

sentenza
24 febbraio 2009
n. 1360

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
Sezione 2[^]

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

in forma semplificata ex artt. 21 e 26 legge 6.12.1971 n. 1034
sul ricorso n. 191 del 2009 proposto da

Ferentini Luigi

rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Barbini di Lodi, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Milano, via Guglielmo Röntgen 18

co n t r o

Comune di Marcallo con Casone

in persona del Sindaco *pro tempore*, Massimo Garavaglia, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Mascetti e Andrea Pucci, elettivamente domiciliato presso l'avv. Dario Mastria in Milano, via Santa Maria a Valle 1

per l'annullamento

del silenzio-rigetto formatosi, ex art. 36 d.p.r. n. 380/2001, sull'istanza presentata il 22 settembre 2008 (prot. 9913) per l'accertamento di conformità di opere abusive adibite ad attività cinotecnica, realizzate sull'area sita in via Leopardi s.n.c., distinta nel NCEU al foglio 1, mappali 54-55-56-57-143-144.

Visto il ricorso, notificato il 16/19 gennaio e depositato il 23 gennaio 2009;

Visti l'atto di costituzione e la memoria del Comune;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, nella camera di consiglio del 18 febbraio 2009, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Barbini e l'avv. Pucci;

Sentite le parti sul punto e ritenuto che sussistano i presupposti per definire il ricorso con sentenza semplificata;

Premesso che:

- la vicenda dedotta nel presente giudizio si inserisce in un complesso contenzioso che da tempo oppone il ricorrente, imprenditore agricolo operante nel settore cinotecnico (allevamento, selezione e addestramento delle razze canine), al Comune di Marcallo con Casone, nel cui ambito territoriale il primo intenderebbe svolgere ed ampliare la propria attività;
- con istanza 26 aprile 2005 il ricorrente chiedeva al Comune il rilascio del permesso di costruire per realizzare - sull'area distinta in catasto al foglio 1, mapp. 54-55-56-57-143-144 - un capannone, con annessa abitazione da destinare a (nuova) sede del centro cinofilo;
- il Comune opponeva un primo diniego, annullato con sentenza 16.12.05 n. 5031 di questa Sezione, poi un secondo diniego, sospeso con ordinanza 7.9.06 n. 1771; quindi rilasciava un "permesso di costruire condizionato" in data 25.1.2007 (prot. n. 950), annullato dalla Sezione con sentenza 3 maggio 2007 n. 2286, sospesa dal Consiglio di Stato (Sez. IV, ord.za 9.10.07 n. 5195);
- sull'area (al momento sottoposta a sequestro preventivo in forza di prov-

Sezione 2[^]

n.
reg. sent.

n. 191/09
reg. ric.

vedimento 11.7.08 del G.I.P. presso il Tribunale di Milano) il ricorrente ha realizzato opere abusive, di cui il Comune ha ingiunto la demolizione con ordinanza 7.8.2008 n. 863, impugnata con ricorso pendente (r.g. 2327/08);

- delle opere abusive il ricorrente, con istanza 22 settembre 2008, ha chiesto l'accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del testo unico in materia edilizia (d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380);

- col ricorso in esame egli impugna il silenzio-rigetto formatosi su tale istanza, chiedendone l'annullamento sia per l'illegittimità *ex se* del silenzio (in quanto elusivo della garanzia di partecipazione dell'interessato al procedimento, e contrastante con precedenti determinazioni del Comune), sia per la sanabilità intrinseca dei manufatti (in quanto realizzati con abusi non sostanziali, ma meramente formali);

- Il Comune ha controdedotto eccependo l'inammissibilità del ricorso (in quanto introdotto col rito ordinario, anziché col rito speciale previsto per il silenzio-rifiuto) e la sua infondatezza nel merito (essendo le opere abusive non sanabili);

