

Pubblicato il 23/02/2022

N. 00291/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00234/2017 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 per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 234 del 2017, proposto da Telecom Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Caringella, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Palmieri, 53;

contro

Comune di Volturino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Difino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paola Finocchietti in Bari, via della Costituente, 29;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della diffida del Comune di Volturino prot. n. 5312 del 9.12.2016, con la quale "si diffida la ditta Telecom Service s.r.l. ... ad intraprendere alcuna iniziativa lavorativa ... il tutto in quanto il permesso a costruire ha ormai perso efficacia in funzione dei tempi di validità" e ove necessario della nota prot. 184 del 17.1.2014;

- nonché di qualsivoglia eventuale atto presupposto, connesso e/o conseguente a quello summenzionato, anche se non conosciuto, previo accertamento della mancata decadenza del permesso per decorso del termine annuale per l'inizio lavori e/o della illegittimità dell'atto per la mancata adozione di un provvedimento formale da parte del competente organo comunale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Volturino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2022 per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - La Telecom Service s.r.l. è società pluri-concessionaria dello Stato per la radiodiffusione sonora a carattere commerciale in ambito locale in virtù delle concessioni prot. n. 906558 e n. 902120. Conseguentemente, utilizzava da diversi anni un traliccio per telecomunicazioni nel sito di Volturino (contrada Toppo La Guardia).

Sulla predetta torre (con l'annessa cabina) oltre a essere installati, tra gli altri, gli impianti di radiodiffusione della medesima Telecom Service, erano ospitati gli apparati, le attrezzature e le antenne della AMT Services s.r.l. di Bari per la rete di comunicazione a banda larga wireless utilizzata dal Comune di Volturino, al quale i summenzionati servizi erano stati messi a disposizione gratuitamente e per un tempo illimitato a spese della società deducente.

Trattandosi di traliccio obsoleto e non più adeguato, la Telecom Service manifestava l'esigenza di procedere alla sua sostituzione e pertanto, all'esito di un articolato

procedimento, le veniva rilasciato il permesso di costruire n. 12 del 7.12.2011 (notificato alla committente in data 12.12.2011) a firma del Responsabile del Servizio, geom. Giuseppe Clemente, relativamente alla “sostituzione di un traliccio per telecomunicazioni preesistente e realizzazione di una nuova cabina” sito in contrada Toppo La Guardia (foglio 27, mappale 267).

Nel permesso di costruire, al punto 12, si precisava che la costruzione doveva avere inizio entro un anno dalla data di rilascio e completata entro il termine di tre anni dalla data di inizio dei lavori.

Stante un contrasto insorto con il Comune, i lavori erano di fatto bloccati.

In data 9.12.2016 la Telecom Service comunicava la propria intenzione di riprendere le opere di sostituzione del traliccio e indicava il nome della nuova impresa incaricata.

Nella stessa data il Comune di Volturino notificava il censurato provvedimento prot. n. 5312/2016 con cui si diffidava la Telecom Service s.r.l. dal dare esecuzione ai lavori, evidenziando che il permesso di costruire aveva ormai perso efficacia in funzione dei tempi di validità.

Con nota del 30.12.2016 la Telecom Service a mezzo del suo difensore contestava la legittimità e il merito della diffida, chiedeva chiarimenti e nel contempo formulava istanza di accesso agli atti del procedimento, senza tuttavia ottenere risposta.

Con l'atto introduttivo del presente giudizio la ricorrente contestava i provvedimenti in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

1) illogicità della motivazione; contraddittorietà del provvedimento con gli altri atti del procedimento e falsa rappresentazione dei fatti; travisamento; carenza d'istruttoria; illegittimità della diffida per difetto e/o falsità del presupposto in relazione alla pretesa sopravvenuta inefficacia del permesso di costruire; violazione dei principi di trasparenza e di buona fede; sviamento: l'attività amministrativa sarebbe viziata in considerazione del fatto che non sarebbe configurabile alcuna

decadenza del permesso di costruire, essendo stati i lavori iniziati entro il termine massimo di un anno fissato nel permesso di costruire n. 12 del 7.12.2011; in ogni caso, se i lavori non sono stati portati a compimento nel termine previsto, ciò sarebbe dovuto alle illegittime interferenze dell'Ufficio tecnico e del Comune;

2) illegittimità per mancata emanazione di un formale provvedimento di decadenza del permesso a costruire; difetto del presupposto: sarebbe mancata l'adozione, da parte del Comune, di un formale atto di decadenza del permesso di costruire per decorso del termine *ex art. 15 d.p.r. n. 380/2001*.

2. - Si costituiva in giudizio il Comune di Volturino, resistendo al gravame.

3. - Con ordinanza cautelare n. 141/2017 questo T.A.R. respingeva l'istanza cautelare.

4. - All'udienza pubblica del 2 febbraio 2022 la causa passava in decisione.

5. - Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso debba essere accolto in quanto fondato.

5.1. - Preliminarmente vanno disattese le eccezioni sollevate dalla difesa comunale.

Invero, va affermata l'impugnabilità della contestata diffida del 9.12.2016.

La difesa comunale, nel sostenere la non lesività della citata diffida per mancanza dell'oggetto provvedimentale, risolve la problematica facendo riferimento esclusivo alla dizione utilizzata dal Comune di Volturino, laddove con l'atto in questione l'Amministrazione ha comunicato e sancito per la prima volta la perdita di efficacia del permesso a costruire n. 12/2011.

