

Pubblicato il 12/04/2024

N. 07236/2024 REG.PROV.COLL.
N. 13910/2023 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 Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13910 del 2023, proposto da Silvia Carrus, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Mambrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sutri, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabrina Galilei, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sergio Tonetti e Orietta Battistelli, non costituiti in giudizio;

per l'accertamento dell'inefficacia, ex art. 2 comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990,

previa sospensione e/o adozione di idonee misure cautelari,

- del provvedimento di divieto di prosecuzione delle attività edilizie di cui alla SCIA prot. 15667 adottato dal Comune di Sutri il 27 ottobre 2022;

- *in parte qua* dell'ordinanza di ripristino prot. 10348 adottata dal Comune di Sutri il 28 luglio 2023 e notificata il successivo 4 agosto 2023;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale ancorché di contenuto sconosciuto laddove lesivo degli interessi della ricorrente, e per il conseguente accertamento dell'efficacia legittimante della SCIA presentata dalla ricorrente al Comune di Sutri, prot. 5170 dell'8 aprile 2022;

nonché, in subordine, avverso e per l'annullamento, previa sospensione e/o adozione di idonee misure cautelari,

- del diniego prot. 8909 all'istanza prot. 130/2013 adottato dal Comune di Sutri in data 29 giugno 2023 e notificato il successivo 22 luglio 2023;

- *in parte qua* dell'ordinanza di ripristino prot. 10348 adottata dal Comune di Sutri il 28 luglio 2023 e notificata il successivo 4 agosto 2023;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale ancorché di contenuto sconosciuto laddove lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sutri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2024 la dott.ssa Virginia Giorgini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La sig.ra Silvia Carrus, nel premettere di essere proprietaria di un appartamento sito in uno stabile nel territorio del Comune di Sutri, ricostruisce i fatti di causa nei seguenti termini: (i) in data 8 aprile 2022, la stessa ha presentato una segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), acquisita al protocollo comunale n. 5170 del 2022, per l'esecuzione di interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, comprendenti la trasformazione di una finestra in porta finestra e la realizzazione di tre gradini; (ii) il Comune di Sutri, con provvedimento n. 15667 del 27 ottobre 2022, adottato *“quando i lavori erano stati in buona fede completati”*, ha disposto di *“non dover accogliere”* detta SCIA, motivando tale determinazione sulla scorta del rilievo per cui l'intervento relativo alla porta finestra interessava parti comuni dello stabile, con conseguente necessità del preventivo assenso di tutti gli altri proprietari che non era invece stato acquisito; (iii) in data 4 gennaio 2023, la sig.ra Carrus ha presentato un'istanza di SCIA in sanatoria *ex art. 37, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001*, acquisita al protocollo comunale n. 130 del 2023, in cui *“rispetto all'originario progetto, veniva prevista l'eliminazione di alcuni gradini e l'apposizione di una grata che permettesse l'ingresso di maggior luce naturale nei locali interni, senza però rendere possibile l'uso della stessa quale passaggio verso gli spazi esterni”*; (iv) l'istanza di SCIA in sanatoria è stata poi rigettata dal Comune di Sutri, che, con provvedimento n. 8909 del 29 giugno 2023, ha motivato il diniego in relazione, da un lato, alla perdurante carenza del *“parere del condominio”*, da ritenersi necessario trattandosi di una *“modifica al decoro architettonico della facciata”*, e, dall'altro, alla circostanza per cui *“gli interventi previsti nella sanatoria [...] si riferiscono ad un titolo edilizio per il quale [...] era stato comunicato il non accoglimento”*; (v) infine, con ordinanza n. 10348 del 28 luglio 2023, il Comune di Sutri, richiamati entrambi i provvedimenti di segno negativo adottati in ordine agli interventi edilizi posti in essere dalla sig.ra Carrus, le ha ingiunto *“il ripristino dello stato della porta finestra a finestra”*, da eseguire entro il termine di novanta giorni dalla notifica dell'atto, pena l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001.

2. Tanto esposto in fatto, con l'odierno ricorso, notificato il 21 ottobre 2023 e depositato il 23 ottobre 2023, la sig.ra Carrus introduce due diverse domande poste in relazione di subordinazione.

2.1. In via principale, chiede l'accertamento dell'inefficacia, ai sensi dell'art. 2, comma 8-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, del provvedimento di *“non accoglimento”* della SCIA presentata l'8 aprile 2022, nonché, *in parte qua*, dell'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi adottata in relazione all'avvenuta trasformazione della finestra in porta finestra.

A supporto di tale domanda, la ricorrente deduce, con il primo motivo di ricorso, la violazione del termine di cui all'art. 19, comma 6-bis, della legge n. 241 del 1990 e il conseguente assoggettamento del provvedimento tardivo di inibizione della SCIA allo speciale regime di inefficacia previsto dall'art. 2, comma 8-bis, della stessa legge, evidenziando, al contempo, l'insussistenza delle condizioni per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela.

2.2. In via subordinata, per il caso in cui *“non venga accolta la domanda assorbente sopra esposta”*, la ricorrente chiede l'annullamento del diniego opposto dal Comune di Sutri all'istanza di SCIA in sanatoria del 4 gennaio 2023 e, *in parte qua*, della ridetta ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi.

La domanda proposta in via gradata è affidata al secondo motivo di ricorso, con cui la sig.ra Carrus contesta la ritenuta necessità del parere del condominio e afferma il ricorrere dei presupposti della fattispecie di sanatoria di cui all'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 380 del 2001, deducendo altresì il difetto di istruttoria per non avere il Comune considerato che l'intervento risponde, tra l'altro, all'esigenza di rispettare le previsioni del regolamento edilizio in tema di ampiezza minima delle finestre.

3. Con ordinanza n. 7794 del 29 novembre 2023, questa Sezione, al fine di decidere la domanda cautelare incidentalmente proposta, ha disposto istruttoria nei confronti dell'ente locale intimato, ordinando il deposito di una

relazione corredata della pertinente documentazione.

4. A seguito di detta ordinanza, il Comune di Sutri si è costituito in giudizio, depositando, in data 8 dicembre 2023, alcuni documenti e una memoria difensiva con cui, oltre a rilevare che “*la sig.ra Carrus non ha impugnato nei termini il provvedimento di diniego del 27/10/2022 ritenendolo valido ed efficace [...] e pertanto è decaduta da qualsivoglia azione*”, controdeduce nel merito alle doglianze di parte ricorrente.

Non risultano invece costituiti i sig.ri Sergio Tonetti e Orietta Battistelli, evocati quali controinteressati.

5. La domanda cautelare è stata quindi decisa con ordinanza n. 8217 del 20 dicembre 2023, con cui questa Sezione ha fissato per la trattazione di merito del ricorso, *ex art. 55, comma 10, c.p.a.*, l’udienza pubblica del 27 febbraio 2024, disponendo la sospensione, nelle more, dell’efficacia degli atti impugnati al fine di mantenere la *res adhuc integra*.

6. Alla pubblica udienza del 27 febbraio 2024, in vista della quale la ricorrente ha prodotto alcuni documenti ed entrambe le parti si sono scambiate memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L’espressa graduazione, ad opera della parte ricorrente, delle due diverse domande introdotte con l’odierno ricorso impone, nel rispetto del principio dispositivo che informa il processo amministrativo, di principiari dal vaglio di quella proposta in via principale (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5), a mezzo della quale viene chiesto l’accertamento dell’inefficacia, *ex art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990*, del provvedimento inibitorio della SCIA presentata in data 8 aprile 2022 e, *in parte qua*, della successiva ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi.

8. Preliminarmente, il Collegio ritiene di dover procedere – nell’esercizio del potere di cui all’art. 32, comma 2, c.p.a. e alla stregua del principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dagli artt. 24 e 113 della Costituzione – alla parziale riqualificazione della domanda in disamina.

A ben guardare, infatti, le argomentazioni svolte nel ricorso in ordine alla portata della disposizione di cui all’art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990 si riferiscono unicamente al provvedimento inibitorio della SCIA adottato tardivamente e non anche al conseguente ordine di ripristino emesso sulla base della ritenuta abusività dell’intervento di realizzazione della porta finestra.

Mentre, dunque, in relazione al provvedimento inibitorio la domanda – in coerenza con la ricostruzione operata dalla ricorrente – è correttamente qualificata in termini di accertamento della relativa inefficacia, non altrettanto è a dirsi per l’ordine di ripristino. Con riferimento a tale atto, infatti, la domanda di accertamento dell’inefficacia (formulata *in parte qua*) deve essere riqualificata come domanda demolitoria (sempre *in parte qua*), tenuto conto, sotto il profilo processuale, che il ricorso è stato notificato nel rispetto del termine di cui al combinato disposto degli artt. 29 e 41, comma 2, c.p.a e, sotto il profilo sostanziale, che a supporto della stessa la ricorrente fa valere l’efficacia legittimante della SCIA presentata in data 8 aprile 2022.

9. Sempre in via preliminare, il Collegio rileva che l’argomentazione svolta dalla difesa comunale in ordine all’omessa tempestiva impugnazione del provvedimento del 27 ottobre 2022 e alla conseguente decadenza dall’azione – argomentazione che, sebbene non formulata quale eccezione di irricevibilità o inammissibilità, riveste tale natura – si intreccia con il merito delle questioni dibattute nel presente giudizio. Ebbene, dalle considerazioni svolte nel prosieguo emergerà che essa non merita accoglimento.

10. La domanda formulata in via principale, come parzialmente riqualificata nei termini anzidetti, è fondata e va accolta.

11. L’art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990, introdotto dall’art. 12, comma 1, lett. a), n. 2), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, dispone che “*Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero*

successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni".

11.1. Ritiene il Collegio che la nota del Comune di Sutri n. 15667 del 27 ottobre 2022 ricada nell'ambito di applicazione di tale disposizione, segnatamente tra *"i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti"*, e ciò sulla scorta delle seguenti argomentazioni in fatto e in diritto.

11.1.1. Il provvedimento è stato adottato a fronte della presentazione, da parte dell'odierna ricorrente, di una SCIA ex art. 22 del d.P.R. n. 380 del 2001, con conseguente spettanza all'amministrazione dei poteri inibitori, repressivi e conformativi disciplinati dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990, da esercitarsi in via ordinaria entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della segnalazione (art. 19, commi 3 e 6-bis) e, solo in presenza di tutte le condizioni poste per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela dall'art. 21-nonies della medesima legge, entro il più lungo termine di dodici mesi previsto da tale disposizione (art. 19, comma 4).

Il provvedimento di cui si tratta, pertanto, sebbene rechi impropriamente nel dispositivo di *"non dover accogliere l'istanza"*, deve essere qualificato – tenuto conto dei poteri attribuiti nella fattispecie all'amministrazione – alla stregua di un divieto di prosecuzione dell'intervento edilizio e di rimozione degli effetti.

Ora, nel caso di specie, tale divieto è stato emanato ben oltre il termine di trenta giorni dal ricevimento della SCIA ma entro il termine di dodici mesi di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 (a fronte della SCIA acquisita in data 8 aprile 2022, il provvedimento, preceduto da preavviso di provvedimento negativo del 9 settembre 2022, è stato adottato in data 27 ottobre 2022), sicché assume rilievo la sussistenza o meno delle condizioni – ulteriori rispetto a quella temporale – previste dalla stessa disposizione per ricorrere all'annullamento d'ufficio. Una volta scaduto il periodo di trenta giorni, il "consolidarsi" della SCIA determina, in sostanza, l'impossibilità per l'amministrazione di intervenire, se non subordinatamente al riscontro dei presupposti per l'intervento in autotutela (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. VII, 9 gennaio 2024, n. 293).

Ebbene, come evidenziato dalla ricorrente, non emergono nel caso di specie *"né la volontà né i caratteri di un provvedimento di autotutela"*, in quanto il Comune di Sutri non ha in alcun modo esplicitato le ragioni di interesse pubblico, diverse dal mero ripristino della legalità, sottese al provvedimento inibitorio, né tanto meno ha motivato in ordine alla prevalenza delle stesse rispetto all'interesse del segnalante, essendosi limitato ad affermare che *"le opere [...] avrebbero interessato parti comuni dello stabile e che quindi necessitava atto di assenso preventivo da parte di tutte le proprietà intestate"*.

Prive di pregio si rivelano, sul punto, le controdeduzioni svolte dalla difesa comunale, la quale, nell'affermare che *"nessuna censura può essere contestata al Comune di Sutri [...] in ordine al legittimo esercizio del potere di autotutela e di annullamento d'ufficio ex art 21 nonies comma 1 e 2 bis sussistendo le ragioni di interesse pubblico ed in presenza di una falsa rappresentazione dei fatti"* (pag. 10 della memoria di costituzione), compie un'inammissibile ricostruzione postuma della portata della nota n. 15667 del 2022 come riconducibile all'esercizio del potere di autotutela, il che si palesa del tutto incompatibile con il tenore della nota medesima.

In assenza di qualsiasi riferimento ai presupposti di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e, soprattutto, dell'ineludibile presidio motivazionale prescritto da tale norma, il provvedimento, in quanto adottato oltre il termine di cui al comma 6-bis dell'art. 19 della stessa legge, non può che ritenersi tardivo.

11.1.2. D'altra parte, l'esercizio tardivo del potere inibitorio non può nemmeno essere legittimato, come pure prospetta la difesa comunale (pag. 2 e 3 della memoria depositata il 27 gennaio 2024), dal fatto che il Comune di Sutri avrebbe appreso solo successivamente alla scadenza del termine ordinario di trenta giorni – e segnatamente in

data 12 luglio 2022, tramite la segnalazione di una comproprietaria dello stabile in cui è situata l'unità immobiliare dell'odierna ricorrente – della sentenza del Tribunale di Viterbo (doc. n. 9 allegato al ricorso) che è stata, poi, posta a fondamento del provvedimento tardivo di “non accoglimento” della SCIA.

Ad avviso del Collegio, infatti, tale sentenza non assume rilevanza ai fini della questione che occupa.

L'accertamento compiuto dal Giudice civile ha ad oggetto la proprietà di una *“porzione dell'area circostante il fabbricato”*, che è stata riconosciuta *“di proprietà comune a tutti i proprietari dei piani o delle porzioni di piani del fabbricato”*, con conseguente emanazione nei confronti dei convenuti dell'ordine di *“procedere alla riduzione in pristino dei luoghi, con rimozione delle recinzioni e delle opere realizzate”*.

Ora, prescindendo dalla questione, controversa tra le parti, se la porzione di terreno cui si riferisce il richiamato accertamento giurisdizionale coincida con quella su cui affaccia la finestra trasformata in porta finestra, risulta decisivo evidenziare che l'intervento contestato non riguarda in alcun modo opere realizzate nell'area circostante il fabbricato, bensì opere eseguite nell'appartamento di proprietà della sig.ra Carrus. Di qui, la non divisibilità dell'argomentazione secondo cui, rispetto a quanto successivamente emerso sulla base della sentenza civile, l'odierna ricorrente, nel dichiarare che gli interventi non riguardavano parti comuni, avrebbe fornito una falsa rappresentazione dei fatti.

Semmai, trattandosi della trasformazione di una finestra in porta finestra, si sarebbe potuta porre una diversa questione di impatto sul prospetto del fabbricato, la quale, tuttavia, nulla ha a che vedere con la comproprietà dell'area circostante per come accertata dal Tribunale di Viterbo ed esplicitata, quale unico supporto motivazionale, nel provvedimento inibitorio della SCIA. Tanto ciò vero che nel successivo provvedimento di rigetto dell'istanza di SCIA in sanatoria, ove si fa per la prima volta riferimento al profilo della modifica al decoro architettonico della facciata, si specifica che si tratta di un aspetto emerso *“da un esame più approfondito delle istanze”*.

In sostanza, quindi, anche volendo ammettere che l'area a cui la porta finestra dà accesso sia quella di cui è stata accertata la titolarità in capo a tutti i proprietari dei piani o delle porzioni di piani del fabbricato, viene in rilievo un'opera che, in quanto tale, non preclude in alcun modo l'uso dell'area medesima da parte degli altri condomini né ne altera la destinazione, ferma, ovviamente, l'azione civilistica spettante a ciascun comproprietario, *ex art. 1102 c.c.*, a tutela del decoro architettonico dell'edificio (cfr. Cons. St., Sez. VI, 7 novembre 2023, n. 9582).

11.2. Acclarato, dunque, che la nota comunale del 27 ottobre 2022 ricade nell'ambito di applicazione dell'invocato art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990, deve essere affrontata la questione, sollevata anche dalla difesa comunale, della mancata tempestiva impugnazione della stessa.

Al riguardo, ritiene il Collegio che la questione della tutela giurisdizionale a fronte degli atti tardivi colpiti dalla sanzione di inefficacia si ponga sotto due distinti profili, che si ricollegano entrambi alla sussistenza o meno di un onere di tempestiva impugnazione.

Il primo profilo è quello dell'ammissibilità di un'azione di accertamento volta a far valere in giudizio l'inefficacia comminata dalla disposizione in commento. Sostiene, sul punto, la ricorrente che, venendo in rilievo *“una situazione [...] in cui il potere amministrativo è stato inutilmente esercitato e [...] non può produrre i suoi effetti in quanto pecca di imperatività”*, vada riconosciuta l'esperibilità – nell'ambito, per quanto rileva nel caso di specie, della giurisdizione esclusiva *ex art. 133, comma 1, lett. a), n. 3), c.p.a.* – di un'azione di accertamento *“svincolata dalla concezione impugnatoria tradizionale che impone termini decadenziali per l'azione”*.

Il secondo profilo attiene, invece, alle condizioni della tutela giurisdizionale azionabile dal destinatario dell'atto tardivo inefficace *ex art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990* nei confronti non già direttamente di tale atto bensì dei successivi provvedimenti adottati sulla base di esso.

Ebbene, in realtà, è questo secondo l'aspetto che assume rilevanza nella presente controversia, ove l'accertamento dell'inefficacia del provvedimento inibitorio della SCIA è strumentale al sindacato di legittimità sull'atto a valle,

rappresentato dall'ordine di ripristino dello stato dei luoghi, contro cui la ricorrente è tempestivamente insorta.

11.2.1. L'esame dell'indicato profilo processuale impone di valutare preliminarmente, sul versante sostanziale, se l'inefficacia cui si riferisce il Legislatore nel definire la sorte degli specifici provvedimenti tardivi in questione costituisca una condizione comunque riconducibile nell'ambito della generale categoria dell'invalidità, *sub specie* di annullabilità o di nullità, oppure se essa assuma una dimensione autonoma.

Il dato letterale assume, ad avviso del Collegio, un rilievo decisivo.

La disposizione in commento è collocata nella legge generale sul procedimento amministrativo, vale a dire nel medesimo testo normativo che, al Capo IV *bis*, detta le regole che costituiscono lo "statuto" del provvedimento, disciplinando puntualmente, in tale ambito, le due distinte patologie rappresentate dalla nullità, cui è dedicato l'art. 21-*septies*, e dall'annullabilità, oggetto del successivo art. 21-*octies*. In applicazione, quindi, del criterio interpretativo della costanza terminologica, declinato, per così dire, *a contrario*, deve ritenersi che qualora il Legislatore – nello stabilire il regime dei provvedimenti adottati tardivamente in ipotesi di silenzio assenso o di SCIA – avesse voluto riferirsi all'una o all'altra categoria di invalidità avrebbe coerentemente fatto ricorso, per l'appunto, ai termini "annullabili" o "nulli" e non al diverso termine "inefficaci".

L'ipotesi della mera annullabilità, del resto, va esclusa alla luce della considerazione per cui l'atto annullabile in nessun caso potrebbe, in quanto tale, essere qualificato come "inefficace" dalla legge, conseguendo l'inefficacia dell'atto illegittimo (perché viziato da violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza *ex art. 21-octies* della legge n. 241 del 1990) unicamente al suo annullamento per mezzo di una pronuncia giurisdizionale costitutiva o di un provvedimento di ritiro emanato dall'amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela di cui all'art. 21-*nonies*.

