

N. 05335/2009 REG.SEN.

N. 04593/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4593 del 2008, proposto da:
Persico Raffaele, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Crisi, presso il quale elettivamente
domicilia in Napoli alla via del Parco Margherita n.93;

contro

Comune di Massa Lubrense, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avv.ti Rosa Persico, Ferdinando Pinto e Giulio Renditiso, con i quali elettivamente
domicilia in Napoli alla via C. Console,3 presso lo studio dell'avv. .E. Furno;

e con l'intervento di

ad opponendum:

O.S.A. - Organizzazione Servizi Auto S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.ti Vitaliano Esposito
e Liberato Mazzola, con il primo elettivamente domiciliato in Napoli alla via S. Pasquale s Chiaia
n.79 presso lo studio dell'avv. Domenico Di Martino;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

1. della determina n.44/08 del 29.07.2008, dell'Ufficio Attività Produttive del Comune di Massa
Lubrense, notificata al ricorrente in data 29.07.2008;

2. di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente, comunque, lesivo degli interessi del
ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive, con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16/07/2009 la dott.ssa Ida Raiola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato in data 09.09.2008, premesso in fatto:

- di essere proprietario di un fondo nel Comune di Massa Lubrense in località S. Agata sui due Golfi, sito all'incrocio tra la strada provinciale Via Reola e la strada comunale Via Fonte di Canale;
- che, volendo realizzare su detto fondo un impianto automatico di distribuzione carburante "self service", in data 09.08.2000, ai sensi del D.Lgs. n.32/98 e della Delibera della Giunta Regionale Campania n.8835/98, aveva presentato al Comune di Massa Lubrense istanza, prot. al n.16566 del 2000, per il conseguimento della prescritta autorizzazione amministrativa;
- che, in data 05.12.2002, previa acquisizione del parere favorevole della Commissione Edilizia Integrata ed il nulla-osta della Soprintendenza BB.AA. di Napoli, aveva ottenuto l'autorizzazione edilizia da parte del Comune di Massa Lubrense;
- che, inoltre, aveva provveduto ad acquisire il parere di conformità al rilascio di autorizzazione per la distribuzione di carburanti da parte dei vari enti preposti e, segnatamente, il provvedimento prot. n.46155/01 dell'Agenzia delle Dogane – Ufficio Tecnico di Finanza di Napoli, il provvedimento prot. n.5245/02 del Comando Provinciale di Napoli dei Vigili del Fuoco, il provvedimento prot. 1243/02 del Comando di Polizia Municipale del Comune di Massa Lubrense, il provvedimento prot. 2307/03 dell'ASL NA5 – Dipartimento di Prevenzione;
- che in data 05.09.2001, il Comune di Massa Lubrense, ritenendo la propria incompetenza, aveva trasmesso gli atti alla Regione Campania, la quale a sua volta in data 21.09.2001 aveva restituito gli atti al Comune, giudicandolo competente ai sensi del D.Lgs. 32/98 e della Legge Regionale Campania n.27/94 (art.22);
- che, tuttavia, il Comune di Massa Lubrense, pur avendo esso ricorrente ottemperato alla produzione di documentazione integrativa sollecitata dall'ente in data 08.09.2003, non aveva adottato alcun atto conclusivo del procedimento, di tal che, con atto pervenuto al Comune in data 30.05.2006, aveva provveduto a diffidare l'ente al rilascio dell'autorizzazione dell'esercizio dell'attività petrolifera di distribuzione di carburanti ai sensi del D.Lgs. n.32/98 della Delibera di Giunta Regionale della Campania n.8835/98 e, al contempo, a provvedere all'immediata chiusura e all'eliminazione dell'impianto di carburante autorizzato in favore della O:S.A. s.p.a., a seguito di istanza presentata in data 16.05.2005, cioè in epoca successiva alla propria, in ossequio al criterio di priorità temporale;

- che, in riscontro a detta diffida, il Comune di Massa Lubrense, con nota n.20836 del 12.07.2007, comunicava ad esso ricorrente che, in ragione dell'entrata in vigore della Legge Regionale n.6 del 2006 e dell'imminente adozione del regolamento attuativo della stessa, il procedimento era stato sospeso;
 - che con istanza in data 11.09.2006, esso ricorrente aveva ribadito la richiesta di autorizzazione amministrativa petrolifera di distribuzione di carburanti, allegando tutta la documentazione e le autorizzazioni acquisite e prescritte dalla vigente normativa;
 - che con atto del 30.03.2007, a cagione dell'inerzia del Comune di Massa Lubrense, esso ricorrente aveva evidenziato l'avvenuta scadenza del termine perentorio di 90 indicato dall'art.9 della Legge Regionale n.6 del 2006, significando al Comune e alla Regione Campania l'inizio dei lavori di realizzazione di un impianto per la distribuzione carburanti ai sensi dell'art.9, comma 5, della citata L.R. n.6/2006;
 - che aveva ribadito tale denuncia di inizio lavori con atto pervenuto all'amministrazione comunale in data 08.06.2007;
 - che con nota prot. 27389 del 12.10.2007, l'Ufficio Attività Produttive del Comune resistente aveva comunicato di aver dato avvio al procedimento amministrativo ex lege n.241/90 "al fine di verificare se coloro favore dei quali si fosse maturato per silentium il provvedimento, siano in possesso di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge . . .ed, in ogni caso, se eventualmente sussistono ragioni di pubblico interesse all'annullamento del titolo formatosi per silenzio, ai sensi della Legge n.241/90 e successive modifiche ed integrazioni, assegnando 5 giorni per le eventuali controdeduzioni";
 - che nella nota in parola si specificava che, trascorso il suddetto termine, nei 30 giorni successivi, sarebbero state attuate le procedure per la conclusione del procedimento con la sospensione o la revoca della licenza;
 - che, con atto del 15.10.2007, esso ricorrente aveva ribadito il rilascio della richiesta autorizzazione per l'installazione e l'esercizio di un impianto di distribuzione carburanti, all'uopo, stigmatizzando al Comune resistente il già formato silenzio assenso ex lege n.6 del 29.03.2006 Regione Campania;
- che, a completamento dell'iter procedimentale, l'Ufficio Attività Produttive del Comune di Massa Lubrense, con determinazione n.60/2007 del 15.10.2007, aveva "preso atto del silenzio maturato sulle richieste presentate rispettivamente in data 30.03.2007 in atti al prot. 8872 e in data 08.06.2007 in atti al prot. 16223 del Sig. Persico Raffaele" che il medesimo era in possesso delle autorizzazioni e dei requisiti previsti dall'art.10 della Legge n.6 del 29/03/2006;
- che in data 13.11.2007, la Regione Carabinieri Campania – Stazione di Massa Lubrense, previa contestazione ad esso ricorrente di una presunta carenza di titolo autorizzatorio urbanistico, procedeva al sequestro preventivo delle aree con apposizione di sigilli ex artt.55, 321 e 345 c.p.p.;
 - che tale sequestro preventivo veniva revocato dal G.I.P. del Tribunale di Torre Annunziata "considerato che l'indagato risulta munito di tutte le autorizzazioni richieste dalla legge per la costruzione dell'impianto di distribuzione di carburante";
 - che, con ordinanza n.590 del 04.12.2007, notificata in data 05.12.2007, il Comune di Massa Lubrense aveva ordinato al ricorrente di sospendere immediatamente i lavori e, con successiva

ordinanza n23 in data 08.01.2009, notificata in pari data, aveva ingiunto di demolire, a propria cura e spese, le opere abusivamente realizzate;

- che, avverso gli anzidetti provvedimenti, esso ricorrente aveva proposto ricorso al T.A.R. Campania Napoli (R.G. 465/2008) e che gli stessi erano stati sospesi con ordinanza n.554 del 13.02.2008;

- che con determinazione dirigenziale n.11 del 28.02.2008, il Comune resistente aveva disposto l'annullamento d'ufficio della determina n.60/2007 del 15.10.2007 e con verbale del 29.02.2008 aveva disposto il sequestro delle aree oggetto di intervento;

- che, avverso detti provvedimenti, esso ricorrente aveva proposto ricorso al T.A.R. Campania Napoli (R.G. 1590/2008), che nelle forme della sentenza in forma semplificata, li aveva annullati entrambi;

- che, in data 10.04.2008, in un'area adiacente a quella di proprietà di esso ricorrente, lungo la stessa direttrice di marcia e ad una distanza di appena 50 metri erano iniziati i lavori per la realizzazione di un altro impianto di distribuzione di carburante da parte della O.S.A. s.r.l.;

- che, in pari data, esso ricorrente aveva appreso che detti lavori erano stati assentiti dal Comune di Massa Lubrense con i provvedimenti, rispettivamente: di permesso di costruire n.1 del 03.02.2008, emesso dall'Ufficio Urbanistica del Comune di Massa Lubrense in favore della O.S.A. s.p.a. e di autorizzazione alla distribuzione di carburanti prot. n.4469 del 13.02.2008 rilasciata dall'Ufficio Attività Produttive del Comune di Massa Lubrense in Favore della O.S.A. s.p.a.;

- che, avverso detti ultimi provvedimenti, esso ricorrente aveva proposto ricorso al T.A.R. Campania Napoli (R.G.3068/08) e che gli stessi erano stati sospesi con ordinanza n.1767 del 19.06.2008;

- che, con la determinazione n.44 del 29.07.2008, impugnata nel presente giudizio, il Comune di Massa Lubrense nuovamente disponeva l'annullamento d'ufficio della determina n.60 del 15.10.2007.

Tanto premesso, parte ricorrente impugnava gli atti in epigrafe per i seguenti motivi di diritto:

I. Violazione di legge in relazione agli artt. 7, 8, 9 e 20 della Legge n.2412/90 così come modificata dalla Legge 11.02.2005 n.15 – Eccesso di potere per: Illogicità manifesta, Contraddittorietà, Travisamento dei fatti, Difetto di istruttoria e Sviamento di potere – Violazione del giusto procedimento di legge – Violazione dell'art.97 della Costituzione;

II. Violazione di legge in relazione all'art.9, comma 4, della L.R. della Campania n.6 del 29.0.2006 – Eccesso di potere per: contraddittorietà, erroneità, illogicità manifesta, travisamento dei fatti, sviamento di potere e carenza di potere – Violazione del giusto procedimento di legge – Violazione dell'art.97 della Costituzione;

III. Carenza di motivazione – Violazione dell'art.3 della Legge n.241/90 – Eccesso di potere per omessa attività istruttoria, illogicità, arbitrarietà e perplessità – Violazione e falsa applicazione degli artt.97 e ss. Cost.

IV. Violazione di legge in relazione all'art.1 della Legge n.241/90 così come modificata dalla Legge 11.02.2005 n.15 – Violazione del principio di affidamento e di certezza dei rapporti giuridici, per il fatto di incidere su diritti già quesiti – Difetto di motivazione;

V. Violazione di legge in relazione al combinato disposto dell'art.3, comma 1, lett. a) e dell'art.9, comma 1, della Legge Regionale Campania n.6 del 29.03.2006 – Eccesso di potere per : erroneità, illogicità manifesta, travisamento dei fatti e sviamento di potere – Violazione del giusto procedimento di legge – Violazione dell'art.97 della Costituzione;

VI. Infondatezza, erroneità, pretestuosità, nel merito, degli impugnati provvedimenti - Eccesso di potere per : erroneità, illogicità manifesta, travisamento dei fatti e sviamento di potere – Violazione del giusto procedimento di legge – Violazione dell'art.97 della Costituzione.

Il Comune di Massa Lubrense e la O.S.A. – Organizzazione Servizi Auto s.p.a. provvedevano a costituirsi e resistevano al ricorso, del quale chiedevano il rigetto.

Con ordinanza n. 2581 del 09.07.2009, l'istanza cautelare di sospensiva veniva accolta.

All'udienza pubblica del 16.07.2009, la causa passava in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va accolto per essere l'atto impugnato sub 1) dell'epigrafe inficiato da vizio di eccesso di potere per erroneità e travisamento dei fatti..

Parte ricorrente impugna l'atto con il quale il Comune di Massa Lubrense ha annullato d'ufficio – per la seconda volta, essendo stato un precedente annullamento caducato con sentenza di questo Tribunale n.4730 /2008 per violazione dell'art.7 Legge n.241/90 – la determinazione dirigenziale n.60 del 15.10.2007, con la quale il Responsabile dell'Ufficio Attività Produttive del Comune resistente prendeva atto del silenzio maturato “sulle richieste presentate dall'istante in data 30.03.2007 prot. n.8872 e in data 08.06.2007 prot. 16223” e dichiarava il medesimo in possesso delle autorizzazioni e dei requisiti previsti dall'art.10 della Legge n.6 del 29.03.2006”.

La determinazione in parola interveniva nell'ambito di una intricata vicenda amministrativa, sommariamente descritta nella parte in fatto della presente decisione, che si originava dalle iniziative intraprese dal Persico, fin dall'anno duemila, per l'ottenimento dei diversi titoli, sotto l'aspetto commerciale, urbanistico, igienico-sanitario, etc., necessari all'installazione di un impianto automatico di distribuzione di carburante in località S.Agata sui Due Golfi del Comune di Massa Lubrense.

Tralasciando aspetti che possono considerarsi marginali ai fini della ricostruzione della vicenda e della presente decisione, va evidenziato che, a seguito dell'entrata in vigore della (già citata) legge Regionale Campania n.6 del 29.03.2006, il procedimento per il rilascio dei anzidetti titoli occorrenti per l'installazione e l'esercizio di nuovi impianti stradali di distribuzione del carburante era stato improntato a criteri di semplificazione.

L'art.9 della legge in parola (da ritenersi di poi abrogato a seguito dell'entrata in vigore del regime di liberalizzazione di cui all'art.83bis del D.L. 25 giugno 2006, convertito in Legge n.133/2008) prevedeva, al primo comma, che “l'installazione e l'esercizio di nuovi impianti stradali sono soggetti al rilascio dell'autorizzazione e del permesso di costruire del comune in cui l'attività è esercitata”; al secondo comma, che “l'autorizzazione è rilasciata ai richiedenti in possesso dei

requisiti soggettivi di cui all'articolo 10" e, al quarto comma, prima parte, che "La domanda di autorizzazione e del permesso di costruire si considera accolta se il diniego non è comunicato al richiedente entro novanta giorni dal ricevimento della stessa".

Orbene, a giustificazione del provvedimento impugnato, il Comune di Massa Lubrense indicava la mancata formazione della fattispecie di silenzio-assenso ivi contemplata, posto che a fronte di un'istanza presentata dal Persico in data 30.03.2007 e di una successiva istanza in data 08.06.2007, in data 29 giugno 2007, e cioè prima del decorso del termine di 90 giorni di cui al menzionato 4° comma dell'art.9 L.R. n.6/2006, l'Amministrazione aveva provveduto a diffidare il predetto dal dare inizio ai lavori di realizzazione dell'impianto di distribuzione del carburante. Nell'evidenziare tale circostanza, il Comune di Massa Lubrense asseriva che la determinazione dirigenziale n.60 del 15.10.2007 era stata assunta sulla base di un'erronea rappresentazione dello stato di fatto da parte del privato e, costituendo tale elemento un vizio suscettibile di rendere illegittimo l'atto, quest'ultimo andava annullato ex officio.

Al riguardo, tuttavia, la difesa di parte istante ha allegato e contestualmente provato, mercé produzione della relativa documentazione, che in realtà l'istanza formulata dal ricorrente ai sensi dell'art.9 L.R. n.6/2006 doveva rinvenirsi nell'atto presentato in data 11.09.2006, avente ad oggetto la "richiesta di autorizzazione per la costruzione di un impianto automatico di distribuzione carburante in località S.Agata" (cfr. copia nella produzione di parte ricorrente) e non già nelle istanze del 30.03.2007 e del giorno 08.06.2007 (costituendo la prima la denuncia di inizio lavori presentata sul presupposto proprio dell'avvenuta presentazione, in data 11.09.2006, dell'istanza ex art. 9 legge citata – secondo quanto espressamente richiamato nell'istanza stessa - e la seconda un atto di mera conferma della denuncia di inizio attività già presentata).

Ha, perciò, errato il Comune di Massa Lubrense, allorché ha ritenuto che non si fosse formato, per mancato decorso del termine di 90 giorni di cui al 4° comma dell'art.9 L.R. n.6/2006, la fattispecie di silenzio assenso disciplinata nella disposizione testé richiamata e ha, parimenti, errato nel porre tale circostanza quale causa giustificativa del provvedimento di annullamento qui impugnato.

Ne consegue l'accoglimento del gravame, con annullamento degli atti impugnati..

Quanto, poi, alla domanda di risarcimento del danno formulata dalla difesa attorea, non può revocarsi in dubbio – anche alla luce della copiosa documentazione prodotta in causa dall'istante – che il comportamento dell'Amministrazione Comunale di Massa Lubrense non sia stato improntata a criteri di lealtà, trasparenza e al principio del clare loqui, che devono ispirare l'azione amministrativa nei rapporti con gli amministrati (ex multis cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008 n.494) e che, in particolare, essa abbia dapprima ingenerato - e successivamente leso - nell'istante un legittimo affidamento circa l'esito positivo del procedimento volto all'ottenimento, dei necessari titoli abilitativi.

Peraltro, in ordine alla tipologia di danni lamentati va evidenziata in primo luogo la natura integralmente satisfattiva della presente decisione per quanto riguarda la possibilità di avviare l'esercizio dell'impresa in oggetto.

Ne consegue che relativamente agli esborsi effettuati per i lavori di realizzazione dell'impianto di distribuzione carburante, atteso che tale cespite verrà ad essere utilizzato nell'esercizio dell'impresa, sono da considerarsi risarcibili solo i maggiori oneri subiti nella realizzazione di detti lavori.

Viceversa vanno integralmente riconosciuti, per quanto sopra, i danni non patrimoniali connessi alla lesione del diritto dell'esercizio dell'attività d'impresa - diritto temporaneamente compresso dagli atti lesivi adottati dall'Amministrazione- ed all'affidamento ingenerato nel ricorrente dalla condotta dell'Amministrazione circa il positivo esito del procedimento.

In definitiva il danno in parola può essere determinato, anche in via equitativa ex art. 1226 c.c., tenuto conto da un lato delle allegazioni attoree (cfr. relazione peritale in atti e documentazione allegata) dall'altro dell'oggettiva difficoltà di comprovare nel suo preciso ammontare il pregiudizio di carattere non patrimoniale.

Pertanto il Comune di Massa Lubrense va condannato al pagamento, a titolo di risarcimento del danno, della somma totale di €30.000,00# (euro trentamila/00), oltre accessori di legge a computarsi dalla data di pubblicazione della presente decisione e sino al soddisfo.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n.4593 del 2008, proposto da Persico Raffaele, così provvede:

- a) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- b) condanna il Comune di Massa Lubrense al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni occorsi al ricorrente Persico Raffaele, della somma di €30.000,00# (euro trentamila/00), oltre accessori di legge da computarsi dalla data di pubblicazione della presente decisione e sino al soddisfo;
- c) condanna il Comune di Massa Lubrense al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in complessivi €4.000,00# (euro quattromila/00); compensa per la controinteressata O.S.A. - Organizzazione Servizi Auto S.p.A.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16/07/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente FF

Ida Raiola, Primo Referendario, Estensore

Paola Palmarini, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/10/2009

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

IL SEGRETARIO