

EDILIZIA E URBANISTICA: Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 13 gennaio 2025, n. 181, in Urbanistica e appalti 3, 2025, 319, con nota di Claudio Contessa *“In efficacia della SCIA in edilizia e tutela dell’affidamento”*.

Edilizia e urbanistica – Mutamento di destinazione tra categorie d'uso – Permesso di costruire – Necessità – Segnalazione certificata di inizio attività – Autotutela – Annullamento d'ufficio – Esclusione – Inefficacia – Sussistenza

La presentazione di una segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) afferente a un intervento edilizio (nella specie, con mutamento di destinazione tra categorie d’uso funzionalmente distinte: da attività produttiva – artigianale a commerciale) sottratto al suo ambito applicativo – perché subordinato al diverso strumento del permesso di costruire ovvero perché precluso in astratto e a priori – è destinata a rimanere improduttiva di effetti, non essendo invocabile il relativo regime giuridico incentrato sulla tempestività dell’intervento repressivo amministrativo, esercitabile entro rigorosi limiti temporali, superati i quali si consolida la posizione giuridica del privato segnalante. Pertanto, non trova neppure applicazione l'articolo 21-nonies, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 che è deputato a disciplinare esclusivamente la diversa fattispecie di esercizio dei poteri inibitori in relazione ad una s.c.i.a. efficace. (1).

(1) Conformi: T.a.r. per la Campania, sez. VII, 20 aprile 2022, n. 2728; Cons. Stato, sez. VI, 23 agosto 2021, n. 5999; in parte: Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2024, n. 4127; sez. VI, 12 luglio 2021, n. 5264; T.a.r. per la Campania, sez. VII, 3 luglio 2023, n. 3963 (sulla necessità del permesso di costruire per gli interventi edilizi che comportano il mutamento di destinazione tra categorie d’uso funzionalmente distinte).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Arzano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2024 il Cons. Luigi Furno e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

FATTO

In data 3 maggio 2021, la società Immobiliare Neapolis s.p.a. presentava una variante al permesso di costruire, in precedenza formatosi per silentium, relativo a un intervento di demo-ricostruzione, con conservazione della destinazione d’uso produttiva, da effettuarsi presso il complesso immobiliare sito in Arzano, alla Via Atellana angolo Via C. Colombo, presentando una SCIA, ai sensi dell’art. 22, del d.P.R. n. 380/2001, avente ad oggetto, tra l’altro, il cambio di destinazione d’uso da produttivo-artigianale a commerciale del corpo di fabbrica; in seguito, la proprietà del complesso immobiliare veniva acquistata dalla Mattei spa (cfr. atto di scissione in allegato al ricorso introduttivo rep. 37729 del 9 giugno 2021).

Con contratto di affitto di ramo di azienda (rep. 38366, registrato all'Agenzia delle Entrate – U.T. di Napoli in data 4.9.2023: cfr. doc. 3 della produzione di parte ricorrente) la società OVS diveniva affittuaria di un ramo d'azienda consistente nell'attività di vendita al dettaglio di generi non alimentari all'interno del suddetto parco commerciale. Successivamente, con le note prot. n. 24856, del 28 settembre 2023, e prot. n. 24916, del 29 settembre 2023, il Comune di Arzano avviava il procedimento di annullamento in autotutela della predetta SCIA, ritenendo che gli interventi edili oggetto di segnalazione avrebbero, invece, comportato la necessità del previo rilascio di permesso di costruire. Il Comune osservava, in particolare, che essi consistevano, tra l'altro, in: “cambio di destinazione d'uso da attività produttiva – artigianale a commerciale del corpo di fabbrica che sui grafici di progetto è identificato come “C-D”; “realizzazione di un piano interrato sottostante al medesimo fabbricato C-D ad uso. parcheggio”; “traslazione dei due corpi di fabbrica del progetto”; “incremento del numero di ingressi”; “realizzazione di una piccola garitta all'ingresso”; “realizzazione di una pensilina intorno al fabbricato C-D”.

Con il ricorso di primo grado la Mattei s.p.a. ha chiesto l'annullamento della comunicazione del 28 settembre 2023 di avvio del procedimento finalizzato all'annullamento degli effetti della SCIA prot. 12305, del 3 maggio 2021, avente ad oggetto una media struttura di vendita sita alla via Atellana n. 65, e delle altre SCIA indicate nella medesima comunicazione, nonché del provvedimento integrativo del 29 settembre 2023.

A sostegno del ricorso di primo grado ha dedotto: 1) in primo luogo, che non sussisterebbe, nel caso di specie, un mendacio idoneo a consentire l'esercizio tardivo dei poteri di autotutela da parte dell'Amministrazione comunale; 2) l'illogicità del provvedimento gravato nella parte in cui avrebbe disposto la sospensione delle attività esercitate negli immobili in oggetto in pendenza del procedimento e, quindi, in mancanza di un provvedimento definitivo di annullamento.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti è stato impugnato il provvedimento del 6 dicembre 2023, reg. prot. 0032471, con il quale l'Ente ha comunicato l'avvio del procedimento finalizzato all'annullamento degli effetti delle autorizzazioni per l'esercizio di medie strutture di vendita prot. nn. 42654/2022, 42656/2022, 42662/2022 e 42664/2022, disponendo al contempo la sospensione delle attività in corso presso detti immobili fino alla conclusione del procedimento.

A sostegno del ricorso per motivi aggiunti è stato dedotto che: 1) in pendenza del termine per la conclusione del procedimento ex art. 7 L. 241/1990, la sospensione immediata di ogni attività commerciale sarebbe illegittima, in quanto realizzerebbe una disparità di trattamento rispetto a situazioni analoghe e un vulnus agli stessi principi di proporzionalità, di conservazione degli atti giuridici e di non aggravamento del procedimento; 2) la piena efficacia della SCIA del 2021, atto a fondamento delle autorizzazioni oggetto del provvedimento gravato, essendosi consumato il potere

di autotutela dell'Amministrazione; 3) sussisterebbe, poi, violazione dell'obbligo rafforzato di motivazione imposto dall'art. 21 nonies, L. 241/1990; 4) infine, si è dedotto che, ai sensi della disciplina urbanistica locale e delle prescrizioni del SIAD, la localizzazione di una media struttura di vendita nell'area di riferimento sarebbe certamente ammessa.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 10 gennaio 2024, sono stati svolti motivi integrativi avverso il predetto provvedimento del 6 dicembre 2023, osservando che le attività commerciali in oggetto sarebbero iniziate previa dichiarazione di ultimazione dei lavori e successiva segnalazione certificata di agibilità.

Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti depositato il 19 gennaio 2024 è stato chiesto l'annullamento del provvedimento del 18 gennaio 2024 di annullamento delle autorizzazioni per l'esercizio di media struttura di vendita nel settore alimentare e in quello non alimentare, prott. nn. 42656/2022, 42662/2022 e 42664/2022.

Avverso tale atto sono stati dedotti i seguenti profili di censura: 1) si è lamentato, in primo luogo, che l'organo emanante, anziché accogliere la richiesta di incontro avanzata dalla Mattei s.p.a. avviando un necessario confronto tra le parti, avrebbe adottato il provvedimento definitivo di annullamento delle autorizzazioni commerciali, in dispregio dei canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa costituzionalmente tutelati (art. 97 Cost.) e del rispetto della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.); 2) si è osservato, inoltre, che il rilascio delle autorizzazioni commerciali sarebbe conforme alla SCIA del 2021, tutt'ora valida ed efficace in difetto di un tempestivo esercizio dell'autotutela; detta segnalazione sarebbe stata, peraltro, esplicitamente assentita dal Comune resistente con nota prot. 12575, del 5 maggio 2021; 3) si è osservato che nel provvedimento impugnato difetterebbe ogni riferimento all'interesse pubblico specifico, concreto ed attuale che giustifica il ritiro delle autorizzazioni commerciali, in evidente violazione delle coordinate normative codificate dall'art. 21 nonies, L. n. 241/90; 4) infine, si è ribadita la carenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela e si è lamentato che, in ogni caso, il procedimento di annullamento non sarebbe mai stato concluso.

Con successivi motivi aggiunti, depositati il 20 febbraio 2024, si è poi osservato in via integrativa che il provvedimento d'annullamento definitivo delle predette autorizzazioni sarebbe stato adottato successivamente allo spirare del termine di cui all'art. 19, comma 4, L. n. 241/1990 e senza il rispetto delle forme di cui all'art. 21 nonies L.241/90, non contenendo alcuna esplicitazione dell'interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, né la comparazione di tale interesse con l'interesse privato sacrificato.

Il T.a.r. Campania, con sentenza 13 giugno 2024, n. 3736, ha respinto il ricorso.

Mattei s.p.a. e Immobiliare Neapolis s.p.a. hanno proposto appello per i motivi riportati nella parte in diritto.

Si è costituito nel presente giudizio il Comune di Arzano, chiedendo di dichiarare il ricorso infondato. All'udienza pubblica del 10 ottobre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo mezzo di gravame la parte appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha rilevato che la SCIA del 2021 "non può considerarsi idonea a legittimare gli interventi edili posti in essere presso tale complesso, con particolare riguardo al mutamento di destinazione, urbanisticamente rilevante, da produttivo a commerciale, del corpo di fabbrica "CD", che avrebbe richiesto il previo rilascio di permesso di costruire".

Ad avviso della parte appellante, tale assunto si porrebbe in contrasto "con le risultanze della comunicazione di avvio del procedimento impugnata col ricorso introduttivo di primo grado, con la quale il Comune di Arzano, nell'avviare il procedimento d'annullamento ai sensi dell'art. 7, L. 241/1990, ha ritenuto, evidentemente, la SCIA edilizia del 2021 titolo abilitativo astrattamente e concretamente idoneo a supportare il mutamento della destinazione d'uso dell'immobile da produttivo a commerciale, sia con la nota prot. 12575 del 5 maggio 2021, la quale, aldilà del nomen iuris, ha ritenuto il segnalato mutamento assentibile attraverso la ridetta segnalazione".

Con il secondo mezzo di gravame la società appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non avrebbe rilevato che il mutamento della destinazione d'uso da industriale a commerciale sarebbe ammissibile ai sensi dell'art. 9 bis, NN.TT. P.d.F., e dello SIAD approvato con delibera della Commissione Straordinaria del Comune di Arzano n. 85, del 30 settembre 2008.

Con il terzo motivo di gravame la parte appellante deduce, ancora una volta, che la SCIA sarebbe strumento idoneo ad imprimere il cambio di destinazione d'uso in esame ai sensi della L.R.C. 13/2022, la quale, in deroga a quanto previsto dal D.P.R. n. 380/2001, renderebbe possibile il ricorso alla SCIA anche per modifiche di destinazione d'uso urbanisticamente rilevanti.

Ciò si ricaverebbe dall'art. 2, della legge regionale n. 19/2001, che stabilisce che possono essere realizzati in base a semplice denuncia d'inizio attività (oggi Scia) "i mutamenti di destinazione d'uso d'immobili o loro parti, che non comportino interventi di trasformazione dell'aspetto esteriore, e di volumi e superfici", aggiungendo che "la nuova destinazione d'uso deve essere compatibile con le categorie consentite dalla strumentazione urbanistica per le singole zone territoriali omogenee" (comma 1, lett. f).

Secondo la parte appellante, sebbene le destinazioni industriale e commerciale siano ascrivibili a diverse categorie funzionali, nel caso della SCIA censurata dal Comune di Arzano, la compatibilità

della nuova destinazione d'uso con la Z.T.O. I2 e con lo SIAD implicherebbe l'applicabilità del regime semplificato della S.C.I.A.

La parte appellante deduce, altresì, che il procedimento di annullamento della SCIA del 2021 sarebbe stato avviato oltre il termine di legge e, in ogni caso, in mancanza dei presupposti previsti dalla legge. Tali motivi, che possono essere congiuntamente valutati essendo nella sostanza sovrapponibili, non sono fondati.

Il Collegio osserva, in proposito, che, conformemente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata, la SCIA non costituisce titolo edilizio idoneo a sostenere la modifica di destinazione d'uso tra categorie funzionalmente autonome che si è preteso per tale via di legittimare.

Come noto, l'art. 23-ter, del d.P.R. n. 380 del 2001 - inserito dall'art. 17, comma 1, lettera n), del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 2014, n. 164, con l'obiettivo di uniformare le differenti normative regionali e semplificare l'applicazione della disciplina anche nel segno della liberalizzazione - ha definito come "mutamento rilevante della destinazione d'uso ogni forma di utilizzo dell'immobile o della singola unità immobiliare diversa da quella originaria, ancorché non accompagnata dall'esecuzione di opere edilizie, purché tale da comportare l'assegnazione dell'immobile o dell'unità immobiliare considerati ad una diversa categoria funzionale".

La medesima disposizione ha, inoltre, identificato cinque categorie funzionali: a) residenziale; a-bis) turistico-ricettiva; b) produttiva e direzionale; c) commerciale; d) rurale. Ha, infine, disposto che "salva diversa previsione da parte delle leggi regionali e degli strumenti urbanistici comunali, il mutamento della destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale è sempre consentito" (comma 3).

Nel caso in esame, la società Immobiliare Neapolis s.p.a. ha presentato una segnalazione certificata di inizio attività al fine di legittimare un passaggio tra categorie di destinazione d'uso funzionalmente distinte, giacché il complesso a uso industriale nella relativa titolarità è stato destinato a uso commerciale (cfr. scia in variante del 3.05.21, in allegato al ricorso introduttivo del giudizio).

Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, tale modifica necessitava del previo rilascio di permesso di costruire.

Occorre, infatti, ricordare che, secondo un costante insegnamento del Consiglio di Stato, il mutamento di destinazione d'uso che comporti una modifica delle sagome e dei volumi degli edifici è sempre sottoposto al regime del permesso di costruire.

Il cambio di destinazione d'uso senza opere è, invece, assoggettato a segnalazione certificata di inizio attività qualora intervenga nell'ambito della stessa categoria urbanistica, mentre è richiesto il permesso di costruire per le modifiche di destinazione che, come avvenuto nel caso in esame,

comportino il passaggio ad una diversa categoria funzionale tra quelle previste dall'art. 23-ter, d.P.R. n. 380/2001(Consiglio di Stato, n. 7810/2019). Occorre, infatti sul punto rammentare che la segnalazione certificata di inizio attività costituisce, infatti, uno strumento di liberalizzazione delle attività private - non più sottoposte ad un controllo amministrativo di tipo preventivo, ma avviabili sulla base di una mera segnalazione da sottoporre al successivo controllo amministrativo- impiegabile entro un delimitato ambito applicativo.

Nemmeno può rilevare, per giungere a diverse conclusioni, il richiamo al disposto di cui all'art. art. 2 della L.R.C.13/2022 posto che, come puntualmente rilevato dalla decisione impugnata, nel caso di specie si è fatto ricorso a una SCIA semplice, ex art. 22 DPR 380/2001, e non a una SCIA alternativa al permesso di costruire.

Né convince del contrario la nota prot. 12575 del 5.5.2021 invocata dalla parte appellante a sostegno del presente motivo di gravame, nella quale si legge: “Vista la Segnalazione certificata di inizio attività inoltrata in variante al P.d.C. prot. 9334 del 05/04/2017 assentito per silenzio assenso e relativo ad opere di demolizione e ricostruzione di manufatti ad uso attività industriale – artigianale alla via Atellana, angolo via Colombo, concernente il cambio di destinazione d’uso di 2 parte dell’immobile in attività commerciale con divisione in n. 5 locali per attività di commercio di media struttura di vendita, nonché realizzazione di piano interrato adibito ad uso parcheggio in ossequio alla L. 122/89, realizzazione pensilina e opere complementari; Vista la documentazione inoltrata a corredo della SCIA prot. 12305/2021 che risulta carente di quanto previsto dalla normativa vigente e di quanto stabilito relativamente agli oneri di urbanizzazione determinati dal maggior carico urbanistico dovuto al frazionamento in 5 ambienti ad uso commerciale e al costo di costruzione del locale interrato ad uso parcheggio in conformità alla Delibera di C.S. n. 64 del 05/08/2020. Ai fini dell’istruttoria definitiva, si ritiene che la SCIA abbisogna di essere integrata con la seguente documentazione...”.

In particolare, la SCIA, affinché possa produrre gli effetti giuridici tipizzati dal legislatore, deve rispondere al modello delineato dal legislatore, occorrendo, tra l’altro, che le attività in concreto avviate siano riconducibili alle fattispecie astratte per cui è ammesso l’utilizzo del relativo strumento giuridico.

Quando ciò non avviene, impiegandosi, come avvenuto nel caso in esame, la SCIA al di fuori del proprio ambito applicativo, non può operare il relativo regime giuridico, incentrato, altresì, sulla tempestività dell’intervento repressivo amministrativo, esercitabile entro rigorosi limiti temporali, superati i quali si consolida la posizione giuridica del privato segnalante (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 5999/2021).

Diversamente ragionando si perverrebbe ad elaborare una tipologia di provvedimento implicito sganciata dal rispetto del principio di legalità desumibile dall'art. 97 Cost." (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza n. 3509 del 2016).

Quando si prospetta un caso di attività edilizia eseguita in assenza o in difformità dal titolo e vengono sollecitate le generali attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo in materia edilizia (che il comma 2-bis dell'art. 21 della legge n. 241 del 1990 fa salve, anche quando è già «è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20»), di cui all'art. 27, del d.P.R. n. 380 del 2001, non si può discorrere, così come fa l'odierna società appellante, di un consolidamento della posizione del segnalante, né di esercizio di poteri di autotutela, posto che, come anticipato, la SCIA, in fattispecie di tal fatta, in radice non produce effetti.

La tutela dell'affidamento, come tratteggiata dall'art. 19, della legge n. 241 del 1990, opera, infatti, qualora il privato abbia agito in piena conformità ad una segnalazione rispetto alla cui legittimità il terzo sollevi obiezioni (nei limiti delineati da Corte costituzionale 45/2019).

Diversamente opinando, ne deriverebbe che, per effetto di un atto privato, si andrebbe a consolidare una posizione più stabile rispetto a quella che deriverebbe da un provvedimento autorizzatorio espresso: anche il titolare del permesso di costruire resta, infatti, sempre esposto al potere di vigilanza dell'Amministrazione per le opere abusive non 'coperte' dal titolo rilasciato;

Ne discende che la presentazione di una SCIA afferente a un intervento edilizio sottratto al suo ambito applicativo – perché subordinato al diverso strumento del permesso di costruire ovvero perché precluso in astratto e a priori – è destinata a rimanere improduttiva di effetti, non essendo invocabile il relativo regime giuridico (cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 5999 del 2021).

Nel caso in esame, la Mattei ha utilizzato in maniera distorta l'istituto della SCIA al fine di legittimare un passaggio tra categorie di destinazione d'uso funzionalmente distinte. giacché il complesso a uso industriale nella relativa titolarità è stato destinato a uso commerciale (cfr. scia in variante del 3.05.21, in allegato al ricorso introduttivo del giudizio).

Da quanto osservato ulteriormente discende che, come rilevato in occasione dell'esame del primo motivo di appello, nei casi come quello qui in esame, non trova applicazione l'invocato articolo 21 nonies, comma 1, della legge n. 241 del 1990, che, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, è deputato a disciplinare esclusivamente la diversa fattispecie di esercizio dei poteri inibitori in relazione ad una SCIA efficace.

Di qui l'infondatezza anche del motivo con il quale si è dedotta la violazione dei presupposti legali per l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio.

