

CAPITOLO XIV

PROCEDIMENTO PER IL RILASCIO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE

Sommario: 1. La domanda. – 1.a. La documentazione da allegare: il progetto. – 1.b. L'autocertificazione attestante la conformità igienico-sanitaria. – 2. Il responsabile del procedimento. – 2.a. La proposta di modifiche al progetto. – 3. La conferenza di servizi. – 4. Il provvedimento finale. – 5. Il silenzio della P.A. – 6. L'intervento sostitutivo regionale. – 6.a. Il commissario *ad acta*. – 6.b. Il ricorso contro il silenzio-rifiuto. – 6.c. Il procedimento ex art. 21 *bis* l. n. 1034 del 1971.

1. La domanda.

Legislazione: artt. 5, 11, 20, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: ASSINI e MANTINI, 2007.

Secondo quanto disposto dall'art. 20, d.p.r. n. 380/2001, la domanda per il rilascio del permesso di costruire, sottoscritta da uno dei soggetti legittimati ai sensi dell'art. 11 stesso d.p.r., va presentata allo sportello unico corredata da un'attestazione concernente il titolo di legittimazione, dagli elaborati progettuali richiesti dal regolamento edilizio, e quando ne ricorrano i presupposti, dagli altri documenti previsti dalla parte II del T.U. Edilizia (normativa tecnica per l'edilizia), nonché da un'autocertificazione circa la conformità del progetto alle norme igienico-sanitarie nel caso in cui il progetto riguardi interventi di edilizia residenziale ovvero la verifica in ordine a tale conformità non comporti valutazioni tecnico-discrezionali.

L'ufficio denominato "sportello unico per l'edilizia", come già rilevato, cura tutti i rapporti fra il privato, l'amministrazione comunale e le altre pubbliche amministrazioni tenute a pronunciarsi in ordine all'intervento edilizio oggetto della richiesta di permesso di costruire, Sportello unico

anche ai fini dell'acquisizione degli atti di assenso (comunque denominati) necessari per la realizzazione dell'intervento richiesto¹.

Nel procedimento amministrativo iniziato con l'istanza di permesso di costruire quelli che, nella disciplina precedentemente in vigore, erano procedimenti autonomi connessi sono divenuti meri sub-procedimenti, nell'ottica della semplificazione perseguita dal T.U. dell'edilizia. [50]

1.a. La documentazione da allegare: il progetto.

Legislazione: art. 20, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: FACCIOLI, 2004.

Il progetto, che deve essere formato da un soggetto con competenze tecniche specialistiche in relazione all'opera da attuare, deve conformarsi alle prescrizioni degli strumenti urbanistici².

La redazione del progetto assume un'estrema importanza nel procedimento delineato dall'art. 20, d.p.r. n. 380/2001, dipendendo da esso il rilascio del permesso di costruire.

Dubbi interpretativi sono sorti in ordine alla qualifica professionale di coloro che devono procedere alla redazione del progetto (geometra, architetto o ingegnere), [50] non esistendo una precisa suddivisione delle opere suscettibili di progetto da parte di una o dell'altra categoria

Opere in cemento
armato

Diverse, quindi, sono le soluzioni adottate dalla giurisprudenza, talvolta anche diametralmente opposte, come nel caso delle opere che implicino l'uso del cemento armato, per le quali, mentre i giudici penali escludono assolutamente che il progetto possa essere redatto dai geometri, [50] superando così anche un proprio precedente indirizzo di segno contrario, [50] i giudici amministrativi generalmente lo consentono [50] sia pure in presenza di certi limiti dimensionali [50] e sempre che si tratti di opere che non pongano in pericolo l'incolumità delle persone. [50]

In ragione dell'evidente favore che le varie norme pongono per la competenza esclusiva dei tecnici laureati, [50] la giurisprudenza am-

¹ ASSINI e MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, 3^a ed., Milano, 2007, 779.

² FACCIOLI, *Procedimento per il rila-*

scio del permesso di costruire, in AA.VV., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di A.M. Sandulli, Milano, 2004, 245.

ministrativa ha sempre richiesto di verificare con attenzione ed in concreto le caratteristiche dell'opera in cemento armato prima di consentire al geometra di redigerne il relativo progetto. [57]

Quanto, invece, alla effetti della controfirma del professionista abilitato, al fine di far salva la competenza del geometra anche per la realizzazione di edifici che presentino opere in cemento armato, la giurisprudenza ritiene idoneo il progetto purché risulti sottoscritto dall'ingegnere, in qualità di progettista e direttore dei lavori delle opere strutturali, e dal geometra in qualità di "tecnico". [58]

Controfirma

1.b. L'autocertificazione attestante la conformità igienico-sanitaria.

Legislazione: art. 20, 24, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: DONATO E PALOMBELLA, 2003.

Il progetto deve essere corredato da un'autocertificazione circa la conformità alle norme igienico-sanitarie qualora riguardi interventi di edilizia residenziale ovvero la verifica in ordine a tale conformità non comporti valutazioni tecnico-discrezionali.

La stretta connessione tra la conformità del progetto alle prescrizioni urbanistiche ed i requisiti igienico-sanitari evidenzia come il legislatore abbia fatto proprie le indicazioni giurisprudenziali in materia di certificato di abitabilità (adesso, di agibilità).

La dottrina ritiene che l'autocertificazione, che sostituisce il certificato che in passato era rilasciato dall'ASL, debba provenire dallo stesso soggetto che richiede il permesso di costruire e non dal progettista, pena la perdita di qualsiasi vantaggio per il soggetto interessato che, altrimenti, all'obbligo di acquisire il certificato dall'ASL vedrebbe sostituito quello di farselo rilasciare dal professionista³.

2. Il responsabile del procedimento.

Legislazione: artt. 4, 5, l. 7.8.1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi; artt. 5, 20, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia

³ DONATO e PALOMBELLA, *Il testo dell'edilizia tra attività edificatoria e tutela del consumatore*, Milano, 2003, 91.

edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: DE NICTOLIS, 2002; MARZARO GAMBA, 1997; ROMANO TASSONE, 1993; MILLEMAGGI COGLIANI, 1992; MELE, 1993; MANDARANO, 2001.

Lo sportello unico comunica entro dieci giorni al richiedente il nominativo del responsabile del procedimento ai sensi degli artt. 4 e 5, l. 241/1990, n. 241, e ss. mod.

Secondo la dottrina, tale lasso di tempo consente all'amministrazione di effettuare una scelta del soggetto responsabile non fondata semplicemente su sistemi predeterminati di rotazione – come accade quando l'ufficio è tenuto ad indicare il nominativo del responsabile del procedimento al momento stesso della presentazione della domanda –, ma basata su una ponderata valutazione che tenga in debita considerazione la complessità della questione sottoposta al suo esame⁴.

Tardiva
comunicazione

La dottrina si è interrogata su quali siano gli effetti della mancata o tardiva comunicazione del nominativo sul provvedimento finale⁵; secondo la tesi che si ritiene di condividere, la mancata comunicazione del nominativo si traduce in una violazione di legge, qualora precluda al privato di contattare il responsabile del procedimento, mentre la mancata nomina non comporta alcuna invalidità, operando in tal caso la supplenza legale del capo dell'ufficio.

Un effetto invalidante per il provvedimento finale, tuttavia, si deve ammettere solo quando al privato sia stata effettivamente impedita una forma di partecipazione, [A] idonea a modificare l'esito del procedimento, [B] configurandosi, altrimenti, una mera irregolarità⁶.

L'esame delle domande si svolge secondo l'ordine cronologico di presentazione, secondo un principio funzionale all'esigenza di garantire la parità di trattamento dei privati che trova generale applicazione, anche in difetto di espressa statuizione legislativa, nei diversi settori di attività della pubblica amministrazione.

Funzioni

Entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda, il responsabile del procedimento cura l'istruttoria, acquisisce, avvalendosi dello sportello unico, i prescritti pareri dagli uffici comunali, nonché i pareri di cui all'art. 5, 3° co., d.p.r. n. 380/2001 sempre che gli stessi non

⁴ DE NICTOLIS, *Procedimento per il rilascio del permesso di costruire*, in *L'attività edilizia nel testo unico*, (a cura di) F. Caringella e G. De Marzo, 2002, 218.

⁵ MARZARO GAMBA, *Sul nuovo procedimento di rilascio della concessione edilizia (Commento all'art. 4, commi 1-6,*

del d.l. 5.10.1993, n. 398, conv. con modifiche in l. 4.12.1993, n. 493, come sostituito dall'art. 2, co. 60, della l. 23.12.1996, n. 662, RG Urb, 1997, 29.

⁶ ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.

siano già stati allegati alla domanda dal richiedente e, valutata la conformità del progetto alla normativa vigente, formula una proposta di provvedimento, corredata da una dettagliata relazione, comprensiva della qualificazione tecnico-giuridica dell'intervento richiesto.

Il termine di sessanta giorni è raddoppiati per i comuni con più di 100.000 abitanti, nonché per i progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile del procedimento.

Il responsabile del procedimento assume una posizione di centralità per tutto il corso della fase istruttoria⁷ che, risultando regolata in via residuale dalla l. n. 241/1990, comprende anche la verifica delle condizioni di ammissibilità della domanda, i requisiti di legittimazione⁸ ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento.

2.a. La proposta di modifiche al progetto.

Legislazione: art. 20, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: TIBERII, 2004.

Il responsabile del procedimento, qualora ritenga che ai fini del rilascio del permesso di costruire sia necessario apportare modifiche di modesta entità rispetto al progetto originario, può, nello stesso termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda, richiedere tali modifiche, illustrandone le ragioni.

L'interessato si pronuncia sulla richiesta di modifica entro il termine fissato e, in caso di adesione, è tenuto ad integrare la documentazione nei successivi quindici giorni; la richiesta sospende, fino al relativo esito, il decorso del termine illustrato.

Il termine di sessanta giorni può essere interrotto una sola volta dal responsabile del procedimento, entro quindici giorni dalla presentazione della domanda, esclusivamente per la motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata e

⁷ MILLEMAGGI COGLIANI, *Considerazioni in tema di responsabile del procedimento*, NR, 1992, n. 19, 2114; MELE, *Il responsabile del procedimento nella esecuzione dei lavori pubblici*, NR, 1993, n. 15-16, 1636.

⁸ MANDARANO, *I soggetti legittimati alla richiesta di concessione edilizia*, UA, 2001, 88.

che non siano già nella disponibilità dell'amministrazione o che questa non possa acquisire autonomamente; in tal caso, il termine ricomincia a decorrere dalla data di ricezione della documentazione integrativa.

Anche in questo caso i termini sono raddoppiati per i comuni con più di 100.000 abitanti, nonché per i progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile del procedimento.

La disposizione, in ossequio ai principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, prevede una sorta di dialogo tra l'amministrazione e i privati nel caso in cui il progetto da essi presentato possa, con modifiche di lieve entità, essere ricondotto a conformità con la normativa urbanistica.

L'incontro della proposta di modifica, avanzata dalla P.A. e l'eventuale adesione-accettazione, espressa dal privato, induce a ritenere superato il modello autoritativo che per tradizione caratterizza l'attività della P.A.

Presupposti La facoltà del responsabile del procedimento di proporre modifiche al progetto presentato, tuttavia, è esercitabile solo laddove l'attività di trasformazione edilizia che ci si accinge a realizzare si ponga in evidente contrasto con le prescrizioni urbanistico-edilizie⁹.

Passando alla casistica, la modifica di un tramezzo, effettuata per rendere il progetto conforme al Piano carburanti, è stata considerata modifica di modesta entità in relazione ad un progetto per la realizzazione di un impianto di distribuzione carburanti. [99]

3. La conferenza di servizi.

Legislazione: artt. 14-14 *quater*, l. 7.8.1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi; art. 25, d.lg. 29.10.1999, n. 490, testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della l. 8.10.1997, n. 352; artt. 5, 20, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia; d.lg. 22.1.2004, n. 42, codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della l. 6.7.2002, n. 137.

Bibliografia: CASETTA, 2000; PICONE, 2001.

Nell'ipotesi in cui, ai fini della realizzazione dell'intervento, sia necessario acquisire atti di assenso, comunque denominati, di altre

⁹ TIBERII, *Procedimento per il rilascio unico dell'edilizia*, a cura di A.M. Sandulli, Milano, 2004, 253.

amministrazioni, diverse da quelle di cui all'art. 5, 3° co., d.p.r. n. 380/2001, il competente ufficio comunale convoca una conferenza di servizi ai sensi degli artt. 14, 14 *bis*, 14 *ter*, 14 *quater*, l. n. 241/1990, e ss. mod.; qualora si tratti di opere pubbliche incidenti su beni culturali, si applica la speciale disciplina dettata dal relativo Codice che ha abrogato e sostituito il d.lg. 29.10.1999, n. 490.

La conferenza consiste in una riunione di persone fisiche che, in rappresentanza delle rispettive amministrazioni, esprimono il punto di vista di ciascuna di queste che confluisce, poi, in una determinazione concordata¹⁰; risulta, così, attuata una incisiva forma di semplificazione dell'azione amministrativa che garantisce una maggiore speditezza nell'agire amministrativo, consentendo una immediata selezione degli interessi pubblici contrastanti e l'individuazione di un punto di coordinamento¹¹.

In materia edilizia, in particolare, la conferenza di servizi permette l'acquisizione e valutazione di tutti gli elementi relativi alla compatibilità della richiesta di permesso di costruire con le esigenze ambientali, determinando così l'emersione e la comparazione dei vari profili di interesse pubblico valutabili ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

4. Il provvedimento finale.

Legislazione: artt. 22 e ss., l. 7.8.1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi; art. 20, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: LAURICELLA e MARABINI, 2004.

Il permesso di costruire è un provvedimento amministrativo rilasciato all'esito di un *iter* procedimentale che si apre con la presentazione della domanda da parte di un soggetto che intende eseguire un intervento edilizio e si conclude con il rilascio (oppure il diniego) del provvedimento definitivo che definisce in concreto le modalità esecutive dell'opera da realizzare¹².

Il provvedimento finale, che lo sportello unico provvede a notificare all'interessato, è adottato dal dirigente o dal responsabile del-

¹⁰ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 408.

¹¹ PICONE, *I temi generali del diritto amministrativo*, II, 2001, 222.

¹² LAURICELLA e MARABINI, *Il permesso di costruire*, Padova, 2004.

l'ufficio, entro quindici giorni dalla proposta formulata dal responsabile del procedimento che cura l'istruttoria, ovvero dall'esito della conferenza di servizi appena esaminata; dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire è data notizia al pubblico mediante affissione all'albo pretorio. Gli estremi del permesso di costruire sono indicati nel cartello esposto presso il cantiere, secondo le modalità stabilite dal regolamento edilizio.

Comunicazione

Quanto alla notifica all'interessato, non si tratta della notifica in senso tecnico, essendo sufficiente una semplice comunicazione formale quale una raccomandata con avviso di ricevimento.

Per quanto attiene alla notizia al pubblico dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire, questa è funzionale all'eventuale impugnazione in sede giurisdizionale da parte del terzo; ai fini del decorso del relativo termine, per il soggetto diverso dal destinatario, ciò che rileva è la conoscibilità del permesso di costruire associata all'effettivo inizio dei lavori, resa possibile dalla pubblicazione nell'albo pretorio dell'apposito avviso e dall'esposizione nel cantiere del cartello con gli estremi del permesso di costruire rilasciato e, quindi, non l'effettiva conoscenza del permesso di costruire che si consegua, per esempio, ad effetto dell'istanza di accesso ai sensi degli artt. 22 e ss., l. n. 241/1990.

A seguito dell'entrata in vigore d.p.r. n. 380/2001, quindi, non più essere seguito il precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la mera affissione all'albo pretorio ed anche l'indicazione degli estremi del permesso di costruire nel cartello esposto presso il cantiere non costituiscono una formalità idonea per la decorrenza del termine di impugnazione giurisdizionale della concessione edilizia, poiché il momento dal quale far decorrere il termine di impugnazione era quello dell'ultimazione dei lavori, in quanto soltanto da tale data i soggetti interessati potevano avere la piena consapevolezza dell'esistenza e dell'entità delle violazioni urbanistiche commesse. [56]

La norma, adesso, prescrive due forme di pubblicità del permesso di costruire: l'affissione all'albo pretorio e l'esposizione del cartello di cantiere; solo quando vengano adempite entrambe può prodursi l'effetto di pubblicità legale, secondo il noto principio giurisprudenziale secondo cui, quando siano prescritte plurime forme di pubblicità dell'atto amministrativo, la presunzione legale di conoscenza non ha luogo sino a che esse non siano tutte compiute. [56]

Impugnazione

Tra i soggetti legittimati ad impugnare il provvedimento di diniego del permesso di costruire, la giurisprudenza esclude che possa essere annoverato il professionista progettista, non ravvisando un suo interesse ad agire neppure di natura morale. [56]

L'interesse a ricorrere, inoltre, è tradizionalmente subordinato alla

sussistenza di uno stabile collegamento con la zona interessata dal provvedimento ampliativo, escludendosi in materia la sussistenza di un'azione popolare. [42]

I termini di sessanta e quindici giorni esaminati sono raddoppiati per i comuni con più di 100.000 abitanti, nonché per i progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile del procedimento.

5. Il silenzio della P.A.

Legislazione: art. 2, l. 7.8.1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi; artt. 14, 20-221 d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: SENSALE, 1991.

Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-rifiuto¹³.

Tale disposizione rinviene il suo naturale completamento nell'art. 21, d.p.r. n. 380/2001 che disciplina l'intervento sostitutivo della regione.

Il termine, come precisato dalla giurisprudenza, decorre dal momento in cui il privato ha depositato l'integrale documentazione che consente all'amministrazione di operare le più opportune verifiche in ordine alla assentibilità dell'opera. [43]

Il 9° co. dell'art. 20 attribuisce innanzitutto uno specifico valore alla mancata adozione da parte dell'amministrazione comunale del provvedimento conclusivo nei termini prescritti; in questo caso, infatti, «... sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-rifiuto».

A tanto deve aggiungersi che l'art. 2, l. 241/1990 ha posto un argine significativo a tutti i comportamenti ostruzionistici della P.A. ponendo a carico degli enti pubblici l'obbligo di concludere il procedimento avviato ad istanza di parte con un provvedimento espresso e motivato; quest'ultima previsione normativa è diretta a consentire al privato l'accesso ad una tutela giurisdizionale effettiva che gli può essere as-

¹³ SENSALE, *Il silenzio della pubblica amministrazione nel diritto urbanistico*, Padova, 1991.

sicurata solo quando vengono chiaramente esplicitate le ragioni che si frappongono al conseguimento della utilità sperata e richiesta alla pubblica amministrazione.

Il silenzio, in tal caso, non ha portata sostanziale, bensì solo formale, essendo finalizzata ad obbligare il comune a rispondere alla richiesta del privato. Qualificando *ex lege* l'inerzia della P.A. quale comportamento di inadempimento, si è inteso consentire al privato una immediata tutela giurisdizionale, onde conseguire dal giudice una pronuncia di declaratoria dell'obbligo dell'amministrazione a provvedere.

Silenzio-assenso

L'applicazione del silenzio assenso, pur auspicata dal Consiglio di Stato nel parere espresso sulla bozza del T.U. dell'edilizia, secondo una dottrina, avrebbe lasciato troppi margini di rischio per il corretto uso del territorio, che deve essere pienamente garantito evitando abusi e disincentivando pratiche volte ad eludere controlli preventivi su interventi che comunque incidono sull'assetto complessivo dell'ambiente¹⁴.

L'amministrazione, tuttavia, una volta decorso il termine che porta alla formazione del silenzio-rifiuto, può provvedere ugualmente sulla istanza in prima battuta inevasa. [56] Ciò è condiviso anche dalla più recente giurisprudenza secondo cui, pur dopo lo spirare del termine legalmente assegnato per la conclusione del procedimento di cui all'art. 20, d.p.r. n. 380/2001, l'amministrazione, non solo non perde il potere di determinarsi espressamente sulla domanda di permesso di costruire, ma addirittura permane nell'obbligo di doverlo fare, soprattutto le volte in cui l'autore della domanda insista formalmente per l'ottenimento di un provvedimento espresso di conclusione del procedimento medesimo. [57]

Ambito di applicazione

Il procedimento previsto dall'art. 20, d.p.r. n. 380/2001 si applica anche al procedimento per il rilascio del permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici, a seguito dell'approvazione della deliberazione consiliare di cui all'art. 14 stesso d.p.r.

Il termine per il rilascio del permesso di costruire per gli interventi di cui all'art. 22, 7° co., d.p.r. cit. (sostitutivo della denuncia di inizio attività), è di sessanta giorni dalla data di presentazione della domanda.

¹⁴ Russo, *Intervento sostitutivo regionale*, in AA.VV., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di A.M. Sandulli, Milano, 2004, 264.

6. L'intervento sostitutivo regionale.

Legislazione: art. 21, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

L'art. 21, d.p.r. n. 380/2001 dispone che, in caso di mancata adozione, entro i termini previsti dal precedente art. 20, del provvedimento conclusivo del procedimento per il rilascio del permesso di costruire, l'interessato può, con atto notificato o trasmesso in piego raccomandato con avviso di ricevimento, richiedere allo sportello unico che il dirigente o il responsabile dell'ufficio di cui all'art. 13, stesso d.p.r. stesso, si pronunci entro quindici giorni dalla ricezione dell'istanza; di tale istanza viene data notizia al sindaco a cura del responsabile del procedimento. Resta comunque ferma la facoltà di impugnare in sede giurisdizionale il silenzio-rifiuto formatosi sulla domanda di permesso di costruire.

Decorso inutilmente anche tale termine, l'interessato può inoltrare richiesta di intervento sostitutivo al competente organo regionale, il quale, nei successivi quindici giorni, nomina un commissario *ad acta* che provvede nel termine di sessanta giorni. Trascorso inutilmente anche quest'ultimo termine, sulla domanda di intervento sostitutivo si intende formato il silenzio-rifiuto.

L'art. 21, d.p.r. n. 380/2001, unitamente al 9° co. dell'art. 20 del medesimo d.p.r. edilizia, delinea una norma di chiusura del sistema, il cui intento è quello di non lasciare il benché minimo spazio all'inerzia della P.A.

6.a. Il commissario *ad acta*.

Legislazione: art. 21, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: PALOMBELLA, 2003.

Come anticipato, il competente organo regionale, nei successivi quindici giorni dalla richiesta di intervento sostitutivo inoltrata dall'interessato, nomina un commissario *ad acta* che provvede nel termine di sessanta giorni.

Il commissario dovrà valutare sia l'ammissibilità che il merito dell'istanza volta a conseguire il permesso di costruire, provvedendo anche alle necessarie attività istruttorie (eventualmente) non svolte, compresa l'acquisizione dei pareri e degli atti di assenso.

La principale questione problematica è se, una volta intervenuto il commissario *ad acta*, permanga o venga meno il potere del comune nel rilasciare il permesso di costruire¹⁵.

Sul punto la giurisprudenza appare divisa.

Per un primo orientamento, la nomina comporta il venir meno del potere dell'amministrazione comunale di provvedere sulla domanda poiché, configurandosi la relazione tra il commissario incaricato e l'amministrazione inadempiente di natura intersoggettiva e non interorganica, l'atto adottato dal commissario *ad acta* deve imputarsi direttamente all'ente sostituito. [46]

Altro indirizzo giurisprudenziale sostiene invece che il competente organo comunale può sempre emanare il provvedimento, delineandosi una situazione di esercizio concorrente di potere finalizzata all'emanazione di un atto obbligatorio per legge, purché il commissario *ad acta* non vi abbia già provveduto. [47]

6.b. Il ricorso contro il silenzio-rifiuto.

Legislazione: art. 21 *bis*, l. 6.12.1971, n. 1034, istituzione dei tribunali amministrativi regionali; l. 21.7.2000, n. 205, disposizioni in materia di giustizia amministrativa; artt. 20, 21, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia.

Bibliografia: STEVANATO, 2002.

La prima questione problematica da affrontare trattando dell'impugnazione del silenzio-rifiuto è quella del termine, in quanto trattandosi di un comportamento omissivo, si è ritenuto che sia impugnabile anche oltre i termini decadenziali di legge decorrenti dalla data della sua formazione; coloro che considerano il silenzio-rifiuto un atto, escludono che l'impugnazione possa essere proposta oltre detti termini.

In secondo luogo si è fatta questione circa i limiti del sindacato del giudice amministrativo, venendo escluso da una parte della giurisprudenza che possa estendersi alla fondatezza della pretesa del privato, potendo il giudice soltanto dichiarare l'obbligo di provvedere¹⁶. [48] Secondo un altro indirizzo giurisprudenziale, sebbene, in linea di principio, l'accertamento del silenzio della P.A. implichi la

¹⁵ PALOMBELLA, *Il testo unico dell'edilizia tra attività edificatoria e tutela del consumatore*, suppl. a *DeG*, f. 31, 2003, 98.

¹⁶ STEVANATO, *Procedimenti e regimi in urbanistica ed edilizia*, Padova, 2002, 114.

condanna di quest'ultima a provvedere sull'istanza del privato, il giudizio sulla legittimità del silenzio-rifiuto stesso tende a stabilire la fondatezza della pretesa sostanziale, per cui l'obbligo della P.A. di provvedere va pronunciato non in astratto, ma in relazione al concreto contenuto di detta istanza, nel senso che il ricorrente invoca dal giudice adito non una pronuncia qualsiasi, ma quella di contenuto positivo in relazione ad un preteso provvedimento che sia soddisfacente dell'interesse fatto valere. [10]

Tesi, questa, che deve ritenersi abbandonata alla luce della evoluzione legislativa successiva: si pensi all'art. 21 *bis*, 2° co., l. 1034/1971, introdotto dalla l. n. 205/2000 che conferma la tesi secondo cui resta estranea al giudizio avente ad oggetto il silenzio-rifiuto della P.A. la conoscibilità della fondatezza della pretesa sostanziale. 1. 205/2000

Il giudice amministrativo, quindi, deve solo dichiarare se sussiste in capo alla amministrazione intimata il potere-dovere di adottare un provvedimento esplicito di conclusione del procedimento avviato ad istanza del privato per ottenere il permesso di costruire. [11]

6.c. Il procedimento ex art. 21 *bis* l. n. 1034 del 1971.

Legislazione: art. 21 *bis*, l. 6.12.1971, n. 1034, istituzione dei tribunali amministrativi regionali; art. 4, d.l. 5.10.1993, n. 398, disposizioni per l'accelerazione degli investimenti a sostegno dell'occupazione e per la semplificazione dei procedimenti in materia edilizia, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, 1° co., l. 4.12.1993, n. 493; l. 21.7.2000, n. 205, disposizioni in materia di giustizia amministrativa; artt. 20, 21, 36, d.p.r. 6.6.2001, n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia; d.lg. 27.12.2002, n. 301, modifiche ed integrazioni al d.p.r. 6.6.2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia; l. 11.2.2005, n. 15, modifiche ed integrazioni alla l. 7.8.1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa; d.l. 14.3.2005, n. 35, disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. 14.5.2005, n. 80.

La giurisprudenza ha recentemente affrontato la generale questione di ammissibilità del rito, di cui all'art. 21 *bis*, l. n. 1034/1971, nel caso di silenzio-significativo, conseguente alla presentazione di domanda di permesso di costruire ed all'inutile decorso del tempo.

Ad avviso di una parte della giurisprudenza, la pretesa del privato ad ottenere l'esame della propria domanda sussiste anche quando il legislatore abbia previsto (nella norma che stabilisce il termine entro cui provvedere) l'attribuzione di uno specifico significato al silenzio (in termini di silenzio-rigetto o silenzio-rifiuto). La previsione che consente l'impugnabilità immediata del silenzio-rigetto non può, cioè, essere considerata un impedimento all'utilizzo del rito speciale (in-

trodotta con l'art. 21 *bis*, l. T.A.R.) che, con la nuova previsione di un procedimento giurisdizionale accelerato, riconosce la sussistenza della "pretesa al procedimento".

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, anche nel caso di silenzio-significativo non si può, infatti, escludere la permanenza nel richiedente di una posizione protetta e riconosciuta dall'ordinamento volta ad ottenere una pronuncia "espressa" e, come tale, "motivata", posizione speculare rispetto al persistente potere dell'amministrazione di decidere l'istanza.

Alternative

La qualificazione legale del silenzio come atto negativo lascia quindi libero il soggetto interessato di scegliere se seguire la via ordinaria ed impugnare (al buio) il rigetto nel termine di decadenza o attivare, entro il termine di un anno, uno strumento agile (senza più nemmeno l'onere di previa diffida, come dispone l'art. 2, 5° co., della l. n. 241/1990, come novellato dalla l. 11.2.2005) e rapido.

Sotto questo profilo viene, dunque, affermata la possibilità del ricorso al nuovo strumento processuale anche nei casi in cui il legislatore abbia previsto un preciso significato al decorso del termine, come nell'ipotesi di cui all'art. 20, d.p.r. n. 380/2001. [🏛️]

Tale orientamento, che muove dalla rilevanza del dato letterale offerto dalla norma nel senso del riconoscimento di una fattispecie di silenzio-inadempimento («*si intende formato il silenzio-rifiuto*»), trova conferma sistematica, *a contrario*, all'interno dello stesso testo normativo laddove, per il caso in cui l'amministrazione non si pronuncia sulla richiesta di permesso in sanatoria, espressamente l'art. 36, 3° co., stesso d.p.r. sancisce che «*la richiesta si intende rifiutata*», con una scelta lessicale che consente di ritenere, secondo un'esegesi antagonista rispetto a quella dell'art. 20, 9° co., d.p.r. cit. che il rifiuto si riferisce alla richiesta di attività provvedimento (permesso in sanatoria) e non al silenzio, con conseguente valore di reiezione dell'istanza del privato. [🏛️]

Quest'ultima norma, secondo l'interpretazione prevalente formata in relazione alla disciplina previgente (art. 4, d.l. n. 398/1993, convertito in l. n. 493/1993), prevede un caso di silenzio significativo, nella forma del silenzio-rigetto o rifiuto, conseguente al decorso del termine di legge, senza che il comune si sia pronunciato sull'istanza di permesso di costruire. [🏛️] La mancata adozione di un esplicito provvedimento conclusivo, ai sensi e nei termini stabiliti dall'art. 20, d.p.r. n. 380/2001, a seguito della domanda del privato, costituisce, più precisamente, per espressa definizione del 9° co., un "silenzio-rifiuto" e non un silenzio-rigetto. [🏛️]

Tesi contraria

Quella parte della giurisprudenza che esclude la utilizzabilità del rito speciale, muove dalla considerazione che il T.U. Edilizia prevede

una tipizzazione del silenzio il quale, pertanto, non costituisce mero inadempimento dell'Amministrazione impugnabile ai sensi dell'art. 21 bis, l. T.A.R., bensì un provvedimento tacito di rigetto. [46]

Accedendo a tale tesi, la domanda di tutela giurisdizionale azionabile a fronte di esso non può essere diretta ad ottenere la dichiarazione dell'obbligo di provvedere, ma deve tendere all'annullamento del diniego come sopra formatosi e deve fondarsi su specifici motivi di illegittimità del diniego stesso. [46]

GIURISPRUDENZA

1. La domanda.

Il T.U. dell'edilizia ha trasformato in meri sub-procedimenti quelli che in precedenza erano procedimenti autonomi connessi.

«(omissis) Infatti – rammentato che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 5 e 20 del d.p.r. 6.6.2001 n. 380 e ss.mm. (Testo unico in materia edilizia), la domanda per il rilascio del permesso di costruire va presentata al Comune presso l'ufficio denominato "sportello unico per l'edilizia", che cura tutti i rapporti fra il privato, l'Amministrazione Comunale e le altre Pubbliche Amministrazioni tenute a pronunciarsi in ordine all'intervento edilizio oggetto della richiesta di permesso di costruire, anche ai fini dell'acquisizione degli atti di assenso (comunque denominati) necessari per la realizzazione dell'intervento richiesto – è agevole rilevare che, considerata l'innovativa unicità del procedimento amministrativo iniziato con l'istanza di permesso di costruire (introdotta, per fini di semplificazione dell'azione amministrativa, dal menzionato Testo Unico dell'Edilizia, che ha trasformato in meri sub-procedimenti quelli che in precedenza erano procedimenti autonomi connessi), l'impugnato diniego regionale di nulla-osta idrogeologico forestale, a ben vedere, ha consistenza di semplice atto endoprocedimentale, anche se, indubbiamente, immediatamente lesivo della sfera giuridica del ricorrente, in quanto sostanzialmente impeditivo dell'adozione del provvedimento finale ampliativo di competenza dell'Autorità Comunale (per cui va disattesa l'eccezione d'inammissibilità del gravame sollevata dalla difesa della Regione resistente).

Significativamente, infatti, il 4° co. del citato art. 5 del d.p.r. 6.6.2001 n. 380 dispone che l'ufficio comunale denominato sportello unico per l'edilizia "cura gli incumbenti necessari ai fini dell'acquisizione ... degli atti di assenso, comunque denominati, necessari ai fini della realizzazione dell'intervento edilizio, tra cui in particolare.. (per quanto qui interessa) il parere dell'autorità competente in tema di assetti e vincoli idrogeologici".

Sottolineato ciò, risulta evidente che non ha senso invocare – in relazione ad un sub-procedimento (peraltro, nella specie, attivato da un'apposita istanza del diretto interessato) culminato in un mero atto endoprocedimentale – la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ovvero il c.d. preavviso di

rigetto, contemplati (rispettivamente) dagli artt. 7 e ss. e 10 *bis* della l. 7.8.1990 n. 241 e ss.mm.

Per completezza espositiva si osserva, da un lato, che quest'ultima norma prescrive alla Pubblica Amministrazione (nei procedimenti ad istanza di parte) di effettuare la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza soltanto (immediatamente) prima della formale adozione del provvedimento negativo finale (quindi, nel caso di specie, del definitivo diniego comunale del permesso di costruire) e, dall'altro, che nei procedimenti amministrativi attivati da una domanda del privato non sussiste certamente la necessità di comunicare all'istante l'avvio del procedimento, nonostante le innovazioni recentemente introdotte dalla l. 11.2.2005 n. 15 (richiamate dal ricorrente), poiché l'innovativa previsione della novella del 2005 secondo cui "la comunicazione di avvio nei procedimenti ad istanza di parte deve indicare la data di presentazione della relativa istanza" va riferita, sistematicamente e logicamente, esclusivamente alla comunicazione di avvio da curare (ai sensi della seconda parte dell'art. 7 della l. n. 241/1990) nei confronti dei soggetti (individuati o facilmente individuabili) diversi dagli istanti. (*omissis*)»

(T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 6.2.2007, n. 321).

1.a. La documentazione da allegare: il progetto.

La giurisprudenza ha in più occasioni precisato le competenze delle varie categorie professionali (geometra, architetto e ingegnere) nell'attività di progettazione.

«A norma dell'articolo 16, lett. m), r.d. 11.2.1929 n. 274, la competenza dei geometri è limitata alla progettazione, direzione e vigilanza di modeste costruzioni civili, con esclusione di quelle che comportino l'adozione anche parziale di strutture in cemento armato, mentre in via di eccezione si estende anche a queste strutture, a norma della lett. l) del medesimo articolo, solo con riguardo alle piccole costruzioni accessorie, nell'ambito di edifici rurali o destinati alle industrie agricole che non richiedano particolari operazioni di calcolo e che per la loro destinazione non comportino pericolo per le persone, restando quindi comunque esclusa la suddetta competenza nel campo delle costruzioni civili ove si adottino strutture in cemento armato, la cui progettazione e direzione qualunque ne sia l'importanza è pertanto, riservata solo agli ingegneri e agli architetti iscritti nei relativi albi professionali»

(Cass. civ., sez. II, 25.3.2004, n. 5961, *BLT*, 2004, 516).

Secondo giudici penali i geometri non possono progettare o dirigere costruzioni in cemento armato di tipo civile, neppure di modesta entità.

«In materia di costruzioni edilizie, i geometri non possono progettare o dirigere costruzioni in cemento armato di tipo civile, neppure di modesta entità, sicché è loro consentito progettare o dirigere costruzioni in cemento armato solo se sono costruzioni accessorie di tipo rurale e che non presentano particolari complessità»

(Cass. pen., sez. III, 26.9.2000, n. 11287, *CP*, 2001, 3164).

Risulta così superato un precedente orientamento che mostrava maggiore elasticità in ordine alle competenze dei geometri.

«Ai geometri è consentita la "progettazione, esecuzione e vigilanza di modeste costruzioni civili", ai sensi dell'art. 16 lett. m) r.d. l. 12.2.1929, n. 274. In tale espressione devono ritenersi comprese sia le costruzioni di struttura ordinaria che quelle in cemento armato, dal momento che la norma non pone limitazioni né distinzioni sulla natura e sulla tecnica delle costruzioni medesime. L'art. 2 l. 5.11.1971, n. 1086 e l'art. 17 l. 2.2.1974, n. 64, attribuendo anche ai geometri e ai periti industriali, oltre che agli ingegneri ed architetti, la competenza per la progettazione delle opere in cemento armato "nei limiti delle rispettive competenze", riconosce che essi sono normalmente competenti a progettare opere in cemento armato, nei limiti previsti dalle rispettive norme professionali» (Cass. pen., sez. VI, 2.2.1993, *CP*, 1994, 918).

I giudici amministrativi ammettono la progettazione di costruzioni in cemento armato da parte dei geometri a determinate condizioni.

«Poiché l'art. 16 lett. m) r.d. 11.2.1929 n. 274, concernente l'ordinamento professionale dei geometri, consente l'attività di progettazione, direzione e vigilanza di "modeste costruzioni civili" senza ulteriori specificazioni, rientra nella competenza dei geometri anche la progettazione di costruzioni in cemento armato, purché tali costruzioni, sotto il profilo tecnico-qualitativo, rientrino, per i problemi tecnici che implicano, nella loro preparazione professionale» (Cons. St., sez. IV, 9.8.1997, n. 784, *FA*, 1997, 1951).

Si deve, innanzitutto, trattare di costruzioni di dimensioni esigue che non presentino particolari problemi strutturali.

«La competenza dei geometri per la realizzazione in cemento armato di piccole costruzioni accessorie di edifici rurali deve essere estesa, ai sensi dell'art. 16 r.d. 11.2.1929 n. 274, anche alle opere accessorie alle costruzioni civili, fermo restando che deve trattarsi di costruzioni di dimensioni esigue e tali da non presentare particolari problemi strutturali» (Cons. St., sez. V, 8.6.1998, n. 779, *Appalti, urbanistica, edilizia*, 1999, 242).

Le opere, inoltre, non devono, in relazione alla loro destinazione, implicare un pericolo per l'incolumità delle persone.

«Per gli edifici destinati a civile abitazione, la competenza dei geometri è limitata alle sole costruzioni di modeste dimensioni, con divieto di progettare opere per cui vi sia impiego di cemento armato, tale da implicare, in relazione alla destinazione dell'opera, un pericolo per l'incolumità della persone in caso di difetto strutturale, stante l'evidente favore che le varie norme pongono per la competenza esclusiva dei tecnici laureati, nonché l'obbligo della P.A., in sede di rilascio della concessione edilizia, di motivare congruamente in ordine alla sufficienza della redazione di un progetto da parte di un geometra» (Cons. St., sez. V, 13.1.1999, n. 25, *UA*, 1999, 1327, nota di **INVERSINI**).

Il rigore dei giudici amministrativi è giustificato dall'evidente favore che le varie norme pongono per la competenza esclusiva dei tecnici laureati.

«Anche quando è ammessa la competenza del geometra per la progettazione in strutture di cemento armato, tale competenza è comunque limitata alle opere di dimensioni minori, sicché per valutare l'idoneità del geometra a firmare il progetto di natura edilizia che comporta l'uso del cemento armato occorre considerare le specifiche caratteristiche dell'intervento, al fine di ammetterla solo se si tratti di opera di modeste dimensioni. La competenza dei geometri, infatti, è limitata alle sole costruzioni minori, di modeste dimensioni, con divieto di progetto di opere per cui vi sia impiego di cemento armato, tale da implicare un pregiudizio alle persone in caso di difetto strutturale, stante anche l'evidente favore che le varie norme pongono per la competenza esclusiva dei tecnici laureati»

(Cons. St., sez. VI, 13.6.2005, n. 3085, FA, 2005, 1836).

Di qui, l'invito dei giudici amministrativi a verificare tutte le particolarità e le concrete caratteristiche dell'intervento edilizio laddove implichi l'uso di cemento armato.

«Poiché la competenza dei geometri è limitata alle sole costruzioni di modeste dimensioni – con divieto di progettare opere per cui vi sia impiego di cemento armato, tale da implicare, in relazione alla destinazione dell'opera, un pericolo per l'incolumità delle persone in caso di difetto strutturale –, al fine di valutare l'idoneità del geometra a sottoscrivere un progetto che, pur relativo ad un'opera di modesta dimensione, implichi l'uso di cemento armato, occorre considerare tutte le particolarità e le concrete caratteristiche dell'intervento edilizio, anche alla luce dell'evoluzione tecnica ed economica del settore edilizio.»

(Cons. St., sez. V, 31.1.2001, n. 348, FA, 2001, f. 1).

Quando la progettazione di un edificio con opere in cemento armato venga sottoscritta, oltre che dal geometra, anche da un ingegnere, quest'ultimo deve essere il progettista e il direttore dei lavori delle opere strutturali.

«È legittimo il rilascio della concessione edilizia per la realizzazione di un edificio con opere in cemento armato, la cui progettazione sia stata sottoscritta da un ingegnere in qualità di progettista e direttore dei lavori delle opere strutturali e da un geometra in qualità di "tecnico".»

(Cons. St., sez. V, 4.6.2003, n. 3068, BLT, 2003, 816).

2. Il responsabile del procedimento.

Le norme partecipative e di tutela del privato non devono essere interpretate in modo eccessivamente formale.

«Le disposizioni di cui all'art. 7 e ss. della l. n. 241 del 1990 non devono essere applicate in modo meccanico e formalistico, in quanto la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo – che si sostanzia nella possibilità di presentare memorie, osservazioni e controdeduzioni – è finalizzata alla effettiva e concreta realizzazione dei principi costituzionali di buon andamento ed impar-

zialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e, quindi, in ultima analisi, alla corretta formazione della volontà della pubblica amministrazione; con la conseguenza che l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento non vizia l'atto conclusivo quando la partecipazione dell'interessato non avrebbe potuto, comunque, apportare elementi di valutazione idonei ad incidere, in termini a lui più favorevoli, sul provvedimento finale»

(T.A.R. Emilia-Romagna Parma, sez. I, 22.2.2006, n. 79).

L'omissione della P.A. rileva solo quando abbia inciso sul contenuto del provvedimento finale.

«Le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo non debbono essere applicate meccanicamente e ai fini meramente strumentali, ma solo quando la comunicazione stessa apporti una qualche utilità all'azione amministrativa, coerentemente alla funzione di arricchimento sul piano del merito e della legittimità che possa derivare dalla partecipazione del destinatario del provvedimento. L'omissione della comunicazione di inizio del procedimento comporta, pertanto, l'illegittimità dell'atto conclusivo tutte le volte che il soggetto non avvisato possa poi provare che, ove avesse avuto l'opportunità di partecipare tempestivamente al procedimento, avrebbe potuto presentare osservazioni ed opposizioni eventualmente idonee ad incidere, in termini a lui favorevoli, sul provvedimento finale»

(Cons. St., sez. V, 17.3.2003, n. 1357, *Clt*, 2003, 5, 99).

2.a. La proposta di modifiche al progetto.

Tra le modifiche di modesta entità, i giudici amministrativi hanno considerato la modifica di un tramezzo.

«Nell'ambito della presentazione di un progetto per la realizzazione di un impianto di distribuzione carburanti, si deve ritenere che la modifica di un tramezzo, effettuata per rendere il progetto conforme al Piano carburanti, possa farsi rientrare tra le modifiche di modesta entità di cui all'art. 20 del d.p.r. n. 380/2001»

(Cons. St., sez. V, 11.12.2007, n. 6401)

4. Il provvedimento finale.

Ai fini del decorso del termine di impugnazione giurisdizionale di un permesso di costruire da parte di un soggetto terzo, diverso dal destinatario, rileva la conoscibilità di tale permesso di costruire associata all'effettivo inizio dei lavori, resa possibile dalla pubblicazione nell'albo pretorio dell'apposito avviso e dall'esposizione nel cantiere del cartello con gli estremi del permesso di costruire rilasciato, e non l'effettiva conoscenza del permesso di costruire.

«(omissis) Per completezza va evidenziato che, nell'ipotesi in cui la ricorrente non avesse avuto in data 12.11.2005 la piena conoscenza del citato permesso di

costruire impugnato, secondo questo Tribunale (cfr. T.A.R. Basilicata Sentenze nn. 515 e 517 del 4.9.2007) l'art. 20, 7° co., seconda e terza frase, d.p.r. n. 380/2001 (i quali statuiscano che "Dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire è data notizia al pubblico, mediante affissione all'Albo Pretorio. Gli estremi del permesso di costruire sono indicati nel cartello esposto presso il cantiere, secondo le modalità stabilite dal Regolamento Edilizio") va letto ed interpretato unitamente all'art. 21, 1° co., l. n. 1034/1971, nella parte in cui sancisce che per gli atti amministrativi "di cui non sia richiesta la notifica individuale", come nella specie il permesso di costruire, il quale deve essere notificato soltanto al richiedente e non anche alle altre persone eventualmente interessate, il termine decadenziale di impugnazione di 60 giorni decorre dall'ultimo giorno di pubblicazione di tale atto all'Albo Pretorio; ma, poiché i lavori autorizzati con il permesso di costruire possono iniziare entro un anno dalla data di rilascio del permesso di costruire, opportunamente il Legislatore con la terza frase dell'art. 20, 7° co., d.p.r. n. 380/2001 stabilisce che il termine decadenziale di impugnazione di 60 giorni ex art. 21, 1° co., l. n. 1034/1971 decorre dall'allestimento del cantiere edile e più precisamente dall'esposizione del cartello, indicante gli estremi del permesso di costruire rilasciato. Pertanto, secondo quanto statuito dal combinato disposto di cui agli artt. 20, 7° co., seconda e terza frase, d.p.r. n. 380/2001 e 21, 1° co., l. n. 1034/1971, quello che conta ai fini del decorso del termine di impugnazione giurisdizionale di un permesso di costruire da parte di un soggetto terzo, diverso dal destinatario, è la conoscibilità di tale permesso di costruire associata all'effettivo inizio dei lavori, resa possibile dalla pubblicazione nell'Albo Pretorio dell'apposito avviso e dall'esposizione nel cantiere del cartello con gli estremi del permesso di costruire rilasciato, e non l'effettiva conoscenza del permesso di costruire previa istanza di accesso ex art. 22 e ss. l. n. 241/1990. Dunque, dopo l'entrata in vigore dell'art. 20, 7° co., seconda e terza frase, d.p.r. n. 380/2001 non più essere seguito il precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui la mera affissione all'Albo Pretorio ed anche l'indicazione degli estremi del permesso di costruire nel cartello esposto presso il cantiere non costituiscono una formalità idonea per la decorrenza del termine di impugnazione giurisdizionale di un permesso di costruire, poiché il momento dal quale far decorrere il termine di impugnazione era quello dell'ultimazione dei lavori, in quanto soltanto da tale data i soggetti interessati potevano avere la piena consapevolezza dell'esistenza e dell'entità delle violazioni urbanistiche commesse. (*omissis*)»

(T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 1.3.2008, n. 43).

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, quando sono prescritte plurime forme di pubblicità dell'atto amministrativo, la presunzione legale di conoscenza non ha luogo sino a che esse non siano tutte compiute.

«(*omissis*) 1. In via preliminare, deve essere esaminata l'eccezione di tardività del ricorso, notificato il 22.6.2004, sollevata dai controinteressati nell'assunto che i ricorrenti avrebbero acquisito piena conoscenza dell'impugnato permesso di costruire, adottato il 16.1.2004, per effetto dell'affissione del cartello di cantiere, prescritta dall'art. 10 del regolamento edilizio vigente nel Comune di Matera, avvenuta prima della data del 10.2.2004, di materiale inizio dei lavori.

L'eccezione va disattesa.

In disparte la considerazione che dalla documentazione depositata dai controinteressati (cfr. doc. n. 2) non si evince con certezza in quale data è stato apposto il cartello di cantiere, va osservato che l'art. 20, 7° co., del d.p.r. 6.6.2001, n. 380 (recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), prescrive che "... Dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire è data notizia al pubblico mediante affissione all'albo pretorio. Gli estremi del permesso di costruire sono indicati nel cartello esposto presso il cantiere, secondo le modalità stabilite dal regolamento edilizio".

Orbene, anche a non voler aderire al consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui la piena conoscenza del titolo autorizzativo deve ritenersi perfezionata solo quando l'interessato ha acquisito piena consapevolezza del contenuto specifico del progetto ovvero quando la costruzione realizzata rivela in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 8.7.2002, n. 3805; T.A.R. Lombardia Brescia, 10.4.2006, n. 374; T.A.R. Piemonte, sez. I, 10.5.2006, n. 2022), va considerato che il richiamato art. 20 del d.p.r. n. 380/2001 prescrive due forme di pubblicità del permesso di costruire: l'affissione all'albo pretorio e l'esposizione del cartello di cantiere.

Ora, è noto che quando siano prescritte plurime forme di pubblicità dell'atto amministrativo, la presunzione legale di conoscenza non ha luogo sino a che esse non siano tutte compiute (cfr., tra le altre, Cons. St., V sez., 27.10.1995 n. 1489 e 3.2.2000 n. 601; T.A.R. Lombardia Brescia, 23.1.2003, n. 44; T.A.R. Basilicata 12.12.2001, n. 882).

E gli odierni controinteressati, pur essendone onerati, non hanno fornito la prova che dell'avvenuto rilascio del permesso di costruire in questa sede impugnato sia stata data notizia al pubblico mediante affissione all'albo pretorio del Comune di Matera. (*omissis*)» (T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 23.10.2006, n. 741).

La giurisprudenza ha da tempo escluso la legittimazione del professionista progettista alla impugnazione del provvedimento di diniego del titolo abilitativo edilizio, non ravvisando, in capo a questi, neppure un interesse morale.

«Non sussiste un interesse, neppure morale, in capo al professionista progettista all'impugnazione del diniego di concessione edilizia, richiesta da un terzo (nella specie, una società immobiliare) e respinta dal comune per errori di rappresentazione progettuale, in quanto tale diniego dispone dello "*ius aedificandi*" e non sull'esercizio della professione del progettista, né sui suoi qualità e prestigio, che non possono reputarsi chiamate in causa da un rilievo tecnico operato dalla P.A. per scopi del tutto diversi (nella specie, per il perseguimento del corretto uso del territorio, tant'è che l'eventuale annullamento dell'atto produrrebbe effetti solo sulla sfera giuridica del concessionario e sulle sue facoltà inerenti all'edificazione, mentre nulla toglierebbe o aggiungerebbe alle doti professionali del progettista stesso» (Cons. St., sez. V, 5.3.2001, n. 1250, *FA*, 2001, f. 3).

L'interesse a ricorrere avverso il provvedimento abilitativo richiede uno stabile collegamento tra il soggetto che assume lesa la propria posizione giuridica e la zona in cui l'opera deve essere realizzata; i

giudici di Palazzo Spada escludono che il legislatore abbia introdotto un'azione popolare che consenta a qualsiasi cittadino di impugnare il provvedimento che prevede la realizzazione di un'opera per far valere comunque l'osservanza delle prescrizioni che regolano l'edificazione.

«(omissis) Merita adesione la doglianza di inammissibilità del ricorso originario, sia per difetto di legittimazione dei ricorrenti sia per omessa (o tardiva) impugnazione della delibera G.M. n. 201 del 2.7.2003.

5.1. Il T.A.R. ha ritenuto sufficiente per radicare la legittimazione attiva la circostanza che i 114 ricorrenti fossero abitanti nella zona interessata al trasferimento dell'impianto, con realizzazione nello spazio retrostante di un parcheggio avente ampiezza di mq. 2.600, pur non avendo gli interessati offerto dimostrazione del rapporto di vicinitas, ed in considerazione della possibilità per i resistenti di acquisire eventuali controprove.

Detto assunto non può essere condiviso nella specie.

Si osserva che l'art. 31, 9° co., l. 17.8.1942 n. 1150, come modificato dall'art. 10 l. 6.8.1967 n. 765, non ha introdotto un'azione popolare che consentirebbe a qualsiasi cittadino di impugnare il provvedimento che prevede la realizzazione di un'opera per far valere comunque l'osservanza delle prescrizioni che regolano l'edificazione, ma ha riconosciuto una posizione qualificata e differenziata solo in favore dei proprietari di immobili siti nella zona in cui la costruzione è permessa ed a coloro che si trovano in una situazione di "stabile collegamento" con la zona stessa (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. V n. 469 del 30.1.2003 e sez. VI n. 6253 del 24.9.2004).

Inoltre, occorre tener presente che lo stabile collegamento territoriale viene ad assumere un ruolo elastico e variabile sia in relazione alle specifiche connotazioni dei soggetti ricorrenti sia in riferimento al tipo di intervento che si intende realizzare (V. la decisione di questa sezione n. 1968 del 7.4.2004).

Per cui, detta legittimazione deve essere per lo meno specificata nell'impugnativa, con riferimento alla situazione concreta e fattuale, indicando la ragione, il come e la misura con cui il provvedimento impugnato si rifletta sulla propria posizione sostanziale determinandone una lesione concreta, immediata ed attuale (V. la decisione di questa sezione n. 7245 del 9.11.2004).

Nella specie, gli interessati si sono limitati ad indicare nel ricorso originario di essere "tutti abitanti del quartiere" oggetto del programmato intervento senza precisare alcunché con riferimento alla specifica vicinanza ed alla concreta lesione subita in relazione alla prospettata riduzione dell'area di verde pubblico (che comunque potrebbe essere sufficiente in relazione agli standard previsti) e senza alcuna integrazione ulteriore nonostante l'eccepito difetto di legittimazione da parte dei resistenti.

In appello poi i ricorrenti originari hanno versato in giudizio alcuni certificati di residenza in Piazza Ciliberto, via Gallucci e via Alvaro (complessivamente n. 9) ed una cartina planimetrica della zona in cui risulta che l'intervento è previsto tra via Mediterraneo e via Gallucci (che è un lungo vialone), ma la posizione meno distante (non essendo stata precisata la posizione di coloro che abitano su viale Gallucci ed essendo via Alvaro del tutto lontana) è quella dei residenti in Piazza Ciliberto, che è separata dal sito in contestazione da un ampio spazio e da via Mediterraneo. (omissis)»

(Cons. St., sez. V, 7.7.2005, n. 3757, FA, 2005, 2249).

5. Il silenzio della P.A.

Il termine, decorso il quale la P.A. può ritenersi inadempiente, decorre nuovamente dal deposito dell'integrale documentazione da parte del privato.

«(omissis) Il ricorso non può trovare accoglimento non tanto perché improcedibile (*rectius* irricevibile per tardività) quanto perché inammissibile per l'insussistenza di un silenzio-rifiuto.

Se si ipotizza tuttavia per un istante che tale inerzia del Comune vi sia stata, infondata appare l'eccezione sollevata dalla difesa del Comune in ordine all'asserita tardività del ricorso, ex art. 2 della l. 241/1990 e ss.mm.e ii, nel rilievo – si sostiene – che il ricorso è stato notificato oltre il termine di un anno dalla scadenza dei termini di cui al 2° e 3° co. del citato art. 2 (il 2° co. impone di concludere i procedimenti entro i termini stabiliti con regolamento, ove non siano direttamente previsti per legge, mentre il 3° co. dispone che il termine è di 90 giorni ove non siano stati stabiliti termini regolamentari).

Il 5° co. dell'art. 2 modificato stabilisce poi che il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione può essere proposto anche senza necessità di diffida fino a quando perdura l'inadempimento dell'ente e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui al 2° e 3° co.

Ciò premesso, si deve rilevare che il riferimento alle norme invocate dalla difesa del Comune al fine di sostenere l'eccezione di tardività appare inconferente.

Trattandosi, infatti, nella specie di richiesta di Permesso di costruire, avanzata dai ricorrenti in data 21.11.2002, si sarebbe dovuto fare riferimento al procedimento disciplinato dall'art. 20 del d.p.r. 380/2001 e in particolare ai termini previsti "ex lege" dal 3°, 4°, 5° e 7° co. di tale norma, il cui inutile decorso dà luogo alla formazione del silenzio-rifiuto impugnabile, ex 9° co. sempre della stessa disposizione (il 3° co. prevede che una proposta di provvedimento sia formulata entro 60 giorni dalla richiesta, mentre, ove il progetto debba essere modificato o la documentazione integrata detto termine resta interrotto e ricomincia decorrere dalla data dell'avvenuto adempimento; il 7° co. fissa in 15 giorni dalla proposta di cui al 3° co. il termine entro il quale il provvedimento finale deve essere rilasciato).

Non può non notarsi infatti che la legge sul procedimento amministrativo ha valenza generale, applicabile in tutti i casi in cui non sussista una normativa di settore che disciplini in modo specifico l'iter per l'emanazione di un determinato provvedimento amministrativo, prevedendo anche la figura del silenzio con un valore legale tipico, com'è nel caso dell'art. 20 citato, il cui 9° co. qualifica silenzio-rifiuto l'inerzia dell'Amministrazione protrattasi per un certo tempo in ordine all'istanza dell'interessato.

Tenendo presente detto procedimento, può osservarsi che nella specie i ricorrenti hanno provveduto al deposito integrale di tutta la documentazione richiesta il 5.12.2005, per cui da tale data, ex 5° co. dell'art. 20 citato, ricomincia a decorrere il termine di sessanta giorni previsto dal 3° co. della norma, il cui inutile decorso apre l'ingresso alla formazione del silenzio-rifiuto, immediatamente impugnabile senza necessità di diffida.

Poiché nella specie, se si ipotizza, come detto, la configurabilità del silenzio-

rifiuto, lo stesso deve ritenersi formato in data 3.2.2006, il ricorso avverso il contestato silenzio, notificato il 21.2.2006, sarebbe da ritenere tempestivo.

Lo stesso tuttavia è inammissibile – come detto – perché nella specie non v'è stato né silenzio, né rifiuto da parte dell'Amministrazione.

Come esposto nelle premesse in fatto, il Comune, con la lettera del 9.1.2003, nel richiedere una lieve modifica al progetto e documentazione integrativa, faceva presente che il rilascio dell'atto di assenso a costruire era "subordinato alla preventiva acquisizione dell'area di cessione".

A fronte dunque della richiesta avanzata dai ricorrenti per poter realizzare l'intervento edilizio sul fabbricato esistente il Comune non è rimasto inattivo, né ha opposto un rifiuto, ma ha semplicemente rammentato la condizione prevista nell'accordo intervenuto per potersi far luogo al rilascio del documento richiesto, condizione cui si è fatto implicito riferimento anche nelle successive lettere del Comune del 9.6.2003 e del 26.11.2003, che ha sempre richiamato quella del 9.1.2003.

Se i ricorrenti non sono stati in grado di formalizzare il trasferimento di proprietà dell'area perché non più libera, come avevano garantito, ma gravata da una ipoteca di euro 400.000,00, non possono che imputare al loro inadempimento la mancata emanazione dell'atto oggetto della richiesta, in ordine alla quale non è stato mantenuto il lamentato comportamento inerte. (*omissis*)» (T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 24.5.2006, n. 381).

Il decorso del termine per la conclusione del procedimento non fa venir meno il potere della P.A. di provvedere ugualmente sulla domanda di permesso di costruire.

«La P.A. competente, pur dopo lo spirare del termine legalmente assegnate per la conclusione del procedimento di cui all'art. 20 del d.p.r. 380/2001, non solo non perde il potere di determinarsi espressamente sulla domanda di permesso di costruire, ma addirittura permane nell'obbligo di doverlo fare, soprattutto le volte in cui l'autore della domanda insista formalmente per l'ottenimento di un provvedimento espresso di conclusione del procedimento medesimo»

(T.A.R. Lazio Roma, sez. II *bis*, 17.6.2008, n. 5935).

Come anche ribadito di recente dalla giurisprudenza, anche dopo lo spirare del termine legalmente assegnate per la conclusione del procedimento di cui all'art. 20, d.p.r. n. 380/2001, l'amministrazione non solo non perde il potere di determinarsi espressamente sulla domanda di permesso di costruire, ma addirittura permane nell'obbligo di doverlo fare, soprattutto laddove l'interessato insista formalmente per l'ottenimento di un provvedimento espresso di conclusione del procedimento medesimo.

«(*omissis*) con istanza prot. 34485 dell'8.10.2004, il sig. C.S., dante causa della società ricorrente attuale proprietaria di un terreno situato nel Comune di Ardea, Loc. Tor San Lorenzo, distinto al CT Foglio 53, part.IIa 63,64 e 5181, ha richiesto al Comune di Ardea il permesso a costruire su detta area;

– in seguito, con istanza del 21.5.2007, la società ricorrente, divenuta proprietaria dell'area in data 31.5.2006, ha trasmesso al Comune i documenti ri-

chiesti ad integrazione dell'istanza di permesso a costruire ai fini della realizzazione dell'intervento edificatorio;

– a seguito del decorso del termine di cui all'art. 20 del d.lg. n. 380/2001 e del perdurare del silenzio da parte dell'Amministrazione comunale sulle richieste, la società ricorrente ha proposto il gravame articolato nelle domande precisate in epigrafe, affidando lo stesso alle seguenti censure: Violazione degli artt. 1, 2 e 3 della l. 7.8.1990, n. 241; Violazione del giusto procedimento; Difetto di istruttoria; Ingiustizia manifesta; Violazione e falsa applicazione dell'art. 6 e 20 del d.p.r. 6.6.2001, n. 380 chiedendo, alla luce delle norme rubricate che impongono l'obbligo per l'Amministrazione di fornire un esplicito provvedimento sull'istanza formulata dal dante causa in data 8.10.2004, e integrata dalla società ricorrente in data 21.5.2007, per il rilascio del permesso a costruire a completamente relativamente all'area in questione, e che venga ordinato al Comune di Ardea di provvedere entro un termine fissato e che, in caso di ulteriore inadempimento, venga nominato un commissario *ad acta* che provveda in luogo dell'Amministrazione;

– osserva, preliminarmente, il Collegio che, in materia, l'art. 20, 9° co., del d.p.r. n. 380/2001 stabilisce che "Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo (termine che, in assenza di iniziative a fini istruttori da parte dell'amministrazione richiesta, è di sessanta giorni dalla domanda, ai sensi del 3° co. del medesimo articolo), sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-rifiuto";

– tra i due possibili significati attribuibili all'espressione "silenzio-rifiuto", utilizzata dal Legislatore, ossia di silenzio-diniego (un silenzio reso significativo, e dunque attizio, dalla legge, in termini di diniego implicito della pretesa sostanziale postulata dalla parte interessata all'amministrazione competente a provvedere) ovvero di silenzio-inadempimento (un silenzio che esprime piuttosto inerzia dell'amministrazione quanto al suo obbligo generale di concludere, entro termini certi, il procedimento con un provvedimento espresso), è preferibile optare per il secondo, tenuto altresì conto dell'orientamento giurisprudenziale formatosi al riguardo (*ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 29.5.2006, n. 6240; *id.*, sez. II, 29.3.2006, n. 3262; T.A.R. Lazio Latina, 27.6.2005, n. 566);

– ciò implica, di conseguenza e in via interpretativa, di dover ritenere che l'Amministrazione competente, pur dopo lo spirare del termine legalmente assegnatole per la conclusione del procedimento di cui all'art. 20 del d.p.r. n. 380/2001, non solo non perde il potere di determinarsi espressamente sulla domanda di permesso di costruire, ma addirittura permane nell'obbligo di doverlo fare, soprattutto le volte in cui l'autore della domanda insista formalmente per l'ottenimento di un provvedimento espresso di conclusione del procedimento medesimo;

– ciò implica altresì, sul versante processuale, posto che il predetto art. 20 non si esprime in materia di tutela giurisdizionale avverso il silenzio in questione, di doversi rifare alle disposizioni di carattere generale vigenti in materia, ossia all'art. 2, 5° co., della l. n. 241/1990, e successive modificazioni, nonché all'art. 21 *bis* della l. n. 1034/1971, e successive modificazioni, che prevedono, in sintesi, con il rito camerale, una decisione con sentenza succintamente motivata e, soprattutto, il termine decadenziale dell'azione fino a non oltre un anno, nella permanenza del silenzio, dalla scadenza del termine per provvedere (un termine, questo, che però non è quello generale di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990, ma quello specificamente stabilito, in materia di permesso di costruire, dall'art. 20 del d.p.r. n. 380/2001);

– nel caso di specie, essendo la domanda di permesso di costruire stata assunta dal Comune in data 8.10.2006 (e, peraltro, integrata in data 21.5.2007) ed il ricorso introduttivo del presente giudizio notificato in data 24.1.2008, se ne ricava che la domanda della società ricorrente è tempestiva e perciò ammissibile;

– nel merito, essendo palese l'inerzia del Comune di Ardea nonché la sua ingiustificata volontà di non provvedere espressamente sulla domanda di permesso di costruire innanzi detta, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere dichiarata la persistenza dell'obbligo del Comune di Ardea di determinarsi espressamente sulla domanda predetta entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, nonché – stante l'esplicita richiesta della società ricorrente – nominarsi sin d'ora, per il caso di persistente inerzia dell'amministrazione, commissario *ad acta* il Prefetto di Roma, ovvero persona dallo stesso delegata, che provvederà, in luogo del Comune, entro il termine di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione in via amministrativa o – se anteriore – dalla notifica della presente decisione, a cura di parte; (*omissis*)» (T.A.R. Lazio Roma, sez. II *bis*, 14.5.2008, n. 4121).

6.a. Il commissario *ad acta*.

Una parte della giurisprudenza ritiene che la relazione giuridica che si instaura tra il commissario *ad acta* e l'ente sostituito è di natura intersoggettiva e non interorganica.

«Nell'ambito della sostituzione amministrativa, si deve distinguere l'ipotesi in cui il commissario "*ad acta*" sia nominato per la sostituzione, nell'esercizio di una competenza generale, di un organo di cui difetti radicalmente il funzionamento, oppure per provvedere all'emanazione di specifici atti, su impulso dell'organo di vigilanza; mentre nel primo caso vi è l'esigenza di effettuare la sostituzione per assicurare il funzionamento degli organi dell'ente venuti meno ed il commissario interviene per svolgere il complesso dei relativi compiti, costituendo organo straordinario dell'ente sostituito, allorché la competenza del commissario è circoscritta fin dall'inizio al compimento di determinati atti, l'ente sostituito conserva in generale la titolarità dei suoi poteri, salvo i singoli affari che gli sono stati sottratti ed il commissario conserva un legame più diretto con l'autorità di vigilanza che l'ha nominato e cui deve rispondere, con la conseguenza che in caso di impugnazione è sufficiente la notifica del ricorso all'autorità di vigilanza.» (Cons. St., sez. V, 29.1.2003, n. 439, *FA*, 2003, 1, 125).

Per altro indirizzo giurisprudenziale la nomina del commissario *ad acta* non impedisce all'amministrazione (sostituita) di adempiere tardivamente, delineandosi un'ipotesi di esercizio concorrente di potere.

«L'istituto dell'esercizio di poteri sostitutivi configura un fenomeno di esercizio concorrente di potere che viene meno con l'adozione della determinazione da parte di uno dei due organi (sostituito o sostituto) atteso che l'adozione della determinazione soddisfa l'obbligo della conclusione del procedimento; pertanto, la nomina di commissario "*ad acta*" non produce in capo agli organi della P.A. la perdita della legittimazione ad adottare l'atto il cui compimento è affidato al commissario, il quale cessa dalla funzione nel caso in cui l'Amministrazione –

“*medio tempore*” – abbia soddisfatto l’obbligo del provvedere (fattispecie in cui è stata censurata la determinazione del dirigente regionale con cui s’è negata la nomina del commissario “*ad acta*” per il rilascio di concessione edilizia da parte della Regione nell’esercizio del suo potere sostitutivo e necessaria per sopperire all’inerzia dell’organo comunale; diniego che era stato fondato sul presupposto che “*medio tempore*” vi era stato un espresso atto di diniego al rilascio della concessione da parte del dirigente U.T.C. del Comune)»
(T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 14.8.2002, n. 3580, FA, 2002).

6.b. Il ricorso contro il silenzio-rifiuto.

Per lungo tempo la giurisprudenza ha sostenuto che il giudice, in caso di ricorso avverso il silenzio-rifiuto, deve limitarsi a statuire esclusivamente sull’esistenza e sulla violazione dell’obbligo di provvedere, senza poter giudicare sulla fondatezza della domanda.

«Posto che il ricorso contro il silenzio rifiuto instaura un giudizio di accertamento, volto a far dichiarare dal giudice amministrativo l’esistenza per la P.A. di un obbligo di provvedere, il giudice stesso deve limitarsi a statuire esclusivamente sull’esistenza e sulla violazione dell’obbligo di provvedere, senza poter giudicare sulla fondatezza della domanda; pertanto, in tal caso, non solo il giudicato si forma esclusivamente su tale domanda, ma anche il giudice amministrativo, in un giudizio di tale natura, una volta accertata la violazione dell’obbligo di provvedere, non può imporre all’Amministrazione il contenuto del provvedimento, né può sostituirsi ad essa»
(Cons. St., sez. IV, 19.4.1999, n. 658, CS, 1999, I, 605).

Non sono tuttavia mancate statuizioni di segno opposto, secondo cui il giudice deve spingersi oltre e non limitarsi ad affermare in astratto l’obbligo della P.A. di provvedere sull’istanza inevasa.

«Sebbene, in linea di principio, l’accertamento del silenzio della P.A. implica la condanna di quest’ultima a provvedere sull’istanza del privato, il giudizio sulla legittimità del silenzio rifiuto stesso tende a stabilire la fondatezza della pretesa sostanziale, per cui l’obbligo della P.A. di provvedere va pronunciato non in astratto, ma in relazione al concreto contenuto di detta istanza, nel senso che il ricorrente invoca dal giudice adito non una pronuncia qualsiasi, ma quella di contenuto positivo in relazione ad un preteso provvedimento che sia soddisfacente dell’interesse fatto valere. Pertanto, quando ci si trovi di fronte ad un’attività vincolata della P.A., non si procede all’accoglimento del ricorso giurisdizionale ove, pur in presenza d’un silenzio della P.A. medesima, ove sia evidente l’infondatezza della domanda del ricorrente»
(Cons. St., sez. V, 25.9.2000, n. 5081, FA, 2000, f.9).

Secondo le più recenti pronunce, il giudice amministrativo, nel giudizio avverso il silenzio formatosi a seguito dell’istanza volta ad ottenere il permesso di costruire, deve limitarsi a dichiarare se sussiste

in capo alla amministrazione intimata il potere-dovere di adottare un provvedimento esplicito di conclusione del procedimento.

«(omissis) L'art. 20 del d.p.r. 380/2001 scandisce le tappe del procedimento diretto a conseguire il permesso di costruire.

Il 9° co. della disposizione in esame stabilisce che "decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-rifiuto."

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito la portata della disposizione in questione stabilendo che la norma dell'art. 20, 9° co. T.U. Edilizia prevede un caso di silenzio significativo nella forma del silenzio rigetto o rifiuto, che consegue al decorso del termine di legge senza che il comune si pronunci sull'istanza diretta ad ottenere il permesso di costruire (vedi T.A.R. Lazio Roma, sez II, 5.10.2007, n. 9819).

La precisazione di siffatta natura giuridica del contegno silente serbato dalla P.A. sulla istanza di permesso di costruire non impedisce al privato richiedente la tutela della situazione giuridica soggettiva azionata anche quando si verte in tema di diritti creati *ex novo* per mezzo di provvedimento di natura concessoria.

A tanto deve aggiungersi che l'art. 2 della legge 241/1990 ha posto un argine significativo a tutti i comportamenti ostruzionistici della P.A. ponendo a carico degli enti pubblici l'obbligo di concludere il procedimento avviato ad istanza di parte con un provvedimento espresso e motivato.

Quest'ultima previsione normativa è diretta a consentire al privato l'accesso ad una tutela giurisdizionale effettiva che gli può essere assicurata solo quando vengono chiaramente esplicitate le ragioni che si frappongono al conseguimento della utilità sperata e richiesta alla P.A.

Per queste ragioni, il silenzio serbato dalla P.A. sulla domanda diretta ad ottenere un permesso di costruire è impugnabile con il rito del silenzio previsto dall'art. 21 *bis* della legge T.A.R., specie quando, nella fattispecie concreta, è ragionevole la previsione di una conclusione in senso favorevole al rilascio del provvedimento ampliativo.

È dunque illegittimo il silenzio serbato da un'amministrazione comunale che, coinvolta nell'ambito del procedimento inteso al rilascio di una concessione demaniale marittima, ometta di provvedere sulla necessaria istanza diretta ad assentire, sotto il profilo edilizio l'intervento progettato dal richiedente, peraltro già in possesso delle ulteriori autorizzazioni richieste.

Deve ritenersi pertanto sussistente in capo alla amministrazione intimata il potere-dovere di adottare un provvedimento esplicito di conclusione del procedimento avviato ad istanza della società ricorrente per ottenere il permesso di costruire preliminare alla concessione demaniale marittima avuta di mira. (omissis)»

(T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 8.5.2008, n. 1355).

6.c. Il procedimento *ex art. 21 bis* l. n. 1034 del 1971.

Una parte della giurisprudenza afferma l'utilizzabilità dello strumento speciale di cui all'art. 21 *bis* l. T.A.R., introdotto dalla l. n. 205/2000, anche nei casi in cui il legislatore abbia previsto un

preciso significato al decorso del termine, come nell'ipotesi di cui all'art. 20, d.p.r. 380/2001.

«(omissis) Il Collegio deve, preliminarmente, esaminare la generale questione di ammissibilità del rito, di cui all'art. 21 bis della l. 1034/1971, nel caso di silenzio significativo, conseguente alla presentazione di domanda di concessione edilizia ed all'inutile decorso del tempo.

In merito, recentemente, questo Tribunale, con sentenza ampiamente motivata (T.A.R. Sardegna, sez. II, n. 167 del 20.2.2007) ha ritenuto, confermando, invero, un orientamento in precedenza già espresso (sent. n. 544 del 6.5.2003) che "la pretesa del privato ad ottenere l'esame della propria domanda sussiste anche quando il legislatore abbia previsto (nella norma che stabilisce il termine entro cui provvedere) l'attribuzione di uno specifico significato al silenzio (in termini di silenzio-rigetto o silenzio-rifiuto). La previsione che consente l'impugnabilità immediata del silenzio rigetto non può, cioè, essere considerata un impedimento all'utilizzo del rito speciale (introdotto con l'art. 21 bis l. T.A.R.) che, con la nuova previsione di un procedimento giurisdizionale accelerato, riconosce la sussistenza della "pretesa al procedimento"...

Anche nel caso di silenzio significativo non si può, infatti, escludere la permanenza nel richiedente di una posizione protetta e riconosciuta dall'ordinamento volta ad ottenere una pronuncia "espressa" e, come tale, "motivata", posizione speculare rispetto al persistente potere dell'Amministrazione di decidere l'istanza (T.A.R. Campania II 29.3.2006 n. 3262).

La qualificazione legale del silenzio come atto negativo lascia quindi libero il soggetto interessato di scegliere se seguire la via ordinaria ed impugnare (al buio) il rigetto nel termine di decadenza o attivare, entro il termine di un anno, uno strumento agile (senza più nemmeno l'onere di previa diffida, come dispone l'art. 2 5° co. della l. 241/1990, come novellato nel 2.2005) e rapido."

Sotto questo profilo va, dunque, affermata la possibilità di utilizzo dello strumento speciale (art. 21 bis l. T.A.R., come introdotto dalla l. 205 del 2000) anche nei casi in cui il legislatore abbia previsto un preciso significato al decorso del termine, come nell'ipotesi di cui all'art. 20 del d.p.r. 380 del 6.6.2001 (T.U. sull'edilizia).

Superata la questione dell'ammissibilità del rito utilizzato dalla ricorrente, deve il Collegio affrontare l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa dell'amministrazione intimata.

Assume quest'ultima che, prima della notifica del ricorso, è stato emanato un provvedimento esplicito sulla domanda dell'interessata.

L'eccezione ad avviso del Collegio è fondata, con le seguenti precisazioni.

L'atto di cui si discute è la nota prot. n. 19005 del 10.10.2006 del Responsabile dello Sportello Unico Edilizia Privata, dove viene comunicato all'interessata che, vista la Relazione istruttoria e sentito il parere consultivo della commissione edilizia, riunita nella seduta del 5.10.2006, "Si esprime il seguente parere: La proposta progettuale non può essere accolta in quanto elaborata in difformità alle disposizioni delle Norme Tecniche di Attuazione del P.P.R. e nello specifico agli artt. 83- 20".

La nota viene accompagnata dall'avvertenza che si tratta di un avviso dell'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 10 bis della l. 241/90, affinché l'interessata possa formulare le proprie osservazioni entro il termine di 10 giorni dal suo ricevimento.

È evidente che, contrariamente a quanto affermato dalla difesa della ammi-

nistrazione, la nota in questione non possa essere qualificata quale "provvedimento amministrativo", ma che, più correttamente, sia da definire una "comunicazione", inoltrata in ossequio alla disposizione sopra citata, che impone all'amministrazione, prima di emanare un provvedimento negativo, di dare l'avviso di avvio del procedimento al suo destinatario.

È da sottolineare che questo atto è stato predisposto dopo il riesame della domanda della ricorrente, difatti, in data 25.5.2006 l'Ufficio Tecnico comunale, esaminata la documentazione tecnica allegata alla domanda di concessione edilizia, su conforme parere della commissione edilizia, aveva provveduto a sospendere il procedimento per una serie di motivi: in primo luogo aveva accertato un esubero di volumetria rispetto a quella assentibile in base agli strumenti urbanistici, in secondo luogo, trattandosi della realizzazione di una residenza funzionale alla conduzione di una azienda agricola, aveva contestato la mancata dimostrazione dell'effettiva esistenza dell'azienda, in violazione delle norme di adeguamento delle Direttive Agricole del Programma di Fabbricazione vigente.

A seguito di tale comunicazione, l'interessata, in data 7.6.2006, ha depositato presso gli uffici comunali alcuni documenti integrativi, ma nel frattempo, in data 25.5.2006, la Giunta regionale ha adottato il Piano Paesaggistico Regionale, alla stregua delle cui norme di attuazione, l'amministrazione comunale ha ritenuto che l'insediamento proposto non fosse più ammissibile.

Di tale determinazione, non ancora definitiva, la ricorrente ha avuto comunicazione, per l'appunto, con la nota del 10.10.2006.

In base all'evolversi della vicenda, il Collegio non può che ritenere inammissibile il ricorso in esame, in quanto manca uno di requisiti essenziali perché possa parlarsi di "silenzio" e cioè un comportamento inerte della pubblica amministrazione, successivamente al 24.5.2006.

La parte ricorrente sembra voler ignorare completamente l'ulteriore fase dell'istruttoria, alla quale, tuttavia, ha attivamente partecipato, con il deposito, in data 10.6.2006, di atti integrativi e sostitutivi degli elaborati depositati in precedenza, fase che è proseguita con la successiva manifestazione di volontà dell'amministrazione del 10.10.2006.

Quest'ultimo atto, conosciuto (per sua espressa ammissione) dalla ricorrente, è stato ritenuto di nessun rilievo giuridico, assumendo, la stessa, che "alla data del 24.5.2006 l'amministrazione..aveva compiutamente consumato il proprio potere valutativo, in quanto il rilascio della concessione costituiva atto dovuto".

La tesi non può essere condivisa, l'amministrazione, alla suddetta data, non ritenendo sufficienti ed esatti i dati in suo possesso, ha sospeso l'intervento e solo a seguito delle ultime produzioni di parte, ha avviato un nuovo procedimento, ha, quindi, espresso il proprio orientamento sfavorevole e ne ha dato avviso all'interessata, consentendole di partecipare allo stesso: si è in buona sostanza di fronte ad un nuovo subprocedimento, che s'innesta su quello precedente, con diversi e più completi elementi di giudizio.

Alla stregua di tale ricostruzione dei fatti si ritiene, conclusivamente, che manchi uno degli elementi caratterizzanti l'istituto del "silenzio" e cioè il comportamento silente della P.A.

Anche se l'accoglimento dell'eccezione determina la definizione della controversia, ritiene il Collegio sia opportuno chiarire, nella *subiecta materia*, l'ambito dei poteri del giudice nello speciale procedimento introdotto con l'art. 2 della l. 241/90, nel testo coordinato con la l. 11.2.2005 n. 15 e 14.5.2005 n. 80, dove è espressamente previsto che, nell'ambito del procedimento "speciale" del

silenzio (definito dall'art. 21 *bis* della l. n. 1034/1971), il giudice può conoscere della fondatezza dell'istanza.

Circa i limiti del potere di valutazione della fondatezza dell'istanza in sede giurisdizionale, questo Tribunale si è già espresso con la recente sentenza n. 1148/2006, ritenendo preferibile, tra i diversi orientamenti giurisprudenziali, quello che ne esclude l'applicazione in presenza dell'esercizio di un'attività discrezionale all'amministrazione.

Nella specie, pur consapevoli che, in presenza di norme urbanistiche di dettaglio, il margine della discrezionalità è esiguo, non può escludersene la sussistenza sia sul piano giuridico, in relazione all'applicazione di norme urbanistiche complesse e di diverso livello sia, sul piano tecnico, quanto meno nella valutazione della sufficienza e completezza dell'istruttoria, in correlazione alla complessità dell'istanza (cfr. in termini: T.A.R. Sardegna, sez. II, sent. n. 167 del 20.2.2007). (*omissis*)» (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. II, 14.3.2007, n. 452).

Tale indirizzo giurisprudenziale muove da una interpretazione sistematica del testo unico dell'edilizia osservando che, laddove l'amministrazione non si pronunci sulla diversa ipotesi di richiesta di permesso in sanatoria, l'art. 36, 3° co., d.p.r. n. 380/2001 sancisce espressamente che «*la richiesta si intende rifiutata*».

«(*omissis*) L'odierna controversia ha ad oggetto l'accertamento dell'inerzia serbata dalla p.a. a fronte di un obbligo di provvedere e pertanto può essere proposta con le forme di cui all'art. 21 *bis* richiamato.

Peraltro, proprio in conseguenza della ritenuta natura non provvedimentale del silenzio in questione, l'oggetto del ricorso va limitato all'accertamento della sussistenza dell'obbligo di provvedere. La cognizione del giudice amministrativo adito con il ricorso avverso il silenzio è infatti di norma limitata all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione e, nella specie, non va esteso – ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/1990 come novellato dall'art. 3 del d.l. n. 35/2005 – all'esame della fondatezza, anche della pretesa, neppure vertendosi in un'ipotesi di attività vincolata.

Nel caso di specie, l'inosservanza all'obbligo di provvedere sussiste poiché non risulta essere stato emanato, alla scadenza del termine assegnato con l'atto di diffida, un atto conclusivo del procedimento che statuisse definitivamente in ordine alle richieste di concessione di suolo pubblico e di rilascio del permesso di costruire formulate il 12.5.2005 e completate nella documentazione (a seguito di richiesta del Comune) il 23.12.2005.

L'art. 2 della l. 241/1990 ha fissato un principio generale secondo il quale, ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

L'evoluzione giurisprudenziale ha portato a ritenere che l'obbligo non sussiste nelle seguenti ipotesi: a) istanza di riesame dell'atto inoppugnabile per spirare del termine di decadenza (*ex multis*: Cons. St., VI, n. 69/1999; T.A.R. Campania Napoli, III, n. 5014/2001); b) istanza manifestamente infondata (*ex multis*: Cons. St., IV, n. 6181/2000; T.A.R. Campania Napoli, III, n. 1969/2002); c) istanza di estensione *ultra partes* del giudicato (*ex multis*: Cons. St., VI, n. 4592/2001; T.A.R. Campania Napoli, III, n. 5026/2001).

Pertanto, escluse le fattispecie sub a e sub c ed atteso che non vi sono agli atti elementi sufficienti per poter affermare che l'istanza de qua è *ictu oculi* infondata, va dichiarato l'obbligo per l'amministrazione di adottare un provvedimento espresso in ordine alla richiesta avanzata, fermo restando il potere amministrativo di valutare la fondatezza della pretesa dedotta.

In particolare, quanto alla richiesta di concessione di suolo pubblico, era senz'altro spirato alla data di notifica del ricorso in esame, il termine di 150 giorni fissato dal Regolamento comunale di Casalnuovo (approvato con delibera di CC n. 37 del 2.12.2004).

Quanto alla istanza di rilascio del permesso di costruire, dispone l'art. 20 del d.p.r. 6.6.2001, n. 380, per i comuni fino a 100.000 abitanti, che il provvedimento finale sulla domanda per il rilascio del permesso di costruire debba essere adottato entro settantacinque giorni dalla istanza, assegnando all'amministrazione sessanta giorni per acquisire i pareri previsti dalla legge e formulare un proposta (3° co.) e successivi quindici giorni per l'adozione dell'atto finale (7° co.).

Stabilisce quindi la norma in esame che "decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-rifiuto" (9° co.).

I termini in questione sono inoltre fissati nella più ampia misura di ottantacinque giorni dall'art. 1 della legge regionale della Campania 28.11.2001, n. 19 che ai sessanta giorni per l'espletamento dell'istruttoria aggiunge dieci giorni per la formulazione della proposta motivata (2° co.), lasciando quindi invariato il termine finale di ulteriori quindici giorni per il rilascio del provvedimento (4° co.).

Nella fattispecie in esame, la domanda per il rilascio del permesso di costruire risulta essere stata proposta dall'odierno ricorrente, relativamente a terreno ricadente nel Comune di Casalnuovo (avente popolazione inferiore ai 100.000 abitanti) il 12.5.2005 e poi integrata il 23.12.2005, a fronte del ricorso giurisdizionale ex art. 21 *bis*, l. n. 1034/1971 notificato il 28.6.2006 e depositato il successivo 21.7.e, dunque, ben oltre i termini massimi di deliberazione provvedimentale assegnati dalle norme sopra richiamate.

È tuttavia necessario procedere, in punto di ammissibilità, alla qualificazione del silenzio-rifiuto che conchiude la fattispecie dispositiva dell'art. 20, 9° co., del d.p.r. n. 380/2001 e cioè all'inquadramento di questa entro l'aera normativa del silenzio non significativo (c.d. silenzio inadempimento o silenzio-rifiuto, appunto) ovvero del c.d. silenzio provvedimentale (silenzio-rigetto).

Come già ritenuto da questa sezione (*ex multis*, sent. n. 1098 del 2005), l'indubbia rilevanza del dato letterale, offerto dalla norma statale nel senso del riconoscimento di una fattispecie di silenzio inadempimento ("si intende formato il silenzio-rifiuto"), trova conferma sistematica, a contrario, all'interno dello stesso testo normativo laddove, per il caso in cui l'amministrazione non si pronunci sulla richiesta di permesso in sanatoria, espressamente l'art. 36, 3° co., sancisce che "la richiesta si intende rifiutata", con una scelta lessicale (peraltro neppure concludente ad opinione di alcuni: cfr. ad es. T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 20.11.2002, n. 7327) che indubbiamente consente di ritenere, secondo un'esegesi antagonista rispetto a quella dell'art. 20, 9° co., che "il rifiuto si riferisce..alla richiesta di attività provvedimentale (permesso in sanatoria) e non al silenzio" (T.A.R. Campania Napoli, sez. VI, 10.5.2004, 9278), con conseguente valore di reiezione dell'istanza del privato.

Ulteriore conferma è inoltre rinvenibile proprio nella legislazione regionale richiamata che neppure qualifica il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza per il rilascio del permesso di costruire.

L'insieme degli indici così rinvenibili depone allora per la qualificazione del silenzio-rifiuto in esame quale silenzio inadempimento, impugnabile ai sensi dell'art. 21 *bis* della l. n. 1034/1971, peraltro senza la necessità di alcuna previa diffida (cfr., in termini, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 9.1.2002, n. 879).

In conclusione, il ricorso è fondato con riferimento all'illegittimità del silenzio dell'amministrazione e va dunque accolto nei sensi e nei limiti di cui alla motivazione. (*omissis*)»

(T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 8.8.2006, n. 7904).

Il medesimo indirizzo giurisprudenziale ritiene che tale soluzione sia corroborata dai principi generali espressi dalla legge sul procedimento amministrativo, oltre che dalle indicazioni della giurisprudenza formatasi con riferimento alla normativa precedentemente in vigore.

«(*omissis*) La l. 241/1990 impone all'amministrazione l'obbligo di fornire riscontro esplicito e motivato, riguardo ad ogni istanza proposta dal cittadino che non appaia manifestamente infondata; e che nella specie il comune è invece rimasto inerte, in violazione delle norme della citata legge generale sul procedimento amministrativo, non fornendo alcun riscontro all'istanza di parte ricorrente.

Ai sensi dell'art. 20, 9° co., del T.U. Edilizia, "decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-rifiuto".

Rileva quindi il collegio come la suddetta norma, secondo l'interpretazione prevalente, formatasi sulla disciplina previgente (d.l. 5.10.1993, n. 398, art. 4, convertito in l. 4.12.1993, n. 493) preveda un caso di silenzio significativo, nella forma del silenzio-rigetto o rifiuto, conseguente al decorso del termine di legge, senza che il comune si sia pronunciato sull'istanza di permesso di costruire, e che la facoltà di richiedere l'intervento sostitutivo regionale, di cui oggi all'art. 21 del d.p.r. 380/2001, non è incompatibile con l'impugnazione giurisdizionale del silenzio-rifiuto (T.A.R. Lazio II, 16.1.1998, n. 74).

Ciò in quanto tale norma deve essere coordinata con la l. 241/1990, che ha introdotto il principio che obbliga la pubblica amministrazione a rispondere in modo espresso, e motivato, alle richieste formulate dai privati.

Si ritiene a tale riguardo che l'affermazione di tale principio, di portata generale, sia in contrasto con norme che, come quella indicata, prevedono meccanismi di silenzio significativo, che debbono reputarsi incompatibili con gli obblighi di trasparenza, chiarezza e leale collaborazione tra P.A. e privato.

Ne consegue che le norme sopra indicate devono essere interpretate nel senso che, anche quando la legge preveda un meccanismo siffatto, il privato può sempre pretendere che la P.A. si pronunci in modo espresso sulla sua istanza, esplicitando le ragioni anche dell'eventuale rigetto, si da consentire la piena tutela, anche giurisdizionale, delle situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento.

"Anche ove si sia formato il silenzio rifiuto sull'istanza volta al rilascio del permesso per costruire di cui all'art. 20 d.p.r. n. 380/2001, l'interessato può comunque proporre ricorso ex art. 21 *bis* l. 6.12.1971 n. 1034 al fine di ottenere un atto esplicito dell'amministrazione, la quale non perde il potere di provvedere comunque sulla predetta istanza, come del resto si desume dal successivo art. 21

che prevede la possibilità dell'intervento sostitutivo regionale" (T.A.R. Lazio Latina, 27.6.2005, n. 566).

L'affermazione di tali principi, derivati dalla legge generale sul procedimento, comporta altresì che i termini assegnati all'amministrazione per l'adozione del provvedimento richiesto non siano più quelli indicati dall'art. 20 del d.p.r. 6.6.2001, n. 380, ma quelli previsti dal 3° e 4° co. dell'art. 2 l. 8.8.1990, n. 241, nel testo introdotto dal decreto legge 14.3.2005, n. 35 convertito in legge 14.5.2005, n. 80. (*omissis*)»

(T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 20.7.2006, n. 7623).

La mancata adozione di un esplicito provvedimento conclusivo, a seguito della domanda del privato volta a conseguire il rilascio del permesso di costruire, costituisce un "silenzio-rifiuto" e non un silenzio rigetto.

«(*omissis*) Tanto premesso, il Collegio considera che la mancata adozione di un esplicito provvedimento conclusivo, ai sensi e nei termini stabiliti dall'art. 20 del d.p.r. n. 380/2001, a seguito della domanda come sopra proposta e integrata dal ricorrente, costituisce, per espressa definizione del relativo 9° co., un "silenzio rifiuto" e non un silenzio rigetto.

Questo comportamento, a causa del periodo di tempo trascorso dall'integrazione documentale inviata dal ricorrente, senza che il Comune abbia poi comunicato la necessità di acquisire ulteriore documentazione, pareri o provvedimenti di altre Amministrazioni, costituisce senz'altro violazione dell'obbligo che incombe all'Amministrazione, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/1990, di decidere, in modo esplicito e nei termini previsti, le domande inoltrate dai soggetti interessati. (*omissis*)»

(T.A.R. Marche Ancona, sez. I, 9.6.2006, n. 413).

Altro indirizzo giurisprudenziale, per vero minoritario, esclude, invece, la possibilità di ricorrere al rito speciale (art. 21 *bis*, l. T.A.R.), muovendo proprio dalla tipizzazione del silenzio operata dal T.U. Edilizia.

«(*omissis*) che il T.U. Edilizia, di cui al d.p.r. 6.6.2001 n. 380 (in vigore dal 30.6.2002 ex art. 5 *bis* d.l. 23.11.2001 n. 411, conv. l. 31.12.2001 n. 463) il cui art. 20 9° co., prevede che, decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-rifiuto, prevede una tipizzazione del silenzio il quale, pertanto, non costituisce mero inadempimento dell'Amministrazione impugnabile ai sensi dell'art. 21 *bis* l. T.A.R., ma provvedimento tacito di rigetto (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 14.2.2002, n. 879); (*omissis*)»

(T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 1.9.2006, n. 3187).

Coloro che ravvisano nell'inerzia della P.A. un provvedimento di diniego, ancorché tacito, ritengono che la domanda di tutela giurisdizionale non può essere diretta ad ottenere la dichiarazione dell'obbligo di provvedere, ma deve tendere all'annullamento del diniego come formatosi e fondarsi su specifici motivi di illegittimità del medesimo.

«(omissis) Considerato che il consorzio ricorrente osserva che da tale data sono decorsi oltre sessanta giorni senza che il Comune si sia pronunciato sulla domanda e deduce che il decorso di tale termine comporta la formazione del silenzio-rifiuto di cui all'art. 20 d.p.r. 6.6.2001, n. 380;

Ritenuto che, a norma di tale disposizione, il silenzio sulla domanda di permesso di costruire non ha valore di mero inadempimento, bensì di vero e proprio diniego, ancorché tacito (T.A.R. Lazio, II, 11.6.2003, n. 5302);

Ritenuto che, per tale ragione, la domanda di tutela giurisdizionale azionabile a fronte di esso non può essere diretta ad ottenere la dichiarazione dell'obbligo di provvedere, ma deve tendere all'annullamento del diniego come sopra formatosi e deve fondarsi su specifici motivi di illegittimità del diniego stesso; (omissis)»

(T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 8.3.2006, n. 1161)

BIBLIOGRAFIA

ASSINI e MANTINI

2007 *Manuale di diritto urbanistico*, 3^a ed., Milano.

CASSETTA

2000 *Manuale di diritto amministrativo*, Milano.

DE NICTOLIS

2002 *Procedimento per il rilascio del permesso di costruire*, in *L'attività edilizia nel testo unico*, (a cura di) F. Caringella e G. De Marzo, 218.

DONATO e PALOMBELLA

2003 *Il testo dell'edilizia tra attività edificatoria e tutela del consumatore*, Milano.

FACCIOLI

2004 *Procedimento per il rilascio del permesso di costruire*, in *AA.VV., Testo unico dell'edilizia*, a cura di A.M. Sandulli, Milano, 245.

LAURICELLA e MARABINI

2004 *Il permesso di costruire*, Padova.

MANDARANO

2001 *I soggetti legittimati alla richiesta di concessione edilizia*, UA, 88.

MARZARO GAMBA

2007 *Sul nuovo procedimento di rilascio della concessione edilizia (Commento all'art. 4, commi 1-6, del d.l. 5.10.1993, n. 398, conv. con modifiche in l. 4.12.1993, n. 493, come sostituito dall'art. 2, co. 60, della l. 23.12.1996, n. 662, RG Urb, 29.*

MELE

1993 *Il responsabile del procedimento nella esecuzione dei lavori pubblici*, NR, n. 15-16, 1636.

MILLEMAGGI COGLIANI

1992 *Considerazioni in tema di responsabile del procedimento*, NR, n. 19, 2114.

PALOMBELLA

2003 *Il testo unico dell'edilizia tra attività edificatoria e tutela del consumatore*, suppl. a DeG, f. 31, 98.

ROMANO TASSONE

1993 *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino.

RUSSO

2004 *Intervento sostitutivo regionale*, in AA.VV., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di A.M. Sandulli, Milano, 264.

SENSALE

1991 *Il silenzio della pubblica amministrazione nel diritto urbanistico*, Padova.

STEVANATO

2002 *Procedimenti e regimi in urbanistica ed edilizia*, Padova.

TIBERII

2004 *Procedimento per il rilascio del permesso di costruire*, in AA.VV., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di A.M. Sandulli, Milano, 253.