Ciò, tuttavia, dimostra che l'impugnazione del menzionato provvedimento prot. n. 5312 del 9.12.2016 era necessaria; così come è evidente la lesività del medesimo atto.

L'avvenuta decadenza non era stata neppure messa in dubbio in precedenza dalla P.A. e l'omessa impugnazione della diffida del 9.12.2016 avrebbe comportato il definitivo consolidamento del provvedimento *de quo*.

Quanto alla gravata nota prot. n. 184 del 17.1.2014, la stessa viene dichiaratamente impugnata dalla società ricorrente a puro scopo cautelativo, contenendo la stessa una diffida e risalendo a un periodo in cui - stante l'affermata decadenza del permesso per mancato inizio lavori - il titolo autorizzativo ipoteticamente doveva (nelle intenzioni del Comune) aver già perso la sua efficacia.

5.2. - Nel merito si rileva quanto segue.

Trova positivo apprezzamento il motivo di gravame *sub 2*).

Invero, il Comune di Volturino con l'impugnato provvedimento del 9.12.2016 ha inibito alla società ricorrente - concessionaria dello Stato per la radiodiffusione sonora a carattere commerciale in ambito locale - la possibilità di intraprendere qualsiasi attività in precedenza autorizzata con il permesso di costruire n. 12 del 7.12.2011 (notificato alla committente in data 12.12.2011), dichiarando la "perdita di efficacia" (e quindi l'avvenuta decadenza) del medesimo permesso.

Tuttavia, la diffida dell'Amministrazione resistente difetta del provvedimento prodromico, ossia del suo necessario presupposto: il formale provvedimento di decadenza del permesso.

Infatti, il Comune di Volturino, al fine di ottenere il blocco dei lavori di rifacimento, si è limitato - come correttamente rilevato da parte ricorrente - a porre in essere una condotta ostruzionistica secondo un iter semplificato, emettendo la suddetta diffida, senza farla precedere dal necessario atto di decadenza formale adottato all'esito di apposita istruttoria. La mancata adozione di quest'ultimo, per giurisprudenza amministrativa costante, integra un vizio insanabile ai fini del venir meno del permesso per decorso del termine di inizio lavori.

Come rilevato da Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823:

«... Contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza più volte richiamata, la giurisprudenza del giudice amministrativo, pur mostrandosi concorde nell'affermare che la decadenza del permesso di costruire costituisce un

effetto che discende dall'inutile decorso del termine di inizio e/o completamento dei lavori autorizzati, è, tuttavia, in prevalenza orientata a richiedere, come condizione indispensabile perché detto effetto diventi operativo, l'adozione di un provvedimento formale da parte del competente organo comunale, ancorché meramente dichiarativo e con efficacia *ex tunc*, qualunque sia l'epoca in cui è stato adottato e quindi anche se intervenuto molto tempo dopo che i termini in questione erano inutilmente decorsi, e ancorché i suoi effetti retroagiscano al momento dell'evento estintivo. Si tratta, in effetti, di una giurisprudenza risalente nel tempo (cfr. Cons. St., sez. V, 15.6.1998, n. 834; Cons. St., sez. V, 23.11.1996, n. 1414, per il quale l'adozione del provvedimento dichiarativo della decadenza costituisce condizione per l'esercizio dei poteri sanzionatori amministrativi e per l'insorgenza dell'eventuale responsabilità penale del titolare del permesso di costruire per il caso di esecuzione dei lavori oltre il termine prescritto dalla concessione edilizia) e sovente riproposta (Cons. St., sez. V, 20.10.2004, n. 5228).

È peraltro incontestabile che anche la giurisprudenza più recente di questo giudice di appello è prevalentemente orientata nel senso che l'operatività della decadenza della concessione edilizia necessita dell'intermediazione di un formale provvedimento amministrativo di carattere dichiarativo, che deve intervenire per il solo fatto del verificarsi del presupposto di legge e da adottare previa apposita istruttoria. Sulle stesse conclusioni è attestata anche la giurisprudenza del giudice di primo grado, per la quale la decadenza del permesso di costruire non opera di per sé, ma deve necessariamente tradursi in un provvedimento espresso che ne accerti i presupposti e ne renda operanti gli effetti; che, sebbene a contenuto vincolato, ha carattere autoritativo e, come tale, non è sottratto all'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 l. 7.8.1990, n. 241; può essere adottato solo previa formale ed apposita contestazione, esplicitazione di una potestà provvedimentale.

In una non recente decisione di questo Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., sez. VI, 17.2. 2006, n. 671) la ragione, che giustificerebbe l'obbligo per l'ente locale di adottare un atto che formalmente dichiara l'intervenuta decadenza del permesso di costruire, è stata individuata nella necessità di assicurare il contraddittorio con il privato in ordine all'esistenza dei presupposti di fatto e di diritto che giustificano la pronuncia stessa. ...».

6. - In conclusione, da quanto premesso discende l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Ogni altra censura formulata da parte ricorrente resta assorbita.

7. - Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Volturino al pagamento in favore della ricorrente Telecom Service s.r.l. delle spese di lite che liquida in € 1.500,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO