

EDILIZIA E URBANISTICA: Scia edilizia - Tutela del terzo - Poteri inibitori della P.A. - Sollecito alla P.A. ad esercitare il potere di verifica - Silenzio della P.A - Azione avverso il silenzio - Ammissibile.

Tar Campania – Napoli, Sez. III, 14 gennaio 2021, n. 266

- in *Giurisprudenza Italiana*, 7, 2021, pag. 1717 e ss., con commento di Giovanni F. Nicodemo, *SCIA e autotutela: la P.A. deve provvedere sull'istanza di annullamento del terzo.*

“[...] il terzo che si assume leso dalla presentazione di una SCIA non inibita dall'amministrazione comunale, può sollecitare la pubblica amministrazione ad esercitare il potere di verifica e ad emettere provvedimento inibitorio e di rimozione degli eventuali effetti dannosi nei termini di 60 / 30 giorni previsti dalle norme sulla SCIA (ex comma 3 e comma 6-bis – in materia edilizia – dell'articolo 19 della L. 241/1990); ovvero sollecitare la pubblica amministrazione ad esercitare il potere di verifica e di annullamento in autotutela ex articolo 21-novies della L. 241/1990.

Ne deriva la piena ammissibilità della presente azione avverso il silenzio dell'amministrazione, dovendosi in tal caso configurare l'esame della istanza di autotutela come doveroso da parte dell'amministrazione [...]”.

FATTO

La società ricorrente espone di gestire una sala scommesse in Lusciano ,alla via Grimaldi n. 45 e di avere appreso con richiesta di accesso agli atti che la controinteressata CIS meridionale il 25 luglio 2019 aveva presentato una scia per lavori di completamento del permesso di costruire n.9 del 2014 e variante n. 41 del 2014 , relativamente ad un nuovo impianto di distribuzione carburanti ed attività commerciale ,nonché successiva integrazione del 25 luglio 2019.

Premesso che le opere oggetto di scia prevedevano nel locale commerciale anche lo svolgimento di attività di sala scommesse con annesso bar ,aggiunge che il Comune diffidava con provvedimento in data 8 ottobre 2019 la società a non proseguire i lavori ,riscontrando la violazione del regolamento di attuazione della legge regionale n.6 del 2006 e della legge regionale n.8 del 2013 che escluderebbero tra le attività complementari ad impianti carburanti quella di agenzia di scommesse e video lotteria.

La detta società per l'effetto presentava una nuova scia , mutando la destinazione in semplice locale commerciale, ma a seguito di accesso agli atti la ricorrente apprendeva che il 27 gennaio 2020 la controinteressata società Gg betting per gli stessi locali aveva presentato una scia , denunciando l'attività di bar e ristorazione, ma includendovi anche surrettiziamente l'attività di servizi

scommesse sportive e attività connesse alle lotterie scommesse (autorizzata con decreto del questore di Caserta in data 4 gennaio 2020 ai sensi dell'articolo 88 del tulps).

Lamentando che il Comune ,in contraddizione con la propria precedente determinazione , non si era opposto inibendo la scia, precisa di avere presentato una diffida il 24 luglio 2020 affinché l'amministrazione effettuasse le opportune verifiche con l'esercizio dei doverosi poteri inibitori e repressivi. Tuttavia nonostante il decorso di 60 giorni l'amministrazione non si era ancora pronunciata e non aveva riscontrato la diffida.

Con il presente ricorso lamenta violazione e falsa applicazione dell'articolo 19 della legge 241/ 90 in virtù della quale sussiste l'obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi per l'adozione dei provvedimenti di autotutela ,in particolare relativamente al comma 6 ter che legittima il contro interessato a sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e in caso di inerzia ad esperire l'azione ex articolo 31 del cpa.

A sostegno della censura precisa che l'obbligo di riscontro è reso ancora più evidente dalla contraddittorietà del comportamento del Comune che aveva originariamente rilevato al incompatibilità dell'attività richiesta con quella di stazione carburanti, per cui chiede l'adozione di un provvedimento espresso con la nomina di un commissario ad acta che si sostituisca all'amministrazione.

Si è costituita in giudizio la società controinteressata, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso non essendo ravvisabile un'ipotesi di silenzio inadempimento essendo richiesto all'amministrazione l'esercizio del potere di autotutela, del tutto discrezionale.

Eccepisce altresì la carenza di interesse ad agire della ricorrente atteso che il mercato dei giochi è regolamentato e non risponde a principi di libera concorrenza, per cui l'organizzazione del gioco legale sub specie di servizio pubblico e nella forma della concessione, è una articolazione riferita all'esclusiva discrezionalità della amministrazione che deve assicurare la capillarità della diffusione della rete sul territorio.

Rileva altresì l'infondatezza della diffida nel merito, in virtù del disposto dell'articolo 141 della LR n. 7 del 2020 che consente negli impianti di distribuzione di carburante la vendita di ogni bene o servizio, tra cui da sarebbe da ricomprendere anche quello del gioco lecito con apparecchio ai sensi dell'articolo 110 comma sei del TULPS, trattandosi di servizio pubblico.

Si è costituita in giudizio anche la società CIS meridionale, nella sostanza aderendo alle tesi difensive della Gg betting., assumendo un'erronea interpretazione dei fatti da parte della società ricorrente, e pur precisando di essere estranea ai titoli abilitativi conseguiti dalla società Gg betting,

deduce di avere comunque interesse ad acclarare la piena legittimità dell'operato dell'amministrazione .

Aggiunge al riguardo come, già in sede di richiesta dei titoli abilitativi edilizi, e con la nuova scia del 25 luglio 2019 protocollo 11.195 per il completamento delle opere, aveva allegato una relazione tecnica illustrativa in cui esplicitava la destinazione del locale, includendovi anche gioco, intrattenimento e socializzazione. Con riferimento a tale scia non era stata sollevata alcuna obiezione dall'amministrazione comunale, mentre l'inibitoria perveniva solo con nota del 8 ottobre 2019 , che faceva seguito ad una ulteriore scia del 3 ottobre 2019.

A fronte di tale diffida la società CIS inoltrava al Comune la nota del 15 ottobre 2019 che chiedeva l'archiviazione della scia del 3 ottobre e trasmetteva nuovi elaborati grafici integrativi della scia 11.195. Assume pertanto che non vi sarebbe stata alcuna modifica della destinazione del locale commerciale con la nota di ottobre 2019, richiamandosi alla originaria domanda di completamento. Aggiunge che in data 20 aprile 2020 inoltrava allo sportello unico attività produttive la segnalazione ai fini commerciali anche per l'esercizio commerciale di bar raccolta scommesse.

Sulla scorta di tali elementi assume che la destinazione del locale commerciale non contrasta con le disposizioni della LR n. 8 del 2013, e che le attività complementari e servizi integrativi assenti nell'ambito dell'impianti di distribuzione carburanti comprendono la vendita di ogni bene e servizio per cui non vi è alcun motivo ostativo all'attività di raccolta di scommesse.

Non si è costituito in giudizio il Comune intimato.

Alla udienza in camera di consiglio del 14.12.2020, tenutasi mediante discussione da remoto con modalità in videoconferenza ai sensi dell'art. 25 DL 137/2020, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La questione all'esame del Collegio involge il meccanismo di tutela del terzo controinteressato a seguito di presentazione della SCIA per lo svolgimento di attività commerciale (ma i termini non mutano anche con riferimento alla scia cd. edilizia).

A seguito della pronuncia della Adunanza plenaria n. 15/2011 la questione della tutela del terzo è stata normata con il comma 6-ter dell'articolo 19 , introducendo un sistema di tutela del terzo che lamenti una lesione dalla SCIA diverso rispetto a quello prospettato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, fondato sul potere sollecitatorio nei confronti dell'amministrazione, affinché effettui le verifiche (e quindi eventualmente emani un provvedimento interdittivo), e sulla possibilità di proporre successivamente l'azione prevista per reagire al silenzio inadempimento dell'amministrazione.

Con l'introduzione del comma 6-ter, è apparsa subito centrale la tematica relativa ai termini assegnati al privato per l'attivazione di tale meccanismo di tutela, che può riassumersi (cfr. ordinanza del TAR Toscana del 11 maggio 2017): “il meccanismo di tutela del terzo congegnato dall'art. 19, comma 6-ter, L. n. 241/1990 richiede, per la sua concreta operatività, l'individuazione di tre distinti termini: il primo è il termine entro il quale il terzo deve sollecitare le verifiche spettanti all'amministrazione, presentando la relativa istanza; il secondo è il termine concesso all'amministrazione per pronunciarsi su tale istanza, ovvero quel lasso temporale decorso il quale, come dice la norma, essa deve considerarsi inerte; l'ultimo è il termine entro il quale il terzo deve esperire l'azione avverso il silenzio mantenuto dall'amministrazione sulla sua richiesta di provvedere.”

Secondo la lettura datane dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 45/2019) il comma 6-ter fa riferimento ai poteri spettanti all'amministrazione disciplinati dal medesimo articolo 19 nei comma precedenti: le verifiche da esercitare nel termine di sessanta (trenta giorni in caso di edilizia) dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6-bis) e poi entro i successivi diciotto mesi in caso di sussistenza delle condizioni d'esercizio dell'autotutela (comma 4).

Decorsi tali termini, l'amministrazione risulta priva di poteri e la situazione così come segnalata si consolida anche nei confronti del terzo. Quest'ultimo, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, con la conseguenza che, venuto meno il potere, anche l'interesse si estingue.

La interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale si fonda, in primo luogo, sul dato testuale: l'articolo 6-ter, infatti, fa riferimento a “verifiche spettanti all'amministrazione“, ovvero a poteri già previsti e disciplinati dal medesimo articolo 19. Osserva la Consulta come il comma 6-ter è stato introdotto dall'articolo 6, comma 1 del D. L. 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni nella L. 14 settembre 2011, n. 148, “in aperta dialettica con la nota sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la finalità di escludere l'esistenza di atti amministrativi impugnabili (il cosiddetto silenzio diniego) e quindi di limitare le possibilità di tutela del terzo contro il silenzio, inteso in modo tradizionale come inadempimento“. Ne deriva che il comma in questione, nella parte in cui fa riferimento alle “verifiche spettanti all'amministrazione“, non intende introdurre nuovi poteri ma rinvia a quelli già disciplinati nel medesimo articolo 19.

Conseguentemente, il terzo che si assume leso dalla presentazione di una SCIA non inibita dall'amministrazione comunale, può sollecitare la pubblica amministrazione ad esercitare il potere di verifica e ad emettere provvedimento inibitorio e di rimozione degli eventuali effetti dannosi nei termini di 60 / 30 giorni previsti dalle norme sulla SCIA (ex comma 3 e comma 6-bis – in materia

edilizia – dell'articolo 19 della L. 241/1990); ovvero sollecitare la pubblica amministrazione ad esercitare il potere di verifica e di annullamento in autotutela ex articolo 21-novies della L. 241/1990.

Ne deriva la piena ammissibilità della presente azione avverso il silenzio dell'amministrazione, dovendosi in tal caso configurare l'esame della istanza di autotutela come doveroso da parte dell'amministrazione.

Non può peraltro aderirsi alla ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso, in ragione della pretesa mancanza di un interesse qualificato di parte ricorrente alla perimetrazione della platea dei concorrenti, per essere il mercato dei giochi regolamentato sub specie di servizio pubblico e nella forma della concessione, rimesso all'esclusiva discrezionalità della amministrazione che deve assicurare la capillarità della diffusione della rete sul territorio.

Invero, non si verte sulla discrezionalità dell'amministrazione nel configurare la distribuzione sul territorio del mercato dei giochi, ma del rispetto di una disposizione di legge regionale che disciplina una serie di incompatibilità tra attività di distribuzione carburanti e quelle qualificate come accessorie, ed in ordine alla stessa l'amministrazione comunale (e non quella dei monopoli, nella specie non evocata in giudizio) ha un preciso obbligo di pronunciarsi.

La ricorrente è portatrice dell'interesse qualificato alla pronuncia del Giudice, in relazione all'incontestato dato della titolarità di una attività analoga in zona limitrofa.

Va poi ribadito che in ordine alla compatibilità dell'attività in oggetto con quella di distribuzione carburanti tale accertamento e le conseguenti determinazioni spettano al Comune, mentre ciò che rileva unicamente in questa sede è il mancato riscontro all'istanza del privato, indipendentemente dal contenuto della risposta.

Invero, al Giudice spetta unicamente di accertare e dichiarare l'illegittimità del silenzio, competendo all'Amministrazione il potere di verificare la ricorrenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento richiesto, compiendo le verifiche del caso e l'apprezzamento della situazione concreta (in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 25/2/2014 n. 884, cit.), esternando in ogni caso all'interessato la determinazione assunta (positiva o negativa) e le motivazioni che la sorreggono.

In tal modo, è da un canto reso conoscibile all'interessato l'operato della P.A. e, d'altro canto, è assicurata l'esigenza di informare l'attività dei pubblici poteri a peculiari canoni di efficienza ed efficacia e di trasparenza nei confronti degli amministrati, ai quali essa deve costantemente uniformarsi.

Il ricorso va dunque accolto e, conseguentemente, deve essere dichiarato l'obbligo del Comune di Lusciano di pronunciarsi sulla istanza di autotutela ex art. 19 co 6 ter legge 241/90 proposta dalla

ricorrente, ordinando di provvedere entro il termine di 30 (trenta) giorni dalla notificazione a cura della parte della presente sentenza.

In caso di inadempimento nel termine suindicato, va nominato il Commissario ad acta nella persona del Prefetto di Caserta, con facoltà di delega che provvederà nei successivi 30 giorni.

Le spese processuali vanno poste a carico del Comune intimato inadempiente e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo, dichiarandole compensate per l'intero tra la ricorrente e i controinteressati.

In base all'art. 2, ottavo comma, della legge n. 241 del 1990 la presente decisione va trasmessa alla Corte dei Conti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, ordinando al Comune di Lusciano di provvedere nel termine e nei sensi di cui in motivazione, disponendo in caso di inadempimento la nomina del Commissario ad acta nella persona del Prefetto di Caserta, con facoltà di delega.

Condanna il Comune di Lusciano al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, liquidate in complessivi € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, nonché al rimborso del contributo unificato; dichiara compensate per l'intero le spese di giudizio tra la ricorrente e i controinteressati.

Dispone, a cura della Segreteria, la trasmissione della decisione in via telematica alla Procura regionale della Corte dei Conti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2020, mediante collegamento da remoto in videoconferenza con il sistema Microsoft Teams, secondo quanto previsto dall'art. 25, co. 2, del decreto-legge n. 137 del 28.10.2020 e già disposto dal decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 1454 del 19.03.2020 e dal decreto del Presidente del Tar/Sede n. 14 del 31.03.2020, con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Giuseppe Esposito, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Anna Pappalardo

