



N. 1108/08 Reg. Sent.

N. 4036/1989 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
(Sezione II)

Composto dai magistrati:

MARIO AROSIO Presidente

SILVANA BINI Referendario

FABRIZIO D'ALESSANDRI Referendario Relatore

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso di cui al **R.G. 4036/89** proposto da

SOLIDARNOSC SOCIETA' COOPERATIVA A R.L., rappresentata e difesa dall'Avv. Alberto Baccani elettivamente domiciliata presso il suo studio in Milano, Via Bigli n.2

CONTRO

Il **COMUNE DI MILANO**, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Pietro Marchese, Giovanni Sindaco e Salvatore De Tuglie, elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Comunale in Milano, Via Guastalla, n.8

PER L'ANNULLAMENTO

dell'atto prot.16772/1743/88 del 29 settembre 1989, con il quale è stato disposto l'annullamento di un'autorizzazione edilizia formatasi tramite silenzio-assenso;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione del Comune di Milano,

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, relatore Fabrizio D'Alessandri, i difensori delle parti come da verbale;

FATTO

La società ricorrente chiedeva ed otteneva, in data 4.7.1986, dal Comune di Milano il rilascio della concessione edilizia n.337, abilitante alla realizzazione di un fabbricato di civile abitazione, destinato ad essere contraddistinto con il numero civico 105 in via S. Mamete, adiacente ad una strada rotatoria, in conformità a quanto previsto nel relativo piano di lottizzazione, approvato con deliberazione dalla Giunta Comunale n.869 del 18.2.1986.

Con successiva istanza del 20.1.1988 parte ricorrente chiedeva il rilascio dell'autorizzazione per la "formazione della recinzione con muretto e rete di tipo ORSOGRILL e degli ingressi pedonale e carraio".

I progetti di quest'ultimo intervento venivano modificati prima in data 25.3.1988 e, successivamente, in data 19.9.1988.

In data 2.10.1989, la società ricorrente si vedeva notificare il provvedimento prot.16772/1743/88 del 29 settembre 1989 che, dopo aver premesso essersi formato, in data 18.11.1988, silenzio-assenso sull'istanza di autorizzazione, ai sensi dell'art.7 della legge n.94 del 25.3.1982, annullava l'autorizzazione implicita derivante dal suddetto silenzio-assenso.

Il ricorrente impugnava il suddetto atto proponendo cinque motivi di ricorso che verranno di seguito singolarmente considerati.

Si costituiva il Comune di Milano affermando genericamente l'infondatezza del ricorso ed effettuava un deposito di documenti.

Con decreto n.4658 del 15.10.2003 veniva dichiarata la perenzione del ricorso ma successivamente, a seguito di opposizione di parte ricorrente, con successivo decreto presidenziale n.250/2004 il ricorso è stato riscritto al ruolo.

All'odierna pubblica udienza del 12 marzo 2008 il ricorso è stato introitato in decisione.

DIRITTO

- 1) Il Collegio ritiene di dover innanzitutto scrutinare insieme il primo, il terzo ed il quarto motivo di ricorso perché logicamente connessi e riguardanti questioni tra loro correlate ai fini della decisione. Con il primo motivo il ricorrente ha lamentato l'eccesso di potere, sotto il profilo della carenza dei presupposti e, comunque, della carenza di motivazione. In sostanza il ricorrente ha dedotto che l'atto impugnato opera l'annullamento di un titolo autorizzativo tacitamente formato senza indicare alcuna violazione ad una norma imperativa che giustificerebbe tale annullamento. Con il terzo motivo di ricorso il ricorrente ha lamentato l'eccesso di potere per sviamento e straripamento di potere, nonché la violazione dell'art.4 della legge n.10 del 1977. In particolare l'amministrazione avrebbe rimosso l'atto impugnato non per rimediare ad un vizio di legittimità del provvedimento ma in base alla riconsiderazione dell'opportunità delle scelte urbanistiche formulate nel piano di lottizzazione perseguendo, sotto forma di un atto di annullamento, le finalità tipiche dell'atto di revoca. Tale atto di revoca sarebbe stato in contrasto con il dettato dell'art.4 della legge n.10 del 1977 che prevedeva l'irrevocabilità della concessione edilizia. Il quarto motivo di ricorso censurava il provvedimento sotto il profilo della carenza dei presupposti, della carenza di motivazione e carenza di istruttoria, in quanto l'atto in questione non avrebbe enunciato specifiche ragioni di interesse pubblico concrete ed attuali, tali da giustificare l'intervento di rimozione in autotutela della pubblica amministrazione, anche tenendo in giusta considerazione l'interesse del privato alla conservazione dall'atto.

I motivi terzo e quarto sono fondati e vanno accolti.

Il provvedimento impugnato riconosce pacificamente che sull'istanza del 20.1.1988, avente ad oggetto il rilascio dell'autorizzazione per la "formazione della recinzione con muretto e rete di tipo ORSOGRILL e degli ingressi pedonale e carroia", si è formato il silenzio-assenso, ai sensi dell'art.7 della legge n.94 del 25.3.1982, indicandone anche la data di formazione nel 18.11.1988.

L'art.7 della legge n.94 del 25.3.1982, ormai abrogato dall'art. 136, D.Lgs. 6 giugno 2001, n. 378, ma vigente al momento di cui ai fatti di causa, prevedeva che per determinati interventi "la istanza per l'autorizzazione del sindaco ad eseguire i lavori si intende accolta qualora il sindaco non si pronunci nel termine di sessanta giorni. In tal caso il richiedente può dar corso ai lavori dando comunicazione al sindaco del loro inizio".

Il decorso del termine ivi previsto per il silenzio assenso ha comportato quindi, per stessa ammissione dell'amministrazione, il formarsi di un provvedimento di autorizzazione tacito che è stato successivamente annullato dal provvedimento impugnato.

La questione che qui viene in rilievo riguarda quindi l'esercizio da parte della pubblica amministrazione del suo potere di agire in via di autotutela annullando o revocando precedenti atti amministrativi.

In particolare, tale potere di autotutela si esplica mediante l'annullamento di un precedente atto per vizi di legittimità od attraverso la revoca per motivi di opportunità, che presuppone una nuova valutazione delle circostanze e degli interessi esistenti al momento dell'emanazione dell'atto (revoca per *ius poenitendi*) o come valutazione di nuove esigenze di opportunità emerse successivamente in seguito a fatti sopravvenuti (revoca per sopravvenienza).

Entrambi i tipi di intervento sono soggetti a presupposti e limiti oggi specificatamente tipizzati, al livello generale, negli artt. 21-quinquies e 21-nonies della legge n.241 del 1990, in seguito

alla novella di cui alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, ma che anche precedentemente alla citata riforma erano stati individuati e precisati dalla giurisprudenza amministrativa nei modi di cui daremo successivamente conto nel prosieguo della motivazione per quanto di interesse per il caso deciso.

Il provvedimento in esame ha infatti annullato l'autorizzazione tacitamente formatasi sulla considerazione che "è necessario che la rotonda posizionata nell'unità di intervento C (P.L.C. 10.2 - via Adriano) non sia interessata da percorsi ed accessi carrai al fine di non compromettere una eventuale diversa sistemazione definitiva dell'inerente area".

Dagli atti del procedimento si evince che il parere della Commissione Edilizia del 21.9.1989, espressamente richiamato nel provvedimento gravato, si limita ad esprimere un generico richiamo all'esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento del silenzio-assenso riportandosi ai motivi indicati nella nota del Settore Urbanistica del 14.4.1989. Quest'ultima richiama a sua volta le note dell'U.T. Settore Urbanistico del 28.2.1989 e del Settore Arredo Urbano - Area Tecnica dal 6.4.1989 dai quali si evincerebbe "l'opportunità che la rotonda posizionata nell'unità di intervento C (P.L.C. 10.2 - via Adriano) non sia interessata da percorsi ed accessi carrai al fine di non compromettere una eventuale diversa sistemazione definitiva dell'inerente area". La nota dell'U.T. Settore Urbanistico del 28.2.1989 riporta che "il progetto di sistemazione della rotonda, posizionata nell'unità di intervento C del piano, deve essere ancora studiato dal Settore Arredo Urbano e dal Settore Progetti e Costruzioni Stradali.....Non avendo quindi per ora soluzioni progettuali elaborate dai settori competenti, non è possibile esprimere un parere in merito; si ritiene opportuno comunque un riferimento dal Settore Progetti e Costruzioni Stradali e dal Settore Arredo Urbano a cui viene inviato l'incarto." La successiva nota del Settore Arredo Urbano - Area Tecnica dal 6.4.1989 ribadisce l'opportunità che la rotonda non sia interessata da percorsi ed accessi carrai per non comprometterne la sistemazione definitiva.

La motivazione del provvedimento impugnato e la ricostruzione dell'iter procedimentale che ha portato all'atto di annullamento evidenziano come alla base dell'atto di autotutela dell'amministrazione comunale non vi sia un vizio di legittimità, inteso come violazione di una qualche disposizione normativa o tradizionale vizio di legittimità di cui all'art.26 del Testo Unico sul Consiglio di Stato n.1054 del 1924, dalla quale il provvedimento autorizzativo sarebbe affetto, bensì ragioni di opportunità sulla base di una diversa considerazione degli interessi e delle circostanze esistenti al momento del formarsi del silenzio-assenso.

In tal senso l'atto di autotutela dell'amministrazione ancorchè sia stato qualificato espressamente come annullamento si palesa quale atto di revoca emesso sulla base di ragioni di opportunità.

E' ben noto e consolidato infatti il principio secondo il quale al di là del nomen juris utilizzato dalla Pubblica Amministrazione per denominare i propri atti, occorre verificare il reale tipo di potere esercitato in concreto per qualificare propriamente il provvedimento amministrativo. Come da giurisprudenza ormai costante l'atto amministrativo va qualificato per il suo effettivo contenuto, per quanto effettivamente dispone, non già per la sola qualificazione che l'autorità, nell'emanarlo, eventualmente ed espressamente gli conferisca (Cons. Stato, Ad. Plen. 23 gennaio 2003, n. 3; Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316).

A tal fine ritiene il Collegio essenziale valutare se sussistevano i presupposti per l'emanazione di un atto di revoca.

Ritiene, altresì, il Collegio irrilevante che l'atto di revoca sia stato rivolto nei confronti di un provvedimento tacitamente formato piuttosto che nei confronti di un provvedimento espresso poiché il primo, una volta formatosi, possiede la stessa valenza sostanziale del secondo e deve risultare assoggettato, per quanto qui di interesse ovvero ai fini dell'esercizio del potere di autotutela, alla stessa disciplina cui è soggetto un provvedimento espresso. Tale assunto trova oggi piena conferma nel comma 3 dell'art.20 della legge 7 agosto 1990, n.241, così come novellato dall'art. 3, comma 6-ter, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella

legge 14 maggio 1995 n.80, ai sensi del quale “Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies”.

Riqualificato l'atto dell'amministrazione quale revoca risulta palese la violazione dell'art.4 della legge n.10 del 1977 (ed ora dell'art. art. 11, co. 2, D.P.R. 380/2001), ai sensi del quale la concessione edilizia non è atto revocabile, nel senso che non è ritirabile per una sopravvenuta valutazione di opportunità da parte della Pubblica Amministrazione.

Il che discende, secondo la giurisprudenza:

- (i) dal fatto che il potere di valutare la conformità dei progetti di costruzione alle generali esigenze di ambientazione, decoro, pregi architettonici, razionalità, ecc. si esaurisce al momento del rilascio della licenza, a meno che non si riscontri la violazione di una specifica normativa o di una valida prescrizione urbanistica edilizia (cfr. (T.A.R. Palermo Sez. III 06-09-2007 n. 1979, T.A.R. Lazio, Latina, 13 novembre 1990, n. 971; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 23 marzo 1992, n. 112), nel qual caso è facoltà della Pubblica Amministrazione valutare l'esistenza o meno dei presupposti per l'annullamento in autotutela della concessione;
- (ii) dal fatto che “lo *jus aedificandi* di cui è titolare il proprietario del suolo (e che si manifesta e svolge sia con singole concessioni, che con più complessi piani di lottizzazione), non può che essere sacrificato in relazione a precisi limiti imposti dalla legge o dalla pianificazione urbanistica vigente e non certo con valutazioni di mera opportunità che non possono in nessun modo affievolire una facoltà propria del diritto dominicale” (così in T.A.R. Sicilia, Palermo Sez. III 06-09-2007 n. 1979, T.A.R. Sicilia, Palermo, sent. n. 384/2000).

Ma anche esulando dallo stretto riferimento della normativa inerente alla concessione edilizia (oggi permesso di costruire) ed affrontando la questione da un punto di vista più generale, si giunge alla medesima conclusione.

Nel vigente ordinamento, in seguito alle modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, l'atto di revoca è sottoposto ai presupposti e limiti previsti dall'art.21-quinquies della legge n.241 del 1990 “Revoca del provvedimento” nel quale è previsto che “Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo”.

Al riguardo, sin da prima della citata novella, la cui entrata in vigore è ampiamente successiva ai fatti di cui è causa che si sono svolti nel regime preesistente, gli atti di autotutela (sia l'annullamento che la revoca) sono stati in generale soggetti ad alcune limitazioni sottolineate a livello giurisprudenziale fra le quali la necessità dell'esistenza e della puntuale indicazione in motivazione di specifiche ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, nonché della considerazione, in sede di ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, del legittimo affidamento del destinatario dell'atto successivamente rimosso in via di autotutela (Cons. Stato., Sez. IV, 31 ottobre 2006 n. 6465; Cons. Stato, Sez. V, 11 ottobre 2005 n. 5479; Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444; Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2002, n. 3492.).

Tali esigenze di specifica motivazione sull'esistenza di un interesse pubblico e di considerazione delle ragioni di tutela del privato destinatario dell'atto vengono riconosciute da consolidata giurisprudenza anche nella specifica materia dell'annullamento d'ufficio di atti in materia edilizia, quali le concessioni edilizie (T.A.R. Campania, Sez. II, 12 febbraio 2007, n.1003; Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2006 n. 6465; Cons. Stato, Sez. V, 1° marzo 2003, n. 1150; Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2003, n. 899; Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2003, n. 7218; Cons. Stato), con una eccezione nel caso in cui il rilascio del titolo abilitativo consegua ad una inesatta rappresentazione della realtà da parte del richiedente (Cons. Stato, Sez. V, 12

ottobre 2004, n. 6554; T.A.R. Campania, Sez. IV, 19 novembre 2004, n. 16900; Cons. Stato, Sez. V, 29 settembre 1999, n. 1213). Ciò nel senso che solo qualora il titolo abilitativo sia stato rilasciato in base ad una falsa rappresentazione della realtà materiale, l'Amministrazione può esercitare il proprio potere di autotutela, senza esternare alcuna particolare ragione di pubblico interesse, che in tale ipotesi deve ritenersi sussistente *in re ipsa* (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VII, 21 maggio 2007 n. 5482, T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 4 aprile 2006, n. 1831).

Le ragioni che impongono anche in materia edilizia una specifica motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico per gli atti di autotutela assumono ancora più pregnanza per i provvedimenti di revoca in considerazione dell'assenza di un vizio di legittimità sottostante questo tipo di atto basato su ragioni di opportunità, al punto, ad avviso del Collegio, da rendere tale motivazione imprescindibile.

Il provvedimento impugnato e le note istruttorie suindicate non fanno riferimento ad una specifica, concreta ed attuale circostanza che renda necessario l'atto di revoca, in base ad una ponderata considerazione degli interessi esistenti, bensì si richiamano ad una mera opportunità di lasciare immutate le cose in attesa di una eventuale futura diversa sistemazione dell'area. Tali ragioni appaiono dunque generiche, eventuali e future e come tali non idonee a motivare la revoca di un provvedimento legalmente dato.

Inoltre nell'atto di revoca e nel suo iter istruttorio non vi è alcun riferimento alle ragioni del ricorrente ovvero non vi è alcuna comparazione tra l'interesse di quest'ultimo, di cui l'amministrazione non si preoccupa nemmeno di verificare se abbia già realizzato l'opera o meno, e il supposto interesse pubblico sottostante alla revoca.

In tal senso quindi i motivi terzo e quarto del ricorso vanno accolti.

Una volta riqualificato l'atto impugnato come atto sostanzialmente di revoca, il primo motivo perde di pregio poiché la circostanza che nel provvedimento gravato non vi sia l'indicazione di alcuna contrarietà a disposizioni normative da parte del provvedimento tacito è in linea con le caratteristiche dell'atto di revoca sempre motivato da ragioni di opportunità. Il vaglio della legittimità dell'atto di autotutela impugnato si sposta quindi sulla verifica dell'esistenza o meno dei presupposti di legittimità per l'emanazione di un atto di revoca.

A tal proposito il terzo motivo va accolto perché riqualificato l'atto come revoca vi è violazione dell'art.4 della legge n.10 del 1977 ai sensi del quale la licenza edilizia è irrevocabile.

Il quarto motivo va accolto perché nel provvedimento gravato non sono state indicate, né sono *aliunde* rinvenibili nelle note istruttorie richiamate, specifiche ragioni di interesse pubblico concrete ed attuali, tali da giustificare l'intervento di rimozione in autotutela.

- 2) Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente ha lamentato l'eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti, la violazione del piano di lottizzazione approvato con deliberazione della Giunta Municipale n.869 del 18.2.1986, eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con un precedente provvedimento. In sostanza la censura si appunta sulla circostanza che i percorsi e gli accessi carrai che il provvedimento gravato esclude possano essere aperti sulla rotonda in questione erano già stati autorizzati nella concessione edilizia n.337 del 4 luglio 1986, in conformità a quanto previsto nel piano di lottizzazione e che, pertanto, la successiva domanda tacitamente assentita aveva ad oggetto solamente la recinzione con i relativi cancelli di accesso. Ciò renderebbe prive di pregio le ragioni date dal Comune a sostegno del provvedimento di annullamento.

Il motivo va accolto. In effetti gli accessi carrai e pedonali appaiono già nella tavola n.6 di progetto relativa alla concessione edilizia n.337 del 4.7.1986 (circostanza non contestata dal Comune). La realizzazione degli accessi carrai e pedonali era stata quindi già autorizzata da un precedente provvedimento amministrativo che non è stato annullato e deve quindi considerarsi efficace. La motivazione dell'opportunità di non autorizzare nuovi accessi in attesa della eventuale nuova sistemazione della viabilità appare quindi illegittima, in quanto contraddittoria con un precedente provvedimento, ancora pienamente efficace poiché non revocato in autotutela, che aveva già assentito la creazione dei suddetti accessi.

3) Con il quinto motivo di ricorso il ricorrente ha lamentato la violazione del combinato disposto degli artt.7 ed 8 della legge 25.3.1982 n.94, perché l'amministrazione, nel porre in essere l'atto di annullamento, non avrebbe seguito il procedimento previsto dall'art.8 della legge 25.3.1982 n.94. Quest'ultimo articolo, oggi abrogato ma vigente al momento dei fatti, prevedeva, all'ultimo comma, che "Prima di procedere all'annullamento delle concessioni assentite ai sensi del presente articolo, l'autorità competente deve indicare agli interessati gli eventuali vizi delle procedure amministrative e gli elementi progettuali o esecutivi che risultino in contrasto con le norme o i regolamenti vigenti, assegnando un termine non inferiore a trenta e non superiore a novanta giorni per provvedere alle modifiche richieste".

Il motivo va accolto. Al riguardo il Collegio osserva come il procedimento di cui all'art. 8, comma ultimo, legge 25 marzo 1982, n. 94, relativo all'eliminazione dei vizi delle concessioni assentite mediante silenzio o, per l'impossibilità di eliminazione di tali vizi, delle concessioni stesse, assuma valenza di carattere generale e, pertanto si applichi, anche al caso di specie ove l'assenso tacito si è perfezionato ai sensi dell'art.7 della legge 25 marzo 1982, n. 94. Infatti la norma di cui all'art.8, nel momento in cui contempla espressamente la possibilità per i comuni di procedere all'annullamento della concessione edilizia formatasi mediante silenzio-assenso, impone agli stessi alcune garanzie procedurali ed, in particolare, di contestare preventivamente, agli interessati, gli eventuali vizi delle procedure amministrative e gli elementi progettuali od esecutivi in contrasto con le norme ed i regolamenti vigenti.

In tal senso, quindi, in ogni caso indipendentemente dall'esatta qualificazione in termini di annullamento o revoca dell'atto gravato da ricorso, il procedimento di annullamento d'ufficio risulta viziato dall'omissione delle garanzie procedurali previste nell'ultimo comma del suddetto articolo 8.

L'amministrazione procedente difatti prima di emettere il provvedimento di annullamento d'ufficio non ha provveduto ad effettuare nei confronti dei ricorrenti alcuna contestazione preventiva, né a fornire alcuna valutazione sulla possibilità di emendare i vizi contestati entro un termine assegnato.

Il ricorso va quindi accolto e l'atto annullato.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso ed annulla l'atto del Comune di Milano prot. 16772/1743/88 del 29 settembre 1989 di annullamento di autorizzazione formatasi tramite silenzio-assenso.

Condanna il Comune di Milano al pagamento, in favore del ricorrente, delle spese del presente procedimento, che liquida in complessivi euro 2.000,00 oltre IVA e CAP.

Ordina che presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella Camera di Consiglio in data 12 marzo 2008 con l'intervento dei signori magistrati:

MARIO AROSIO Presidente

SILVANA BINI Referendario

FABRIZIO D'ALESSANDRI Referendario Estensore