Quanto all'ipotesi della nullità, invece, essa appare meritevole di attenta considerazione, costituendo l'inidoneità a produrre effetti sin dall'origine un predicato dell'atto nullo. Depongono, tuttavia, nel senso della non ascrivibilità del provvedimento inefficace *ex art. 2, comma 8-bis*, della legge n. 241 del 1990 alla categoria del provvedimento nullo, oltre all'indicato argomento interpretativo della costanza terminologica, che assume particolare forza all'interno di un medesimo testo normativo, ulteriori considerazioni.

La nullità, nel sistema delineato dal Legislatore del 2005, è una patologia che – in ciò differenziandosi dalla corrispondente categoria del diritto civile, ove trova spazio la nullità c.d. virtuale di cui all'art. 1418, primo comma, c.c. – ricorre solo nelle tassative ipotesi individuate dall'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990, le quali, a parte la violazione o elusione del giudicato, consistono nella mancanza di elementi essenziali, nel difetto assoluto di attribuzione e nella nullità testuale (cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 31 dicembre 2021, n. 8747).

Ebbene, opina il Collegio che la fattispecie del provvedimento tardivo nelle specifiche ipotesi di cui al comma 8-*bis* in commento non vada ricondotta né ad una nullità strutturale, né ad un difetto assoluto di attribuzione.

Ed invero, quanto alla prima, si osserva, pur nell'incertezza che contraddistingue il dibattito in ordine all'individuazione degli elementi essenziali dell'atto amministrativo, derivante dall'assenza di una norma quale quella recata, in ambito contrattuale, dall'art. 1325 c.c., che l'elemento "tempo" non assurge a requisito costitutivo della fattispecie provvedimentale, ponendosi piuttosto all'esterno di essa. La giurisprudenza, del resto, in ordine alla nullità strutturale ha in più occasioni affermato come "*tale peculiare vizio possa essere in concreto ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto*" (cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2023, n. 2222).

Nemmeno pare potersi ritenere che il provvedimento tardivo sia nullo perché adottato in difetto assoluto di attribuzione, fattispecie che, secondo consolidata giurisprudenza, evoca la c.d. "carezza di potere in astratto" (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2024, n. 376). Difatti, nelle fattispecie di silenzio assenso e di attività

avviata sulla base di SCIA, delle quali si discute, l'amministrazione esercita un potere provvedimentale che le è specificamente attribuito dalle norme caso per caso rilevanti, benché oltre il termine ivi previsto.

Residuerebbe, dunque, l'ipotesi della nullità testuale (*“negli altri casi espressamente previsti dalla legge”*), rispetto alla quale, tuttavia, il dato letterale contrario non sembra – per ragioni, se così si può dire, ontologiche – superabile dall'interprete.

Deve allora concludersi che il senso ultimo della comminatoria di inefficacia di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990 sia quello di far discendere direttamente dalla legge la radicale improduttività di effetti del provvedimento negativo che intervenga una volta formatosi per *silentium* l'atto di assenso, oppure, stando alla fattispecie di cui è causa, una volta consolidatisi gli effetti della SCIA, per essersi il potere, esistente in quanto attribuito dalle relative norme, consumato in ragione del decorso del tempo (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 13 aprile 2021, n. 121, secondo cui *“l'Amministrazione procedente risulta deprivata, in via definitiva, del relativo potere”* e il provvedimento interviene *“a potere consumato”*; T.A.R. Campania, Sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171; T.A.R. Puglia, Sez. II, 1° agosto 2022, n. 1128; nonché, seppure in termini dubitativi, T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 26 marzo 2021, n. 3716).

In sostanza, nei limitati e specifici casi individuati dalla norma, lo spirare del termine comporta una consumazione del potere, rivelandosi così il provvedimento tardivo *ab origine* privo di effetti e sottratto all'onere di tempestiva impugnazione.

La soluzione delineata si rivela, del resto, pienamente rispondente alla *ratio* di potenziamento del meccanismo del silenzio assenso sottesa all'intervento normativo, quale emerge, tra l'altro, dalla relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del d.l. n. 76 del 2020, ove si legge che *“Il nuovo comma 8-bis è volto [...] a garantire certezza giuridica riguardo alla mancata adozione, nei termini previsti, dei provvedimenti di competenza, allo scopo di rendere effettivo il provvedimento ovvero l'atto di assenso comunque denominato, acquisito «per silentium» [...], nonché nei casi di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, qualora i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti siano adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti. [...] Tale previsione mira a risolvere il problema degli «atti tardivi» e a garantire la piena efficacia della regola del silenzio assenso con conseguente espressa declaratoria di inefficacia dell'atto che sia adottato dopo la già avvenuta formazione del silenzio assenso”* (atto Senato n. 1883, XVIII Legislatura).

11.2.2. Così ricostruita la categoria dell'inefficacia di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990, vale a dire in termini di sanzione autonoma rispetto all'annullabilità e alla nullità, deve coerentemente escludersi sia la tutela a mezzo dell'azione di annullamento di cui all'art. 29 c.p.a., da proporre nel termine decadenziale di sessanta giorni, sia la proponibilità dell'azione dichiarativa di nullità disciplinata dall'art. 31, comma 4, c.p.a., da esercitare entro il termine, anch'esso di natura decadenziale, di centottanta giorni (fatte salve, peraltro, l'imprescrittibilità dell'eccezione e la rilevabilità d'ufficio).

Quanto, in particolare, alla tutela demolitoria, è significativo richiamare, in tal senso, la già citata pronuncia del T.A.R. Campania n. 171 del 2022, che ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso un diniego espresso di permesso di costruire intervenuto dopo la formazione del silenzio assenso, ritenendo che la domanda non fosse *“supportata da alcun interesse a ricorrere, per mancanza di idoneità lesiva della sfera giuridica di parte ricorrente del predetto provvedimento”*.

Stante l'assenza di un'azione tipizzata, parte della dottrina ha dunque prospettato, a fronte di un provvedimento inefficace *ope legis* ai sensi dell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241 del 1990, l'esperibilità, in ossequio al principio di effettività della tutela, di un'azione di accertamento diretta a conseguire la rimozione della situazione di incertezza che può comunque determinarsi in presenza di un atto privo di effetti ma pur sempre giuridicamente rilevante.

Ed invero, non mancano nel panorama giurisprudenziale pronunce recanti, per l'appunto, la dichiarazione di inefficacia del provvedimento tardivo ai sensi del comma 8-*bis* in discorso (cfr. Cons. St., Sez. VI, 6 luglio 2023, n. 6606, che perviene alla declaratoria di inefficacia in esito a riqualificazione *ex art.* 32 c.p.a. della domanda di annullamento proposta *ex art.* 29 c.p.a. in primo grado; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, n. 121 del 2021, cit.; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 2 maggio 2023, n. 1018).

11.2.3. Ma, come si è detto, nella fattispecie di cui è causa non è un'azione di mero accertamento a venire in considerazione: se si guarda alla portata sostanziale della domanda spiccata in via principale, la ricorrente non agisce per la rimozione di una situazione di incertezza ma per l'annullamento del provvedimento lesivo rappresentato dall'ordine di ripristino dello stato dei luoghi, sicché l'accertamento dell'inefficacia del provvedimento inibitorio della SCIA rileva, per così dire, in via incidentale.

E allora la massima portata innovativa dell'art. 2, comma 8-*bis* della legge n. 241 del 1990, in termini di potenziamento del grado di tutela offerto all'istante o al segnalante, si manifesta proprio nelle fattispecie, come quella di cui è causa, in cui il provvedimento tardivo inefficace costituisce il presupposto di un provvedimento consequenziale. In tali evenienze, infatti, il privato è liberato dall'onere di immediata impugnazione dell'atto tardivo, l'accertamento della cui inefficacia, operante *ex lege*, è chiesto in sede di impugnazione tempestiva, questa sì ineludibile, del provvedimento lesivo adottato a valle.

Viene in rilievo, in sostanza, un meccanismo di tutela il cui funzionamento è analogo a quello tracciato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 16 ottobre 2020, n. 22, con riferimento alle clausole del bando di gara nulle ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, perché recanti cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge. Il Supremo Consesso ha chiarito, da un lato, che la clausola escludente deve ritenersi nulla in senso tecnico e non meramente annullabile, con la conseguenza che essa "*in quanto inefficace e improduttiva di effetti*" non è assoggettata all'onere di impugnazione, e, dall'altro, che devono invece essere ritualmente impugnati "*i provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla*".

Sebbene l'ipotesi su cui si è pronunciata l'Adunanza Plenaria sia contraddistinta dal ricorrere di un'ipotesi di nullità testuale, oltretutto di natura parziale in base al principio *viatur sed non vitiat*, mentre, secondo la ricostruzione sopra effettuata, il provvedimento tardivo è inefficace ma non anche nullo, ciò che rileva è, in termini descrittivi, il fenomeno dell'illegittimità del provvedimento a valle derivante dall'essere fondato su un precedente provvedimento (o parte di esso) privo *ex lege* di effetti e, come tale, non abbinabile di impugnazione.

11.3. Tirando le fila del discorso e tornando al caso oggetto dell'odierna controversia, il provvedimento di non accoglimento della SCIA presentata in data 8 aprile 2022, in quanto adottato oltre il termine di trenta giorni di cui all'art. 19, comma 6-*bis*, della legge n. 241 del 1990 e in assenza delle condizioni per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, deve ritenersi inefficace *ope legis* ai sensi dell'art. 2, comma 8-*bis*, della medesima legge e, pertanto, inidoneo ad incidere sulla consolidata efficacia legittimante di detta SCIA.

Dalla natura non abusiva dell'intervento consistente nella trasformazione della finestra in porta finestra con realizzazione di tre gradini, quale descritto nella relazione tecnica e rappresentato negli elaborati grafici allegati alla SCIA dell'8 aprile 2022, deriva l'illegittimità, *in parte qua*, dell'ordinanza n. 10348 del 28 luglio 2023, vale a dire nella parte in cui essa ingiunge il ripristino dello stato dei luoghi in relazione, per l'appunto, a tale intervento.

12. La riscontrata fondatezza del primo motivo di ricorso e il conseguente accoglimento della domanda formulata in via principale comportano, in ossequio al richiamato principio dispositivo che governa il processo amministrativo, il necessario assorbimento della domanda proposta in via subordinata, a supporto della quale è posto il secondo motivo ricorso (cfr. Ad. Plen. n. 5 del 2015, cit.).

13. In conclusione, il ricorso deve ritenersi fondato alla luce delle censure dedotte a mezzo del primo motivo e la domanda proposta in via principale, per come parzialmente riformulata *ex art. 32 c.p.a.*, va pertanto accolta. Per l'effetto, la nota n. 15667 del 27 ottobre 2022 deve essere dichiarata inefficace *ex art. 2, comma 8-bis*, della legge n. 241 del 1990, mentre l'ordinanza n. 10348 del 28 luglio 2023 va annullata nella parte in cui essa ingiunge il ripristino dello stato dei luoghi in relazione all'intervento di trasformazione della finestra in porta finestra, con realizzazione di tre gradini, oggetto della SCIA acquisita al protocollo comunale n. 5170 dell'8 aprile 2022.

14. La novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, così dispone:

- dichiara inefficace la nota n. 15667 del 27 ottobre 2022;
- annulla l'ordinanza n. 10348 del 28 luglio 2023 nella parte in cui essa ingiunge il ripristino dello stato dei luoghi in relazione all'intervento oggetto della SCIA acquisita al protocollo comunale n. 5170 dell'8 aprile 2022.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Francesca Santoro Cayro, Referendario

Virginia Giorgini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Virginia Giorgini

IL PRESIDENTE
Donatella Scala

IL SEGRETARIO