



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

(Sezione Seconda *Ter*)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 14656/1997 proposto da XXXX, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Giovannelli nello studio del quale è elettivamente domiciliato in Roma, via Sabotino n. 2/A;

contro

il Comune di Roma, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Cristina Montanaro dell'Avvocatura comunale e domiciliato presso gli Uffici di quest'ultima in Roma, Via del Tempio di Giove n. 21;

per l'annullamento

- dell'ordinanza n. 366 del 26 agosto 1997 con cui il Sindaco, conformemente al parere contrario della Commissione, ha negato al ricorrente il rilascio dell'autorizzazione amministrativa per la vendita di generi compresi nella tabella merceologica XIV;
- di tutti gli atti connessi, presupposti e/o consequenziali ivi compreso il Piano di Commercio del Comune di Roma.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma;

VISTE le memorie prodotte dal ricorrente a sostegno delle proprie difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 26 gennaio 2009 il Primo Ref.

Daniele Dongiovanni;

Uditi, ai preliminari, l'avv. Giovannelli per il ricorrente e l'avv. Delfini, in sostituzione dell'avv. Montanaro, per il Comune resistente;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Il ricorrente, in data 10 luglio 1997, ha presentato al Comune di Roma istanza per il rilascio dell'autorizzazione relativa alla vendita di prodotti di ottica e fotografia (di cui alla tabella merceologica XIV) nel locale sito in Roma, via, dove l'interessato già svolgeva attività di laboratorio artigianale di ottica.

Con ordinanza n. 366 del 26 agosto 1997, notificata in data 10 ottobre 1997, l'amministrazione comunale ha negato il rilascio dell'autorizzazione, conformandosi al parere contrario della Commissione commercio secondo cui *"ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 9 del Piano del commercio, il locale non ha la destinazione commerciale all'uso richiesta"*.

Avverso tale atto, ed ogni altro a questo connesso, presupposto e consequenziale, ha proposto impugnativa l'interessato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, per i seguenti motivi:

1) *violazione dell'art. 20 della legge n. 241/90 in relazione al DPR n. 384/1994*

nonché al DPR n. 300/1992, nonché degli artt. 137 e ss. c.p.c.; eccesso di potere sotto il profilo della carenza di potere, travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti; contraddittorietà, illogicità e ingiustizia manifesta; difetto assoluto di motivazione; incompetenza.

In relazione alla istanza del ricorrente presentata in data 10 luglio 1997, si è formato il silenzio assenso posto che l'art. 3 del DPR n. 384/94 prevede che *"...la domanda di autorizzazione all'apertura, ampliamento o trasferimento di esercizi di vendita si intende accolta qualora l'amministrazione comunale non deliberi su di essa entro novanta giorni dalla sua presentazione"*.

Il provvedimento di diniego, sebbene adottato il 24 agosto 1997, è stato notificato in data 10 ottobre 1997 ovvero quando erano già trascorsi i predetti 90 gg. di cui al citato art. 3 del DPR n. 384/94.

Né a ciò può opporsi il fatto che la domanda non rispetta i requisiti di cui al DPR n. 300/92 in quanto l'amministrazione avrebbe dovuto far rilevare la presenza di eventuali carenze dell'istanza entro 10 gg. dal ricevimento; in assenza di siffatta comunicazione, il predetto termine continua a decorrere ai fini della formazione del silenzio assenso (cit. art. 3).

A ciò si aggiunga che la notifica è stata effettuata al cognato del ricorrente ovvero nei confronti di un soggetto non legittimato a riceverla, il che ne determina la nullità.

Il provvedimento impugnato, in ragione del fatto che si è formato il silenzio assenso sull'istanza del ricorrente, deve quindi considerarsi adottato in carenza

di potere;

2) violazione dell'art. 19 della legge n. 241/90 in relazione al DPR n. 411/94; eccesso di potere per erroneità nei presupposti, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, illogicità e contraddittorietà manifesta, difetto assoluto di motivazione; carenza di potere.

Alla fattispecie sembra, peraltro, applicabile l'art. 19 della legge n. 241/90 in materia di DIA, come modificato dalla legge n. 537/93, secondo cui il provvedimento inibitorio all'inizio dell'attività deve essere adottato dall'amministrazione entro 60 gg. dalla presentazione della denuncia.

Ed invero, posto che l'esercizio di vendita di generi compresi nella tabella merceologica XIV non è soggetta a contingentamenti numerici, non residua alcun margine di discrezionalità nell'amministrazione e, pertanto, l'attività di che trattasi è assoggettabile alla disciplina della DIA;

3) violazione e falsa applicazione della legge n. 426/71, artt. 11 e ss. e 24 del DM 375/88, in relazione al combinato disposto dell'art. 25 della legge n. 45/87 e art. 7 della LR Lazio n. 3/87 nonché della legge n. 765/67; eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità nei presupposti, contraddittorietà, illogicità e ingiustizia manifesta.

Il richiamo all'art. 9 del Piano del commercio effettuato dal Comune resistente per negare l'autorizzazione di che trattasi è illegittimo in quanto la giurisprudenza ha sempre affermato che non può essere negato il rilascio del titolo commerciale per incompatibilità con la disciplina urbanistica.

Va, poi, osservato che il locale ha destinazione C2 (deposito) ed è stato, a suo tempo, autorizzato a svolgere attività di laboratorio artigianale di ottica.

Tale destinazione non appare incompatibile con l'attività di vendita che si intende effettuare nel locale in argomento unitamente a quella di laboratorio;

4) violazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 e della legge n. 287/91; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione.

Il solo richiamo nel provvedimento impugnato all'art. 9 del Piano del commercio è del tutto insufficiente e tale carenza di motivazione rende illegittimo il provvedimento impugnato.

Si è costituito il Comune di Roma per resistere al ricorso.

Con ordinanza n. 2745/97, è stata accolta la domanda di sospensiva.

Con ordinanza istruttoria n. 10458/08, è stato chiesto all'amministrazione resistente di depositare una relazione sui fatti di causa ed, in particolare, sull'attività svolta dall'amministrazione resistente in esito alle indicazioni contenute nell'ordinanza della Sezione n. 2745 del 10 dicembre 1997 con cui, nell'accogliere la domanda cautelare, sono stati fatti salvi gli eventuali provvedimenti assunti una volta espletata l'attività di controllo circa la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge 426/1971.

In prossimità della trattazione del merito, il ricorrente ha depositato memoria insistendo nell'accoglimento del ricorso.

Il Comune di Roma non ha adempiuto all'incombente istruttorio.

Alla pubblica udienza del 26 gennaio 2009, la causa è stata trattenuta dal

Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo è fondato e l'accoglimento delle censure ivi contenute riveste carattere assorbente rispetto alle altre doglianze proposte dall'interessato.

1.1 Deve, invero, ritenersi che, sull'istanza presentata dal ricorrente in data 10 luglio 1997 finalizzata ad ottenere l'autorizzazione alla vendita di prodotti di ottica e fotografia (tabella merceologica XIV), si è formato il silenzio assenso posto che il diniego impugnato, seppure adottato nel mese di agosto 1997, è stato notificato in data 10 ottobre 1997 ovvero una volta trascorsi i 90 giorni previsti dall'art. 3 del DPR n. 384/94 secondo cui *"...la domanda di autorizzazione all'apertura, ampliamento o trasferimento di esercizi di vendita si intende accolta qualora l'amministrazione comunale non deliberi su di essa entro novanta giorni dalla sua presentazione"*.

Né può ritenersi che l'amministrazione comunale abbia rispettato i termini previsti dalla norma da ultimo richiamata, avendo la stessa emanato l'atto in data 26 agosto 1997 (ovvero 47 giorni dopo la presentazione dell'istanza) in quanto la norma di rango secondario contenuta nel D.P.R. n. 384/94 deve essere interpretata, pena la sua illegittimità e conseguente disapplicazione, alla luce di quanto previsto dall'allora vigente art. 20 della legge n. 241/90 secondo cui, per evitare la formazione del silenzio assenso, il provvedimento negativo deve essere anche comunicato all'interessato entro il termine fissato per la conclusione del relativo procedimento.

In altre parole, nei casi in cui risulti applicabile l'istituto del silenzio assenso, fino a quando non sia stato comunicato all'interessato il provvedimento esplicito sfavorevole, non si interrompono i termini per la formazione dell'atto tacito che prevale su quello esplicito nel caso in cui quest'ultimo non sia stato portato a conoscenza dell'istante entro il termine di conclusione del procedimento.

Da ciò deriva che l'atto tacito prevale su quello esplicito sfavorevole all'interessato e quest'ultimo deve essere ritenuto invalido in quanto il potere dell'amministrazione, proprio perché comunicato oltre i termini di conclusione del procedimento, è stato esercitato in contrasto con l'art. 20 della legge n. 241/90 e quindi in maniera illegittima.

1.2 Per completezza, si segnala che, alla fattispecie in esame, non risulta applicabile l'art. 19 della legge n. 241/90 in materia di DIA in quanto, in disparte la sussistenza o meno dei contingenti numerici, non può dirsi che, all'epoca dei fatti (1997, circa 10 anni prima delle c.d. "liberalizzazioni" introdotte dal D.L. n. 223/2006), non residuassero in capo all'amministrazione margini di discrezionalità nel rilascio delle autorizzazioni di che trattasi in base alla situazione di fatto esistente nella zona e nei luoghi dove si intendeva avviare l'attività commerciale.

1.3 Va, poi, osservato che la Sezione, con ordinanza istruttoria n. 10458/08, ha chiesto all'amministrazione resistente di depositare una relazione sull'attività svolta in esito alle indicazioni contenute nell'ordinanza della Sezione n. 2745 del 10 dicembre 1997 con cui, nell'accogliere la domanda cautelare, erano stati fatti

salvi gli eventuali provvedimenti assunti una volta espletata l'attività di controllo circa la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge 426/1971.

Ora, posto che il Comune resistente non ha adempiuto al suddetto incombenza, il Collegio, nel valutare tale condotta ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., deve desumere che la predetta attività di controllo non sia stata effettuata, dal che consegue che, allo stato, non sussistano elementi in grado di far ritenere che l'attività del ricorrente venga svolta in difetto dei requisiti richiesti dalla normativa all'epoca vigente.

Da ciò consegue che, allo stato degli atti, non vi sono i presupposti per attivare il potere di autotutela riconosciuto in capo all'amministrazione comunale ed, in ogni caso, l'eventuale avvio del procedimento di secondo grado dopo più di 10 anni dalla formazione del silenzio assenso dovrebbe essere valutato, ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/90, anche alla luce del tempo trascorso.

2. In conclusione, previo assorbimento delle ulteriori censure dedotte dall'interessato, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dell'atto impugnato.

3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. Seconda *Ter*, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Roma al pagamento in favore del ricorrente delle spese

di giudizio che si liquidano in euro 1.000,00 (mille/00) oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 26 gennaio 2009, con
l'intervento dei magistrati:

Michele Perrelli - Presidente

Maria Cristina Quiligotti – Componente

Daniele Dongiovanni – Componente est.