



n. 88/09

Reg. Sent.

n. 2473/08

Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA
SEZIONE SECONDA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA
EX ART. 21 *BIS* L. 1034/71

sul ricorso proposto da:

LONGHI BRUNO e BIANCHI GIUSEPPINA,
rappresentati e difesi dall'avv. Vimercati Andrea,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Grella Umberto in Milano Via Cesare Battisti
21,

contro

COMUNE DI SEVESO,
non costituito in giudizio

e nei confronti di

JENNY S.R.L.,
rappresentata e difesa dagli avv. Antonino Brambilla e Barbara Alessandro,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Brambilla in Milano via Superga 14,

e nei confronti di

PROLI PIETRO PAOLO,
rappresentata e difesa dagli avv. Graziano Dal Molin ed Alessandro Dal Molin,

con domicilio eletto presso lo studio dei difensori in Milano via Leopardi 22,

e nei confronti di

LUGLIO SIMONA,

non costituita in giudizio,

per l'accertamento

- a. dell'illegittimità del silenzio serbato dal Comune di Seveso sull'esposto inoltrato in data 11.8.08, e sull'atto di diffida e messa in mora notificato in data 15-16.9.08;
- b. dell'insussistenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge per la libera intrapresa dei lavori a seguito di DIA del 30.4.08;

e per la condanna

del Comune di Seveso a provvedere in ordine al predetto esposto ed alla predetta diffida, anche ai sensi dell'art. 2, comma 5, L. 241/90, qualora se ne ravvisino gli estremi;

Visto il ricorso con i relativi allegati ed i documenti tutti del giudizio:

Uditi nella camera di consiglio del 18. 12. 2008 i difensori delle parti, come da verbale d'udienza;

Relatore il dott. Russo;

FATTO e DIRITTO

I coniugi Longhi e Bianchi ricorrono con la procedura di cui all'art. 21 *bis* della l. 1034/71 contro il comportamento inerte tenuto dal Comune di Seveso a fronte della loro richiesta di annullare la d.i.a. presentata dagli odierni controinteressati per la realizzazione di lavori edilizi asseritamente lesivi dei legittimi interessi dei ricorrenti.

I ricorrenti deducono l'illegittimità del comportamento omissivo della pubblica amministrazione in presenza di un obbligo di provvedere sull'istanza del privato che gravava su di essa.

Essi, inoltre, presentavano al Tribunale anche specifici argomenti a sostegno della fondatezza nel merito della loro istanza di annullamento della d.i.a..

Si costituivano in giudizio la società Jenny s.r.l. e Proli Pietro Paolo, che deducevano l'inammissibilità del ricorso e l'infondatezza dei motivi dello stesso.

Nessuno si costituiva per il Comune e per le ulteriori parti convenute in giudizio.

Il ricorso veniva discusso nella camera di consiglio del 18. 12. 2008, all'esito della quale veniva trattenuto in decisione.

Il ricorso è parzialmente inammissibile. Nella parte in cui è ammissibile, peraltro, esso è anche fondato.

1. Il ricorso è inammissibile nella parte in cui esso chiede di verificare l'illegittimità del comportamento inerte dell'amministrazione sull'istanza di annullamento in autotutela della d.i.a. del 15 settembre 2008. Alla data, infatti, di notifica del ricorso, che è la data che incardina il rapporto processuale, non erano ancora decorsi i 90 gg. di cui disponeva il Comune, in base alla norma residuale dell'art. 2 l. 241/90, per evadere la istanza presentata dal privato. Come correttamente evidenziato dalla difesa del controinteressato Proli nella comparsa di costituzione, non è possibile dichiarare l'illegittimità di un comportamento che alla data in cui è stata avanzata l'istanza di giustizia, non aveva ancora i crismi della illegittimità. Relativamente a tale parte, pertanto, il ricorso deve essere giudicato inammissibile.

2. Il solo ricorrente Longhi, peraltro, aveva già presentato al Comune di Seveso in data 11. 8. 2008 una diversa istanza, volta anch'essa ad ottenere l'annullamento in autotutela della d.i.a. presentata dalla contro interessata.

I termini per valutare tale istanza erano scaduti il 10. 11. 2008, cioè 2 giorni prima della incardinazione dell'odierno rapporto processuale, che pertanto, in questa parte non può essere giudicato per ciò solo inammissibile.

3. La difesa tecnica dell'altra controinteressata, Jenny s.r.l., deduce, peraltro, l'irricevibilità anche di tale parte del ricorso sul rilievo che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare a suo tempo direttamente la d.i.a. del 30 aprile 2008 , e non potrebbe, pertanto - una volta decorsi i

termini per impugnare la d.i.a. – essere rimesso in termini impugnando il diniego di annullare in autotutela il titolo abilitativo.

L'eccezione deve essere peraltro respinta, in quanto, quand'anche la d.ia. fosse effettivamente autonomamente impugnabile, ciò non impedirebbe al terzo asseritamente leso dai lavori edilizi che ne formano oggetto, di chiederne l'annullamento in autotutela all'autorità comunale.

In altri termini, la mancata impugnazione della d.i.a. comporterebbe, al più, la decadenza dalla possibilità di instaurare un giudizio centrato espressamente sul titolo abilitativo censurato, ma non la decadenza dalla possibilità di ottenere una pronuncia giurisdizionale incentrata sul tema (ellittico rispetto alla d.i.a.) del mancato esercizio dei poteri di autotutela.

4. La difesa della Jenny s.r.l. formula un'ulteriore eccezione di inammissibilità, ritenendo che l'esposto dell'11 agosto 2008 (che, si ripete, è l'unico rimasto in discussione) non avrebbe meritato una risposta dal Comune, in quanto il suo contenuto era già stato valutato dall'autorità comunale, che aveva risposto con la nota 8. 8. 2008 con cui giudicava il suo contenuto infondato.

In realtà, questa eccezione, pur correttamente articolata in diritto (per l'adesione di questa Sezione all'orientamento che ritiene non sussistente un obbligo di provvedere della pubblica amministrazione a fronte di istanze reiterate aventi lo stesso oggetto v. la sentenza 25. 7. 2008, n. 2991), non è, però, corretta in fatto, perché l'esposto in esame, seppure in parte (in particolare, sull'argomento delle distanze) si sovrapponga ad altre istanze già presentate dal Longhi nei suoi ripetuti tentativi di non far realizzare l'intervento edilizio asseritamente lesivo, presenta per il resto dei contenuti nuovi.

Ci si riferisce, segnatamente, alla questione del pregresso asservimento edilizio dell'area su cui dovrebbero essere effettuati i lavori, questione non meramente formale e di non secondaria importanza, su cui non risulta in atti esservi mai stato alcun pronunciamento espresso dell'autorità comunale.

5. Evidenziato, pertanto, che il ricorso è ammissibile nella parte in cui si riferisce all'inerzia tenuta dal Comune sull'esposto dell' 11 agosto 2008 (e precisato che il ricorso, per questa parte, è legittimamente presentato dal solo ricorrente Longhi, in quanto la signora Bianchi non era firmataria dell'esposto in esame), nel merito occorre rilevare che la verifica

dell'illegittimità del silenzio della pubblica amministrazione postula l'accertamento di due elementi:

- a) la sussistenza in capo all'amministrazione di un obbligo di provvedere sull'istanza del privato;
- b) il successivo accertamento della sua inosservanza.

L'obbligo di provvedere, necessario ai fini della formazione del silenzio-rifiuto, si verifica quando il provvedimento amministrativo richiesto dall'interessato sia previsto dalla legge come atto nominato e, cioè, ove l'istanza sia idonea ad attivare una sequenza procedimentale che deve ineluttabilmente definirsi con l'adozione di quest'ultimo (Cons. Stato, IV, 7 luglio 2008, n. 3371).

Nel caso di specie:

- a) il ricorrente ha provato di aver presentato un'istanza diretta alla pubblica amministrazione volta ad ottenere un provvedimento amministrativo;
- b) il provvedimento amministrativo richiesto è tipizzato dall'art. 19 l. 241/90, che prevede la possibilità di utilizzare i moduli di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* l. 241/90 per privare di effetti una denuncia d'inizio attività;
- c) non risulta che l'amministrazione abbia provveduto.

In giudizio è stata pertanto dimostrata l'esistenza dell'obbligo di provvedere, e conseguentemente, l'illegittimità del comportamento inerte tenuto dalla pubblica amministrazione a fronte di un obbligo di provvedere sulla istanza del privato. Va ordinato, pertanto, ex art. 21 *bis*, co. 2, l. 1034/71 all'amministrazione convenuta di rispondere con provvedimento espresso alla istanza presentata dal privato.

6. E' noto che a seguito della novella dell'art. 2, 5° comma, della L. n. 241 del 1990, nell'ambito del giudizio sul silenzio il giudice può conoscere della fondatezza dell'istanza.

Questa norma è stata interpretata da Cons. Stato, sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311, nel senso che il giudice potrà conoscere della accoglibilità o meno in concreto dell'istanza solo:

- a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione (in altri termini si potrà

condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'an della pretesa, ma nulla di più);

b) nell'ipotesi in cui l'istanza sia manifestamente infondata, in modo che risulti del tutto diseconomico obbligare la p.a. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto.

Nel caso in esame, la complessità della questione dell'asservimento dell'area interessata dai lavori, su cui è impostata l'istanza del privato dell'11 agosto 2008, non consente di giudicare tale istanza né manifestamente fondata, né manifestamente infondata, e non permette, pertanto, l'ingresso in questo giudizio della valutazione di cui alla novella dell'art. 2, co. 5, l. 241/90, giudizio che pertanto si dovrà arrestare alla formale constatazione dell'illegittimità del comportamento inerte della pubblica amministrazione.

7. In ragione della natura della controversia, della relativa complessità delle questioni trattate, e della reciproca soccombenza su esse, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. II, così definitivamente pronunciando,

Accoglie parzialmente il ricorso in epigrafe, e per l'effetto, ordina al Comune di Seveso di provvedere, con atto espresso e motivato, nel termine di giorni trenta dalla comunicazione in via amministrativa, ovvero dalla notificazione della presente sentenza, sull'istanza di annullamento in autotutela presentata da Longhi Bruno il 11. 8. 2008.

Dichiara inammissibile per il residuo.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 18. 12. 2008, con l'intervento dei signori magistrati

Mario Arosio, Presidente

Silvana Bini, Referendario

Carmine Russo, Referendario relatore.

L'estensore

Il Presidente