

L' assenza di una pianificazione territoriale commerciale e urbanistica da parte del Comune non vanifica la formazione del silenzio assenso

Questo approfondimento è di Anna Teresa Paciotti ed è pubblicato al seguente indirizzo <http://www.studiolegalelaw.net/consulenza-legale/18239>.

Con la Decisione n. 1785/2010, il Consiglio di Stato ha rilevato e risolto un contrasto giurisprudenziale in materia dell'istituto del silenzio assenso di cui alla normativa che ha liberalizzato il commercio.

Il caso in esame riguarda il diniego, opposto dal Comune, nei confronti di una impresa commerciale che aveva chiesto il rilascio della autorizzazione per l'apertura di una media struttura di vendita. **Il Comune negava l'autorizzazione, non avendo provveduto a dare attuazione alle disposizioni di cui alla riforma del commercio.** Inoltre, **il provvedimento di diniego era stato emesso senza rispettare i termini previsti per il silenzio assenso.** L'impresa impugnava il provvedimento di rigetto con ricorso promosso innanzi al Tar della Lombardia. Il Tar, ritenendo che il Comune di Carate Brianza, non avendo adottato né visto approvare la variante generale di adeguamento dello strumento urbanistico a quanto richiesto dall'art. 8 del decreto legislativo 114/1998, non potesse negare sic et simpliciter l'autorizzazione all'apertura di una media struttura di vendita, per cui annullava il diniego impugnato ai fini di un riesame dopo aver dato attuazione a quanto previsto dalla legge statale e da quella regionale. **Avverso la pronuncia del Tar, l'impresa ha promosso appello al Consiglio di Stato**, criticando la sentenza laddove la stessa aveva subordinato il riesame all'adozione della variante generale, con ciò prevedendo una sospensione a tempo indefinito dell'istruttoria sull'istanza di autorizzazione, una sorta di divieto assoluto e indiscriminato di apertura di medie strutture di vendita in assenza della variante urbanistica, che, invece, sarebbe stata consentita, trattandosi di struttura immobiliare già esistente prima della riforma di liberalizzazione del commercio e in armonia con il PRG vigente che classificava la zona in cui era sito l'immobile da destinare a media struttura di vendita, quale zona destinata all'insediamento di attività commerciali. L'impresa ha anche reiterato i motivi di censura già prospettati in primo grado, tra cui la violazione e falsa applicazione dell'art. 8, comma 4, del d.lgs. 114/1998 per aver emesso un provvedimento di diniego dopo che si era formato, ai sensi della norma citata, il silenzio assenso. Il Consiglio ha ritenuto necessario valutare la questione relativa alla natura meramente programmatica o immediatamente precettiva dell'istituto del silenzio assenso di cui alla legge c.d. Bersani di liberalizzazione del commercio (decreto legislativo n. 114/1998) e alla possibilità di applicare l'art. 8, comma 4, del decreto citato indipendentemente dalla fissazione degli indirizzi generali da parte delle regioni e dal conseguente adeguamento delle previsioni dei piani urbanistici ai dettami della stessa legge. In proposito, il Consiglio ha rilevato che, nella giurisprudenza amministrativa di primo grado, sono maturati due indirizzi interpretativi. Un primo indirizzo ha ritenuto che la disposizione abbia un carattere immediatamente precettivo. A tenore del secondo indirizzo la norma avrebbe carattere meramente programmatico. E' ovvio che la ricaduta sul caso di specie è diversa a seconda che si aderisca all'uno o all'altro dei due indirizzi. **Il Consiglio di Stato ha ritenuto di aderire al primo degli indirizzi citati, ritenendolo coerente con i principi di celerità, di efficienza e di trasparenza dell'azione amministrativa, espressamente sanciti, nel nostro ordinamento, dalla legge 241/1990, la quale ha previsto che le domande di autorizzazione per l'apertura, il trasferimento di sede e l'ampliamento delle**

medie strutture di vendita vanno ritenute accolte qualora non venga comunicato il provvedimento di diniego entro il termine stabilito dal Comune, che non può essere superiore ai novanta giorni dalla data di ricevimento delle istanze. Ciò comporterebbe che il Comune possa stabilire, per la formazione del c.d. silenzio assenso, un termine inferiore a quello previsto dalla legge, ma, qualora ciò non avvenga, ovvero il Comune ometta una qualsiasi determinazione sul punto, la norma non sarebbe inoperante e non consentirebbe al Comune di sottrarsi alla sua imperatività, in quanto il silenzio assenso si formerebbe regolarmente decorso il termine indicato dalla legge. Tale effetto non sarebbe impedito dalla mancata adozione di atti deliberativi considerati presupposto indispensabile per il rilascio dell'autorizzazione, in quanto dalla legge non emerge in alcun modo la previsione di una simile condizione e, del resto, sarebbe contraddittorio ammettere, da un lato, la previsione di un termine e consentire, dall'altro, l'elusione dello stesso o la sua proroga sine die in relazione a un comportamento obbligatorio da parte del Comune e illegittimamente omissivo dallo stesso. **Pertanto, il Consiglio ha ritenuto che la norma di cui all'art. 8, comma 4, del decreto legislativo n. 114/1998 sia immediatamente precettiva.** Dopo aver richiamato il tenore della norma, il Consiglio ha concluso che non v'è dubbio che il legislatore abbia inteso, con l'art. 8 in esame, introdurre una norma di semplificazione procedimentale al fine di liberalizzare, per quanto possibile, il settore del commercio, originariamente disciplinato da una legislazione incentrata su rigidi strumenti pianificatori. Sul piano sistematico, il Consiglio ha considerato che il silenzio assenso risulta, allo stato attuale, il modulo generalizzato di conclusione del procedimento amministrativo. La regola generale posta dalla legge n. 241 del 1990, in tema di silenzio assenso, infatti, prevede che "fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti a istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine fissato, il provvedimento di diniego.

