

N. 00530/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01942/2011 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 la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1942 del 2011, proposto da:
Trigon S.a.s. di Frank Diemer & C. e Frank Alexander Diemer,
rappresentati e difesi dagli avv.ti Annarosa Corselli e Carlo Luigi
Scrosati, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via
Domodossola, 17;

contro

Comune di Gallarate, rappresentato e difeso dall'avv. Ercole Romano,
con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, viale Bianca Maria,
23;

nei confronti di

Locat S.p.A. ora Unicredit Leasing S.p.A., rappresentata e difesa dagli
avv.ti Giancarlo Catavello ed Andrea Martelli, con domicilio eletto
presso il primo in Milano, Largo Donegani, 2;

Hypo Vorarlberg Leasing S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento in data 04.04.2011 protocollo n. 8561/2011 inviato per raccomandata in data 04.04.2011 di rigetto dell'esposto - denuncia avanzata dai ricorrenti per l'annullamento della concessione edilizia n. 71/2000 e successiva variante 15 ottobre 2002 e per la condanna al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Gallarate e di Unicredit Leasing S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2013 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Trigon S.a.s. di Frank Diemer & C. ed il sig. Diemer personalmente erano utilizzatori in forza di contratto di leasing e proprietari di una serie di unità immobiliari site in Comune di Gallarate, via Volta n. 13, edificate in forza di concessione edilizia n. 71, rilasciata in data 22.6.2000 alla società Immobiliare Milanese Srl.

A seguito di un complesso contenzioso civile insorto fra gli esponenti e la società di leasing Locat Spa (ora Unicredit Leasing Spa), gli attuali ricorrenti presentavano al Comune un esposto in data 4.3.2011, con il quale chiedevano all'Amministrazione locale di annullare in autotutela la concessione edilizia n. 71 del 2000.

Con nota del 4.4.2011, il Comune rigettava l'istanza di autotutela.

Contro tale atto di diniego di autotutela era proposto il presente ricorso,

con domanda di sospensiva e di danni, per i motivi che possono così sintetizzarsi:

- 1) violazione dell'art. 27 del DPR 380/2001, dell'art. 9 del DM 1444/1968, del regolamento edilizio comunale, eccesso di potere per sviamento della causa tipica, difetto di motivazione, travisamento dei fatti;
- 2) violazione degli articoli 872 e seguenti del codice civile, dell'art. 27 del DPR 380/2001, dell'art. 8 del DM 1444/1968, del regolamento edilizio comunale, eccesso di potere per sviamento della causa tipica, genericità, difetto di motivazione e travisamento dei fatti;
- 3) violazione della legge 241/1990, dell'art. 97 della Costituzione, eccesso di potere, insufficienza della motivazione, sviamento della causa tipica.

Si costituivano in giudizio il Comune di Gallarate e la società Unicredit Leasing Spa (già Locat Spa), concludendo per l'inammissibilità ed in ogni caso per l'infondatezza nel merito del gravame.

In esito all'udienza cautelare del 28.7.2011, la domanda di sospensiva era respinta con ordinanza della Sezione II n. 1242/2011, con condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese della fase cautelare.

L'ordinanza era impugnata davanti al Consiglio di Stato, che rigettava però l'appello cautelare, con ulteriore condanna alle spese degli appellanti, con ordinanza della Sezione IV, n. 4552 del 18.10.2011.

Alla successiva pubblica udienza del 7.2.2013 davanti al TAR, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Per la miglior comprensione della presente impugnativa, preme rimarcare che la stessa ha per oggetto il provvedimento recante il diniego, da parte dell'Amministrazione di Gallarate, di annullare in

autotutela la concessione edilizia n. 71/2000, sulla base della quale è stato realizzato l'edificio in parte di proprietà del sig. Diemer ed in parte utilizzato a titolo di leasing dalla società Trigon Sas, di cui lo stesso sig. Diemer è socio accomandatario.

Proprietaria delle unità concesse in leasing è la società Unicredit Leasing Spa, già Locat Spa, controinteressata nel presente giudizio.

La richiesta delle esponenti al Comune di annullare in autotutela il titolo edilizio è stata formulata nel marzo 2011 (cfr. doc. 6 dei ricorrenti), quindi oltre dieci anni dopo il rilascio della concessione n. 71, avvenuto il 22.6.2000 (cfr. la copia della concessione, doc. 9 dei ricorrenti).

L'istanza di annullamento d'ufficio, redatta nella forma di "esposto/denuncia", fa seguito ad un complesso contenzioso civilistico – tuttora peraltro pendente – che vede opposti gli attuali ricorrenti alla società Unicredit Leasing Spa, la quale ha promosso una serie azioni giurisdizionali davanti al giudice ordinario per il recupero dei canoni di leasing non corrisposti e per la risoluzione del relativo contratto (cfr. doc. 10 dei ricorrenti, vale a dire la sentenza del Tribunale di Milano, sez. XII civile, n. 2108/2012).

Nel corso dei suddetti giudizi civili – almeno così risulta dalla lettura degli atti di causa – i ricorrenti avrebbero opposto alle pretese creditorie della società di Leasing (formulando in tal modo una sorta di eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 del codice civile), la presunta nullità del contratto, derivante a sua volta dalla asserita illegittimità della concessione edilizia originaria del 2000, in quanto – così continua la difesa degli esponenti – rilasciata in violazione dell'art. 9 del DM 1444/1968, che impone la distanza minima di dieci metri fra pareti finestrate di edifici.

Nella diffida inviata dai ricorrenti al Comune e volta ad ottenere

l'annullamento d'ufficio della concessione (cfr. doc. 6 dei ricorrenti, pag. 7), il sig. Diemer si qualifica come proprietario del terreno su cui sorge l'immobile, sostenendo di avere interesse alla demolizione dell'edificio, per la successiva valorizzazione del terreno stesso.

Peraltro, dalla lettura della citata diffida e degli atti difensivi degli esponenti, non viene neppure sottaciuto che l'eventuale annullamento d'ufficio della concessione dovrebbe in qualche modo rafforzare la posizione processuale degli esponenti nelle cause civili che li vedono opposti alla società di leasing, come se l'annullamento d'ufficio potesse comunque avallare l'eccezione di inadempimento proposta contro la società Unicredit Leasing Spa.

Al contrario il Comune, nel provvedimento ivi impugnato (cfr. doc. 7 dei ricorrenti), evidenzia che la concessione edilizia del 2000 è divenuta inoppugnabile e che non appare possibile procedere ad un annullamento d'ufficio unicamente per dirimere una controversia fra soggetti privati.

1.1 Nel primo mezzo di ricorso, viene lamentata la presunta violazione dell'art. 9 del DM 1444/1968, in quanto la costruzione di cui è causa, dotata di pareti finestrate, sarebbe stata realizzata ad una distanza inferiore a dieci metri da un vicino edificio.

I ricorrenti ricordano la giurisprudenza sul carattere vincolante ed inderogabile del citato art. 9 e concludono nel senso di ritenere, nella presente fattispecie, vincolata e per così dire automatica l'attività di autotutela da parte dell'Amministrazione comunale.

La censura è palesemente priva di pregio.

Premesso ancora che oggetto del presente giudizio non è la legittimità della concessione edilizia n. 71/2000 (concessione mai gravata innanzi al giudice amministrativo e divenuta quindi inoppugnabile), ritiene il Collegio che il Comune abbia correttamente ritenuto insussistenti i

presupposti di legge (cfr. l'art. 21-*nonies* della legge 241/1990), per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio del provvedimento da parte della Pubblica Amministrazione.

Come noto, infatti, l'art. 21-*nonies* citato subordina l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi ad una serie di precise condizioni, quali: l'esistenza di un interesse pubblico concreto e prevalente non coincidente con il mero interesse al ripristino della legalità, il decorso di un termine ragionevole dall'adozione del provvedimento da annullarsi, oltre alla corretta considerazione degli interessi dei destinatari (nel caso di specie, i proprietari dell'immobile di via Volta, che sono – allo stato – le società di leasing evocate nel presente giudizio).

Deve quindi escludersi, in conformità ad un pacifico indirizzo giurisprudenziale (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 6.8.2012, n. 4510), che il potere di autotutela sia vincolato, costituendo invece una tipica manifestazione di discrezionalità amministrativa.

Nel caso di specie, la richiesta di autotutela proviene da chi – attraverso l'acquisto dell'immobile – era subentrato nella titolarità della concessione edilizia, di cui ora è lamentata l'illegittimità: in sostanza si tratta di una domanda di intervento repressivo non proveniente da eventuali vicini all'edificio di cui è causa, che potrebbero lamentare l'inosservanza della distanza ex art. 9 a loro danno, ma dello stesso soggetto che occupava – a titolo di proprietà o di utilizzo in leasing – l'immobile.

A giustificazione della domanda di annullamento d'ufficio, viene sostanzialmente addotta l'esistenza di una serie di cause pendenti con la società Unicredit Leasing Spa, come se l'annullamento d'ufficio potesse in qualche modo supportare la pretesa fatta valere dagli esponenti

davanti al giudice ordinario.

Risulta evidente, però, che l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio divenuto inoppugnabile non può certo fondarsi sulla necessità di dirimere – o contribuire a dirimere – controversie fra soggetti privati, quasi che il Comune di Gallarate – ovviamente estraneo al contratto di leasing ed alle questioni ad esso conseguenti – dovesse prendere posizione, solo a questo fine, a favore di una delle parti in causa.

Non si vede, infatti, quale interesse pubblico possa essere concretamente perseguito attraverso l'annullamento richiesto, che sembra invece corrispondere soltanto ad un interesse privato, tanto più che nella specie non si tratterebbe di nullità, operante ex tunc, della concessione ma di annullamento ex nunc per ipotetica illegittimità della stessa; il che rende dubbia anche la rilevanza della questione sul giudizio civile e, conseguentemente lo stesso interesse del ricorrente al presente giudizio.

Si aggiunga ancora, ove non fosse sufficiente quanto già osservato, che manca anche il requisito del "termine ragionevole" di cui al menzionato art. 21-*nonies*, visto che la domanda di annullamento d'ufficio è stata presentata dopo quasi undici anni dal rilascio della concessione edilizia n. 71/2000 e tenuto conto del fatto che si tratta di un termine addirittura superiore a quello (dieci anni) entro cui le Regioni possono annullare d'ufficio i provvedimenti comunali in contrasto con le prescrizioni urbanistiche ed edilizie (cfr. art. 39, comma 1°, del DPR 380/2001; si veda anche Consiglio di Stato, sez. IV, 3.8.2010, n. 5170, per il quale: <<Nel valutare la ragionevolezza del termine entro il quale l'amministrazione interviene in autotutela, è corretto il riferimento, quale "tertium comparationis" normativo, all'art. 39 d.P.R. n. 380 del 2001, che disciplina il potere regionale di annullamento del permesso di costruire fissando in dieci anni dalla adozione il termine massimo per il loro annullamento>>).

Vengono poi in considerazione gli interessi dei proprietari attuali del compendio immobiliare, sicuramente estranei ad eventuali profili di illegittimità della concessione edilizia rilasciata nell'anno 2000 e che non possono ragionevolmente subire gli effetti dell'annullamento d'ufficio dopo oltre dieci anni e in una situazione di completo e giustificato affidamento sulla sua legittimità e sulla sua permanenza stante il suo decennale consolidamento.

Infatti, vista la già ricordata inoppugnabilità della concessione edilizia 71/2000, trova applicazione nella presente fattispecie anche il pacifico indirizzo giurisprudenziale (ricordato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza cautelare d'appello resa nel presente giudizio), che esclude l'ammissibilità dell'impugnazione del diniego di autotutela nei confronti di atti amministrativi ormai inoppugnabili, per evitare facili aggiramenti della regola della perentorietà del termine di impugnazione di cui all'art. 29 del D.Lgs. 104/2010 (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 3.5.2012, n. 2548).

Quanto alla giurisprudenza sull'interpretazione dell'art. 9 del DM 1444/1968, citata dai ricorrenti, preme al Collegio evidenziare ancora che in questa sede non si discute dell'inderogabilità del menzionato art. 9 – circostanza assolutamente fuori discussione anche per chi scrive – ma dell'insussistenza dei presupposti di legge per annullare d'ufficio una concessione edilizia rilasciata da oltre dieci anni.

Il che rende superflua ogni ulteriore insistenza su questo del tutto ultroneo motivo di censura.

1.2 La reiezione del primo mezzo di gravame implica il rigetto anche dei motivi n. 2 e n. 3, visto che con gli stessi viene lamentato ancora il mancato esercizio del potere di autotutela o più in genere di controllo sull'attività edilizia da parte del Comune di Gallarate, con la

precisazione, necessariamente ripetitiva, che il provvedimento impugnato ha correttamente evidenziato l'impossibilità di annullare un titolo inoppugnabile, a fronte della richiesta di un privato volta sostanzialmente alla tutela della propria situazione processuale in una controversia civile.

2. La declaratoria di manifesta infondatezza del ricorso, per le ragioni sopra esposte, implica il rigetto della domanda di risarcimento del danno – anche prescindendo dall'eccezione di prescrizione sollevata dal Comune – attese sia la legittimità della condotta dell'Amministrazione nel caso di specie sia la totale mancanza di nesso di causalità fra l'atto impugnato ed il pregiudizio patrimoniale sofferto dai ricorrenti, derivante esclusivamente dalla soccombenza in controversie civili definite davanti al giudice ordinario.

3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore delle parti costituite, mentre non occorre provvedere nei confronti della parte evocata in giudizio ma non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Rigetta la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna le parti ricorrenti, in solido fra loro, al pagamento delle spese di causa, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA) a favore del Comune di Gallarate ed euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA) a favore di Unicredit Leasing Spa.

Nulle sulle spese per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Concetta Plantamura, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2013

IL SEGRETARIO

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