Ciò premesso, e ritenuto di disattendere l'eccezione di inammissibilità in quanto, anche a voler ammettere (ma è discusso in giurisprudenza) che la fattispecie del silenzio rigetto sia assimilabile sul piano processuale a quella del silenzio-rifiuto (cfr., in senso negativo, Cons. Stato 2^a, 12.4.06 n. 7375/2004; in senso difforme, TAR Milano 2^a, 21.3.06 n. 642, TAR Sardegna, 6.5.03 n. 544, TAR Napoli 4^a, 20.11.01 n. 4875), l'impiego del rito ordinario in luogo del rito speciale accelerato si risolverebbe in una mera irregolarità, che non può ritorcersi in danno dell'interessato ove questi non abbia ritenuto di avvalersi delle maggiori opportunità offerte dal rito speciale quanto a celerità della sentenza e della sua esecuzione;

Considerato, nel merito, che il ricorso è fondato in quanto:

a) in linea generale, a fronte di una domanda volta al rilascio del permesso di costruzione, anche in sanatoria, l'Amministrazione ha l'obbligo di pronunciarsi: e ciò, sia in forza dei principi generali sanciti dagli artt. 2 e 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241 (art. 2, primo comma: ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un *provvedimento espresso*; art. 3, primo comma: salvo gli atti normativi e a contenuto generale, "ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato", e "la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria"), sia in forza del dettato specifico di cui all'art. 36 del d.p.r. n. 380 del 2001 ("sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia *con adeguata motivazione*, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata");

b) la previsione normativa del silenzio-rigetto (risalente all'art. 13 della legge 28 febbraio 1985 n. 47) valeva unicamente ad accelerare l'impugnabilità del silenzio in sede giudiziaria, sottraendo l'interessato all'onere della previa diffida, prescritta dalla normativa dell'epoca ai fini della formazione del silenzio-rifiuto;

c) la previsione del silenzio-rigetto in materia edilizia non vale dunque ad esimere l'Amministrazione dall'obbligo dell'istruttoria e della motivazione, perché ciò significherebbe, da un lato, privare l'interessato delle garanzie

procedimentali che gli assicurano la possibilità di interloquire nel procedimento, specie dopo l'eventuale preavviso di rigetto ex art. 10-*bis* legge n. 241/90; dall'altro, trasferire in sede processuale l'istruttoria dell'intera pratica edilizia, che il Comune è viceversa tenuto a svolgere in sede procedimentale, nell'esercizio delle potestà amministrative che gli competono, salvo l'eventuale successivo sindacato giurisdizionale;

d) a tale stregua non sono pertinenti le deduzioni svolte dalla difesa comunale per argomentare l'insanabilità delle opere abusive, non potendosi ammettere, tanto più in casi complessi di non agevole definizione, che la motivazione del silenzio-rigetto sia fornita per la prima volta in sede giudiziaria, al di fuori ed indipendentemente dal regolare svolgimento di un *iter* in sede amministrativa (sulla illegittimità del silenzio-rigetto per carenza di motivazione, cfr. Cons. Stato 2[^], 31.5.2006 n. 7884, 24.5.06 n. 7681/2004);

e) la circostanza, ribadita dalla difesa comunale, che tutte le opere sono state eseguite senza permesso di costruire o d.i.a. (denuncia di inizio attività) non è ovviamente in grado di legittimare da sola il silenzio-rigetto, poiché essa integra uno solo degli elementi costitutivi della fattispecie normata dall'art. 36 del testo unico, il quale richiede, su tale indefettibile presupposto (qui pacifico), di verificare se l'abuso formale si configuri anche come abuso sostanziale secondo il noto criterio della c.d. "doppia conformità";

Ritenuto pertanto di accogliere - restando assorbito ogni altro profilo di censura - il primo motivo di ricorso, e di annullare l'impugnato silenzio, con conseguente obbligo del Comune di pronunciarsi sull'istanza del ricorrente in esito ad un procedimento condotto nel rispetto dei canoni legali sopra richiamati;

Ritenuto di regolare le spese di causa secondo l'ordinario criterio di soccombenza;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia accoglie il ricorso e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Condanna il Comune alla rifusione delle spese di causa, che si liquidano a favore del ricorrente nella complessiva somma di € 3.000,00 (Euro tremila), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 18 febbraio 2009, con l'intervento dei magistrati:

Mario	Arosio	presidente
Carmine	Spadavecchia	consigliere, estensore
Carmine	Russo	referendario
L'estensore		Il presidente