

Pubblicato il 21/04/2020

Sent. n. 2535/2020

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6526 del 2019, proposto dal signor [omissis] quale procuratore generale del signor, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Coleine, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

il Comune di Reggio Calabria, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lucia Falcomatà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio del difensore in Reggio Calabria, via S. Anna II, tronco pal. Cedir; per l'annullamento ovvero la riforma

della sentenza del TAR Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, sezione I, 24 maggio 2019, n. 361, che ha respinto il ricorso n. 529/2016 R.G., proposto per l'accertamento della formazione del silenzio assenso di cui all'art. 20, comma 8, del T.U. 6 giugno 2001, n. 380, sull'istanza [omissis], presentata al Comune di Reggio Calabria dal signor [omissis], quale procuratore generale del signor [omissis], per la demolizione dei tre fabbricati esistenti e la realizzazione di un nuovo edificio all'interno del medesimo lotto situato in via [omissis], distinti al catasto comunale al fg. [omissis];

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Reggio Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2020 il Cons. Francesco Gambato Spisani e senza la presenza delle parti ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'appellante è proprietario di tre fabbricati che si trovano a Reggio Calabria, in via [omissis], e sono distinti al catasto di quel Comune al foglio [omissis].

Intenzionato ad avvalersi degli incentivi all'edilizia previsti dal cd "piano casa", attuato in Calabria con la l.r. 11 agosto 2010, n. 21, e successive modifiche, egli ha quindi presentato al Comune appellato l'istanza [omissis], per ottenere il permesso di costruire necessario a realizzare un intervento costituito dalla demolizione dei tre edifici esistenti e dalla costruzione, sfruttando la volumetria degli edifici demoliti e quella attribuita dall'incentivo, di un edificio nuovo, diverso per sagoma e collocazione (doc. 1 dell'appellante, istanza citata).

A fronte di ciò, l'interessato ha ricevuto l'atto 21 luglio 2015, prot. n. 106615, che ai sensi dell'art. 10 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241, lo ha preavvisato del diniego della domanda, per un motivo tecnico rappresentato dal "mancato allineamento con il profilo tracciato dalla congiungente dei

prospetti dei corpi di fabbrica prospicienti sulla via [omissis] e sulla via [omissis], nonché con il profilo tracciato dalla congiungente del corpo di fabbrica posto sulla via [omissis] costituente la particella [omissis] del foglio [omissis] di mappa e l'angolo della struttura viaria posto verso monte individuato nel termine del muro di contenimento del [omissis]" (doc. 2 dell'appellante).

Di conseguenza, l'appellante ha dapprima indirizzato al Comune un'istanza qualificata come di 'annullamento in autotutela', volta a fargli ritirare il preavviso di diniego (doc. 3 appellante, ultima pagina, sesto rigo) ed ha poi impugnato quest'ultimo atto con ricorso giurisdizionale, dichiarato inammissibile, perché non rivolto contro un provvedimento lesivo, ma contro un atto endoprocedimentale (come da sentenza del TAR Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, 26 gennaio 2016, n. 87).

Egli ha infine inviato al Comune una seconda istanza di "annullamento e/o revoca in autotutela" (doc. 5 appellante), senza ottenere risposta.

Ciò posto, egli ha adito il TAR competente per sentir accertare l'avvenuta formazione del silenzio assenso sulla sua domanda, ai sensi dell'art. 20, comma 8, del T.U. 6 giugno 2001, n. 380, e quindi per ottenere la declaratoria della sussistenza di un titolo tacito, che gli consentisse di costruire.

Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR ha respinto il ricorso.

In motivazione, il TAR ha richiamato la giurisprudenza, secondo la quale per la formazione del silenzio assenso di cui alla norma citata è necessaria, oltre al decorso del termine, la prova della sussistenza di tutti i presupposti per il rilascio del titolo e, nella specie, ha ritenuto che tali presupposti non sussistessero, perché - come risulta dal certificato del Comune allegato alla pratica - sull'area insisterebbero un vincolo archeologico ed un vincolo aeroportuale.

Il ricorrente, rappresentato in questo grado dal procuratore generale di cui in epigrafe, ha proposto impugnazione contro questa sentenza, con appello che contiene due motivi:

- con il primo di essi, deduce la violazione dell'art. 20, comma 8, del T.U. 380/2001, sostenendo che i presupposti per la formazione del silenzio assenso invece sussisterebbero, perché i vincoli citati non sarebbero di inedificabilità assoluta;

- con il secondo motivo, deduce la violazione degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., domandando la condanna dell'amministrazione alle spese.

Il Comune ha resistito, con memoria 27 febbraio 2020, ed ha chiesto che l'appello sia respinto, richiamandosi alle motivazioni della sentenza di primo grado.

Il giorno 2 aprile 2020, l'appellante ha prodotto ulteriore documentazione, da cui risulterebbe, a suo dire, la mancanza di vincoli aeroportuali sull'immobile in questione (doc. ti 2 e 3 prodotti alla data indicata, scambio di lettere con l'ENAC).

All'udienza del 16 aprile 2020, la Sezione ha quindi trattenuto il ricorso in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato e va respinto, per le ragioni che seguono.

2. Il primo motivo, con il quale l'appellante ha riproposto la censura esaminata e respinta dal TAR sulla formazione del silenzio assenso sulla propria domanda, è infondato.

2.1. L'art. 20 del T.U. 380/2001, che disciplina il procedimento per il rilascio del permesso di costruire, prevede un termine complessivo di novanta giorni entro il quale l'amministrazione deve determinarsi, dato che entro sessanta giorni dalla presentazione della relativa domanda il responsabile del procedimento, ai sensi del comma 3, deve formulare una proposta di provvedimento, sulla quale come previsto dal comma 6, il dirigente deve esprimersi, emanando il provvedimento.

2.2. Ove ciò non avvenga, ovvero nel caso in cui ci si trovi davanti al silenzio, dispone il comma 8, che va considerato -in base al principio *tempus regit actum*- nel testo vigente all'epoca dei fatti, ovvero nel momento in cui vennero a scadere i novanta giorni per provvedere sull'originaria domanda dell'appellante, di data 29 dicembre 2014: "*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, fatti salvi i*

casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui al comma 9”.

A sua volta, il comma 9 disponeva, per quanto interessa, che, *“Qualora l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto a vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, il termine di cui al comma 6 decorre dal rilascio del relativo atto di assenso, il procedimento è concluso con l'adozione di un provvedimento espresso e si applica quanto previsto dall' articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni”.*

2.3 In presenza di vincoli del tipo indicato, pertanto, all'epoca dei fatti era escluso che di silenzio assenso si potesse parlare, e quindi non era possibile la formazione tacita del titolo pretesa dalla parte ricorrente appellante.

Peraltro, tale disciplina non è stata modificata nella sostanza nemmeno successivamente, dato che il comma 8 dell'art. 20, nel testo vigente, dispone che, *“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, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241”*, e quindi richiede che si convochi una conferenza di servizi, escludendo comunque che sia configurabile un provvedimento tacito.

3. Ciò premesso, nel caso di specie un vincolo che impediva la formazione del silenzio assenso esisteva, come correttamente affermato dal giudice di primo grado: dal certificato di destinazione urbanistica allegato alla domanda originaria (all. 18 al doc. 6 del ricorrente in primo grado), risulta infatti che sui terreni dell'appellante insisteva un vincolo archeologico in termini di *“comunicazione”*. Si tratta di un vincolo vero e proprio, sia pure non a tempo indeterminato: ai sensi dell'art. 14, commi 4 e 5, del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, la *“comunicazione”* comporta che, per tutta la durata del procedimento di vincolo, si applichino in via cautelare le stesse disposizioni di tutela che il vincolo stesso, una volta imposto, rende definitive.

La fattispecie rientra, dunque, senz'altro nell'ambito dei vincoli *“culturali”*, che ai sensi del comma 8 dell'art. 20 del T.U. 380/2001 impediscono la formazione del silenzio assenso.

4. L'appellante deduce in contrario (appello pp. 5-6) che il vincolo in questione non sarebbe di quelli che comportano l'inedificabilità assoluta: il giudice di primo grado, anziché respingere il ricorso, avrebbe dovuto quindi *“verificare in concreto se il progetto edilizio presentato dal ricorrente era comunque conforme ai vincoli dichiarati”* (appello, p. 6 in fine) e, in caso di compatibilità, avrebbe dovuto accogliere la domanda.

Tale deduzione però non può essere condivisa: l'art. 20, comma 8, del T.U. n. 380/2001 considera la sussistenza di un vincolo del tipo indicato solo per escludere che il titolo edilizio richiesto si possa formare tacitamente: altra questione (irrilevante nel presente giudizio e per la quale rileva la nozione di misura di salvaguardia *ex lege*) è quella riguardante la possibilità o meno di rilasciarlo con un provvedimento espresso.

In altre parole, la natura del vincolo rileva in sede di emanazione di un provvedimento espresso, fermo restando che esso preclude la formazione del silenzio assenso.

5. La constatata sussistenza del vincolo archeologico è di per sé sola sufficiente a respingere la tesi dell'appellante sulla avvenuta formazione del silenzio assenso.

Sono quindi non rilevanti tutte le ulteriori deduzioni che la parte appellante ha svolto quanto alla sussistenza o insussistenza sull'area del vincolo aeroportuale, cui si è riferito il già citato all. 18.

6. La reiezione del primo motivo comporta la reiezione anche del secondo (concernente la statuizione del TAR sulle spese), atteso che, come è ovvio, non può esistere una condanna alle spese in favore dell'appellante che sia come in questo caso soccombente nel merito.

7. Per le ragioni che precedono, l'appello va respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.6526/2019), lo respinge.

Spese del secondo grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2020 costituita ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Alessandro Verrico, Consigliere

L'ESTENSORE

Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO