

Nell'ipotesi in cui l'Amministrazione Comunale abbia emesso un provvedimento, con il quale si sia autovincolata alla conclusione, con provvedimento espresso, del procedimento attivato con un'istanza di accertamento di conformità,

Autore: Pagano Iride

In: Giurisprudenza commentata

Nella seguente decisione del TAR Campania-Salerno viene ricostruita la natura giuridica del silenzio serbato dall'Amministrazione procedente in ordine alla presentazione dell'istanza di accertamento di conformità urbanistica, prevista dall'art.36 D.P.R. n°380/2001, in ordine a interventi edilizi realizzati in assenza di titolo abilitativo.

Viene rilevato in sentenza che, a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione, il legislatore reagisce con una tutela successiva, rappresentata dai rimedi avverso il silenzio non significativo (artt. 31, commi 1, 2 e 3, e 117 c.p.a.), oppure con una tutela preventiva, attribuendo, in via anticipata, un significato di assenso (art. 19 L. 241/1990) o di rigetto al silenzio serbato dall'Amministrazione.

Rispetto al silenzio assenso, che ha natura di istituto tendenzialmente generale, il silenzio rigetto rappresenta, invece, un'eccezione, carente di una disciplina generale, ed è ammesso solo nelle tassative ipotesi previste dal legislatore .

In particolare, il silenzio che l'Amministrazione abbia serbato in relazione alla richiesta di accertamento di conformità ex art. 36 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 del 2001 deve essere rivisto alla luce dei principi fissati dall'art.2 della L. 7 agosto 1990 n. 241 , che impone l'obbligo della P.A. di concludere, con provvedimento espresso e motivato, il procedimento attivato da istanze dei privati, e quello introdotto dall'art. 10 bis

L.n.241/90, che impone all'Amministrazione, nei procedimenti a istanza di parte, di comunicare il preavviso di rigetto onde consentire al privato di poter interloquire e controdedurre, avendo cognizione dei motivi in base ai quali l'Amministrazione si accinge a emettere il provvedimento definitivo

La sentenza segnalata afferma che le ipotesi di silenzio rigetto, nel nostro ordinamento, sono residuali e rappresentano una eccezione ai principi generali secondo cui ogni procedimento va concluso con un provvedimento espresso e motivato.

L'art. 36 del D.P.R. n° 380/2001 enuclea chiaramente un'ipotesi di silenzio rigetto . Le ragioni di tale deroga ai principi vanno viste in esigenze di economicità dell'azione amministrativa, in quanto spesso le Amministrazioni sono interessate da numerosissime domande di tale tipo. Esigenze di economicità che certamente non potrebbero andare a discapito del privato.

Viene, quindi, condivisa in sentenza l'impostazione secondo cui l'art. 36 D.P.R. 380/2001 configura un'ipotesi di silenzio-rigetto.

Tale conclusione va, tuttavia, verificata nel caso in cui l'Amministrazione precedente, come nella fattispecie esaminata, non sia rimasta silente, ma abbia emanato un provvedimento che lasciava presumere la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso, inducendo ragionevole affidamento nel privato .

In tali ipotesi, l'istituto del silenzio rigetto, a carattere derogatorio e applicabile solo nelle tassative ipotesi previste dalla legge, non opera, riespandendosi i principi generali delineati dalla L. 241/1990.

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania- Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda); Presidente ***; Estensore Ref. *****.**

Sentenza n°1833 del 4 novembre 2014

Sul ricorso proposto da ***, rappresentato e difeso dall'avv. ***;

contro

Comune di Santa Lucia di Serino in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. ***;

per l'annullamento

Silenzio formatosi sull'atto di diffida prot.n.1054/14 volto alla definizione, da parte del Comune di Santa Lucia di Serino, del procedimento di accertamento di conformità prot n.3681/13

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Santa Lucia di Serino in Persona del Sindaco P.T.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2014 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente, in seguito ad alcuni interventi edili realizzati sul fabbricato di sua proprietà, sito nel Comune di Santa Lucia di Serino, chiedeva, in data 18.12.2013, l'accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 D.P.R. 380/2001. Il Sindaco del Comune, con nota del 21.1.2014, comunicava che l'istruttoria dell'istanza sarebbe avvenuta in modo rapido mediante l'intervento di un tecnico specializzato in tal senso. Il Comune, tuttavia, non dava seguito a tale provvedimento e, quindi, il ricorrente, con atto di diffida n. 1054 dell'8.4.2014, diffidava l'amministrazione a definire il procedimento. Il Comune restava silente.

Con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del Tar, il ricorrente chiedeva accertarsi il silenzio inadempimento serbato dall'amministrazione con conseguente declaratoria dell'obbligo a provvedere.

Il Comune si costituiva regolarmente in giudizio, contestando l'avverso ricorso e chiedendone il rigetto. In particolare, l'amministrazione deduceva l'inammissibilità del ricorso, in quanto si sarebbe formato il silenzio rigetto ai sensi dell'art. 36 Dpr 380/2001. In ogni caso, evidenziava l'infondatezza del ricorso perché i lavori realizzati non avrebbero potuto, comunque, essere sanati.

Alla camera di consiglio del 16 ottobre 2014, la causa veniva trattenuta in decisione.

In via preliminare va indagata l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Comune resistente.

La questione verte intorno alla sussistenza di un silenzio rigetto ai sensi dell'art. 36 D.P.R. 380/2001 oppure ad una ipotesi di silenzio rifiuto. Superata tale questione va verificato, ulteriormente, se può parlarsi sempre di silenzio rigetto anche laddove l'amministrazione sia intervenuta con un provvedimento che lasciava immaginare la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso.

Riguardo alla prima questione, il Collegio è persuaso che l'art. 36 citato configuri un'ipotesi di silenzio rigetto e, quindi, in tali ipotesi non c'è spazio per attivare un giudizio sul silenzio inadempimento ex artt. 31 e 117 c.p.a.

Va, infatti, rilevato che a fronte dell'inerzia della p.a. il legislatore reagisce con una tutela successiva, rappresentata dai rimedi avverso il silenzio non significativo (artt. 31, co. 1, 2 e 3, e 117 c.p.a.), oppure con una tutela preventiva, attribuendo in via anticipata un significato di assenso (art. 19 L. 241/1990) o di rigetto al silenzio serbato dall'Amministrazione. Rispetto al silenzio assenso, che ha natura di istituto tendenzialmente generale, il silenzio rigetto rappresenta, invece, un'eccezione del sistema, ammesso solo nelle tassative ipotesi previste dal legislatore. Diversamente dal silenzio assenso, nel silenzio in esame non esiste una disciplina generale ma solo delle porzioni di disciplina. Di norma si è soliti richiamare quelle in tema di diritto di accesso (art. 25, IV co., legge n. 241/1990) e sul permesso di costruire in sanatoria (art. 36, D.P.R. n. 380/2001).

Le ragioni di tale diffidenza sull'istituto sono ricollegabili nella circostanza che al privato è negato il bene della vita senza fornire un'adeguata motivazione. In tale ipotesi, peraltro, la motivazione non può neanche essere ricostruita per relationem, a differenza di quanto accade nel silenzio

assenso in cui le ragioni del provvedere anche se non sono esplicitate si ricavano per relationem dall'istanza di parte.

Facendosi portavoce di tali perplessità parte minoritaria della giurisprudenza ha ritenuto che il silenzio che l'amministrazione abbia serbato in relazione alla richiesta di accertamento di conformità ex art. 36, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 del 2001 abbia natura di silenzio rifiuto. Sul punto è stato precisato che la tesi del silenzio rigetto, formatosi sulla previgente norma di cui all'art. 13, l. 28 febbraio 1985 n. 47, deve essere rivisto alla luce dei principi fissati dalla l. 7 agosto 1990 n. 241 ed in particolare di quello codificato nell'art. 2, che impone l'obbligo della p.a. di concludere con provvedimento espresso e motivato sulle istanze dei privati, e quello introdotto dall'art. 10 bis, che impone all'amministrazione, nei procedimenti a istanza di parte, di comunicare il preavviso di rigetto onde consentire al privato di poter interloquire e controdedurre avendo cognizione dei motivi in base ai quali la p.a. si accinge a emettere il provvedimento definitivo (cfr. T.A.R. Latina (Lazio), sez. I, 19/11/2009, n. 1106).

Tale impostazione non è, però, condivisa dal Collegio.

Come visto, le ipotesi di silenzio rigetto sono residuali e rappresentano una chiara eccezione ai principi generali secondo cui ogni procedimento va concluso con un provvedimento espresso e motivato. L'art. 36 d.p.r. 380/2001 enuclea chiaramente un'ipotesi di silenzio rigetto e sul punto non c'è spazio per un'interpretazione diversa in quanto la norma è formulata chiaramente. Le ragioni di tale deroga ai principi vanno viste in esigenze di economicità dell'azione amministrativa, in quanto spesso le p.a. sono interessate da numerosissime domande di tale tipo. Esigenze di economicità che certamente non potrebbero andare a discapito del privato. Ritiene, tuttavia, il Collegio che il silenzio diniego immaginato dal legislatore in siffatta ipotesi derivi anche da un comportamento dello stesso privato che ha realizzato un abuso edilizio senza prima premunirsi dell'idoneo titolo abilitativo e, quindi, facendo calare una sorta di presunzione sull'illegittimità del comportamento. L'impianto normativo così descritto non sembra in contrasto con la Carta Costituzionale e con i principi posti a presidio della tutela e della partecipazione del privato, in quanto la norma si applica a causa di un comportamento scorretto del privato che se avesse richiesto l'idoneo titolo preventivo avrebbe avuto piena possibilità di interloquire con la p.a.

Va, quindi, confermata l'impostazione secondo cui l'art. 36 d.p.r. 380/2001 configura un'ipotesi di silenzio-rigetto.

Tale conclusione va, tuttavia, verificata nel caso in cui la p.a. non resti silente, ma emetta un provvedimento che lascia presumere la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso.

In tali ipotesi, ritiene il Collegio che l'istituto del silenzio rigetto, come detto, a carattere derogatorio e applicabile solo nelle tassative ipotesi previste dalla legge, non possa operare, riespandendosi i principi generali delineati dalla L. 241/1990.

Nel caso di specie, il Comune ha emesso un provvedimento con cui ha evidenziato che l'istanza sarebbe stata seguita da un intervento di un tecnico incaricato per verificare la legittimità degli interventi realizzati. Tale comportamento positivo della p.a. ha neutralizzato l'applicazione dell'art. 36 e la formazione di un silenzio rigetto, imponendo alla p.a. di emettere un provvedimento espresso. In questo senso depone, peraltro, anche l'affidamento legittimo maturato dal privato a fronte del comportamento della p.a. che avendo dato seguito all'istanza del privato, ha indotto il ragionevole affidamento nel privato circa la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso.

Ne deriva, pertanto, che non si è formato un silenzio rigetto e, pertanto, l'eccezione di inammissibilità formulata dall'amministrazione resistente è infondata.

Tanto premesso, il ricorso è fondato nella parte in cui chiede l'accertamento dell'obbligo della p.a. di provvedere.

Come detto, l'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 36, comporta la riespansione dell'art. 2 L. 241/1990 e, quindi, l'emersione dell'obbligo di provvedere con un provvedimento espresso e motivato del Comune a

fronte dell'istanza del ricorrente dell'8.4.2014. Essendo decorso il termine per provvedere, il Comune resistente va condannato all'emanazione del relativo provvedimento.

Non può, invece, questo giudice condannare l'amministrazione a rilasciare il provvedimento richiesto, in quanto, come recita l'art. 31, co. 3, c.p.a., il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio sempre che non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Come è già emerso nel corso del giudizio, per verificare la fondatezza della pretesa è necessario da parte dell'amministrazione procedere a complessi accertamenti istruttori incompatibili con la snellezza e velocità del presente rito.

Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti specificati in motivazione e condanna il Comune di Santa Lucia di Serino all'emanazione del provvedimento entro 30 giorni dalla notificazione e/o comunicazione della presente sentenza.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Referendario, Estensore

<https://www.diritto.it/nell-ipotesi-in-cui-l-amministrazione-comunale-abbia-emesso-un-provvedimento-con-il-quale-si-sia-autovincolata-alla-conclusione-con-provvedimento-espresso-del-procedimento-attivato-con-un-istanza/>