

Pubblicato il 03/12/2019

N. 02138/2019 REG.PROV.COLL.

N. 01715/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1715 del 2009, proposto da xxxxxxxx in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato xxxx, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Salerno, alla via xxxx;

contro

Comune di Positano, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell'atto del Comune di Positano - Servizio Edilizia privata e Urbanistica in data 16 giugno 2009, relativo alla richiesta del certificato di agibilità dell'Hotel xxxx, presentata il 18 maggio 2009;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2019 la dott.ssa Valeria Ianniello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

Con l'impugnato provvedimento del 16 giugno 2009, avente ad oggetto la richiesta del certificato di agibilità (pratica 96-*bis*/2009) presentata il 18 maggio 2009 dalla ricorrente, il Comune di Positano ha comunicato che *«l'esame istruttorio della documentazione tecnica pervenuta evidenzia la necessità che la richiesta di agibilità sia limitata alle sole consistenze originariamente assentite e/o legittimate da specifici titoli edilizi ed urbanistici»*, sicché, *«nelle more, la pratica è sospesa»*.

Avverso tale determinazione, la ricorrente muove le seguenti censure:

- 1) violazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990, che obbliga l'Amministrazione a concludere il procedimento, avviato su istanza di parte, mediante l'adozione di un provvedimento espresso, e dell'art. 25, co. 5, del d.P.R. n. 380/2001, che ammette la sospensione del procedimento ai soli fini di integrazione della documentazione;
- 2) violazione dell'art. 21-*quater*, della legge n. 241/1990, che contempla il generale potere dell'Amministrazione di sospendere il procedimento amministrativo *«per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario»*; laddove, nel caso in esame, il Comune avrebbe disposto una illegittima e immotivata sospensione *sine die*;
- 3) nel merito, la ricorrente afferma che l'accertamento di agibilità è volto ad una verifica tecnica, come tale *«del tutto estranea al procedimento amministrativo di sanatoria»*, ancora pendente per alcuni dei locali oggetto della richiesta;

4) violazione dell'art. 25, co. 4, del d.P.R. n. 380/2001, il quale prevede la formazione del silenzio assenso sulla richiesta di agibilità, purché assistita, come nel caso in esame, dal parere della A.S.L. di cui all'art. 5, co. 3, lett. a), dello stesso d.P.R.; il provvedimento, infatti, privo di protocollo e data certa, è stato comunicato all'interessata con raccomandata del 23 giugno, pervenuta solo in data 26 giugno 2009.

In disparte la questione della irricevibilità del ricorso, che risulta consegnato per la notifica in data 2 ottobre 2009, se ne ravvisa comunque l'infondatezza.

Il Collegio ritiene, in primo luogo, che con il provvedimento impugnato il Comune – nonostante la terminologia impropriamente usata – abbia inteso respingere *tout court* la richiesta di agibilità. Ciò si evince chiaramente dalla motivazione addotta, che di fatto non prelude a effetti temporanei, bensì riconnette alla presenza di consistenze non assentite né legittimate da specifici titoli edilizi e urbanistici la sostanziale, e definitiva, impossibilità di accogliere la richiesta, così come formulata.

La frase «*nelle more, la pratica è sospesa*» fa riferimento alla necessità, subito prima rappresentata, che la richiesta di agibilità sia limitata alle sole opere legittime (*ab origine* o per intervenuta sanatoria), sicché il relativo procedimento risulta – non sospeso *sine die*, bensì – suscettibile di essere riavviato e concluso al momento della presentazione, da parte dell'interessata, di una nuova istanza, correttamente articolata.

Ciò premesso, quanto alla legittimità del diniego, il Collegio rileva che è la stessa legge a richiedere – all'art. 25, co. 1, lett. b), del d.P.R. n. 380/2001 – che la domanda di rilascio del certificato di agibilità sia corredata, tra l'altro, dalla «*dichiarazione sottoscritta dallo stesso richiedente il certificato di agibilità di conformità dell'opera rispetto al progetto approvato*».

Sul punto, si è espressamente pronunciata la giurisprudenza amministrativa, ritenendo che *«l'agibilità possa essere negata non solo in caso di mancanza di condizioni igieniche ma anche in caso di contrasto con gli strumenti urbanistici o con il titolo edilizio (DIA o permesso di costruire).*

A tale conclusione perviene gran parte della giurisprudenza (oltre al già citato TAR Lazio, n. 4129/2005, si vedano anche Consiglio di Stato, sez. V, 12.12.2008, n. 6174 e 5.4.2005, n. 1542; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 17.9.2009, n. 4672, che ha ritenuto legittimo il diniego di agibilità a fronte del mancato pagamento degli oneri concessori), senza contare che questa interpretazione ha anche un supporto normativo nell'art. 25, comma 1, del Testo Unico dell'Edilizia ... e ciò significa che in caso di difformità dell'opera dal progetto edilizio, ma anche evidentemente in caso di assenza di idoneo progetto, l'agibilità dovrà essere negata.

Del resto, appare assurdo che il Comune rilasci l'agibilità a fronte di un'opera magari palesemente abusiva e destinata quindi con certezza alla demolizione, apparendo tale comportamento dell'Amministrazione contraddittorio rispetto al perseguimento del pubblico interesse.

Di conseguenza, non può il diniego di agibilità essere reputato illegittimo per la sola circostanza che è motivato con riferimento a presunte violazioni della normativa urbanistica o edilizia» (T.A.R. Lombardia Milano, II, sent. n. 332/2010).

Sarebbe, in ultima analisi, *inutiliter datum* un certificato di salubrità e sicurezza di un fabbricato realizzato *sine titulo* né mai sanato.

La mancanza – in fatto, non contestata – del presupposto della legittimità dell'intero immobile sotto il profilo urbanistico ed edilizio esclude altresì la possibilità di ritenere formato il silenzio assenso sull'istanza: le ipotesi di silenzio assenso, vale a dire di provvedimento implicito favorevole su

un'istanza di parte, non si sottraggono alla precondizione della sussistenza di tutti i presupposti perché possa essere emanato un provvedimento favorevole espresso.

Come osservato al riguardo dal Consiglio di Stato, *«diversamente opinando, si otterrebbe una diversa disciplina che, mentre nel caso di provvedimento espresso, impone all'amministrazione (e all'interessato) la sussistenza di tutti i presupposti e condizioni normativamente richiesti per il rilascio dell'atto, nel caso di provvedimento implicito prescinderebbe dal dato normativo, di modo che l'esistenza del provvedimento si determinerebbe in modo diverso (e del tutto casualmente determinato) a seconda che l'amministrazione provveda nel termine indicato dalla legge, ovvero rimanga inerte.*

In questa ipotesi, per un verso si verificherebbe una non ammissibile disparità di trattamento tra cittadini nei confronti della pubblica amministrazione; per altro verso, si perverrebbe a “costruire” una tipologia di provvedimento implicito sganciata dal rispetto del principio di legalità desumibile dall'art. 97 Cost.» (sez. IV, sent. n. 3509/2016).

Peraltro, sulla specifica fattispecie qui esaminata, i giudici amministrativi hanno affermato che *«la previsione normativa secondo cui l'agibilità “si intende attestata”, decorso il termine indicato, non configura una vera e propria ipotesi di silenzio assenso in senso tecnico, di cui all'art. 20 della legge 241/1990, ma dà luogo invece ad una sorta di legittimazione ex lege, che prescinde dalla pronuncia della Pubblica Amministrazione e che trova il suo fondamento nella effettiva sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per il rilascio del titolo (cfr. TAR Lazio, sez. II bis, 25.5.2005, n. 4129, con la giurisprudenza ivi richiamata).*

Tale interpretazione dell'art. 25, comma 4, del DPR 380/2001 trova fondamento nel successivo art. 26 del Testo Unico dell'edilizia, secondo il

quale: “Il rilascio del certificato di agibilità [oggi, la presentazione della segnalazione certificata di agibilità] non impedisce l’esercizio del potere di dichiarazione di inagibilità di un edificio o di parte di esso ai sensi dell’articolo 222 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265” ... La declaratoria di inabitabilità (o meglio inagibilità, visto che il DPR 380/2001 non distingue più espressamente l’inagibilità dalla inabitabilità), può essere effettuata in ogni tempo e non costituisce manifestazione di autotutela amministrativa, ma soltanto attestazione della insussistenza – originaria o sopravvenuta non importa – dei requisiti tecnici necessari per dichiarare agibile un edificio. L’atto impugnato non può quindi essere considerato un provvedimento negativo tardivo, visto che sulla domanda della ricorrente non si è formato tacitamente alcun provvedimento di assenso» (T.A.R. Lombardia Milano, II, sent. n. 332/2010, cit.).

Il ricorso deve, pertanto, essere respinto.

Nulla per le spese, stante la mancata costituzione in giudizio del Comune di Positano.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - sezione staccata di Salerno (sezione seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto (n. 1715/2009), lo respinge.

Nulla spese.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2019 con l’intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Valeria Ianniello, Primo Referendario, Estensore

Roberta Mazzulla, Referendario

L'ESTENSORE
Valeria Ianniello

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO