

*È necessario l'esistenza di uno strumento urbanistico attuativo  
per la formazione del silenzio-assenso?*

*Estratto da*  
« RIVISTA PENALE DELL'ECONOMIA »  
N. 3-4/1994

## È necessaria l'esistenza di uno strumento urbanistico attuativo per la formazione del silenzio-assenso?

di Paolo Tanda

Trib. Napoli, sez. riesame, 23 novembre 1993.  
Pres. Alaia, est. Baldini, ric. Russo.

*Per la formazione del silenzio-assenso occorre che in relazione alla zona edificanda sia stato adottato uno strumento attuativo. La concessione edilizia non può considerarsi atto dovuto quando il rilascio della stessa dipende dalla valutazione della p.a. in ordine alla sufficienza delle opere di urbanizzazione primaria a nulla rilevando l'eventuale edificazione di fatto della zona interessata.*

(c.p.p., artt. 321 e 354; l. 25 marzo 1982 n. 94, artt. 7 e 8).

(*Omissis*).

Osserva il Collegio che lo scavo posto in essere dal Russo era sicuramente destinato alla costruzione di un immobile essendo pacifico, per esplicita indicazione dell'indagato, che lo stesso ha operato ritenendosi titolare di concessione edilizia.

Tale concessione sarebbe venuta in essere ai sensi del d.l. 280/93, avendo il Russo posto in essere tutte le attività previste dalla legge perché tale atto si formi in forza dell'istituto del silenzio-assenso.

Osserva il Tribunale che perché si formi detto silenzio-assenso occorre che in relazione alla zona edificanda sia stato adottato uno strumento urbanistico attuativo, strumento che nel caso di specie non esiste.

In ogni caso la concessione in esame non può considerarsi atto dovuto perché nella zona in esame il rilascio di concessione edilizia è subordinata alla valutazione discrezionale della competente Autorità amministrativa in merito alla sufficienza, nella zona interessata, delle opere di urbanizzazione primaria.

Nè può essere rilevante ai nostri fini la effettiva urbanizzazione di fatto della zona dovendo la P.A. valutare, all'atto del rilascio dei singoli provvedimenti, l'idoneità delle strutture esistenti rispetto alle nuove aree da edificare.

(*Omissis*).

In data 10-12-92 il sig. Russo inoltrava al Sindaco del comune di Cardito richiesta di concessione edilizia per la realizzazione di un fabbricato per civili abitazioni in Cardito al prolungamento di via Parini, assunto al protocollo comunale al n. 14470.

Va precisato che tale concessione incide su di un'area classificata dal P.R.G. vigente come zona B1 di completamento.

L'indicata richiesta veniva integrata, come da istanza del responsabile dell'Ufficio Tecnico comunale del 26-1-1993 prot. n. 1305, con ulteriore documentazione presentata in data 11-

2-93 prot. n. 1602.

L'Amministrazione comunale rimaneva inerte per oltre 60 gg., per cui il Russo, essendo trascorsi i termini per l'emanazione del provvedimento conclusivo di cui al comma 4° dell'art. 5 d.l. 180 del 7 giugno 93, invitava con atto del 7 luglio 93 prot. n. 7276 il Sindaco del comune di Cardito ad adempiere entro 30 gg. all'emanazione del succitato provvedimento.

Trascorsi ulteriori 60 gg senza che fosse stata assunta alcuna iniziativa da parte della P.A., l'istante provvedeva ad inoltrare al Sindaco con lettera raccomandata A.R. del 16 settembre 93

un ulteriore atto di diffida ad adempiere, ai sensi del d.l. n. 280 del 6 agosto 93, entro 30 gg. dal ricevimento dello stesso, con espresso avviso che decorso tale termine la domanda di concessione sarebbe stata considerata accolta.

Ed in tal senso si procedeva in quanto, essendosi formato il silenzio-assenso, il Russo comunicava al Sindaco del comune di Cardito in data 18 ottobre 93 prot. n. 10712 l'inizio dei lavori edilizi nel rispetto della concessione così determinatasi, delle leggi e dei regolamenti vigenti.

Pertanto venivano realizzate in Cardito alla via Parini le seguenti opere

edili: sterro delle dimensioni di mq. 240 ca. per una profondità di 1 mt.

Tuttavia di tali opere veniva redatto dagli Agenti di P.G. in data 26 ottobre 1993 verbale di sequestro ai sensi degli artt. 55, 321 e 354 c.p.p. per presunta violazione della legge n. 47/85 e tale sequestro veniva ritualmente convalidato con decreto dalla competente Autorità Giudiziaria sia perché il Comune di Cardito risulta sprovvisto di uno strumento urbanistico attuativo sia perché - secondo la succitata Autorità procedente - la concessione non è qualificabile come "atto dovuto": ciò in quanto il Piano Regolatore Generale prevede nella zona oggetto dell'intervento edilizio il rilascio della concessione purché esistano e siano sufficienti le opere di urbanizzazione primaria.

Si afferma, inoltre, nel succitato provvedimento di convalida di sequestro, che la particella del Russo non avrebbe caratteristiche tali da rendere inutile e priva di oggetto qualunque forma di pianificazione per mezzo degli strumenti attuativi: si esclude pertanto la possibilità della formazione del silenzio-accoglimento ex l. 94/1982.

Avverso tale provvedimento veniva interposta rituale e tempestiva istanza di riesame.

In data 23 novembre 1993 la IV sezione del Tribunale di Napoli in funzione di Giudice del Riesame rigettava la summenzionata istanza sostenendo che lo sterro era destinato a fini edificatori e che non poteva ritenersi formato il silenzio-assenso riprendendo, in buona sostanza, le argomentazioni sostenute nel provvedimento di convalida del sequestro.

Tale ordinanza del Tribunale del Riesame non sembra meritevole di accoglimento potendosi, all'opposto, fondatamente sostenere che l'opera in questione sia stata realizzata sulla base di un regolare titolo concessorio.

Infatti nel caso di specie non si può non rilevare che in ordine al procedimento di formazione del silenzio-assenso di cui all'art. 8 l. 94/1982 sussistono sia i *requisiti essenziali* (predisposizione e presentazione di una domanda di concessione edilizia riguar-

dante un progetto relativo ad interventi di edilizia residenziale da effettuare sulle aree previste dall'art. 8 comma 5° cit.; mancata comunicazione entro 90 giorni dalla presentazione della domanda di un provvedimento di diniego da parte del comune; nell'ipotesi di rilascio del certificato di destinazione urbanistica, predisposizione e presentazione della domanda entro un anno dalla data del rilascio del certificato con una dichiarazione nella quale il progettista attesti, ai sensi dell'art. 373 c.p., la conformità del progetto al certificato) sia i *requisiti di efficacia* (la comunicazione al Sindaco dell'inizio dei lavori; la corresponsione al comune degli oneri dovuti ex l. n. 10 del 1977 calcolati in via provvisoria dal richiedente salvo conguaglio) sia i *requisiti di validità* (l'immunità della procedura amministrativa da vizi e la conformità del progetto assentito alle disposizioni normative ed ai regolamenti vigenti).

E' opportuno precisare che secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale i requisiti di efficacia non attengono alla esistenza e validità del silenzio-assenso ma riguardano la facoltà del richiedente di dare effettivo inizio ai lavori; per quanto concerne gli altri requisiti, se mancano i presupposti o gli elementi essenziali non può dirsi formato il silenzio-assenso e, per quanto qui interessa, ben può il Comune provvedere negativamente sulla domanda di concessione anche dopo il decorso dei 90 gg.; invece il contrasto del progetto con la normativa di settore (la cui assenza costituisce requisito di validità) non impedisce la formazione del silenzio-assenso, il quale in tal caso equivale a una concessione illegittima che il comune ha l'onere di annullare - secondo le medesime regole che presiedono all'annullamento d'ufficio degli atti illegittimi della p.a. - prima di emanare un provvedimento di concessione edilizia (cfr. Cons. Stato sez. V, 17 dicembre 1990 n. 884, Riv. giur. edil. 1991, 96 ss.). In tal modo la legge consegue un duplice scopo: da una parte evita che, in seguito all'inerzia del Comune, risultino legittimate situazioni in insanabile contrasto con fondamentali interessi pubblici edilizi ed

urbanistici; dall'altra tutela efficacemente il privato contro l'inerzia dell'amministrazione comunale. Tale ultimo obiettivo verrebbe ad essere compromesso se, pur in presenza di tutti i presupposti ed elementi essenziali per la formazione del silenzio-assenso, la P.A. potesse poi in qualsiasi tempo provvedere negativamente sulla domanda ritenuta contrastante con la normativa urbanistica senza nè essersi data carico di provvedere tempestivamente nè preoccuparsi di adottare un provvedimento di annullamento del silenzio-assenso. D'altra parte, che sull'autorità amministrativa incomba l'onere di annullare il silenzio-assenso contrastante con la normativa urbanistica - e quindi che il silenzio-assenso si formi nonostante il contrasto del progetto con la normativa urbanistica - risulta dall'ultimo comma del citato art. 8, secondo cui «Prima di procedere all'annullamento delle concessioni assentite ai sensi del presente articolo, l'autorità competente deve indicare agli interessati gli elementi progettuali o esecutivi che risultino in contrasto con le norme o i regolamenti vigenti, assegnando un termine... per provvedere alle modifiche richieste».

Dunque nel caso di specie non essendo intervenuto da parte della P.A. alcun annullamento del silenzio-assenso già *formatosi* sulla domanda di concessione, il successivo diniego di rilascio di concessione edilizia (archiviazione) è illegittimo per ciò stesso che contraddice al precedente silenzio-assenso equivalente a concessione e non annullato (in tal senso Cons. Stato sez. V, 5 ottobre 1987, in *Cons. Stato* 1987, 1400; Cons. Stato sez. V, 16 maggio 1989, in *Riv. giur. edil.* 1989, 663).

E' risultato che l'area ove si trova il terreno edificatorio in questione era urbanizzato, solo necessitando, per la completa funzionalità, il prolungamento delle condotte di soli 20 metri. La completa urbanizzazione dell'area - che non è stata, d'altra parte, contestata nè dall'Autorità Giudiziaria nè dal Comune e che risulta, invece, oggetto di una perizia giurata della difesa - escludeva la necessità di una previa predisposizione del piano attuativo del

P.R.G..

Per consolidato indirizzo giurisprudenziale, infatti, ai fini del rilascio della concessione di costruzione, *lo strumento attuativo è necessario quando per la prima volta si faccia luogo all'edificazione in zona non ancora urbanizzata* (cfr. Cons. Stato, ad. plen. 20 maggio 1980 n. 18; Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 1984 n. 494; Cons. Stato sez. V, 10 aprile 1986 n. 212; Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 1987 n. 37; Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 1987 n. 142; Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 1989 n. 914; Cons. Stato sez. V, 28 dicembre 1989 n. 914, in *Cons. stato* 1989, I, 156; Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 1987 n. 142, in *Riv. giur. edil.* 1987, I, 292; Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 1987 n. 37, *ibidem*, 237; Cons. Stato sez. V, 10 aprile 1986 n. 212, *ivi*, 1986, I, 565; Cons. Stato sez. V, 27 giugno 1984 n. 494, *ivi* 1984, I, 898; Cons. Stato, ad. plen. 20 maggio 1987 n. 588, in *Riv. giur. edil.* 1987, I, 1023; e cfr. più di recente Cons. Stato sez. V, 13 novembre 1990 n. 776, in *Riv. giur. edil.* 1991, 107 ss.).

Pertanto l'impugnata ordinanza del Tribunale del Riesame non è meritevole di accoglimento nè, come innanzi evidenziato, sotto il profilo della necessità dello strumento attuativo nè sotto il profilo della non qualificabilità della concessione, nel caso di specie,

come atto dovuto.

In tale ultima evenienza - a detta del Tribunale del Riesame - deve comunque essere lasciata alla valutazione discrezionale dell'Autorità comunale «la sufficienza, nella zona interessata, delle opere di urbanizzazione primaria».

Orbene, se la "ratio" della l. 94/1982 è quella di tutelare il cittadino dall'inerzia della P.A. in relazione a quei casi in cui è possibile porre in essere una attività di costruzione e se la particella di proprietà del Russo è indicata come area edificabile dallo strumento urbanistico vigente in loco (P.R.G.), non si vede che discrezionalità si debba riconoscere all'Autorità comunale.

E' lo strumento urbanistico che ha fatto a monte le opportune scelte circa la qualificazione delle aree ricadenti nella sfera d'operatività dello stesso P.R.G. prevedendo, in relazione alla zona di titolarità del Russo, la possibilità di edificare. In ordine a tale aspetto, essendo già stata fatta una precisa scelta ad opera dello strumento urbanistico, non si vede quale discrezionalità possa derivare alla amministrazione comunale.

Ciò tanto più allorquando, come nel caso in esame, l'area in questione risulti già edificata ed urbanizzata: infatti la particella del Russo insiste a soli 20 metri dalla rete idrica e fognaria co-

munale.

In conclusione l'ordinanza indicata in epigrafe non può condividersi poiché, da quanto suesposto, si evince inequivocabilmente: 1) che si è formato il silenzio-assenso; 2) che ai fini della formazione di tale silenzio-assenso non è necessaria la sussistenza di uno strumento attuativo, come invece sostenuto dal Tribunale del riesame; 3) che tale silenzio-assenso si sarebbe formato addirittura anche nel caso della sussistenza di contrasti con gli strumenti urbanistici; 4) che unico rimedio per "cancellare" la concessione tacita è dato dall'annullamento di ufficio della stessa da parte dell'amministrazione comunale; 5) che costituisce inequivocabilmente provvedimento illegittimo il rigetto (archiviazione)-come nel caso di specie - della domanda di concessione già tacitamente formatasi ed accolta; 6) che, tutt'al più, il giudice penale (Gip e Tribunale del riesame) potevano ritenere illegittimo (ma non inesistente) tale provvedimento tacito; 7) che comunque lo stesso giudice penale non poteva disapplicare la concessione tacita - eventualmente ritenuta illegittima - essendo in questo senso il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte Cass. sez. un., 27 gennaio 97, Giordano, in questa *Rivista*, 1989, 173 ss.).