

T.A.R. Toscana - Sezione III

Sentenza 2 luglio 2007, n. 1013

*N. 1013 REG. SENT.
ANNO 2007
N. 2227 REG. RIC.
ANNO 2005*

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER LA TOSCANA

- III^SEZIONE-

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso n. 2227 del 2005 proposto da S.p.A. X. in persona del Presidente pro tempore del Consiglio di Amministrazione, Sig.ra P. T., rappresentata e difesa dagli avv.ti Renzo Migliorini e Roberto Righi ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo di essi in Firenze, Via A. Lamarmora 14

contro

- Comune di Viareggio, in persona del Sindaco pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Calogero Narese e Corrado Buccheri, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Firenze, Via dell'Oriuolo n. 20,

e nei confronti

- di G. P., titolare della Y., costituitasi in giudizi, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Stancanelli e Antonio Stancanelli, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Firenze, via Masaccio 172

per l'annullamento

previa sospensione, della delibera n. 598 del 27 settembre 2005 della Giunta Comunale di Viareggio, avente ad oggetto "Concessioni.Arenile comunale di Ponente. X. Spa.

Richiesta ampliamento dell'attività di bar con aggiunta libreria. Presella 139", notificata in data 4 ottobre 2005;

nonché del provvedimento del Dirigente del Settore Edilizia Privata/Sportello Unico Attività Produttive, datato 7 ottobre 2005, notificato in data 9 ottobre 2005.

Nonché se ed in quanto occorrer possa per l'annullamento in partibus quibus degli art. 6 lett. e) e 14 del vigente capitolato delle aree di proprietà del Comune di Viareggio, approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 114/1999.

Visto il ricorso e la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Viareggio e della sig.ra Graziella P.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 17 gennaio 2007 - relatore il Consigliere Raffaele Potenza -, gli avv. ti R. Righi, C. Narese e A. Stancanelli;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Col ricorso in esame la società istante ha esposto quanto segue.

La Soc. X. è titolare di concessione-contratto del 18 gennaio 2000 (che in realtà a suo avviso può integrare una ipotesi di locazione superficiaria) relativa alla presella 139, nonché proprietaria dell'immobile insistente sulla detta presella, sito in Viareggio, Viale xxxxx, e titolare dell'azienda Bar-Pizzeria Ristorante operante in Viareggio nei locali anzidetti e denominata X..

La concessione contratto è disciplinata da specifico regolamento, approvato con deliberazione consiliare del Comune (n. 114/1999).

Nei medesimi locali dell'edificio "de quo", soggetto al vincolo storico della legge n. 1089/39 (stabilimento passeggiata lungomare di Viareggio), la società istante esercitava congiuntamente due licenze commerciali (tipo a e tipo b, bar e ristorante), mediante affitto dell'azienda ad altra società. Quest'ultima, tuttavia, recedeva dal contratto per il ramo d'azienda relativo all'attività di bar (accordi in data 4 e 29 aprile 2005) che, con successivo preliminare di affitto (accordo 18.5.2005), la ricorrente stabiliva di affidare ad una società editoriale, tipologia individuata in relazione al progetto di adibire gli spazi sino a quel momento destinati al bar, ad un bar-libreria; correlativamente l'affitto dell'azienda proseguiva limitato al solo ristorante-pizzeria (il contratto era sottoposto alla condizione sospensiva dell'ottenimento delle autorizzazioni comunali prescritte).

Poiché detti accordi comportavano la necessità di separare il locale secondo le concordate e distinte attività aziendali, la società X., dopo aver acquisito il parere favorevole della sovrintendenza sotto il profilo paesaggistico, presentava al Comune:

- denuncia di inizio di attività edilizia (DIA 23 5 2005) per realizzare i lavori di divisione del locale;
- comunicazione (25 5 05) della nuova attività commerciale ed intestazione di licenza;
- richiesta (1 6 2005) dell'autorizzazione necessaria ai sensi dell'art. 14 capitolato regolante la concessione.

Tuttavia con delibera giunta (n. 598 del 27 settembre 2005) il Comune si esprimeva sfavorevolmente verso la domanda di intervento edilizio e la conseguente attivazione commerciale dell'esercizio bar-libreria (det. dirig. in data 7 10 05).

Avverso tali provvedimenti la ricorrente ha pertanto adito questo Tribunale, domandando quanto specificato in epigrafe e deducendo motivi così riassumibili:

- Violazione dei principi desumibili dagli artt. 1, 2, 19 e 20 della Legge 7 agosto 1990 n. 241. Violazione art. 14, 11° comma del Capitolato approvato con la deliberazione del Consiglio comunale di Viareggio n. 114/1999. Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento.
- Ulteriore violazione artt. 1 e 2 Legge 7 agosto 1990 n. 241. violazione art. 10 bis Legge 7 agosto 1990 n. 241.
- Violazione e falsa applicazione dell'art. 111 L. R. Toscana 27 febbraio 2005 n. 28. Contraddittorietà e illogicità manifesta della motivazione.
- Violazione e falsa applicazione dell'art. 23 del Capitolato delle aree di proprietà del Comune di Viareggio approvato con la deliberazione del Consiglio comunale n. 114/1999. Ulteriore eccesso di potere per violazione del giusto procedimento.
- Violazione dei principi desumibili dall'art. 3 della Legge 241/1990. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 6 e 14 del Capitolato delle aree di proprietà del Comune di Viareggio approvato con la deliberazione del Consiglio comunale n. 114/1999. Eccesso di potere per illogicità manifesta.
- violazione artt. 3, 23, 41, 42, 97 Cost.. Violazione art. 4 Preleggi. Violazione art. 826 Cod. civ..
- Illegittimità derivata violazione art. 10 bis L. 241/1990. Violazione art. 84 L. R. T. 3 gennaio 2005 n. 1.

A sostegno di tali deduzioni sono state svolte considerazioni che si intendono qui richiamate.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione intimata e la rappresentante della società "Y.", situata a fianco del X.. controinteressata al ricorso (e notificataria del

medesimo), resistendo all'impugnativa esponendo in successiva memoria le proprie argomentazioni difensive.

Alla Camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare il Tribunale ha respinto l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati (ord. n.144/2006).

Anche parte ricorrente ha riassunto in memoria le proprie tesi ed alla pubblica udienza del 17 gennaio 2007 il ricorso è stato discusso e trattenuto in decisione nel merito.

DIRITTO

1 - Precede la trattazione del merito del ricorso, l'esame delle eccezioni processuali sollevate dalle controparti.

1.a - La prima è incentrata sulla tardività dell'impugnativa della delibera giuntale n. 598/2005, notificata il 4.10.05, mentre il ricorso è stato notificato il 6 12 05. Le controparti non allegano tuttavia alcuna prova documentale della notificazione della delibera in data 4.10.05, non assolvendo perciò all'onere che in materia grava sul soggetto che eccepisce la tardività (v. ex multis, CDS, IV, n. 8219/03). L'eccezione deve perciò essere disattesa.

1.b - Il Comune di Viareggio ha anche eccepito l'acquiescenza della ricorrente al provvedimento de quo, avendo essa sottoscritto una nota (n. prot comunale 1406 del 7 11 2005) manifestante la volontà di adeguarsi ad esso. Anche tale rilievo non può essere condiviso. Ove la difesa comunale intenda poggiare l'eccezione sulla relazione tecnica (doc. 22, senza data) sottoscritta anche dalla parte ed in cui si fa riferimento a precedente comunicazione (7 10 05) di non effettuazione delle opere, il Collegio osserva che essa è del tutto inidonea a configurare acquiescenza. Ed invero nella richiamata comunicazione 7.10.05 (doc. 14 produz. ricorrente), peraltro resa per ottenere il perfezionamento di una seconda e diversa DIA presentata, si manifesta espressamente di non ritenere giuridicamente fondata la decisione della Giunta e si fa espressa riserva di impugnarla.

1.c - Anche la terza eccezione comunale, che fa leva sul divieto di compresenza di due licenze in unico esercizio, introdotto dall'art. 111 della legge regionale toscana n. 28/2005 che stabilisce in tali casi la decadenza, non può essere condivisa. Diversamente da quanto stabilisce la legge citata, non risulta che il Comune abbia pronunciato la decadenza di cui si tratta. L'osservazione preclude quindi in radice la tesi della inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, palesando al contrario che, ove il progetto di separazione dei locali domandato fosse stato assentito, avrebbe condotto ad una licenza commerciale per ciascun locale, come prevede l'art. 111 della legge citata.

1.d - Infondata è infine anche l'ultima eccezione di inammissibilità, per la quale, avendo la ricorrente accettato (con la concessione-contratto) il potere discrezionale del Comune di preventivamente verificare ed autorizzare gli interventi sull'immobile, non potrebbe ora contestare gli atti che ne costituiscono esercizio. A parte il dubbio che la tesi presupponga una sorta di clausola negoziale in qualche modo limitativa del diritto d'azione giurisdizionale, e come tale di dubbia legittimità, va osservato che la controversia verte non sulla legittimità dei cennati poteri ma sulla corretta applicazione della peculiare normativa edilizia alla fattispecie, a fronte delle istanze di intervento

proposte. L'accettazione di una normativa regolante un determinato rapporto non preclude infatti di contestare la legittimità dei provvedimenti attuativi delle disposizioni che la compongono, soprattutto allorché queste, come nel caso in esame, consentano valutazioni di ampio contenuto discrezionale sindacabili sotto i profili dell'eccesso di potere.

2 - Nel merito, il primo dei provvedimenti impugnati (delib. giunta 598/05), è costituito da un parere che nella particolare costruzione normativa e procedimentale del capitolato regolante la gestione dell'immobile, costituisce un diniego di autorizzazione reso sulla domanda edilizia di divisione dei locali. Dall'esame dell'articolata motivazione opposta dal Comune, emergono due ragioni così riassumibili:

- contrasto con la normativa commerciale, richiamata tra le altre dall'art. 1, punto, 8 del capitolato, in base alla quale la licenza di tipo b (che si intendeva trasferire a seguito della divisione del locale) non risultava più valida in quanto decaduta, ex art. 111 legge reg.toc. n. 28/05, per mancata cessione del relativo ramo entro i termini di 90gg. dall'entrata in vigore della legge;

- insussistenza dei presupposti per l'autorizzazione prescritta dall'art. 14, punto 5 lett. d del capitolato, non presentando l'intervento elementi apprezzabili di miglioramento della qualità dell'area e recando elementi disgreganti dell'unitarietà del complesso architettonico.

Il provvedimento dirigenziale, reso sulle domande inerenti le licenze commerciali, è stato adottato in conseguenza della delibera giunta.

2.a - Va esaminata con priorità la censura procedimentale (secondo gruppo di motivi) che lamenta difetto di contraddittorio nel procedimento, in violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/90, non avendo il Comune reso note alla società istante le ragioni ostative all'accoglimento della domanda. **La finalità della norma invocata, tuttavia, non pare possa consentire la sua applicazione in maniera rigorosamente produttiva di illegittimità del provvedimento ogni qual volta essa risulti violata.** Se è infatti vero, ed emerge dalla relazione al disegno di legge (CD, n. 3890), che la disposizione tende a limitare il contenzioso tra cittadino e pubblica amministrazione, deve però anche prendersi atto che la finalità collaborativa della disposizione trova sua ragione, e nel contempo si esaurisce, nello stesso termine di conclusione del procedimento, e che la eventuale sentenza di annullamento per violazione dell'art. 10bis non precluderebbe all'Amministrazione di rinnovare la medesima determinazione adempiendo al dettato della norma, cioè indicando nuovamente le medesime ragioni già adottate col provvedimento annullato. Tale rigorosa conclusione applicativa dell'art. 10bis, che pare peraltro ben lontana dal principio di economicità del procedimento amministrativo, pare al Collegio debba ragionevolmente evitarsi nelle fattispecie in cui le motivazioni ostative siano state diffusamente esposte dal provvedimento finale e soprattutto parte ricorrente non dimostri la loro illegittimità (su tale punto si rinvia all'esito della censura esaminata al punto 2.e). Conclusivamente su tale aspetto ritiene il Tribunale che il motivo di violazione dell'art. 10 bis, non conducendo ad alcuna utilità sostanziale, non sia assistito da un interesse sostanziale, risultando inammissibile.

2.b - E' poi infondata la doglianza (primo gruppo di motivi) che sostiene la formazione del silenzio-assenso sulla domanda di autorizzazione, argomentando che, in base all'art.

14, punti 5/lett. d ed 11 del capitolato, ed in deroga al divieto di affitto d'azienda da questo previsto (art. 14, punto 3), gli interventi di qualità in merito alla valorizzazione delle aree debbono essere autorizzati espressamente ed intervenire entro sessanta giorni.

Sul punto premette il Collegio l'inapplicabilità alla fattispecie dei meccanismi procedurali del silenzio-assenso in materia edilizia e ciò pur in presenza del principio generale oggi sancito dall'art. 36 del d.leg.vo n. 490/99 (diversamente dal precedente orientamento di cui in CDS, ad. gen.n.137/94 e TAR Toscana, III, n. 329 e recepito dall'art. 19 della legge 241/90, nel testo previgente al d.l. 35/05) e dell'art. 20 della legge n. 241/90, integrato dalle numerose fattispecie previste dal regolamento attuativo; nel caso in esame occorre infatti tenere presente che la normativa recata dal capitolato, attesa l'assoluta peculiarità tipologica della tutela accordata all'immobile, assume valenza speciale e quindi derogatoria del sistema generale, ed è stata espressamente sottoscritta dalla concessionaria quale presupposto stesso della concessione-contratto regolante il rapporto "de quo".

Le espressioni "dovrà essere espressamente autorizzata" e "nel termine di sessanta giorni", utilizzate dall'art. 14 punto 11 del capitolato, non possono che essere interpretate nel senso di escludere la formazione implicita del titolo edilizio, indicando semplicemente il divieto che gli interventi possano avvenire senza esplicita autorizzazione dell'amministrazione, questa è rilasciabile solo in quanto sussistono le condizioni posti dalla normazione di cui si tratta (qualità degli interventi di valorizzazione delle aree), e nel termine di sessanta giorni. Pertanto il mancato rispetto di quest'ultimo, pure censurato dal ricorso, non assume rilievo in punto di legittimità, non configurando il suo inutile decorso alcun effetto giuridico favorevole.

- Al termine dell'ordine di doglianze in esame, la ricorrente argomenta che la delibera impugnata dovrebbe essere interpretata come atto di autotutela, e che, in quanto tale, avrebbe dovuto essere motivata in ordine al pubblico interesse. La tesi è destituita di fondamento. In primis la delibera giuntale non procede alla rimozione di alcun atto amministrativo, elemento che invece costituisce connotazione essenziale dell'autotutela; il provvedimento reca comunque una motivazione in tutta evidenza conferente col pubblico interesse, consistente nella valutazione dei profili di qualità degli interventi in rapporto al bene protetto richiesta dal capitolato. La censura è quindi da respingere.

2.c – Il terzo ordine di doglianze deduce la violazione dell'art. 111 legge reg. toc. n. 28/05; la delibera giuntale sarebbe illegittima nella parte in cui ha assunto a propria motivazione la sopravvenuta decadenza. La censura è condivisibile, ma non è sufficiente a determinare l'annullamento della delibera. Infatti è vero che la decadenza in parola non opera "ope legis", richiedendo esplicitamente un provvedimento dichiarativo della decadenza che non risulta essere stato emanato; inoltre, in forza degli atti privati del 4 e del 29 aprile 2005, la ricorrente aveva trasferito il ramo di azienda prima del novantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge (25.2.05), indicato dallo stesso art. 111 ai fini della decadenza. Deve tuttavia rilevarsi che la delibera poggia autonomamente sulla già richiamata motivazione espressa in ordine alla qualità dell'intervento proposto.

2.d - La ricorrente, nel quarto ordine di censure, contesta al Comune che la delibera giuntale non sia stata preceduta dall'adozione del piano di indirizzi e valorizzazione del

patrimonio, previsto dall'art. 23 del capitolato ed i cui criteri avrebbero potuto orientare la Giunta nella valutazione da compiere sull'intervento proposto dalla ricorrente.

Tuttavia, la costruzione normativa del capitolato non consente di accedere al rilievo; ed invero dall'esame delle disposizioni emerge che la mancata adozione del piano non preclude l'esercizio dei poteri di verifica attribuiti all'Amministrazione dall'art. 14 (esercitati con l'atto de quo), come di altri poteri ad essa conferiti dal capitolato stesso.

2.e - Parimenti non può condividersi il quinto gruppo di motivi, che sostengono una indebita sostituzione, da parte del Comune, nelle valutazioni riservate alla sovrintendenza, o comunque un difetto di motivazione rispetto all'autorizzazione da essa rilasciata .

L'autorizzazione soprintendentizia (20.5.2005, n. 539) è stata infatti rilasciata (ex artt. 21 e 23 d.leg. n. 42/04) sulla base della natura edilizia della domanda proposta ed ha quindi investito il diverso profilo architettonico della costruzione, che l'organo preposto alla gestione del vincolo ha ritenuto non leso dall'intervento richiesto.

La valutazione operata dal Comune con la delibera giuntale impugnata ha invece riguardato, secondo la normativa di capitolato, il più volte ripetuto aspetto specifico se l'intervento proposto presentasse elementi apprezzabili di miglioramento della qualità dell'area, connotazione negata dal Comune ed affermata invece dalla ricorrente nelle proprie censure. Sotto tale specifico profilo osserva il Collegio quanto segue.

Vero è che l'altra parte della motivazione della delibera (disgregazione delle linee architettoniche) contrasta in linea logica con il parere sovrintendentizio favorevole sotto tale profilo, ma anche qui l'atto si palesa autonomamente sorretto dalle richiamate valutazioni consentite dall'art. 14, punto 5/d del capitolato e del tutto diverse dai profili architettonici presi in considerazione dalla sovrintendenza. Quest'ultima osservazione permette quindi di escludere che la Giunta, ai fini dell'autorizzazione, fosse vincolata all'intervenuto assenso della sovrintendenza, o dovesse quanto meno tenerne conto della stessa, motivando l'eventuale decisione in senso opposto. La Giunta ha infatti esercitato un proprio ed autonomo potere di valutazione discrezionale, ad alto contenuto tecnico, sulla qualità dell'intervento, come consentitole dalla citata norma di capitolato.

2.f - Il sesto gruppo di motivi contesta infine le norme del capitolato applicate dalla delibera giuntale, le quali costituirebbero una erronea applicazione della potestà regolamentare dell'Ente ed introdurrebbero limitazioni del diritto privato non assistite però da copertura legislativa, con violazione del codice civile (art. 826) e delle norme costituzionali di cui agli artt. 3 (principio di uguaglianza), 23 (divieto prestazioni extra-legem), 41 e 42 (proprietà privata ed impresa) e 97 (buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione).

Sono inammissibili i profili di incostituzionalità sollevati, in quanto rivolti direttamente verso un atto sottoscritto dalle parti in sede di regolamentazione pattizia, costituito dalla concessione contratto.

Le censure in esame inoltre non specificano per quale ragione sarebbe violata la legge ordinaria (l'art. 826 cod. civ. che peraltro prevede la proprietà degli Enti pubblici).

Devesi poi osservare che:

- la contestata potestà regolamentare trae invece fondamento dall'art. 61 dello Statuto del Comune di Viareggio, in base al quale il consiglio comunale disciplina con appositi regolamenti le singole materie di competenza dell'ente (in questo senso v. CDS, V, n. 132/1996);

- gli arenili marittimi e le proprietà comunali ricadenti nei medesimi costituiscono materia di competenza gestionale dei Comuni, ad essi trasferita in forza dell'art. 59 del DPR n. 616/1977 e per la Toscana dalla legge regionale n. 88/1998.

3 - L'impugnata determinazione dirigenziale 7.10.2005, emessa in conseguenza della delibera giuntale, risulta infine destinataria di motivi sollevati in via derivata da quelli dedotti contro la delibera giuntale e di uno in via autonoma.

In ordine ai primi l'infondatezza dei motivi in quella sede esaminati preclude la configurabilità dei vizi derivati.

Sul secondo, non è ipotizzabile la violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/90 (comunicazione preventiva delle ragioni ostative) allorquando il provvedimento finale sia motivato per relationem ad altro, e ne riporti espressamente le ragioni; in tali casi infatti il provvedimento richiamato a motivazione assolve nella sostanza ad una comunicazione delle ragioni ostative all'accoglimento finale dell'istanza.

4 - Il ricorso deve conclusivamente essere respinto.

- La sufficiente complessità delle questioni trattate costituisce giusta ragione per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione III[^], definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Compensa le spese di giudizio tra le parti costituite.

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

Così deciso in Firenze, il 17 gennaio 2007, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

Avvg. Angela RADESI - Presidente

Dott. Raffaele POTENZA - Consigliere est.

Dott. Andrea MIGLIOZZI - Consigliere

F.to Angela Radesi

F.to Raffaele Potenza

F.to Mara Vagnoli Collaboratore di Cancelleria

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 2 LUGLIO 2007

Firenze, lì 2 luglio 2007

Il Collaboratore di Cancelleria

F.to Mara Vagnoli