

Pubblicato il 29/05/2017

Sent. n. 865/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1008 del 2016, proposto da:

Sprinbok Limited Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giulio Bruno, con domicilio eletto presso lo studio Adolfo Larussa in Catanzaro, via V.Pugliese,30; contro

Comune di Praia A Mare, Responsabile Area Tecnica Urbanistica del Comune di Praia A Mare, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Katuscia Lamonica, con domicilio eletto presso lo studio Simona Barbuto in Catanzaro, corso Mazzini N. 74; per l'annullamento del provvedimento n.1525/15 di diniego richiesta di permesso di costruire;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Praia A Mare e di Responsabile Area Tecnica Urbanistica del Comune di Praia A Mare;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2017 il dott. Emiliano Raganella e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con istanza prot. gen. 2501 del 12/2/2015 la società ricorrente chiedeva il rilascio del permesso di costruire per la realizzazione di 3 fabbricati. In data 01/06/2015, il Comune di Praia a Mare, con comunicazione prot. 10324, indicava i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza avanzata, invitando parte ricorrente a presentare entro il termine di 10 giorni osservazioni che venivano proposte in data 16/6/2015.

In data 03/05/2016 il Comune resistente comunicava il diniego definitivo al rilascio del permesso di costruire.

Avverso tale provvedimento insorgeva la ricorrente affidando le proprie doglianze ai seguenti motivi di diritto:

I.Violazione del Testo Unico dell'Edilizia — art. 20 del D.P.R. 380/2001 per come modificato ed integrato dall'Art. 30, co. 1 lett d n' 1) del D.L 21/06/2013 n. 69 — formazione del silenzio assenso;

II.Violazione dell'art. 17 della Legge n. 1150/1942 nonché eccesso di potere sotto diversi profili.

Si costituiva in giudizio il Comune di Praia a Mare chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 7 settembre 2016 il Tribunale accoglieva l'istanza cautelare per i seguenti motivi *“Ritenuto che le censure proposte dal ricorrente sono suscettibili di favorevole accoglimento*

sia perchè sulla istanza presentata in data 14/05/2015 si è formato il silenzio assenso sia perchè il Comune, nel diniego sopravvenuto, non dà conto di quale sia il paventato “ superiore interesse pubblico” ostativo al rilascio del titolo.

Fissava per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 15 marzo 2017.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 5276/2016, accoglieva l'appello cautelare proposto dal Comune resistente con le seguenti motivazioni *“le censure poste a sostegno del gravame in trattazione appaiono meritevoli di adeguato approfondimento nella sede propria di merito, specie in considerazione della necessità di evitare il superamento della volumetria complessiva assentibile dell'intero comparto tenuto conto degli incrementi derivanti da abusi edilizi condonati e di apprezzare la asserita formazione del silenzio assenso alla stregua dei principi elaborati da questa Sezione (cfr. da ultimo sentenza n. 3805 del 2016)”*.

All'udienza pubblica del 15 marzo 2017 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

Il ricorso è fondato.

Assume, a tal fine, carattere pregiudiziale ed assorbente la doglianza relativa alla formazione del silenzio assenso.

Il Collegio non ritiene di doversi discostare dalla propria ordinanza cautelare, sebbene riformata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 5276/2016.

E' opportuno, seppur sinteticamente, tratteggiare i principi elaborati dalla giurisprudenza sul silenzio assenso in materia edilizia (art. 20 d.P.R. n.380/2001) muovendo proprio dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 3805 del 2016 richiamata nell'ordinanza cautelare testé citata.

Nella sentenza si legge *“Come è noto, l'istituto del silenzio – assenso è previsto, in via generale, dall'art. 20 l. 7 agosto 1990 n. 241, in base al quale, fuori dai casi di cui all'art. 19 della medesima legge e di quelli specificamente indicati dal successivo comma 4, “nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'art. 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego”, ovvero non procede all'indizione di una conferenza di servizi (comma 1).Nei casi di formazione del silenzio – assenso, tuttavia, “l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies” (comma 3).*

Con particolare riguardo al settore edilizio, l'art. 20, comma 8, DPR 6 giugno 2001 n. 380, prevede che, fuori dei casi in cui sussistono vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, “decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio – assenso”. Tale applicabilità dell'istituto al settore non appare, peraltro, in contrasto con i principi generali, secondo i quali esso sarebbe applicabile solo ai casi di attività vincolata (in tal senso, Corte Costituzionale, 5 maggio 1994 n. 169; 27 luglio 1995 n. 408), dovendosi appunto ritenere “provvedimento vincolato” il permesso di costruire, in quanto conseguente alla mera verifica di conformità urbanistico – edilizia del progetto presentato con le disposizioni primarie e secondarie e con quanto previsto dagli atti di pianificazione. Per un verso, dunque, l'istituto del silenzio assenso, pur con i limiti esposti, è applicabile al settore dell'edilizia, essendo ipotizzabile la formazione di un permesso di costruire formato “per silentium”; per altro verso, la Pubblica Amministrazione ben può, una volta formatosi in tal modo detto provvedimento, intervenire in via di autotutela, laddove non sussistano le condizioni per il rilascio/conseguimento di tale provvedimento. Se, infatti, il decorso del tempo senza che l'amministrazione abbia provveduto rende possibile l'esistenza di un provvedimento implicito di accoglimento dell'istanza presentata dal privato, nondimeno perché tale provvedimento sia legittimo occorre che sussistano tutte le condizioni, normativamente previste, per la sua emanazione, non potendosi ipotizzare che, per silenzio, possa ottenersi ciò che non sarebbe altrimenti possibile mediante l'esercizio espresso del potere da parte dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2012 n.1364; 20 marzo 2007 n. 1339; 27 giugno 2006 n. 4114).

Diversamente opinando, si determinerebbe una situazione di sostanziale disparità tra ipotesi sostanzialmente identiche, dipendente solo dal sollecito (o meno) esercizio del potere amministrativo e – dove non fosse ipotizzabile l'intervento in via di autotutela dell'amministrazione – si verrebbe a configurare una "disapplicazione" di norme per mero (e casuale) decorso del tempo. D'altra parte è proprio per questa ragione che si rende possibile l'applicazione del silenzio assenso solo ai casi di attività vincolata della P.A., poiché in questi casi l'effettivo possesso dei requisiti previsti dalla legge rende possibile l'avvio dell'attività sottoposta ad autorizzazione, e rende altresì possibile ogni successivo accertamento ed esercizio di poteri di autotutela o inibitori.

Al contrario, nel caso di poteri discrezionali, la valutazione e la conseguente scelta della misura concreta da adottare per il perseguimento dell'interesse pubblico (per la tutela del quale il potere è stato conferito), non verrebbero ad essere effettuate da alcuno, determinandosi sia che in luogo dell'Autorità decida, in pratica, il tempo (e il caso), sia, soprattutto, una sostanziale decadenza dall'esercizio di potestà pubbliche.

La necessità del possesso dei requisiti di volta in volta prescritti – perché possa parlarsi di legittimo provvedimento implicito di assenso – risulta dalla stessa legge n. 241/1990 (nel testo ratione temporis vigente), laddove (art. 21, co. 1) essa richiede che, nei casi previsti dai precedenti artt. 19 e 20, l'interessato debba "dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti". E la sussistenza delle condizioni e presupposti deve riguardare l'integralità della domanda, e dunque il complessivo contenuto del provvedimento richiesto, non potendosi ipotizzare formazioni "parziali" del silenzio – assenso, atteso il chiaro disposto del citato art. 21. Quanto sinora esposto comporta che, in difetto di condizioni e presupposti, il provvedimento implicito di assenso è illegittimo e, sullo stesso, l'amministrazione può esercitare i poteri di autotutela, e segnatamente il potere di annullamento, alle ordinarie condizioni previste dall'art. 21-novies l. n. 241/1990, espressamente richiamato".

Nel caso in esame è pacifico che sull'area in questione non sussistono vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali. Da tale premessa discende che, decorsi 100 giorni dalla data di presentazione dell'istanza volta ad ottenere il permesso di costruire, si deve ritenere formato il silenzio assenso.

La formazione del provvedimento implicito non avrebbe precluso al Comune resistente di esercitare i poteri di autotutela, e segnatamente, il potere di annullamento, alle ordinarie condizioni previste dall'art. 21-novies l. n. 241/1990, espressamente richiamato.

Così non è stato.

Il provvedimento impugnato, infatti, non è espressione dell'esercizio di un potere di autotutela volto alla rimozione del silenzio assenso formatosi, bensì è volto a negare rilascio del permesso di costruire dopo ben 15 mesi dalla presentazione dell'istanza.

Alla stregua delle considerazioni svolte il provvedimento di diniego prot. 8197, notificato in data 13/5/2016, deve ritenersi illegittimo poiché adottato dopo l'inutile decorso del termine per la formazione del silenzio-assenso; in tale caso, infatti, l'eventuale diniego avrebbe dovuto essere adottato nelle forme dell'autotutela, esplicitando sia il profilo di illegittimità da cui sarebbe affetto l'atto abilitativo, sia le ragioni di pubblico interesse che ne impongono la rimozione (ex plurimis T.A.R. Lecce, (Puglia), sez. II, 05/02/2007, n. 297).

Conclusivamente il ricorso deve essere accolto, con salvezza degli ulteriori provvedimenti che il Comune ritenesse di dover adottare.

L'andamento del giudizio giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, nei modi sopra indicati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente

Nicola Durante, Consigliere

Emiliano Raganella, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Emiliano Raganella

IL PRESIDENTE

Salvatore Schillaci

IL SEGRETARIO