il recupero abitativo di sottotetti di un edificio sito in Milano, alla via Bixio 31. L'impugnazione concerne altresì alcuni atti dell'Amministrazione comunale, qualificati di assenso esplicito, a sanatoria o integrativi delle d.i.a., alla realizzazione degli interventi edilizi in questione.

Il Tribunale amministrativo, con la sentenza in epigrafe, in parziale accoglimento del ricorso :

- a) ha annullato « gli effetti delle procedure DIA...dichiarando illegittimi i silenzi serbati dal Comune di Milano » e, comunque, ha annullato « gli atti espliciti che hanno preteso di definire le due DIA, trattandosi di interventi, in realtà, soggetti a concessione edilizia » ;
- b) ha ordinato al Comune di Milano di applicare alla società una sanzione edilizia pari al doppio del valore del sottotetto ;
- c) ha negato il compenso integrativo al c.t.u. in considerazione del comportamento tenuto nell'espletamento dell'incarico e delle conclusioni cui è pervenuta la consulenza, non condivise dal primo giudice ;
- d) ha condannato la società controinteressata, e non il Comune di Milano, al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente, quest'ultimo da liquidare « in autonoma sede nei termini propri dell'*actio iudicati* » ;
- e) ha lasciato « aperta la facoltà della parte ricorrente in questa sede di trasmettere copia della presente sentenza alla Procura della Repubblica di Milano ;
- f) ha parzialmente condannato le parti resistenti al pagamento delle spese del giudizio.

1.1 Avverso la sentenza sono stati proposti gravami, in via principale e incidentale, sia dagli originari ricorrenti, sia dal Comune di Milano, sia dall'originaria controinteressata Garfin Holding s.r.l., sia dal consulente tecnico di ufficio.

Le originarie resistenti, in particolare, contestano l'ammissibilità del ricorso di primo grado, tra l'altro, sul rilievo della mancata formalizzazione del silenzio impugnato per il tramite della diffida e deducono il vizio di ultrapetizione in cui sarebbe incorsa la sentenza del Tribunale amministrativo nella qualificazione della domanda originaria.

Il consulente tecnico di ufficio limita il gravame al capo di sentenza concernente il diniego alla corresponsione del compenso integrativo e, soprattutto, alle motivazioni che lo sorreggono espresse in sentenza.

All'udienza del 22 marzo 2005, la causa è stata riservata per la decisione.

2. I ricorsi in appello, sia in via principale sia in via incidentale, vanno riuniti perché proposti tutti avverso la medesima sentenza.

La sentenza del Tribunale amministrativo va riformata, perché il gravame proposto in primo grado, con ricorso principale e atti di motivi aggiunti, è inammissibile.

2.1 L'appello del consulente tecnico di ufficio avverso la sentenza è inammissibile, sotto un duplice profilo (il secondo dei quali meglio si qualifica in termini di improcedibilità).

In primo luogo, il consulente tecnico di ufficio non riveste la qualità di parte e non è quindi legittimato ad appellare la sentenza.

In secondo luogo, l'integrale riforma della sentenza del Tribunale amministrativo, disposta all'esito del presente

giudizio di appello, fa venir meno l'interesse morale e professionale dedotto dal consulente in relazione alle motivazioni poste in sentenza alla base dell'impugnato diniego. Ai fini della liquidazione del compenso integrativo, invece, tenuto anche conto del fatto che la sentenza può prendere in considerazione le spettanze dell'ausiliare del giudice sotto il limitato profilo del regolamento sulle spese (Cass. 29 luglio 1975 n. 2935), il consulente dovrà attivare la speciale procedura all'uopo delineata dal D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (artt. 83 ss.).

3. L'inammissibilità del ricorso originario deve prendere le mosse da un breve richiamo delle tesi che, in dottrina come in giurisprudenza, sono state avanzate in tema di denuncia di inizio attività in materia edilizia, con particolare riferimento alla tutela concessa ai terzi rispetto a interventi edilizi assentiti con lo strumento della DIA.

Va peraltro precisato che, dovendo i fatti di causa essere valutati con riferimento alla normativa in vigore al momento del loro accadere, nessuna rilevanza può essere attribuita alle modificazioni legislative introdotte, anche con riguardo alla DIA, dall'articolo 3, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, che ha sostituito l'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nel testo introdotto dalla legge n. 537 del 1993).

Va comunque ricordato che la DIA in materia edilizia, oltre che dalla legislazione regionale, tra cui quella della Lombardia, è specificamente disciplinata dal testo unico in materia edilizia, emanato con D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, cui ha apportato significative modificazioni il d.lg. 27 dicembre 2002, n. 301, che ha delineato il meccanismo della DIA alternativa al permesso di costruire.

3.2 Le tesi che sono state sostenute in tema di natura giuridica della DIA, nella dottrina e nella giurisprudenza soprattutto dei Tribunali amministrativi, oscillano tra due poli opposti: si sostiene, da un lato, che la denuncia di inizio attività sia un mero atto di iniziativa privata che consente solo un intervento di tipo inibitorio, in difetto dei presupposti, della pubblica amministrazione; dall'altro, che la denuncia di inizio attività, per effetto del decorso del tempo assegnato all'amministrazione per esercitare il potere inibitorio, dia luogo sostanzialmente a una fattispecie, da taluni definita anche complessa o a formazione successiva, configurabile come titolo abilitativo tacito.

Le due tesi, che si presentano variamente articolate al loro interno, comportano rilevanti conseguenze sul piano delle tutele, sia del denunciante nei confronti dell'amministrazione, sia dei terzi contrari all'intervento edilizio, ammettendosi, in via alternativa: l'immediata impugnativa della denuncia di parte; l'impugnazione del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza e quindi il mancato esercizio

del potere inibitorio ; l'impugnazione del provvedimento tacito che si forma per effetto combinato della denuncia del privato e del mancato esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione. Si è giunti anche a ipotizzare, pur dinanzi al giudice amministrativo, un'azione di accertamento con la quale il privato controinteressato contesti al denunciante la realizzabilità dell'intervento edilizio o, quanto meno, la sua assentibilità mediante la procedura della DIA.

La prevalente giurisprudenza sembra, invece, sostanzialmente d'accordo sulla necessità, ai fini dell'adozione dei provvedimenti repressivi, di distinguere tra potere inibitorio e potere sanzionatorio: il primo, esercitabile nel termine previsto dalla legge a pena di decadenza ; il secondo, sovente ricondotto per la DIA in materia edilizia all'articolo 4 della legge n. 47 del 1985 e, comunque, al più generale potere di ordinare la cessazione dell'attività « in tutti i casi di mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti » (IV, 26 luglio 2004, n. 5323), potere generalmente tenuto distinto dal generale potere di autotutela (da chi nega la formazione di un provvedimento tacito, per mancanza del provvedimento su cui intervenire ; in ogni caso, per il carattere discrezionale dell'annullamento in autotutela).

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha avuto modo di affrontare le varie questioni inevitabilmente in relazione ai casi specifici pervenuti e da angolazioni diverse: IV, 26 luglio 2004 n. 5323, resa in relazione all'apertura di un « centro di

trasmissione dati » e con riferimento al problema dell'avvio del procedimento, afferma che in materia di DIA si « prescinde dall'emanazione di un provvedimento amministrativo » ; nei casi di realizzazione di impianti di telefonia cellulare si rinviene un orientamento che qualifica la denuncia di inizio attività corroborata dal decorso del tempo in termini di provvedimento amministrativo tacito (implicitamente, VI, 10 giugno 2003 n. 3265 e, espressamente, VI, n. 6910 del 2004, con considerazioni anche di ordine generale sulla DIA edilizia), mentre, sempre con riferimento agli impianti di telefonia cellulare, VI, 4 settembre 2002 n. 4453 esclude che la DIA abbia valore di provvedimento amministrativo e che il potere repressivo, pur ricondotto allo schema generale dell'autotutela, costituisca attività di secondo grado (tale ricostruzione è sostanzialmente conforme al parere dell'Adunanza generale 6 febbraio 1992 n. 27, sul regolamento di attuazione dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990 nel testo originario). Ancora, V, 20 gennaio 2003 n. 172 ricollega, senza ulteriori precisazioni, alla DIA, questa volta in materia edilizia, la « formazione di un implicito assenso », mentre, in maniera più articolata e mossa soprattutto da considerazioni attinenti alla tutela dei terzi, VI, 16 marzo 2005 n. 1093 ritiene sufficiente che gli interessati contestino la realizzabilità dell'intervento, confermando peraltro una sentenza di primo grado che -si badi- aveva dichiarato l'illegittimità del silenzio

serbato dal Comune e il suo obbligo di attivare il procedimento repressivo delle opere edilizie.

Nessun argomento, per converso, sembra sia possibile ricavare da V, 29 gennaio 2004 n. 308 e 4 febbraio 2004 n. 376, per la peculiarità delle fattispecie ivi considerate e dell'oggetto del *decisum*.

3.3 Non è possibile, né conferente, in questa sede ripercorrere in dettaglio le varie tesi, molte delle quali tendenti a enucleare, dal regime giuridico della denuncia di inizio attività, un peculiare regime della DIA edilizia. Probabilmente le incertezze regnanti in materia, che inevitabilmente si ripercuotono sul piano delle tutele, discendono anche da una progressiva trasfigurazione dell'istituto in parola, sorto e naturalmente allocato tra gli strumenti di liberalizzazione delle attività private (che, cioè, presuppongono un'attività non soggetta al regime autorizzatorio), e poi utilizzato come strumento di semplificazione procedimentale inerente, paradossalmente, a procedimenti di natura autorizzatoria: il che ha inevitabilmente portato l'istituto in parola a confondersi con lo strumento del silenzio-assenso o, quanto meno, a frantumarsi in una pluralità di istituti diversi, ciascuno dei quali assoggettato a un regime più o meno peculiare.

Ad avviso della Sezione, la soluzione della questione, nei termini rilevanti ai fini di cui è causa, deve tendere, sul piano dell'ermeneusi, a privilegiare ipotesi che possano semplificare, in termini di chiarezza, il quadro normativo, assicurando, al

contempo, una facile e quindi efficace tutela ai privati, siano essi gli interessati all'intervento edilizio, siano essi i controinteressati allo stesso.

4. Nella ricostruzione del sistema cui dà luogo l'istituto della denuncia di inizio attività -con riferimento particolare alla materia edilizia e alla normativa vigente anteriormente alle richiamate modifiche legislative dell'istituto in generale, la cui portata innovativa sulla DIA edilizia non rileva nel presente giudizio- è necessario distinguere tra due distinti rapporti : quello tra denunciante e amministrazione e quello che riguarda i controinteressati all'intervento. Tali rapporti, pur attenendo a una medesima vicenda sostanziale, possono essere tenuti distinti sul piano delle tutele, anche in considerazione della diversità dei poteri di cui dispone l'amministrazione. Vero è, invece, che, proprio perché trattasi di situazioni direttamente collegate all'esercizio di un potere pubblicistico dell'amministrazione cui possono contrapporsi interesse legittimi dei vari interessati, le relative controversie rientrano comunque nella giurisdizione del giudice amministrativo (salve le ipotesi di concorrenti azioni tra privati sulla base delle norme del codice civile sui rapporti di vicinato).

Nei rapporti tra denunciante e amministrazione, la denuncia di inizio attività si pone come atto di parte, che, pur in assenza di un quadro normativo di vera e propria liberalizzazione dell'attività, consente al privato di

intraprendere un'attività in correlazione all'inutile decorso di un termine, cui è legato, a pena di decadenza, il potere dell'amministrazione, correttamente definito inibitorio dell'attività. Sul piano pratico, rileva poco se, in forza di un'inversione procedimentale, la fattispecie dia luogo, con la scadenza del termine, a un titolo abilitativo tacito o al consolidarsi, per volontà legislativa, degli effetti di un atto di iniziativa di parte. L'interessato potrà contestare l'esercizio del potere inibitorio, tale qualificato dall'amministrazione, vuoi per motivi formali (decadenza dal termine), vuoi sul piano sostanziale (sussistenza dei requisiti). A tale potere resta estraneo, sul piano normativo della qualificazione degli interessi, colui che si oppone all'intervento, perché la norma sulla denuncia di inizio attività non prende (ancora) formalmente in considerazione la sua posizione, per qualificarla in senso legittimante, ed egli, in definitiva, non può opporsi, in sede di giurisdizione amministrativa, all'attività del privato.

Una volta decorso il termine senza l'esercizio del potere inibitorio, e nella persistenza, generalmente ritenuta, del generale potere repressivo degli abusi edilizi, colui che si oppone all'intervento, essendosi consolidata la fattispecie complessa che abilita, *ex lege* o *ex actu* non rileva, il privato a costruire, sarà legittimato a chiedere al Comune di porre in essere i provvedimenti sanzionatori previsti, facendo ricorso, in caso di inerzia, alla procedura del silenzio, che pertanto

non avrà, né potrebbe avere, come riferimento il potere inibitorio dell'amministrazione –essendo decorso, a tacer d'altro, il relativo termine, con la conseguenza, sottolineata in dottrina, che il giudice non potrà costringere l'amministrazione a esercitare un potere da cui è decaduta– bensì il generale potere sanzionatorio, salvo poi a stabilire se tale potere abbia carattere vincolato (come ritengono i più) o sia comunque esercitabile alla stregua dei principi dell'autotutela (come mostra ritenere VI, n. 4453/02, citata).

La tesi esposta, da un lato, consente di attenuare i profili critici di ordine generale cui conduce l'utilizzazione normativa della denuncia di inizio attività in termini di semplificazione procedimentale anzi che di supporto ad attività liberalizzate ; dall'altro, consente di assicurare la tutela dei terzi in termini ragionevoli con lo strumento del silenzio, secondo uno schema più lineare e quindi semplice, rispetto alle variegate ipotesi cui in pratica possono condurre le altre tesi sin qui prospettate, tutte accomunate dal non irrilevante problema della precisa individuazione dell'oggetto del giudizio, come si evince dalla stessa formulazione dei ricorsi in primo grado.

Qualche inconveniente può forse derivare dallo slittamento del tempo in cui il terzo può agire alla scadenza del termine previsto per l'esercizio del potere inibitorio, ma, se anche tale conclusione fosse imposta dalla tesi esposta, essa avrebbe scarsa rilevanza pratica sul piano dell'effettività, sia per la generale esiguità del termine (entro il quale è difficile

completare l'intervento), sia perché comunque l'avvio dell'attività resterebbe a rischio del soggetto procedente.

5. Facendo applicazione degli esposti principi alla controversia in esame, deve ritenersi che l'impugnazione originariamente proposta dinanzi al Tribunale amministrativo, con il ricorso principale e con i vari atti per motivi aggiunti, sia inammissibile.

Ed invero :

- dovendosi correttamente qualificare la domanda dei ricorrenti originari in termini di azione volta a far dichiarare l'illegittimità del silenzio, la stessa non è stata preceduta dalla formale diffida all'amministrazione, come imposto dalla normativa all'epoca vigente (non potendosi evidentemente accogliere la tesi del primo giudice secondo cui i silenzi sarebbero stati comunque proceduralizzati, in forza di un'equiparazione tra ricorso e diffida) ;

- non possono essere condivise, per quanto dianzi argomentato, né la tesi per cui oggetto dell'impugnativa e quindi dell'annullamento siano gli effetti della DIA (tesi, sia pure non con assoluta linearità, sostenuta dal primo giudice), né la tesi che configura la DIA come un provvedimento tacito (tesi riproposta nell'appello incidentale dagli originari ricorrenti e invero non coerente con l'impostazione degli originari ricorsi che sembrano volti a contestare l'illegittimità dei silenzi) ;

- la qualificazione della domanda come volta all'accertamento dell'illegittimità del silenzio non è scalfita dall'impugnazione espressa di alcuni atti, volti, nell'assunto degli originari ricorrenti e, a quel che sembra, anche del primo giudice, ad assentire espressamente gli interventi in parola con ricorso alla DIA : la ricostruzione del sistema nei termini prospettati esclude in radice che tali atti possano assumere valore provvedimentale, in quanto il principio di legalità e di conseguente tipicità dei provvedimenti amministrativi esclude che possano essere inseriti nella sequenza procedimentale provvedimenti non espressione di poteri tipici previsti dalla legge ;

-ai fini delle modalità di contestazione della realizzabilità dell'intervento da parte del terzo non rileva che l'intervento medesimo sia escluso in radice dalla normativa urbanistica o che lo stesso non potesse ritualmente essere avviato tramite DIA : in entrambe le ipotesi, occorre che il terzo stimoli il potere repressivo dell'amministrazione, diverse potendo essere solo le conseguenze che derivino dall'accoglimento dell'asserito motivo di illegittimità.

In definitiva, nel caso in esame, l'impugnazione originaria è da considerare inammissibile perché l'azione volta a far dichiarare l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dal Comune di Milano in ordine alla realizzazione dell'intervento edilizio non è stata preceduta da rituale diffida

che mirasse a stimolare i poteri repressivi dell'amministrazione.

In conclusione, pronunciando sugli appelli riuniti, la Sezione, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo, ritiene debba dichiararsi l'inammissibilità del ricorso originario.

Va, altresì, dichiarato inammissibile, per quanto si è detto, l'appello proposto dal consulente tecnico di ufficio, che diviene comunque improcedibile per effetto della caducazione integrale della sentenza di primo grado.

In considerazione della complessità e della parziale novità delle questioni trattate nonché della peculiarità della vicenda in esame, ricorrono giusti motivi per compensare tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, riunisce gli appelli, proposti in via principale e incidentale, e, pronunciando sugli stessi, dichiara inammissibile l'impugnazione originariamente proposta, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo.

Dichiara inammissibile l'appello proposto dal consulente tecnico di ufficio nominato in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 22 marzo 2005, dal Consiglio
di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta – riunito in
camera di consiglio con l'intervento dei Signori:

Paolo Salvatore	Presidente
Costantino Salvatore	Consigliere
Filippo Patroni Griffi	Consigliere estensore
Pierluigi Lodi	Consigliere
Dedi Rulli	Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
-------------	---------------

Filippo Patroni Griffi	Paolo Salvatore
------------------------	-----------------

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

22 luglio 2005

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Giuseppe Testa