

Publicato il 21/11/2023

N. 09969/2023REG.PROV.COLL.
N. 02995/2023 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2995 del 2023, proposto dal Comune di Monte Argentario, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Piochi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Massimo Diorio, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonino Galletti e Rossana Saraceni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonino Galletti in Roma, via Francesco Denza, 3;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (sezione terza) n. 72 del 24 gennaio 2023

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del sig. Massimo Diorio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2023 il consigliere Ofelia Fratamico;

Viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito:

- dalla nota prot. n. 1401/2022 del 13 gennaio 2022 inviata dal Comune di Monte Argentario al sig. Massimo Diorio con cui è stato denegato il rilascio *“di attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, così come disposto dal comma 8 dell'art. 20 del D.P.R. 380/01”*;
- dalla nota prot. n. 5718/2022 del 14.02.2022 con cui il medesimo Comune ha confermato il diniego del rilascio della predetta attestazione;
- da ogni altro provvedimento preordinato, presupposto o comunque connesso del procedimento.

2. Tali atti di diniego sono stati impugnati dinanzi al Ta.r. per la Toscana dal sig. Massimo Diorio, che, proprietario di un immobile nel territorio comunale, aveva presentato in data 11 giugno 2021 al Comune di Monte Argentario un'istanza di rilascio di permesso di costruire in variante rispetto a un precedente permesso, corredata della necessaria autorizzazione paesaggistica rilasciata dal medesimo Comune il 5 marzo 2021, e, successivamente, in data 11 gennaio 2022, aveva richiesto all'Amministrazione comunale l'attestazione del decorso dei termini del procedimento con gli effetti di intervenuto accoglimento della sua domanda di permesso di costruire, ai sensi degli artt. 20 della l.n. 241 del 1990 e 20 del d.P.R. n. 380 del 2001.

3. L'originario ricorrente ha lamentato dinanzi al Ta.r. i seguenti motivi:

I - violazione di legge: art. 20, comma 8, d.P.R. 380/2001 e art. 20, legge 241/1990, art. 10, comma 1, lett. i), d.l. 76/2020 e art. 62, comma 1, d.l. 77/2021 – art. 97 Cost. – art. 1, commi 1, 2 e 2 bis l. 241/90 s.m.i., eccesso di

potere per sviamento, travisamento, contraddittorietà, illogicità, illegittimità degli atti;

II - violazione di legge regionale: artt. 142 e 168, l.r. 65/2014 e art. 17, l.r. Toscana 47/2021, eccesso di potere: sviamento, travisamento, contraddittorietà, illogicità. Illegittimità degli atti impugnati

4. Con la sentenza n. 72 del 24 gennaio 2023 il Ta.r. per la Toscana ha accolto il ricorso, annullando i provvedimenti di diniego emessi dal Comune di Monte Argentario e dichiarando quest'ultimo tenuto a rilasciare l'attestazione in ordine all'intervenuto decorso dei termini del procedimento e alla conseguente formazione, da tale data, del silenzio assenso sulla domanda di rilascio del permesso di costruire in variante presentata dal ricorrente in data 11 giugno 2021.

5. Il Comune di Monte Argentario ha chiesto al Consiglio di Stato di riformare, previa sospensione in via cautelare dell'esecutività, tale pronuncia, affidando il proprio appello a due articolati motivi così rubricati:

a) violazione e/o erronea applicazione e/o interpretazione di legge (art. 20 del d.P.R. n. 380/2001; artt. 14 e 20 della l.n. 241/1990; artt. 141, 142 e 168 della l.r. n. 65/2014), difetto di motivazione, errata valutazione sotto il profilo della carenza dei presupposti di fatto e di diritto, violazione del principio *ubi lex voluit, dixit, ubi tacuit, noluit*;

b) violazione e/o erronea applicazione e/o interpretazione di legge (art. 20 del d.P.R. n. 380/2001; art. 3 della l.n. 241/1990; artt. 141, 142 e 168 della l. r. n. 65/2014; art. 64 c.p.a. e art. 2697 c.c., art. 97 Cost.), difetto di motivazione, errata valutazione sotto il profilo della carenza dei presupposti di fatto e di diritto, violazione del principio della necessaria conformità alla normativa urbanistico edilizia dell'intervento proposto nella richiesta di permesso di costruire ai fini della formazione del silenzio-assenso sulla stessa.

6. L'appellato si è costituito in giudizio, eccependo l'inammissibilità, l'improcedibilità e, in ogni caso, l'infondatezza nel merito dell'impugnazione.

7. Con ordinanza n. 1681 del 27 aprile 2023 l'istanza di sospensione in via cautelare della sentenza appellata è stata accolta ai fini del mantenimento della *res adhuc integra*.

8. Nelle date del 19 luglio 2023, del 31 luglio 2023 e del 29 agosto 2023 le parti hanno depositato memorie e repliche, insistendo nelle rispettive conclusioni.

9. All'udienza pubblica del 21 settembre 2023 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

10. Il Comune di Monte Argentario, dichiarando che la propria mancata costituzione in primo grado era stata dovuta ad una mera "svista", ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata, che non avrebbe fatto corretta applicazione dell'art. 20 comma 8 del d.P.R. n. 380 del 2001, giungendo a conclusioni non solo non supportate da alcuna disposizione normativa, ma, soprattutto, contrarie al vigente ordinamento giuridico.

10.1. Secondo l'appellante, in verità, con l'art. 20 comma 8 del d.P.R. n. 380 del 2001, il legislatore avrebbe escluso in radice, in presenza di vincoli paesaggistici, idrogeologici, ambientali o culturali, qualsiasi operatività del silenzio-assenso per la formazione del permesso di costruire, stabilendo l'assoluta impossibilità di integrazione del titolo *per silentium* anche in caso di avvenuto conseguimento dell'autorizzazione paesaggistica da parte del richiedente e di apparente "superfluità" della conferenza di servizi – da intendersi, a suo dire, come semplice modulo procedimentale non in grado di influire in alcun modo, nonostante la sua specifica funzione, sull'interpretazione della disciplina in esame.

10.2. Alla base dell'esclusione della possibilità stessa di formazione del permesso di costruire per silenzio-assenso nella fattispecie in questione ci sarebbe la necessità, imposta dal legislatore in tutte le ipotesi di area soggetta a uno dei vincoli predetti, di conclusione del procedimento attraverso un provvedimento espresso, a garanzia di una adeguata "*consapevolezza*" dell'Amministrazione nella determinazione da assumere.

10.3. Proprio in base alla suddetta *ratio*, la regola così stabilita non potrebbe trovare alcuna deroga in materia di rilascio di permesso di costruire - a differenza di quanto espressamente previsto in tema di condono edilizio dai commi 19 e 20 dell'art. 35 della l.n. 47 del 1985 (che ammettono, a certe condizioni, la formazione del titolo abilitativo *per silentium* anche in zona vincolata, dettando, però, non a caso, una disciplina speciale al riguardo, comprensiva della decorrenza del relativo *dies a quo* dal conseguimento dell'autorizzazione paesaggistica)

11. Con il secondo motivo di appello il Comune ha, poi, sostenuto l'esistenza, nella fattispecie in questione, di un altro insormontabile ostacolo alla formazione del silenzio-assenso, che non sarebbe stato in alcun modo considerato dal T.a.r. nella sentenza impugnata, costituito dalla mancanza della conformità urbanistico-edilizia dell'intervento progettato.

11.1. Il requisito della conformità urbanistico-edilizia, che avrebbe dovuto essere specificamente provato dal soggetto richiedente, non solo non sarebbe stato mai concretamente allegato dall'appellato nella sua istanza, ma sarebbe risultato del tutto carente nel progetto presentato, come rilevato dall'Amministrazione stessa nel preavviso di diniego del 15 luglio 2022 - documento non prodotto agli atti del giudizio di primo grado a causa della mancata costituzione del Comune dinanzi al T.a.r. - con conseguente erroneità, anche sotto tale profilo, della sentenza appellata.

12. Tali censure risultano in parte infondate e in parte inammissibili e, in ogni caso, tutte inidonee a condurre alla riforma della pronuncia impugnata per le ragioni di seguito illustrate, avuto riguardo alle peculiarità del caso di specie.

12.1. Nella fattispecie in questione il richiedente il permesso di costruire in variante, facendo uso di una specifica facoltà messa a sua disposizione dalla legislazione regionale (cfr. art. 141 comma 4 della l. reg. Toscana n. 65 del 2014) aveva già ottenuto l'autorizzazione paesaggistica, rilasciatagli direttamente dal medesimo Comune di Monte Argentario, che in essa aveva

attestato la compatibilità ambientale e paesaggistica dell'intervento, come modificato, con l'unico vincolo gravante sull'area.

12.2. L'odierno appellato aveva, quindi, allegato l'autorizzazione stessa alla propria istanza, la cui pratica si presentava dunque, a quel momento, "completa" dal punto di vista dell'acquisizione dei nulla osta, pareri e assensi necessari e dunque della rappresentazione di tutti gli interessi pubblici da salvaguardare, ai fini della decisione dell'Amministrazione comunale.

12.3. Dinanzi alle peculiarità del caso così descritte, il diniego di attestazione emesso dal Comune sull'assunto della assoluta inconfigurabilità del silenzio-assenso per il solo fatto della pertinenza dell'intervento ad area soggetta a vincolo rappresenta, come già rilevato dal T.a.r. per la Toscana, una errata applicazione del comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001 ed una illegittima limitazione dell'operatività dell'istituto del silenzio-assenso, che producono l'effetto abnorme di frustrare le finalità di semplificazione e di accelerazione dell'agire amministrativo alla base della stessa disposizione normativa citata, nonché le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche all'origine delle più recenti modifiche apportate ad essa ed alla legge n. 241 del 1990.

12.4. Né a diverse conclusioni può giungersi attraverso il confronto con la disciplina speciale dettata dalla legge n. 47 del 1985 in materia di condono, come tale dotata di una propria autonoma *ratio*, o attraverso la dequotazione del significato e della funzione della conferenza di servizi richiamata dall'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001, utilizzata dall'Amministrazione comunale anche nel provvedimento di conferma del diniego di attestazione e poi nelle difese articolate in appello a giustificazione dell'esclusione dell'operatività del silenzio-assenso. Tale modulo procedimentale trova, infatti, la sua ragion d'essere nella concreta necessità di acquisire assensi e nulla osta di altri enti affidatari di interessi pubblici coinvolti nell'azione amministrativa, e dunque di un'esigenza che, nell'ipotesi in questione, risultava *ab origine* superata, così da

trasformare il più complesso iter prospettato nella risposta del Comune in un irragionevole aggravio del procedimento.

13. Inammissibili, come eccepito dalla parte appellata, in quanto tese ad introdurre nel giudizio questioni nuove in alcun modo dedotte in precedenza, né mai rappresentate nel procedimento, risultano, inoltre, le doglianze di cui al secondo motivo di appello, svolte in relazione alla pretesa mancanza del requisito della conformità urbanistico-edilizia.

13.1. Nella nota impugnata in primo grado e nel provvedimento di conferma, il Comune ha basato il diniego di attestazione esclusivamente sull'inapplicabilità del silenzio-assenso in presenza di vincoli, senza fare alcun cenno ad altri possibili ostacoli alla realizzazione dell'intervento di cui all'istanza di permesso in variante, come la contrarietà al regolamento comunale, mentre le eventuali ragioni di contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia avrebbero dovuto essere da esso attentamente valutate entro il termine previsto dalla legge per la conclusione del procedimento, rappresentando ora, per come esposte, in mancanza di qualsiasi esercizio del potere di autotutela contro il provvedimento formatosi per *silentium*, un'inammissibile motivazione postuma.

14. In conclusione, l'appello proposto dal Comune deve, dunque, essere integralmente respinto.

15. Per la particolarità e la novità delle questioni sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite relative al grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE
Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO