

Pubblicato il 11/09/2023

**N. 02068/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 01598/2022 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 Lombardia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1598 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da LOFT INN s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Peverati e Marco Celant, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Piazza Eleonora Duse, n. 3;

***contro***

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Paola Cozzi, Maria Giulia Schiavelli, Maria Lodovica Bognetti, Alessandra Montagnani Amendolea, Elena Maria Ferradini, Anna Maria Pavin e Salvatore Smaldone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli Uffici dell'Avvocatura comunale in Milano, Via della Guastalla, n. 6;

***nei confronti***

MM s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

***per quanto riguarda il ricorso introduttivo:***

del provvedimento di “diniego all'accoglimento della richiesta di permesso di costruire presentata in data 5 febbraio 2020” (Prot. 31/05/2022.0304618.U.) disposto dalla Direzione specialistica attuazione diretta PGT e SUE - Unità Interventi Diretti Municipi 5-9 del Comune di Milano, notificata a mezzo p.e.c. in data 31 maggio 2022;

di ogni atto o provvedimento connesso, preordinato o presupposto e ove occorrer possa:

della comunicazione in “riscontro all'istanza inviata via e-mail il 21 maggio 2021” (Prot. 30/05/2022.0300738.U.) sottoscritta dal Direttore dell'Area digitalizzazione processi e coord. Amm. e dal Direttore della Direzione specialistica attuazione diretta PGT e SUE del Comune di Milano, notificata a mezzo p.e.c. in data 30 maggio 2022;

del verbale conclusivo (Prot. 23/12/2021.0701194.U.) della Conferenza dei Servizi istruttoria indetta dal comune di Milano in data 25 ottobre 2021 in forma semplificata - modalità asincrona;

per quanto riguarda i motivi aggiunti

per l'annullamento

del provvedimento con cui la Direzione specialistica attuazione diretta PGT e SUE - Unità Interventi Diretti - Municipi 5-9 – Municipio 5 del Comune di Milano, ha diffidato “la proprietà dall'iniziare le opere dichiarate con la SCIA alternativa al permesso di costruire presentata in data 19 settembre 2022 - Pratica n. 4083/2022 P.G. 483955/2022” (Prot. 27/09/2022.0500877.U.) e ha ordinato “di sospenderle immediatamente”, notificato a mezzo p.e.c. in data 27 settembre 2022;

di ogni atto o provvedimento connesso, preordinato o presupposto e ove occorrer possa:

della nota del 9 agosto 2022, avente ad oggetto “domanda di protocollazione n. 3866/2022 via Meda 25”, con la quale la Direzione specialistica Attuazione Diretta PGT e SUE - Unità Interventi Diretti Municipi 5/9 - Municipio 5, ha riportato che “in relazione alla domanda n. 3866/2022 (appuntamento del 9.8.2022) per la presentazione di SCIA art. 23, in via Meda 25, si comunica che non è possibile procedere alla protocollazione della pratica poiché dall'esame della stessa si rileva che non sono stati superati i motivi ostativi espressi con Diniego prot. 31/05/2022.0304618, riferita a Domanda PdC p.g. n. 120444/2020 Progr. n. 6951/2020”, notificata da suemunicipio5@pec.comune.milano.it a mezzo p.e.c. all'Architetto Ludovico Ugati;

della comunicazione in riscontro alla “SCIA art. 23 - via Meda 25 - mail 1 di 3 - pec 669510 DEL 12.08.2022” via p.e.c. del 16 agosto 2022, sottoscritta dall'Ufficio Protocollo della Direzione Specialistica Attuazione Diretta PGT e SUE - Unità Beni Ambientali, Paesaggio e Servizi Generali.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2023 il dott. Stefano Celeste Cozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La società Loft Inn s.r.l., odierna ricorrente, è proprietaria di un immobile ad uso industriale di un piano fuori terra situato nel territorio del Comune di Milano,

identificato catastalmente al foglio 522, mappale 539 sub 723 e mappale 537 sub 804.

In data 5 marzo 2020, tale società ha presentato al Comune di Milano istanza di rilascio di permesso di costruire al fine di realizzare sul predetto immobile un intervento qualificato di ristrutturazione edilizia, consistente nella totale demolizione e successiva realizzazione, con modifica di sagoma e di sedime, di un immobile ad uso residenziale, di due piani fuori terra (oltre ad uno interrato), mediante il recupero della superficie lorda (S.L.) dichiarata esistente.

Con provvedimento in data 31 maggio 2022, il Comune ha respinto l'istanza rilevando la sussistenza delle seguenti criticità: a) mancata osservanza della distanza minima di 10 metri da ogni fronte finestrato, in violazione di quanto prescritto dall'art. 9 del d.m. n. 1444 del 1968; b) mancato reperimento della quota di parcheggi privati prevista dall'art. 12.1 delle norme di attuazione del piano delle regole; c) mancata osservanza delle prescrizioni tecniche di attuazione per l'eliminazione delle barriere architettoniche di cui all'allegato A della legge regionale n. 6 del 1989 (punti 2 e 5).

Contro questo provvedimento è principalmente diretto l'atto introduttivo del presente giudizio.

Dopo la proposizione del ricorso, e precisamente in data 9 agosto 2022, la ricorrente, considerata l'assoluta necessità di valorizzare l'investimento operato con l'acquisto dell'immobile, ha depositato presso il Comune di Milano una SCIA alternativa al permesso di costruire avente in sostanza ad oggetto il medesimo intervento per il quale era stata in precedenza presentata istanza di rilascio del titolo edilizio. Unica differenza di rilievo rispetto alla precedente istanza riguarda gli spazi destinati ad ospitare i parcheggi, posto che il progetto allegato alla SCIA prevede che gli stessi vengano ora realizzati presso un'area sulla quale la ricorrente ha di recente acquistato

un diritto di superficie, mentre in precedenza si era previsto che i parcheggi venissero allocati presso altra area presa in locazione.

Il Comune di Milano, con atto del 27 settembre 2022, ha inibito la realizzazione dei lavori rilevando la sussistenza delle medesime criticità evidenziate nel provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del permesso di costruire nonché la sussistenza delle seguenti ulteriori criticità: a) contrasto con l'art. 8 delle norme di attuazione del piano delle regole e con l'art. 10 del regolamento edilizio vigente: in sostanza il Comune ritiene che, prima di realizzare le opere oggetto della SCIA, la ricorrente debba effettuare un intervento di bonifica idoneo a consentire la funzione residenziale; b) il progetto non risulta conforme a quello autorizzato da RFI poiché comporta modifiche dei volumi (l'autorizzazione di RFI si è resa necessaria ai sensi dell'art. 60 del d.P.R. n. 753 del 1980 in quanto l'immobile ricade in fascia di rispetto ferroviario); c) l'illustrazione progettuale dello stato di fatto e di quello comparativo non tiene conto delle opere di demolizione che si sarebbero dovute già realizzare in esecuzione del progetto di cui ad una precedente SCIA del 28 aprile 2021; c) la documentazione allegata alla nota di RFI del 12 novembre 2021 è carente degli allegati grafici progettuali approvati in deroga ai sensi del citato art. 60 del d.P.R. n. 753 del 1980.

Nell'atto di inibitoria della SCIA, l'Amministrazione precisa che, in ogni caso, i lavori non potrebbero essere avviati prima del completamento dell'intervento di bonifica e del "deposito sismico considerate le opere di cui alla SCIA del 28.4.2021".

Questo provvedimento è stato impugnato mediante la proposizione di motivi aggiunti.

Si è costituito in giudizio, per opporsi all'accoglimento delle domande avverse, il Comune di Milano.

Nella camera di consiglio del 10 gennaio 2023, la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti.

Nel corso del giudizio le parti costituite hanno depositato memorie insistendo nelle proprie conclusioni.

La causa è stata trattenuta in decisione in esito alla pubblica udienza dell'11 luglio 2023.

Va innanzitutto esaminata l'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo sollevata dal Comune di Milano il quale sostiene che, avendo la ricorrente presentato una SCIA al fine di poter realizzare il medesimo intervento già oggetto dell'istanza di rilascio del permesso di costruire, la stessa ricorrente avrebbe dimostrato di non aver più alcun interesse ad ottenere quest'ultimo titolo edilizio. Per questa ragione, il ricorso introduttivo – con il quale, come detto, viene impugnato il provvedimento di diniego di rilascio del permesso di costruire – sarebbe divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Questa eccezione non è fondata per le ragioni di seguito esposte.

La ricorrente ha interesse alla realizzazione dell'opera di cui è causa e, quindi, ad ottenere un titolo, qualunque esso sia, che le consenta di procedere in tal senso. E' pertanto evidente che l'annullamento del provvedimento di diniego di rilascio del permesso di costruire soddisferebbe senz'altro questo interesse. Anzi, siccome l'annullamento del diniego di permesso di costruire potrebbe determinare il rilascio un titolo edilizio esplicito che, come tale, appare preferibile alla SCIA se non altro per le implicazioni riguardanti il profilo della certezza dei rapporti giuridici, si deve ritenere che l'interesse della ricorrente ad ottenere l'accoglimento del ricorso introduttivo non sia affatto venuto meno a seguito della presentazione della SCIA stessa.

Ciò stabilito, ritiene il Collegio che le domande di annullamento del provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del permesso di costruire e del provvedimento di inibitoria della SCIA siano fondate, essendo meritevoli di accoglimento le censure dedotte nel primo motivo del ricorso introduttivo e nel primo motivo dei motivi

aggiunti prospettate dalla ricorrente come assorbenti, con conseguente obbligo di questo Giudice di attenersi alla graduazione proposta (cfr. Consiglio di Stato, ad plen., 27 aprile 2015, n. 5). Con queste censure la stessa ricorrente sostiene che il tardivo intervento dell'Amministrazione avrebbe determinato la formazione del silenzio assenso sull'istanza di rilascio del titolo edilizio ed il consolidamento della SCIA, con la conseguenza che la stessa Amministrazione avrebbe potuto incidere sulla fattispecie, negando la possibilità di realizzazione delle opere, esclusivamente esercitando il potere di autotutela.

In proposito si osserva quanto segue.

Dal combinato disposto dei commi terzo e sesto dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001 si ricava che, nel caso in cui sia stato emanato l'atto di preavviso di rigetto, il termine per la conclusione del procedimento instaurato a seguito di presentazione di domanda di rilascio di permesso di costruire è pari a cento giorni, di cui sessanta assegnati al responsabile del procedimento per la formulazione della sua proposta, e quaranta assegnati all'organo competente per l'adozione del provvedimento finale. In base ai commi 4 e 5 dello stesso art. 20, il termine assegnato al responsabile del procedimento può essere sospeso nel caso in cui egli rivolga formale invito al proponente ad apportare modifiche al progetto, e può essere interrotto, per una sola volta, entro trenta giorni dalla presentazione della domanda, esclusivamente per la motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata.

Analoghe disposizioni sono contenute nell'art. 38 della legge regionale n. 12 del 2005, il quale peraltro assegna all'amministrazione termini meno ampi.

Il comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001 stabilisce poi che «Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui

sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali...>>.

Nonostante l'esplicita previsione normativa, secondo la ancora prevalente giurisprudenza, il mero decorso del termine non è di per sé sufficiente alla formazione del silenzio-assenso essendo a tal fine anche necessario che l'intervento edilizio sia conforme agli strumenti urbanistici ed alle altre disposizioni di legge. Questo orientamento si fonda sulla constatazione che, in caso contrario, si determinerebbe una situazione di sostanziale disparità tra ipotesi sostanzialmente identiche, dipendente solo dal sollecito (o meno) esercizio del potere amministrativo e, dove non fosse ipotizzabile l'intervento in via di autotutela dell'amministrazione, si verrebbe a configurare una disapplicazione di norme per mero (e casuale) decorso del tempo (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 1 settembre 2022, n. 7631; id., sez. VI, 8 settembre 2021 n. 6235; 1 luglio 2021, n. 5018; id. sez. IV, 7 gennaio 2019 n. 113; id. 1 giugno 2018, n. 3317; T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 marzo 2023, n. 219; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 10 marzo 2022, n. 74; T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 25 febbraio 2022, n. 293; T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis, 24 dicembre 2021, n. 13490). Secondo un diverso e più recente orientamento (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2661; id., 8 luglio 2022, n. 5746) la conformità dell'intervento alla normativa urbanistica non è invece necessaria ai fini della formazione del silenzio-assenso. Sostiene questa giurisprudenza che la conformità dell'intervento alla normativa urbanistico edilizia costituisce requisito di validità del titolo tacito formatosi con il silenzio-assenso e non requisito di perfezionamento della fattispecie: il titolo edilizio si forma quindi per il solo decorso del tempo salva la possibilità per l'amministrazione, qualora accerti che l'intervento non sia conforme, di intervenire esercitando il potere di autotutela. Si precisa che, diversamente opinando, la norma che prevede la formazione del silenzio-assenso sarebbe di scarsa utilità per colui che, dopo aver proposto la domanda di rilascio del permesso di



costruire, non riceva alcuna risposta dall'amministrazione posto che quest'ultima potrebbe sempre intervenire senza oneri e vincoli procedurali, disconoscendo in qualunque tempo gli effetti della domanda stessa. A supporto di questa conclusione viene anche richiamato l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020), nella parte in cui afferma che <<Le determinazioni relative [...] agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli [...] 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni>>. Questa norma, precisando che l'amministrazione può intervenire in autotutela per annullare il titolo tacito illegittimo, ammette infatti che il silenzio-assenso possa formarsi anche quando la domanda non sia conforme alla vigente normativa (mentre la soluzione opposta, che esclude che sulla domanda riguardante un intervento non conforme possa formarsi il silenzio-assenso, sottrae questa fattispecie alla disciplina della annullabilità).

La medesima conclusione può peraltro ricavarsi dalla lettura dell'art. 21-nonies, primo comma, della n. 241 del 1990 il quale stabilisce che l'amministrazione può annullare d'ufficio (e quindi per ragioni di legittimità) il provvedimento tacito formatosi per silenzio-assenso ai sensi del precedente art. 20.

Valorizzando l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990, altra parte della giurisprudenza è addirittura pervenuta ad affermare che la domanda di annullamento del provvedimento di diniego della richiesta di rilascio del permesso di costruire emanato successivamente al decorso del termine per la formazione degli effetti del silenzio assenso è inammissibile in quanto non supportata da alcun interesse a ricorrere, e ciò proprio in ragione del fatto che il provvedimento tardivo, essendo inefficace per espressa previsione normativa, è privo di idoneità lesiva (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171).

Ritiene il Collegio in questo contesto che sia preferibile, in quanto più aderente al dato normativo, la tesi proposta dalla più recente giurisprudenza che, come visto, esclude che la conformità alla normativa urbanistico edilizia sia elemento necessario per la formazione del silenzio-assenso.

Ciò precisato, va ora osservato che, come detto, nel caso concreto, la ricorrente ha presentato domanda di rilascio del permesso di costruire in data 5 marzo 2020, mentre l'Amministrazione ha emanato il provvedimento di rigetto solo in data 31 maggio 2022, ben oltre il termine assegnato dalla legge per la conclusione del procedimento.

L'Amministrazione, nelle proprie difese, pur illustrando ampiamente la complicata vicenda procedimentale, non ha eccepito l'intervenuta sospensione o interruzione del termine le quali, come visto, possono essere determinate esclusivamente dagli atti specificamente indicati dall'art. 20, commi 4 e 5, del d.P.R. n. 380 del 2001 (formale invito al proponente di apportare modifiche al progetto e motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata). Neppure è stato eccepito che l'immobile di cui è causa ricada in area soggetta a vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, essendosi l'Amministrazione limitata nelle proprie difese ad affermare genericamente che il diniego espresso dagli atti impugnati sarebbe anche funzionale alla tutela di interessi riguardanti la tutela dell'igiene e della salute pubblica.

Ne consegue che sull'istanza proposta dalla ricorrente si è formato il silenzio-assenso e che, quindi, l'Amministrazione, per disconoscerne gli effetti, avrebbe dovuto intervenire esercitando il potere di autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento al provvedimento di inibitoria della SCIA presentata il 9 agosto 2022, posto che lo stesso è intervenuto solo in data 27 settembre 2022, e quindi ben oltre il termine di trenta giorni previsto

dall'art. 19, comma 6-bis, della legge n. 241 del 1990, quando l'Amministrazione, in base al precedente comma 3 dello stesso articolo, sarebbe potuta intervenire solo osservando le limitazioni previste per l'esercizio del potere di autotutela. Si precisa a questo proposito che nessun rilievo può avere, ai fini che qui interessano, il ritardo con cui è avvenuta la protocollazione della SCIA proposta dalla ricorrente, posto che il termine di cui al citato art. 19, comma 6-bis, della legge n. 241 del 1990 decorre, ai sensi del precedente comma 3, dal giorno di ricevimento della segnalazione la quale, nel caso di specie, non è contestato essere stata ricevuta dal Comune di Milano in data 9 agosto 2022.

Poiché i provvedimenti impugnati sono stati adottati sul mero presupposto della contrarietà dell'intervento proposto dalla ricorrente alla vigente normativa, senza effettuare alcuna comparazione di interessi e, comunque, in assenza di ogni valutazione riguardante gli elementi che, ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, costituiscono presupposto per l'esercizio del potere di autotutela, deve ribadirsi la fondatezza delle censure esaminate.

Per tutte queste ragioni il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento degli atti impugnati.

Le complessità e il non univoco orientamento giurisprudenziale riguardanti alcune delle questioni esaminate giustificano la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate, salvo l'obbligo di rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Celeste Cozzi**

**IL PRESIDENTE**  
**Maria Ada Russo**

IL SEGRETARIO