



Ric. n. 1657 del 2007

Sent. n. 1400/08

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, terza sezione,
con l'intervento dei signori magistrati:

Marco Buricelli Presidente f.f.
Stefano Mielli Referendario
Marina Perrelli Referendario, relatore

ha pronunciato la seguente

Avviso di Deposito
del
a norma dell'art. 55
della L. 27 aprile
1982 n. 186
Il Direttore di Sezione

SENTENZA

sul ricorso n. 1657/07, proposto da NOECHI SAS di Ippolito S. & C.,
titolare della trattoria Povoledo, in persona del legale rappresentante
Simone Ippolito, nonché dal sig. IPPOLITO Simone in proprio,
rappresentati e difesi dagli avv.ti Ruggero Sonino e Pier Vettor
Grimani, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in
Venezia, S. Croce 466/G;

CONTRO

Il Comune di Venezia, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Giulio Gidoni, M.M. Morino,
Antonio Iannotta, Maurizio Ballarin, Nicoletta Ongaro e Giuseppe
Venezian, con domicilio eletto presso la Civica Avvocatura nella sede
municipale di Venezia, San Marco 4091;

PER

l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento prot. 173432 del 20.4.2007, notificato il 17.5.2007, con il quale il dirigente dello Sportello Unico Attività Produttive della Direzione Attività Produttive Sviluppo Economico Politiche Comunitarie del Comune di Venezia ha respinto la domanda presentata dalla società ricorrente per la esposizione di un porta menù e di due piante ornamentali in Venezia Cannaregio 122/Q; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto, ivi comprese le delibere della Giunta Comunale di Venezia n. 380 del 15.7.2005 e n. 442 del 10.7.2003 e le delibere del Consiglio di Quartiere n. 1 S. Marco, Castello, S. Elena, Cannaregio n. 51 del 26.7.2004 e n. 45 del 9.5.2003.

Visto il ricorso, notificato il 16 luglio 2007 e depositato presso la Segreteria il 31 agosto 2007, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Venezia depositato il 10 settembre 2007;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti di causa;

Vista l'ordinanza n. 624 del 24 settembre 2007, con la quale è stata respinta l'istanza di sospensiva;

Uditi nella pubblica udienza del 27 marzo 2008 - relatore il Referendario Marina Perrelli - l'avv.to Pier Vettor Grimani per la parte ricorrente e l'avv.to Nicoletta Ongaro per l'Amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Il 21.3.2006 la società ricorrente, titolare di un pubblico esercizio per la somministrazione di alimenti e bevande sito in Venezia, Cannaregio 122/Q e corrente all'insegna "Trattoria Povoledo", presentava al Comune di Venezia domanda per ottenere l'autorizzazione di un plateatico per l'esposizione all'esterno del menzionato esercizio di un porta menù e di due piante ornamentali.

Il 20.4.2007 il Comune di Venezia, dopo avere comunicato il 16.3.2007 i motivi ostativi all'accoglimento della detta domanda, ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990, la rigettava in via definitiva tenuto conto del parere negativo reso dall'Ufficio Spazi Urbani (PG.2006/163402) sulla base del "*contrasto con il divieto di nuove occupazioni di suolo sui percorsi turistici individuati con la delibera di Giunta comunale n. 380 del 15.7.03*".

La società ricorrente ha impugnato il predetto diniego sotto molteplici profili:

1) Violazione dell'art. 20 della legge n. 241/90; violazione dell'art. 5 del Regolamento comunale canone di occupazione spazi ed aree pubbliche, approvato con delibera del Consiglio comunale n. 35 del 8.3.99;

2) Violazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 446/1997; violazione del Regolamento comunale canone di occupazione spazi ed aree

pubbliche, approvato con delibera del Consiglio comunale n. 35 del 8.3.99, come successivamente modificato e integrato; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, per travisamento dei fatti e per carenza di istruttoria e di motivazione;

3) Ulteriore violazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 446/1997; violazione del Regolamento comunale canone di occupazione spazi ed aree pubbliche, approvato con delibera del Consiglio comunale n. 35 del 8.3.99, come successivamente modificato e integrato; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, per travisamento dei fatti e per carenza di istruttoria e di motivazione.

Il Comune di Venezia, costituitosi in giudizio, ha, *in primis*, contestato l'applicabilità alla fattispecie in esame del disposto dell'art. 20 della legge n. 241/1990, non essendo la fattispecie stessa ricompresa tra i casi in cui al decorso del tempo consegue la formazione di un provvedimento di assenso implicito, casi tassativamente elencati dal D.P.R. n. 300/1992 di attuazione della richiamata disposizione.

Nel merito l'Amministrazione comunale ha dedotto, da un lato, l'incompatibilità della domanda formulata dalla società ricorrente con i criteri fissati dalla delibera di Quartiere n. 45/03 sia per il carattere non provvisorio che per le dimensioni dell'installazione e, dall'altro, la legittimità della delibera consiliare n. 442/03, adottata in attuazione della sentenza del TAR del Veneto n. 2754/03.

Con ordinanza del 24 settembre 2007 il Collegio ha respinto

l'istanza di sospensiva in considerazione della assenza di gravità del danno prospettato.

All'udienza del 27 marzo 2008 il ricorso è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento per quanto rilevato nel primo motivo di censura.

Con il primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione dell'art. 20 della legge n. 241/90 poiché, essendo stata presentata l'istanza per la concessione del plateatico in data 21.3.2006, e cioè quasi un anno prima dell'atto di diniego impugnato, emesso il 20.4.2007, la società ricorrente ritiene che, in considerazione del decorso del termine di 60 giorni previsto dall'art. 5, 7 ° comma, del Regolamento comunale COSAP, il detto procedimento si sia positivamente concluso con la formazione implicita dell'atto concessorio. Conseguenza immediata e diretta di tale affermazione è l'impossibilità per l'amministrazione di pronunciarsi una seconda volta sulla medesima istanza, residuando in capo ad essa, semmai, le eventuali determinazioni riconducibili al potere di autotutela, esercitabile secondo le prescrizioni dell'art. 21 *quinquies* e dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990.

Come noto, attraverso l'istituto del c.d. silenzio-assenso, previsto dall'art. 20 della legge sul procedimento amministrativo,

l'ordinamento fa discendere dall'inerzia dell'amministrazione la formazione di quell'assetto di interessi previsto soltanto in astratto dalla legge e al quale il privato concretamente aspira con la propria istanza.

Il meccanismo che sottende a tale istituto prevede che la presentazione da parte del privato di un'istanza alla P.A., ove non seguita entro un termine prestabilito dall'adozione da parte di quest'ultima di un provvedimento espresso, si converta in un assenso all'istanza medesima.

Invero, la generale applicazione del silenzio-assenso introdotta con la novella della legge n. 80/2005 ha esattamente capovolto la prospettiva risultante dal quadro normativo precedente, nel quale si era demandato ad un atto di normazione secondaria (il DPR n. 300/92) la individuazione delle fattispecie alle quali applicare il meccanismo di semplificazione amministrativa di cui si tratta, con la conseguenza che, nelle ipotesi non espressamente previste, il privato che aspirasse ad un provvedimento esplicito, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, conservava la possibilità di proporre ricorso avverso il c.d. silenzio-rifiuto (o silenzio-inadempimento).

È così che rispetto al sistema precedente può parlarsi di una rottura netta. Se prima delle modifiche sopravvenute nel 2005, infatti, il meccanismo di cui all'art. 20 poteva essere considerato un'eccezione al principio della conclusione del procedimento mediante provvedimento espresso (cfr. art. 2, c. 1, legge n. 241/90) ed era

ammesso solo in ipotesi tassativamente determinate, ora con la legge n. 80/2005 esso diviene una regola generale, mentre sono divenute tassative le eccezioni a tale regola.

Del resto tale ribaltamento di prospettiva, in forza del quale il comportamento omissivo della P.A. viene equiparato all'atto di accoglimento dell'istanza del privato, si inferisce agevolmente dalla piana lettura del novellato art. 20 della legge n. 241/90, che prevede l'applicazione del silenzio – assenso “nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di *provvedimenti amministrativi*” (comma 1), di guisa che il riferimento alla macrocategoria del “provvedimento amministrativo” appare omnicomprensivo di tutti gli atti di natura autorizzatoria, con la sola esclusione di quelle fattispecie relative a beni sottoposti al vincolo storico-artistico ed al vincolo paesaggistico, all'adempimento di obblighi internazionali e alla tutela di interessi pubblici fondamentali, legati all'igiene, all'incolumità ed alla sicurezza pubblica (art. 20, 4° comma).

Il Collegio ritiene, dunque, dirimenti, in ordine al motivo in esame, le menzionate modifiche apportate dalla legge n. 80/2005 alla legge sul procedimento amministrativo.

Sulla scorta delle su richiamate considerazioni appare, allora, non condivisibile l'assunto dell'amministrazione comunale secondo la quale l'istanza di concessione di occupazione di suolo pubblico presentata dalla società ricorrente, in quanto non contemplata tra quelle indicate nella tabella C allegata al D.P.R. n. 300/1992, non

rientrerebbe tra le ipotesi di silenzio – assenso disciplinate dal citato art. 20.

La generale applicazione del silenzio-assenso introdotta con la novella della legge n. 80/2005, nonché la certa esclusione del provvedimento gravato da quelli oggetto della deroga prevista dal 4° comma dell'art. 20 della legge n. 241/1990, consentono di ritenere che nella fattispecie in esame con il decorso del termine previsto dall'art. 5, 7° comma, del Regolamento COSAP si sia formato il provvedimento concessorio

Il tardivo diniego, pertanto, risulta tecnicamente inconfigurabile alla luce del combinato disposto dei commi 1° e 3° della disposizione di legge più volte menzionata, e ciò a prescindere dalla valutazione sulla conformità a legge o meno della domanda del privato. In tal caso, infatti, come correttamente sostenuto da parte ricorrente, l'unica strada percorribile dall'amministrazione potrebbe essere –e rimane- quella dell'annullamento d'ufficio degli effetti del silenzio in via di autotutela.

Tale manifestazione di volontà mai potrebbe essere incorporata in un tardivo provvedimento di diniego poiché, come ribadito anche recentemente dal Consiglio di Stato “il nuovo testo (dell'art. 20) al comma 3 esplicitamente accoglie il principio, già enunciato dalla giurisprudenza, che il silenzio assenso, formatosi per decorso del tempo prescritto dall'inoltro dell'istanza, non può essere considerato dall'Amministrazione *tamquam non esset*, ma può formare oggetto di

provvedimenti caducatori nella via dell'autotutela” (cfr CdS 1339/2007).

Dunque, in una fase successiva alla formazione del silenzio-assenso, l'amministrazione resistente avrebbe potuto intervenire soltanto attraverso l'esercizio di un potere di annullamento (o di revoca, ex art. 21-*quinquies*, della legge n. 241/90), così come previsto dal su citato art. 20. Va peraltro considerato che tale forma di potere in sede di autotutela decisoria deve essere spesa, secondo il dettato del nuovo art. 21 *nonies* (richiamato dal 3° comma dell'art. 20), entro un ragionevole lasso di tempo, tenendo altresì conto di uno specifico interesse pubblico alla rimozione della situazione delineatasi con il silenzio-assenso, nonché degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Dato che le sentenze del giudice amministrativo servono anche da guida per l'azione amministrativa futura dell'ente locale, il collegio non ritiene inutile aggiungere che secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, sin da prima della citata novella alla legge n. 241/1990 gli atti di autotutela (sia l'annullamento che la revoca) sono stati in generale assoggettati ad alcune limitazioni 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 (v. 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.).

Alla luce delle premesse sin qui svolte deve, quindi, dichiararsi illegittimo il diniego emanato dall'amministrazione resistente in quanto tardivamente adottato, dovendosi a tal fine considerare perentorio il termine di 60 giorni, entro il quale emanare la decisione sulla domanda di concessione, di cui all'art. 5, comma 7, del regolamento COSAP, letto alla luce dell'art. 20 – nuovo testo, della l. n. 241 del 1990.

Un eventuale annullamento in autotutela del provvedimento concessorio formatosi a seguito del decorso del termine prestabilito non potrebbe non presupporre motivate ragioni di pubblico interesse sottese all'atto di ritiro, con l'indicazione delle ragioni di non conformità della concessione di plateatico richiesta rispetto ai criteri stabiliti nelle delibere comunali disciplinanti la materia e con la motivazione anche in ordine alla ponderazione degli interessi pubblici e privati contrapposti.

Nonostante il carattere decisivo delle considerazioni su esposte per poter accogliere il ricorso il collegio non ritiene inutile rilevare l'infondatezza della seconda censura sollevata da parte ricorrente.

Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento gravato in quanto il Comune non avrebbe tenuto nel debito conto la deroga prevista dalla delibera n.

45/03 per la collocazione di pannelli, vetrinette e bacheche nei percorsi la cui larghezza superi i metri 3,20: nel ricorso si legge che il porta menu e i vasi da fiori sarebbero “meri accessori di richiamo rispetto al locale principale”;

Invero l’atto di diniego gravato richiama espressamente la delibera della Giunta comunale n. 380 del 15 luglio 2005, che a sua volta, nel confermare i criteri regolamentari della precedente deliberazione di Giunta n. 442 del 10 luglio 2003, ha prorogato l’esclusione di nuove concessioni di occupazioni di suolo pubblico nei percorsi turistici fino ad un massimo di tre anni, con la sola deroga delle occupazioni temporanee per le quali sia già stata rilasciata almeno una concessione negli ultimi tre anni.

Entrambe le deliberazioni ora richiamate fanno riferimento, nelle premesse, ai criteri adottati dai Consigli di Quartiere n. 1 e n. 2, in ciò aderendo in pieno al disposto di cui all’art. 5, 5° comma, del Regolamento comunale COSAP.

Tale ultima disposizione, infatti, prevede che i Consigli di Quartiere deliberano, *“di concerto con l’Amministrazione comunale, con riguardo ai luoghi dove si intende favorire, limitare o escludere l’occupazione del suolo e alle attività da incentivare o da disincentivare attraverso lo strumento dell’occupazione del suolo”*, i criteri in base ai quali concedere le occupazioni permanenti di pubblici servizi legate al commercio.

Per quanto qui più interessa i criteri sono stati successivamente integrati (all'art. 5) con deliberazione del Consiglio di Quartiere n. 45 del 10 luglio 2003, che, nel disporre un divieto generale di nuove concessioni di utilizzo di suolo pubblico nei percorsi turistici, ha altresì previsto, per quelli di larghezza superiore a metri 3,20, - in espressa deroga al suddetto divieto - la sola "*collocazione provvisoria (limitatamente all'orario di apertura del negozio), di pannelli, vetrinette, e bacheche con le caratteristiche indicate alle lettere a), b), c) del comma V dell'art. 8*", ossia a condizione che:

“a) sia mantenuta una fascia di rispetto di cm 20 dall'elemento lapideo di contorno a fori porta e finestra;

b) siano con struttura in legno o ferro verniciato;

c) abbiano, un'altezza massima di cm 120, ed uno spessore, compresa la mercanzia esposta, non superiore a cm 10 per i pannelli e le bacheche e cm 20 per le vetrinette”.

Da quanto premesso, appare evidente l'assenza delle caratteristiche per ottenere la deroga al divieto di nuove concessioni nell'istanza formulata dalla società ricorrente, finalizzata ad ottenere un plateatico delle dimensioni di cm 70x510 in corrispondenza dell'ingresso del ristorante per l'installazione di un porta menù alto m. 1,50 (ossia, di 30 cm superiore al limite di cui alla lett. c sopra menzionata) e di n. 2 vasi con piante (non ricompresi nell'elenco sopra descritto).

In conclusione, assorbita ogni ulteriore censura non espressamente esaminata, l'impugnato diniego va annullato.

Nonostante l'esito del giudizio sussistono giustificati motivi, in considerazione della novità della questione trattata, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, terza sezione, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, lo accoglie per le ragioni e nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla il provvedimento di diniego prot. 173432 del 20.4.2007, notificato il 17.5.2007.

Compensa le spese e competenze del giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Venezia, in Camera di Consiglio, il 27 marzo 2008.

Il Presidente F. F.

L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Terza Sezione