A fronte di tale disciplina di generalizzazione della regola del silenzio assenso appare anacronistica e inadeguata rispetto alle esigenze della moderna economia di mercato, una impostazione, proprio nel campo commerciale, volta a ritenere meramente programmatica la norma di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 114 del 1998 che va considerata normativa antesignana rispetto, non all'istituto del silenzio assenso, ma alle riforme di liberalizzazione dell'anno 2005 (legge_15_2005 e legge_80_2005) e, pertanto, da interpretare in modo coerente rispetto al sistema giuridico complessivamente considerato. Inoltre, l'adozione di criteri regionali programmatori e la integrazione della pianificazione territoriale commerciale e urbanistica da parte del Comune non è senza limiti di tempo, essendo questi previsti sia dalla legge statale per la regione in un anno e in sei mesi per il comune, termini ampiamente decorsi alla data di adozione del provvedimento impugnato. **L'inutile decorso del termine senza adeguamento della pianificazione urbanistica indica la carenza di interesse a adeguarla e non può vanificare l'esercizio del diritto a ottenere la richiesta autorizzazione e alla formazione del silenzio assenso, pena la vanificazione delle finalità della legge di liberalizzazione del commercio.**

ISTANZA DI AUTORIZZAZIONE COMMERCIALE PER MEDIA STRUTTURA DI VENDITA

(di Dr. Domenico Carola - Docente di Diritto Circolazione Stradale - del 2010-04-15)

Procedimento. Mancata adozione di una specifica disciplina comunale. Istituto del silenzio assenso ex art. 8, comma 4, d.lgs. 114/1998. Applicabilità – Va affermata

Consiglio di Stato, Sez. V – Sentenza 29 marzo 2010, n. 1785 L'articolo 8, comma 4, del decreto legislativo n. 114 del 1998 ("Il comune adotta le norme sul procedimento concernente le domande relative alle medie strutture di vendita; stabilisce il termine, comunque non superiore ai novanta giorni dalla data di ricevimento, entro il quale le domande devono ritenersi accolte qualora non venga comunicato il provvedimento di diniego, nonché tutte le altre norme atte ad assicurare trasparenza e snellezza dell'azione amministrativa e la partecipazione al procedimento ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche") ha natura immediatamente precettiva e non meramente programmatica.

In primo luogo va rimarcata la specialità della disciplina sul commercio, che detta una previsione particolare rispetto all'istituto del silenzio assenso disciplinato dalla legge n. 241 del 1990. Ciò comporta che l'art. 8 del d.lgs. n. 114 del 1998, che ha demandato ai comuni la facoltà di stabilire, ai fini dell'assenso all'apertura delle medie strutture di vendita, un termine comunque non superiore a novanta giorni per la maturazione del silenzio accoglimento, in caso mancata adozione di una specifica disciplina comunale non renda efficace il termine ordinario di sessanta giorni di cui all'art. 19 della legge n. 241 del 1990, trovando la materia disciplina esclusiva nella previsione speciale suddetta con conseguente preclusione a configurare la formazione del silenzio significativo in un termine inferiore a quello, ivi stabilito, di giorni 90 (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 11.12.2006, n. 2889).

Non v'è dubbio che il legislatore abbia inteso, con l'art. 8 in esame, introdurre una norma di semplificazione procedimentale al fine di liberalizzare, per quanto possibile, il settore del commercio, originariamente disciplinato da una legislazione incentrata su rigidi strumenti pianificatori. Va altresì considerato, che, sul piano letterale, non vi sono argomenti decisivi per ritenere che, in caso di inerzia delle regioni e dei comuni nell'adozione dei dovuti atti di indirizzo programmatico, resti inoperante l'istituto del silenzio assenso di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 114 del 1998. La norma infatti prevede solo un regolamento del comune, di carattere procedimentale, sul presupposto che il comune possa fissare anche un termine per provvedere minore di novanta giorni, ma in caso di assenza di tale regolamento deve semplicemente ritenersi applicabile il termine generale previsto dalla legge statale di novanta giorni (e non il termine di cui alla legge n. 241 del 1990).