Con un quarto mezzo di gravame la società appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non avrebbe rilevato la violazione delle garanzie partecipative previste dagli artt. 7

e 10, L. n. 241/1990 posto che il divieto di prosecuzione delle attività commerciali è stato imposto e notificato in data 28.9.2023 ovvero in pendenza del termine per presentare le osservazioni endo-procedimentali.

Il motivo non è fondato.

In senso contrario occorre rilevare che il provvedimento contestato si iscrive nell'ambito della più ampia vicenda processuale, nel corso del quale la società appellante ha interposto, come rilevato puntualmente dal giudice di prime cure, precedenti impugnazioni, illustrative delle ragioni e degli argomenti per i quali i provvedimenti adottati dal Comune di Arzano non si ritengono legittimi, in tal modo portando a conoscenza dell'Amministrazione i motivi di contrasto agli atti adottati.

Infine, parte resistente ha dedotto, senza specifica replica a confutazione sul punto, che presso la sede comunali si è, comunque, svolto – su richiesta delle società appellanti- un incontro tra le parti, che non ha, tuttavia, condotto ad alcun esito compositivo della lite. Dal che discende la inconfigurabilità della violazione delle garanzie partecipative dell'odierna appellante.

Nei motivi integrativi, notificati in data 28 giugno 2024, le appellanti deducono con un primo motivo che la sentenza appellata non avrebbe adeguatamente considerato che, nel caso di che trattasi, non si verserebbe nell'ipotesi (di scuola) di SCIA che si consolida per effetto del solo decorso del termine di Legge, ma di segnalazione accolta con atto amministrativo, tutt'ora valido ed efficace.

Con esso si ripropone, pertanto, il contenuto del primo motivo dell'appello principale.

Il motivo risulta non suscettibile di favorevole valutazione in conseguenza del rigetto del primo motivo e delle sottese argomentazioni.

Con il secondo motivo del ricorso di motivi aggiunti viene lamentata l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui avrebbe riqualificato i provvedimenti impugnati in prime cure, avvenuta peraltro in violazione dell'art. 73, comma 3, cod.proc.amm..

Il motivo non è fondato.

Ricorda il Collegio che l'art. 73 comma 3, c.p.a., ha, come noto, la funzione di tutelare l'effettività del contraddittorio dalla esclusiva eventualità di decisioni c.d. solitarie o a sorpresa. L'avviso di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a. s'impone solo in relazione a questioni che aprano nuovi sviluppi della lite non presi in considerazioni dai contendenti, "modificando il quadro fattuale". E ciò perché, al di fuori di tale area, non sussiste per le parti alcun reale pericolo di "sorpresa", né si pone il problema di una rilevabilità, alternativamente, d'ufficio o su eccezione di parte, di qualsivoglia "questione", giacché una simile alternativa può porsi solo per la eventuale valorizzazione di fatti ulteriori rispetto ai fatti costitutivi connotanti il singolo motivo, al cui esame il Giudice procede in forza della domanda introduttiva che gli è stata rivolta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3557/2012; Cass. civ., III, 31 ottobre 2005, n. 21108; 27 aprile 2010, n. 10062).

In applicazione di tali principi, occorre osservare che, contrariamente a quanto ritenuto dalla parte appellante, la diversa qualificazione attribuita dal Ta.r. al provvedimento gravato non emerge, inaspettatamente, nella sentenza impugnata, ma costituisce il coerente sviluppo dell'ordinanza cautelare n. 1786/2023.

Con tale ordinanza, il giudice di primo grado ha, in effetti, osservato che, nel caso di specie, non era dato apprezzare un mendacio rilevante ai fini dell'autotutela tardiva, ma facendo salvo, al contempo, il potere dell'Amministrazione di ritenere l'inidoneità della SCIA a legittimare l'intervento posto in essere, adottando i provvedimenti conseguenti anche a prescindere dall'esercizio dell'autotutela".

Ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto dalla parte appellante, la questione dell'inidoneità della SCIA a legittimare l'intervento posto in essere non costituisce un nuovo sviluppo della controversia rilevato per la prima volta dal giudice in sentenza e non preso in considerazione dai contendenti, né il giudice in sentenza ha valutato per la prima volta se fatti ulteriori rispetto a quelli già facenti parte della materia del contendere.

Con un terzo motivo la parte appellante reitera pedissequamente il contenuto del quarto mezzo di ricorso principale.

Il motivo va pertanto respinto in conseguenza del rigetto del quarto motivo dell'appello principale e delle sottese argomentazioni.

Con un quarto motivo la società appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata per la perplessità della motivazione, non comprendendosi se l'inibitoria sia effettivamente espressione del potere cautelare di cui all'art. 27, comma 3, ovvero dell'art. 31 D.P.R. 380/2001.

Il motivo non è fondato.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla parte appellante, la sentenza di primo grado è chiaramente espressione di quel condivisibile indirizzo interpretativo che assume come, nelle fattispecie come quella che ricorre nel presente giudizio, non vale invocare una sorta di 'inoppugnabilità' della SCIA, in quanto il potere repressivo dell'Amministrazione in ordine agli illeciti edilizi, aventi natura permanente, non è sottoposto a termini di decadenza né di prescrizione;

Ciò in conformità con le statuizioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2017, secondo cui la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione sine titolo) è sin dall'origine illegittimo e allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere 'legittimo' in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata (Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n 5208/2021).

Con un quinto mezzo di gravame la società appellante lamenta la violazione dell'ordinanza cautelare n. 1786/2023 con la quale il T.a.r. ha invitato il Comune a valutare "l'inidoneità della s.c.i.a. a legittimare l'intervento posto in essere e ad adottare i provvedimenti conseguenti a prescindere dall'esercizio dell'autotutela" per contrasto con la riserva di amministrazione, espressione del principio costituzionale di separazione dei poteri, ribadito dall'art. 34, comma 2, cod.proc.amm.

Il motivo non è fondato.

Invero l'art. 34, co. 2, c.p.a., dispone che<<in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati>>. L'art. 34, co. 2, cit., è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della Giustizia amministrativa (sul valore del principio e la sua declinazione avuto riguardo al potere giurisdizionale in generale, ed a quello esercitato dal giudice amministrativo in particolare, cfr. da ultimo Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; 23 febbraio 2012, n. 40; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 e 2313; Ad. plen. n. 9 del 2014 cit.; Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8).

Tale principio fondamentale è declinato nel codice del processo amministrativo in svariate disposizioni che si ricompongono armonicamente a sistema:

- d) divieto assoluto del sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, co. 1);
- e) divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorché marginali (art. 31, co. 3);
- f) tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito (art. 134).

Tanto premesso, il Collegio rileva che il giudice di primo grado non ha violato il disposto di cui all'art. 34, comma 2, essendosi limitato a stimolare l'amministrazione, con una legittima un'ordinanza di remand, a valutare, senza in alcun modo condizionare l'autonomia dell'Amministrazione in sede di riedizione del potere, l'inidoneità della SCIA a legittimare l'intervento posto in essere.

L'assunto trova puntualmente riscontro nel contenuto dell'ordinanza cautelare nr. 1786/2023 il giudice di primo grado ha osservato che, nel caso di specie, non era dato apprezzare un mendacio rilevante ai fini dell'autotutela tardiva, ma facendo salvo, al contempo, il potere dell'Amministrazione di ritenere l'inidoneità della SCIA a legittimare l'intervento posto in essere, adottando i provvedimenti conseguenti anche a prescindere dall'esercizio dell'autotutela".

A tale ordinanza seguiva l'autonoma adozione, da parte del Comune di Arzano, del provvedimento di annullamento delle autorizzazioni per l'esercizio di media struttura di vendita nel settore alimentare e in quello non alimentare, prott. nn. 42656/2022, 42662/2022 e 42664/2022, impugnato a sua volta con motivi aggiunti.

Di qui l'inconfigurabilità del prospettato vizio di violazione del citato art. 42, comma 2.

In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza appellata.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Condanna le parti appellanti in solido alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi € 6000,00 (seimila), oltre accessori di legge, in favore del Comune di Arzano

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Neri, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Luigi Furno

Vincenzo Neri

IL SEGRETARIO