

Dev'esserci preavviso di diniego anche in caso di parere vincolante

venerdì 25 settembre 2009

Ultimo aggiornamento sabato 26 settembre 2009

di Alberto Dal Bello.

Con sentenza 3 agosto 2009, n. 2253, la Sezione seconda del TAR del Veneto ha statuito che la regola prevista dall'art. 10 bis della L. n. 241/1990 (c.d. "preavviso di rigetto") trova applicazione anche nel caso di provvedimenti “vincolati” da atti presupposti.

La fattispecie esaminata dal TAR riguardava un diniego di sanatoria per un immobile vincolato, diniego opposto al privato sul – presupposto e vincolante - parere negativo della Soprintendenza.

Secondo il Tribunale, la fase partecipativa non può essere pretermessa per il solo fatto che l'atto conclusivo sia preceduto da un parere vincolante, “determinandosi altrimenti una disparità di trattamento affatto irragionevole, poiché fondata sul modello procedimentale seguito per la formazione degli atti e non sulla loro natura”.

Costituisce, invece, principio generale – recepito e affermato dall'art. 10 bis della legge generale sul procedimento - l'onere di comunicare all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della domanda, di modo che l'amministrazione sia messa nella condizione di riconsiderare ed eventualmente modificare le proprie determinazioni prima che queste divengano definitive.

Secondo il TAR del Veneto, in definitiva, nell'ambito dei procedimenti di sanatoria di abusi commessi su immobili vincolati, il preavviso di rigetto deve precedere il parere vincolante della Soprintendenza.

Il Tribunale non precisa a chi spetti l'onere di comunicazione, se alla Soprintendenza o al Comune; ma in ogni caso l'apporto partecipativo del privato ha lo scopo di influire sui profili di discrezionalità e, per quanto riguarda la compatibilità paesaggistica, nell'ambito della procedura di sanatoria tale discrezionalità connota solamente il parere della Soprintendenza (parere che vincola il Comune al rigetto dell'istanza).

Corollario di quanto precede è l'affermata inapplicabilità dell'art. 21 octies, comma 2, parte seconda della Legge sul procedimento amministrativo, tenuto conto che l'applicabilità di tale “sanatoria” va verificata, non con riferimento al diniego comunale, ma al parere della Soprintendenza, che a differenza del primo è connotato da “cospicui profili di discrezionalità”.

“(...

1. I provvedimenti impugnati riguardano un poggiolo, costruito dai ricorrenti lungo il primo piano dell'abitazione di loro proprietà, in contrasto con il progetto dell'edificio, approvato e realizzato all'inizio degli anni novanta del secolo scorso.

2. Il ricorso è fondato, con specifico riferimento al primo motivo di ricorso, giacché il diniego di sanatoria e, con esso, il presupposto parere negativo della Soprintendenza non sono stati preceduti dal prescritto avviso partecipativo ex art. 10 bis l. 241/90 (conf., ex multis, T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 24 settembre 2008, n. 1204; T.A.R. Sardegna, sez. II, 19 novembre 2007, n. 2056).

3. D'altra parte, non può trovare nella fattispecie applicazione la sanatoria di cui all'art. 21 octies, Il comma, parte seconda, della stessa l. 241/90, poiché non è stato dimostrato in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

4. Anzitutto, infatti, a parere del Collegio, tale regola deve trovare applicazione anche ai provvedimenti che, come quelli emessi nella fattispecie dal Comune, siano preceduti da un parere vincolante, determinandosi altrimenti una disparità di trattamento affatto irragionevole, poiché fondata sul modello procedimentale seguito per la formazione degli atti e non sulla loro natura.

In simili situazioni è dunque onere delle Amministrazioni interessate di comunicare agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della loro domanda, applicando procedure tali da consentire di riconsiderare poi eventualmente, sulla base dell'apporto degli interessati, le proprie determinazioni prima che queste divengano definitive.