

Publicato il 13/03/2024

N. 02459/2024REG.PROV.COLL.
N. 08506/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8506 del 2020, proposto da Maximilian S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Mazzei, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Merano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Colarizi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 49;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - Sezione autonoma della provincia di Bolzano, n. 00221/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2024 il Cons. Stefano Lorenzo Vitale e udito l'avvocato Lorenzo Coleine per delega di Massimo Colarizi

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il presente contenzioso origina dalla domanda di concessione edilizia presentata dalla società odierna appellante in data 18 settembre 2018, sub prot. n. 0066421, avente ad oggetto: “Nuova costruzione di un complesso residenziale - Residence Vicolo della Roggia - 2. variante - integrazione, p.f. 1253 CC Maia - Vicolo della Roggia”.

Giova sunteggiare per sommi capi la vicenda procedimentale.

A seguito della domanda presentata, in data 3 e 11 ottobre 2018 la società odierna appellante ha trasmesso al Comune la documentazione tecnica integrativa dal medesimo richiesta; nella seduta del 24 ottobre 2018 la Commissione edilizia ha espresso parere negativo sulla variante, cui faceva seguito la nota del 5 novembre 2018, notificata il 12 novembre 2018, con cui il Sindaco ha comunicato alla ricorrente i motivi ostativi al rilascio del titolo edilizio.

Con l'impugnato provvedimento del 22 gennaio 2019, comunicato il 14 febbraio 2019, il Sindaco ha rigettato definitivamente la domanda edilizia in quanto il progetto era ritenuto in contrasto con l'art. 76, comma 3, del Regolamento edilizio e con l'art. 127, comma 8, della legge provinciale n. 13 del 1997, relativamente ai percorsi distributivi proposti come aperti.

A fondamento del ricorso di prime cure, proposto avverso l'anzidetto provvedimento ed i relativi atti presupposti, sono stati dedotti i seguenti motivi: a) “Accertamento e declaratoria di avvenuta formazione del titolo edilizio per ‘silenzio-assenso’ ai sensi degli articoli 69 LP 13/1997 e 11-bis LP 17/1993”; b) “Violazione degli artt. 69 LP 13/1997 e 11-bis LP 17/1993, nonché dell'art. 21 nonies L. 241/1990”; c) “Violazione e falsa applicazione

dell'art. 127, comma 8, LP 13/1997. Violazione art. 3 L. 241/1990 e normativa locale di recepimento per motivazione viziata e perplessa. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e sviamento”; d) “Violazione dell'art. 3 L. 241/1990 e normativa locale di recepimento per motivazione viziata in punto di preteso contrasto della domanda con l'art. 76 REC nella versione vigente al momento della sua presentazione e dell'esame da parte della Commissione edilizia comunale. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e per contraddittorietà tra atti della stessa Amministrazione”.

Il giudice di prime cure ha rigettato il ricorso in quanto infondato.

Avverso detta pronuncia è insorta Maximilian S.r.l., articolando due motivi di gravame.

Con il primo mezzo l'appellante censura la sentenza del Tar laddove ha escluso che si sia formato il silenzio-assenso in ordine all'istanza di concessione edilizia.

Con il secondo mezzo l'appellante insiste nelle deduzioni volte a sostenere l'illegittimità del provvedimento di diniego ritenendo che sussistano i presupposti di legge per l'accoglimento della domanda di concessione in sanatoria.

Si è costituito in giudizio il Comune di Merano al fine di resistere all'appello.

All'udienza del 7 marzo 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo l'odierna appellante deduce *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione delle norme in punto di formazione del silenzio-assenso.

Sul punto, l'appellante censura la sentenza di prime cure laddove ha ritenuto che per il perfezionamento del silenzio-assenso non sia sufficiente il decorso del tempo prescritto ma occorra altresì l'esistenza del presupposto sostanziale della piena conformità delle opere alla regolamentazione urbanistica vigente.

Il motivo è fondato.

È necessario in questa sede ribadire che il dispositivo tecnico denominato 'silenzio-assenso' risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia decisoria - di seguito ad un'istruttoria procedimentale che nella fisiologia del sistema deve pur sempre esserci - 'equivale' ad un provvedimento di accoglimento (tale ricostruzione teorica si lascia preferire rispetto alla tesi 'attizia' del silenzio, che appare una *fiction* non necessaria). Tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge. (Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746).

L'impostazione ermeneutica sposata dal giudice di prime cure è foriera di risultati irragionevoli: oltre all'indebita sovrapposizione tra il piano degli elementi costitutivi indefettibili per il perfezionamento della fattispecie e quello dei requisiti di validità e alla sostanziale sterilizzazione della disciplina della annullabilità per i titoli già formati, ad essere vanificate sarebbero essenzialmente le precipue finalità di semplificazione dell'istituto che ne hanno ispirato l'introduzione nel nostro ordinamento.

Alla luce di queste premesse, non è condivisibile quanto sostenuto dal Tar, dal momento che la non conformità urbanistica ed edilizia dell'intervento – peraltro nel caso di specie, la difformità, controversa e controvertibile - non è idonea a precludere *ex se* il perfezionarsi *per silentium* del titolo autorizzativo recante effetto ampliativo, potendo al massimo riverberare i propri effetti sul piano della validità dello stesso.

Una volta decorso il termine, il potere primario di provvedere si consuma e non vi è più spazio per l'adozione di un diniego tardivo (oggi espressamente considerato “inefficace” a mente dell'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990, non applicabile *ratione temporis*, e che reca una formula che parrebbe indicare un vizio più radicale della annullabilità), residuando in capo

all'amministrazione la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi "silenziosamente".

Non è corretta l'argomentazione, su cui fa leva la pronuncia impugnata, secondo cui, diversamente ragionando, il richiedente finirebbe per ottenere *per silentium* quel che non potrebbe altrimenti ottenere mediante l'esercizio espresso del potere, venendosi così a determinare una disparità tra ipotesi sostanzialmente identiche, in ragione soltanto del più o meno sollecito esercizio del potere amministrativo, perché, a ben guardare, è proprio questo l'effetto avuto di mira dal legislatore laddove ha scelto di riconnettere all'inerzia della pubblica amministrazione un effetto di accoglimento della pretesa del privato.

Venendo al caso di specie, il *dies a quo* del termine sancito dall'art. 69, comma 1, l. p. n. 13/1997 (il quale prevede che "le determinazioni del sindaco sulle domande di concessione di costruzione devono essere notificate all'interessato non oltre 60 giorni dalla data di ricevimento delle domande stesse o da quella di presentazione di documenti aggiuntivi richiesti dal sindaco in conformità alle disposizioni vigenti") va individuato nell'11 ottobre 2018 (ultimo giorno di presentazione della documentazione integrativa richiesta dall'amministrazione comunale), per cui, anche tenendo conto degli effetti prodotti al riguardo dalla comunicazione dei motivi ostativi del 12 novembre 2018, deve rilevarsi che il provvedimento di diniego del Sindaco (adottato il 22 gennaio 2019 e comunicato il 14 febbraio 2019) è tardivo.

Ne discende, pertanto, l'intervenuta formazione del silenzio-assenso in ordine alla domanda di concessione edilizia oggetto di causa e la conseguente illegittimità del successivo provvedimento espresso di diniego tardivamente adottato.

In ragione del pieno effetto satisfattivo derivante dall'accoglimento del primo motivo, da cui consegue l'accertamento circa il formarsi del silenzio-assenso sull'originaria domanda di concessione edilizia presentata da parte ricorrente, il secondo motivo può essere assorbito.

In conclusione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado, accertando il formarsi del silenzio-assenso con conseguente illegittimità degli atti impugnati.

La complessità delle questioni e le incertezze giurisprudenziali registratasi in materia, in epoca antecedente la proposizione dell'appello, giustificano la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado dichiarando che sulla originaria domanda di concessione edilizia si è formato il silenzio-assenso, con conseguente illegittimità degli atti impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

Stefano Lorenzo Vitale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Lorenzo Vitale

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO