

Il permesso di costruire convenzionato: prime riflessioni sull'art. 28 bis del d.p.r. n. 380/2001.

1. La compatibilità dell'istituto con il sistema

La funzione urbanistica - che qualifica l'attività amministrativa volta alla cura dell'interesse urbanistico (corretto uso e trasformazione del territorio) - si compendia , secondo felice costruzione dottrina, in quattro funzioni cd. "ordinali", che indicano appunto l'ordine in cui i contenuti specifici di tale attività vengono posti in essere: 1) funzione precettiva; 2) funzione di gestione del territorio; 3) funzione di controllo (preventivo e successivo); 4) funzione sanzionatoria .

Dapprima si pongono le regole per l'uso e la trasformazione del territorio; si controlla che tali regole siano rispettate (prima dell'avvio del concreto intervento di trasformazione del territorio); nel caso, poi, in cui tali regole risultino non osservate, si interviene per il ripristino dell'equilibrio urbanistico violato.

Vi è, dunque, un "sistema" complesso, logico e razionale , in cui preliminarmente si programma la trasformazione del territorio, in una visione ampia e globale, che prende in considerazione l'intero ambito territoriale di riferimento (regionale, provinciale e comunale) attraverso la funzione pianificatoria e solo successivamente si consente la realizzazione del singolo e specifico intervento edilizio, il quale deve necessariamente svolgersi in coerenza e nel rispetto del più generale disegno programmatico.

In particolare, la funzione pianificatoria si esprime attraverso modalità articolate in una pluralità di piani gerarchicamente ordinati, in un sistema razional-discendente , che passa dal generale al particolare, in una progressiva specificazione e man mano più analitica regolamentazione del territorio.

Invero, mentre alla pianificazione generale spetta essenzialmente il compito di stabilire le destinazioni delle diverse parti del territorio comunale, l'esigenza che gli insediamenti abitativi (e non) abbiano a collocarsi in un contesto che ne consenta la vivibilità, dunque idoneo a riceverne e a sopportarne il carico urbanistico indotto, viene affidata alla pianificazione attuativa, tendenzialmente rivolta a predisporre il tessuto urbano di base, cioè l'insieme delle opere e delle infrastrutture sulle quali dovranno allocarsi gli specifici insediamenti.

Di conseguenza, il nostro "sistema urbanistico" prevede che in concreto l'intervento di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio possa avvenire solo se a monte vi sia una pianificazione generale (è eccezionale, e consentita entro ambiti limitati, l'attività edilizia in assenza di pianificazione, ex art. 9 del t.u., mentre, di regola, il permesso di costruire è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, ex art. 12 t.u.) e se vi sia un sufficiente tessuto infrastrutturale atto a ricevere il nuovo insediamento, dovendo altrimenti essere previamente redatto ed approvato lo strumento attuativo.

La regola generale è, dunque, nel senso che, laddove vi siano esigenze di urbanizzazione (la cui sussistenza viene di regola valutata, con riferimento alle diverse parti del territorio comunale, in sede di strumento urbanistico generale), il concreto intervento edilizio può essere realizzato e, dunque, il permesso di costruire può essere rilasciato solo a seguito della formazione di un piano urbanistico attuativo.

Come si colloca allora in tale sistema un istituto, come quello in esame (permesso di costruire convenzionato, ex art. 28 bis t.u.), in cui, pur in presenza di esigenze di urbanizzazione, il permesso di costruire viene rilasciato senza la previa formazione di una pianificazione di ulteriore livello rispetto allo strumento urbanistico generale?

L'istituto, a parere di chi scrive, è compatibile con il sistema, rinvenendosi in questo già aspetti che ne attenuano la rigidità e consentono la deroga alla regola generale sopra richiamata.

In proposito, va in primo luogo considerato che l'attività amministrativa anche in materia urbanistica è "funzione", in quanto volta alla cura dell'interesse urbanistico, onde, in via generale, può ritenersi che il suo ordinario svolgimento possa essere modificato o derogato ove comunque venga adeguatamente assicurata la realizzazione dell'interesse pubblico primario perseguito (nella specie, quello al corretto uso ed utilizzazione del territorio).

Di poi, sotto il profilo del diritto positivo e della pratica giurisprudenziale, vanno al riguardo ricordati:

- l'articolo 12 del testo unico (presupposti del permesso di costruire) il quale , dopo aver affermato che il permesso di costruire "è comunque subordinato alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria", ne consente il rilascio anche se, nella attuale inesistenza delle stesse, vi sia "l'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime, contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso";
- il consolidato principio giurisprudenziale in base al quale , pur in presenza di una prescrizione dello strumento urbanistico generale che subordini la realizzazione della costruzione alla previa pianificazione attuativa, è comunque consentito l'intervento edilizio diretto quando l'area risulti sufficientemente urbanizzata;
- più in generale, la prescrizione contenuta nell'art. 22 del t.u, che ammette la modalità semplificata della d.i.a. (ex super d.i.a.) , in luogo del previo provvedimento abilitativo espresso, tutte le volte in cui " gli interventi di nuova costruzione siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici recanti precise disposizioni plano-volumetriche".

Vi sono, dunque, nel sistema precisi indici rivelatori della compatibilità ad esso di meccanismi che consentano, in attuazione di esigenze di semplificazione e di ricerca della

efficienza , di derogare al normale ordine di svolgimento dell'azione amministrativa, purchè però sia salvaguardato l'interesse pubblico perseguito.

Va, inoltre, considerato che l'istituto in esame si inserisce, portandola però ad un livello diverso, in una linea di semplificazione e snellimento che ha già da tempo interessato la funzione urbanistica.

In passato, questa era stata particolarmente incisiva solo nell'ambito della funzione di controllo preventivo, attraverso la riduzione dei casi in cui l'esercizio dello ius aedificandi era subordinato al rilascio del previo provvedimento abilitativo espresso, con l'introduzione degli istituti prima della d.i.a. e successivamente della s.c.i.a.

Il più alto livello della strumentazione urbanistica e, dunque, della funzione pianificatoria era rimasto sostanzialmente indenne, avendo la semplificazione in tale settore interessato per lo più aspetti procedurali.

Con l'istituto in esame, la semplificazione viene a toccare in maniera sostanziale anche quest'ultimo livello, atteso che il permesso di costruire convenzionato, nelle fattispecie in cui è ammesso, consente il superamento della fase della pianificazione attuativa e, dunque, delle attività, degli adempimenti e degli oneri ad esso connessi.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, pertanto, risulta la compatibilità dell'istituto giuridico in esame con il "sistema urbanistico" vigente nel nostro ordinamento, anche se , da un punto di vista sistematico, non appare corretta ed organica la collocazione della norma che lo prevede all'interno del dpr n. 380/2001.

Invero, l'istituto del "Permesso di costruire convenzionato" è disciplinato dall'art. 28 bis del testo unico.

Tale norma è inserita nel capo I del titolo IV, recante la disciplina della "vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia e responsabilità", subito dopo gli articoli (27 e 28) regolatori della attività di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia e della vigilanza sulle

opere di amministrazioni statali e prima della norma (art. 29) sulla responsabilità del titolare del permesso , del committente e del costruttore.

Orbene, appare certamente fuori contesto una disposizione sulla disciplina sostanziale del permesso di costruire (che attiene, dunque, alla funzione urbanistica di controllo “preventivo”) inserita tra disposizioni normative riguardanti invece la funzione di controllo “successivo” (cd. vigilanza).

Più corretto sarebbe stato , invece, l’inserimento della disposizione nella parte del testo unico disciplinante il permesso di costruire, in particolare dopo l’articolo 13 (ultima norma regolatrice del permesso di costruire “ordinario”) e prima dell’articolo 14 (concernente, invece, il permesso di costruire in deroga).

2. Fisiologia dell’istituto: su alcuni aspetti sostanziali e procedurali.

2.1- L’ambito oggettivo di operatività del permesso di costruire convenzionato.

La rubrica dell’articolo 28 bis (“Permesso di costruire convenzionato”) e, conseguentemente, la denominazione del provvedimento possono, ad un primo approccio, indurre a ritenere possibile oggetto di accordo tra privato e pubblica amministrazione l’intero ambito della operanda attività di trasformazione del territorio, sì da pensare che le parti possano liberamente determinarne il contenuto, prescindendo (e, dunque, con possibilità di deroga) dalla disciplina d’uso del territorio posta dallo strumento urbanistico generale con riferimento all’area di intervento.

Così non è, tanto emergendo in maniera palese dall’esame degli specifici contenuti della norma.

Invero, l’attività di convenzionamento è dalla disposizione direttamente ricondotta (ed in esso trova limite e giustificazione) al soddisfacimento delle “esigenze di urbanizzazione”,

onde la possibilità di accordo (che, in realtà , è specificata in termini di assunzione di obblighi da parte del privato, funzionali alla realizzazione di un interesse pubblico) è limitata a tale specifico ambito, come è, del resto, chiarito dal successivo comma 3.

Questo, infatti, dispone che “Sono, in particolare, soggetti alla stipula della convenzione: a) la cessione di aree anche al fine dell’utilizzo dei diritti edificatori; b) la realizzazione delle opere di urbanizzazione...; c) le caratteristiche morfologiche degli interventi; d) la realizzazione di interventi di edilizia residenziale sociale”.

E’, dunque, escluso che l’accordo tra le parti possa avere ad oggetto una libera negoziazione dei parametri urbanistici e delle destinazioni di zona previsti dallo strumento urbanistico generale.

Né a tanto potrebbe indurre la previsione (quasi a giustificare una sorta di possibilità di variante allo strumento urbanistico) della competenza ad approvare la convenzione in capo al Consiglio Comunale (attribuzione , per vero, derogabile dalla legislazione regionale, ma indubbiamente – se pur conforme al dettato dell’articolo 28 della legge n. 1150/1942 - non in linea con le ordinarie, attuali attribuzioni regionali in materia di strumenti urbanistici attuativi, che prevedono l’intervento dell’organo giuntale e non di quello consiliare).

D’altra parte , tale possibilità è esclusa, oltre che dal dato letterale sopra evidenziato, anche da una interpretazione sistematica della disposizione (alla luce dei complessivi contenuti del testo unico), rilevandosi in proposito che la possibilità di deroga agli strumenti urbanistici qualifica una diversa tipologia di titolo abilitativo (appunto, il permesso di costruire in deroga) che è oggetto della autonoma previsione dell’articolo 14.

Di conseguenza, deve ritenersi che trovi applicazione, con riferimento al permesso di costruire convenzionato, la disposizione generale contenuta nel comma 1 dell’articolo 12 (Presupposti per il rilascio del permesso di costruire), in base alla quale “Il permesso di

costruire è rilasciato in conformità delle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico –edilizia vigente”.

2.2- L'articolo 28 bis è norma di diretta applicazione?

L'applicazione all'istituto in esame di tale disposizione (in particolare, “...è rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici...”) consente , altresì, di dare ragionevole soluzione ad altro problema interpretativo che solleva la generica previsione normativa sul presupposto di applicabilità dell'istituto (“Qualora le esigenze di urbanizzazione possano essere soddisfatte con una modalità semplificata”).

Giacchè il permesso di costruire convenzionato è chiaramente una modalità alternativa e semplificata rispetto allo strumento urbanistico attuativo, chi o cosa è nel potere di stabilirne la concreta praticabilità?

Sufficit , al riguardo, in presenza di una disposizione dello strumento urbanistico generale che prevede l'obbligo del PUA, la semplice valutazione del caso concreto in sede di esame dell'istanza del privato o è necessaria una espressa previsione dello strumento urbanistico generale, che ne consenta l'utilizzabilità ?

La richiamata disposizione dell'art. 12, comma 1, del t.u. (la quale, ripetesì, richiede che il permesso di costruire sia rilasciato in conformità agli strumenti urbanistici) induce a ritenere che lo strumento urbanistico generale debba prevedere , per l'area in questione, la possibilità di edificazione a mezzo di permesso di costruire convenzionato, mentre laddove, viceversa, esso imponga la previa redazione di un PUA, non essendovi la prescritta conformità, l'intervento non sia attuabile utilizzando la richiamata modalità semplificata.

La necessità di una espressa previsione della possibilità di ricorso al permesso di costruire convenzionato da parte dello strumento urbanistico generale appare soluzione logica e ragionevole, ove si consideri:

-che è determinazione assunta in sede di pianificazione generale dell'intero ambito territoriale comunale e, dunque, formulata alla luce di una conoscenza e di una valutazione completa e globale di tutto il territorio, delle sue esigenze e delle sue prospettive di sviluppo, onde ragionevolmente modulata su esigenze complessive, all'esito di una esaustiva comparazione degli interessi presenti sulla intera realtà territoriale;

-che è determinazione generale valevole per ampie zone territoriali, come tale rispettosa del principio di omogeneità e parità di trattamento, evitandosi in tal modo sul punto determinazioni episodiche, singole e specifiche, che possono indurre a soluzioni differenziate pur in presenza di situazioni territoriali sostanzialmente identiche;

- la lettera della norma non pone una regola di alternatività ed interscambiabilità assoluta del permesso di costruire convenzionato con il piano attuativo né tampoco espressamente rimette la scelta di utilizzabilità dello stesso all'organo comunale con riferimento al caso specifico pur in mancanza di una determinazione generale di astratta ammissibilità di esso assunta in sede pianificatoria; si limita, invece, a considerare il primo quale modalità semplificata (e, dunque, diversa rispetto al piano attuativo) di realizzazione delle esigenze di urbanizzazione, onde trova applicazione la regola generale in base alla quale le concrete modalità di esercizio dello ius aedificandi (intervento diretto, intervento previa pianificazione di secondo livello e, dunque, anche intervento a mezzo di permesso di costruire convenzionato) sono rimesse alla determinazione dello strumento urbanistico generale;

-la praticabilità dell'istituto e, dunque, la sua sostituzione al piano attuativo rimesse ad una esclusiva valutazione del caso concreto - che si connota, peraltro, di ampi margini di discrezionalità (avendo ad oggetto le esigenze di urbanizzazione dell'area) - non appare in linea con la natura dell'attività amministrativa esercitata in sede di rilascio del titolo edilizio, che è, per concorde affermazione, di tipo vincolato.

Le considerazioni di cui sopra inducono, pertanto, a ritenere che la norma di cui all'art. 28 bis del dpr n. 380/2001 non sia di immediata applicazione, ma richieda il previo intervento del pianificatore comunale, il quale, anche in variante agli strumenti generali allo stato esistenti, specifichi le ipotesi in cui è possibile ricorrere al permesso di costruire convenzionato in luogo del piano attuativo.

E' , pertanto, opinione di chi scrive che l'istituto in esame non sia immediatamente applicabile in virtù della sola previsione normativa dell'art. 28 bis , nel senso di consentire, pur in presenza di una prescrizione dello strumento generale di necessità del piano attuativo, l'assentibilità del permesso di costruire convenzionato sulla base di una determinazione concreta, e per il caso singolo, della sufficienza di tale istituto al soddisfacimento delle esigenze di urbanizzazione dell'area.

Tale tesi – anche se non condivisa - è comunque meritevole di approfondimento in quanto risponde ad esigenze apprezzabili alla luce della ratio della riforma.

Va, invero, considerato che una immediata applicazione della norma, pur in assenza di corrispondente previsione dello strumento urbanistico generale, risulta strumento snello e flessibile di semplificazione, in quanto consente di adattare l'azione amministrativa (in termini di gravosità per il privato) alle specifiche esigenze del caso concreto, così facendo ragionevole applicazione, sia pur in tema di interessi pretensivi, del principio di proporzionalità.

Di poi, la deroga alla previsione dello strumento generale (che prevede il ricorso allo strumento attuativo) potrebbe ritenersi giustificata, a mò di variante, dall'intervento, previsto dall'art. 28 bis in fase di approvazione della convenzione, del Consiglio Comunale. L'argomento è certamente suggestivo, anche se presenta punti critici.

La competenza del Consiglio comunale è, infatti, derogabile dalla legislazione regionale ed, inoltre, la tesi sarebbe praticabile solo ove la norma possa venire letta nel senso che oggetto

della valutazione del consiglio comunale sia non solo lo specifico contenuto della convenzione (precisato nel comma 3) ma anche la concreta idoneità del permesso di costruire convenzionato a soddisfare le esigenze di urbanizzazione.

2.3- Le ipotesi di praticabilità dell'istituto.

Può a questo punto essere operata qualche riflessione in ordine alle concrete ipotesi nelle quali è possibile praticare la modalità semplificata del permesso di costruire convenzionato. La norma si limita in proposito ad affermare che l'istituto è applicabile "qualora le esigenze di urbanizzazione possano essere soddisfatte con modalità semplificata".

Trattasi di prescrizione generica, ma appunto nella sua genericità condivisibile in quanto lascia giustamente in proposito margini di apprezzabilità all'ente Comune , il quale, come soggetto esponenziale degli interessi che gravitano sullo specifico territorio, è quello che meglio ne conosce le caratteristiche e può in concreto valutare le esigenze di urbanizzazione dello stesso, stabilendo, in relazione ad esse, la necessità dello strumento urbanistico attuativo ovvero la possibilità del permesso di costruire convenzionato.

La scelta – da attuarsi come sopra detto in sede di pianificazione generale – si connota della natura discrezionale propria dell'attività di pianificazione e, dunque, come tale va considerata anche ai fini della sua sindacabilità da parte del giudice amministrativo.

Possono, peraltro, in questa sede essere fornite delle indicazioni di massima.

In generale, va detto , risultando l'istituto funzionale al soddisfacimento delle esigenze di urbanizzazione ed essendo lo stesso "modalità semplificata" rispetto al piano attuativo, che il ricorso al permesso di costruire convenzionato può essere consentito nel caso in cui tali esigenze non risultino rilevanti e complesse.

Tanto andrà valutato con riferimento agli ambiti quantitativi e qualitativi dell'intervento, tenendo, dunque, presenti, quali elementi generali da considerare, l'ampiezza dell'area

coinvolta, lo stato di attuale urbanizzazione della stessa, la presenza o meno su di essa di edificazione, la natura dell'intervento (se ed in quale dimensione, di nuova edificazione ovvero avente ad oggetto realtà edilizie preesistenti).

Più in particolare, dunque, potrà ammettersi la modalità semplificata in esame:

- nel caso in cui la zona sia parzialmente edificata, in misura inferiore a quella prevista dal d.m. 1444/1968 per le zone B, ma con scostamento di non rilevante entità;
- per interventi di nuova edificazione limitata alla realizzazione di un solo edificio;
- per interventi da effettuarsi su realtà edilizie già preesistenti, quali cambi di destinazione d'uso con opere, ampliamenti di immobili destinati ad attività economiche, riqualificazione e riconversione da aree produttive ad aree residenziali, ove vi sia contenuta incidenza sul carico urbanistico;
- nei casi in cui le esigenze di urbanizzazione siano limitate alla sola cessione di aree di parcheggio e di verde pubblico, senza modifiche sostanziali dell'ambito urbano con ridisegno della viabilità ed interventi massivi di ristrutturazione urbanistica.

2.4- Sul procedimento.

L'articolo 28 bis , al comma 6, dispone che “Il procedimento di formazione del permesso di costruire convenzionato è quello previsto dal capo II del Titolo II della presente parte”.

Vi è , dunque, un esplicito riferimento all'articolo 20 del testo unico, contenente la disciplina del “procedimento per il rilascio del permesso di costruire”.

Orbene, considerando che l'articolo 28 bis, pur in presenza di un istituto che differisce dall'ordinario permesso di costruire per la presenza dell'essenziale ed ulteriore momento della convenzione, effettua un richiamo secco a tale procedimento senza l'ulteriore specificazione dell'”in quanto compatibile”, occorre stabilire se i contenuti della norma di

cui all'articolo 20 trovino integrale applicazione anche all'istituto del permesso di costruire convenzionato.

In particolare, il problema si pone con precipuo riferimento all'applicabilità in materia dell'istituto del silenzio-assenso, che, come noto, è previsto dal comma 8, laddove si precisa che “decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso”.

Ci si domanda, in buona sostanza, se il silenzio significativo ad esito positivo abbia a formarsi anche quando non vi sia stata determinazione del Consiglio Comunale sulla convenzione ovvero quando quest'ultima, pur dopo l'approvazione da parte di tale organo, non sia stata formalmente stipulata.

La tesi della praticabilità dell'istituto del silenzio-assenso potrebbe trovare sostegno nei seguenti elementi:

- la lettera della norma, la quale opera un richiamo secco alle disposizioni del testo unico relative al procedimento di formazione del titolo edilizio, onde deve ritenersene l'integrale applicazione, ivi inclusa la parte relativa alla formazione tacita del titolo edilizio;
- la finalità dell'istituto del permesso di costruire convenzionato, volto alla semplificazione dell'azione amministrativa attraverso il superamento dello strumento urbanistico attuativo, con la conseguenza che ad esso sarebbero applicabili tutte le altre previsioni di semplificazione previste dalla normativa, ivi inclusa quella del silenzio-assenso;
- l'articolo 20 del t.u. onera l'amministrazione, entro il termine di durata del procedimento ivi previsto, dell'effettuazione di tutti gli adempimenti istruttori, ivi inclusa l'acquisizione dei pareri e degli atti di assenso eventualmente necessari, con la conseguenza che, essendo, tra l'altro, l'approvazione della convenzione adempimento riconducibile alla stessa amministrazione procedente (sia pure in capo ad un organo diverso rispetto a quello che

emana il titolo edilizio), non vi sarebbe ragione di non applicare alla fattispecie in esame l'istituto del silenzio-assenso;

-questo sarebbe praticabile anche perché la convenzione, nei suoi contenuti, è volta a specificare unicamente gli obblighi del soggetto proponente, onde gli stessi sarebbero dal medesimo assunti, con portata vincolante, con la sola presentazione da parte di esso, unitamente alla domanda di rilascio del titolo edilizio, dello schema di convenzione, il quale varrebbe come atto unilaterale d'obbligo ;

- il comma 6 dell'articolo 28 bis, dopo aver stabilito che “il procedimento di formazione del permesso di costruire convenzionato è quello previsto dal capo II”, specifica che “alla convenzione si applica altresì la disciplina dell'art. 11 della legge n. 241/1990”, inducendo così a ritenere che alla convenzione sia applicabile anche la disciplina procedimentale dell'art. 20, ivi incluso l'istituto del silenzio-assenso.

La tesi , peraltro, pur fondata su argomenti suggestivi e meritevoli di approfondimento, non appare convincente.

Vanno, invero, considerati elementi di segno contrario, rinvenibili sia nella disciplina specifica del procedimento di rilascio del permesso di costruire, sia in quella relativa al permesso di costruire convenzionato.

Quanto al primo aspetto, va evidenziato che l'articolo 20 del testo unico non prevede, in caso di necessità di acquisizione di pareri ed atti di assenso, l'automatica formazione del titolo edilizio per effetto dell'inutile decorso del termine di durata del procedimento.

Vi è, invece, che , in tale evenienza, lo stallo procedimentale è superato attraverso il ricorso all'istituto della conferenza di servizi, la cui motivata determinazione conclusiva - assunta nei termini di cui agli artt. da 14 a 14 ter della l. n. 241/1990 – costituisce titolo per la realizzazione dell'intervento.

Con riferimento, poi, a quella specifica, relativa al permesso di costruire convenzionato, è da evidenziarsi come la norma tenga ben distinti i due momenti del convenzionamento e del titolo edilizio, tanto chiaramente desumendosi dai contenuti del comma 2.

Vi è, invero, una convenzione – il cui contenuto è la specificazione degli obblighi assunti dal privato per la realizzazione di un interesse pubblico – in relazione alla quale la norma richiede i distinti adempimenti della approvazione da parte del Consiglio Comunale e della stipula (comma 3), lasciando pure intendere che essa è cosa diversa dal titolo edilizio, di cui costituisce presupposto (necessaria “ai fini di poter conseguire il rilascio del titolo edilizio”).

Vi è, poi, il titolo edilizio , in relazione al quale si specifica che “resta la fonte di regolamento degli interessi”.

Trattandosi in tal modo di entità giuridiche diverse e distinte, tanto nella funzione che nella natura giuridica (atto consensuale ed atto provvedimentoale), appare logico concludere che l’istituto accelleratorio del silenzio-assenso , previsto dal testo unico con riferimento al titolo edilizio del permesso di costruire, possa trovare applicazione solo con riguardo al momento provvedimentoale del permesso di costruire convenzionato e non anche a quello convenzionale.

Ciò induce a ritenere che in materia possa parlarsi di silenzio-assenso solo dopo che la convenzione (rectius, lo schema di convenzione) sia stata approvata dall’organo consiliare e che questa sia stata formalmente sottoscritta.

D’altra parte, tale conclusione trova conforto nella lettera dell’art. 28 bis, il quale indica la convenzione come necessaria “ai fini di poter conseguire il rilascio del titolo edilizio”, comprendendo il generico termine “rilascio” tanto l’adozione formale del provvedimento espresso quanto la formazione “per silentium” dell’atto abilitativo.

Viceversa:

- l'inerzia dell'amministrazione nella specifica fase della approvazione della convenzione autorizza il privato ad azionare il rimedio giurisdizionale del ricorso avverso il silenzio-inadempimento.

-l'inerzia del Comune nella fase successiva della formale stipula della stessa trova rimedio nella tutela attribuita al giudice amministrativo dall'articolo 11 della legge n. 241/1990 in tema di formazione e conclusione degli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni (merita, peraltro, approfondimento la tesi secondo cui la formale stipula potrebbe essere bypassata, anche ai fini della formazione del silenzio-assenso sul titolo edilizio, dalla considerazione dello schema di convenzione presentato dal privato ed approvato dal consiglio comunale come atto unilaterale d'obbligo, sufficiente alla assunzione degli obblighi e, dunque, funzionale alla osservanza della ratio della disposizione).

2.5- Natura giuridica dell'istituto.

Le considerazioni sopra svolte in ordine ai contenuti dell'articolo 28 bis consentono, sia pur in prima lettura, di cogliere l'essenza giuridica del fenomeno del permesso di costruire convenzionato.

Siamo di fronte ad una fattispecie complessa, cui concorrono due componenti giuridiche aventi ciascuna una propria identità.

Vi è, una convenzione , espressione di amministrazione consensuale, la cui funzione precipua è quella di specificazione degli obblighi assunti dal privato in funzione del soddisfacimento di un interesse pubblico; dunque, degli impegni necessari al concreto soddisfacimento delle esigenze di urbanizzazione, la cui attuazione, riferita alla razionale e sufficiente dotazione del tessuto infrastrutturale della città, realizza un interesse generale della collettività e non del singolo privato attuatore.

La convenzione, peraltro, può contenere anche prescrizioni inerenti l'attività di trasformazione del territorio propriamente detta, come emerge dal comma 3 della norma, che opera riferimento alle "caratteristiche morfologiche degli interventi", nonché dall'inciso "in particolare", dal quale si desume che gli elementi specificati nel suddetto comma non costituiscono contenuto inderogabile della convenzione, ma piuttosto contenuto minimo di essa, necessario ma non esclusivo.

Attesa la evidente similitudine con la convenzione di lottizzazione, può accedersi anche per la convenzione in esame alla qualificazione di essa in termini di accordo sostitutivo del provvedimento, dato tra l'altro confermato anche dalla lettera della legge, la quale dispone per essa l'applicazione della disciplina dell'articolo 11 della legge n. 241/1990.

La convenzione accede al titolo edilizio propriamente detto; ma in che modo?.

L'articolo 28 bis prevede in proposito che essa è necessaria "ai fini di poter conseguire il titolo edilizio".

Risultando così chiaramente entità diversa dal titolo edilizio, essa non è parte integrante e costitutiva di quest'ultimo, ma ne costituisce presupposto necessario di legittimità e, mutuando una condivisa acquisizione in tema di lottizzazione mediante piano attuativo, anche condizione di efficacia di esso.

Accanto alla convenzione vi è, poi, il titolo edilizio, il quale regola gli aspetti della trasformazione del territorio propriamente detta.

Rispetto ad un ordinario permesso di costruire, il suo contenuto abilitativo, peraltro, non è limitato alle singole opere edilizie, ma si riferisce anche alla attività di urbanizzazione propriamente detta, atteso che nella specie manca il piano attuativo.

Il titolo edilizio resta, invero, secondo quanto disposto dal comma 2 della norma, "la fonte di regolamento degli interessi".

Sulla base di quanto sopra detto, può, dunque, affermarsi che il termine “permesso di costruire convenzionato” non qualifica una realtà giuridica meramente provvedimentoale, non trattandosi semplicemente di un provvedimento amministrativo, al pari di un ordinario permesso di costruire.

Esso, invece, è realtà giuridica complessa, che si compone di due entità distinte (convenzione e titolo edilizio), funzionalmente dirette e necessarie entrambe alla produzione di un effetto giuridico (realizzabilità di un intervento di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio), ma comunque con relazioni di interferenza, considerato il richiamato nesso di presupposizione tra la convenzione ed il titolo edilizio ai fini della legittimità e dell'efficacia di quest'ultimo.

3. Intorno ai profili patologici.

3.1- Permesso di costruire convenzionato e lottizzazione abusiva.

L'istituto del permesso di costruire convenzionato, quale modalità semplificata alternativa allo strumento urbanistico attuativo, induce a qualche riflessione in ordine alla configurabilità della fattispecie illecita della lottizzazione abusiva nelle vicende di trasformazione del territorio per le quali è consentito il ricorso ad esso.

Il problema si pone certamente, atteso che, come emerge dal contenuto dell'articolo 28 bis, siamo in presenza di situazioni nelle quali è necessario il soddisfacimento di esigenze di urbanizzazione e, dunque, non si tratta semplicemente di allocare la costruzione su di un territorio pronto a riceverlo, ma di predisporre il tessuto urbano a tollerare adeguatamente il carico urbanistico indotto, raccordandola con l'ambito circostante.

La questione è resa ancor più problematica dalla mancanza di disposizioni normative sul punto, difettando nella specifica norma e nelle altre disposizioni disciplinatrici degli illeciti

ogni riferimento espresso, sia in termini di applicabilità che di inapplicabilità alle fattispecie in esame delle norme sulla lottizzazione abusiva.

Il silenzio della legge contraddice ad una linea di chiarezza che il legislatore, in precedenti interventi di semplificazione operati nella materia urbanistico-edilizia, aveva opportunamente seguito.

Si pensi alla introduzione dell'istituto della super-dia (oggi unica ipotesi di dia, a seguito della generalizzazione della s.c.i.a.) di cui al comma 3 dell'articolo 22, in relazione al quale il legislatore, dopo averlo qualificato strumento "alternativo" al permesso di costruire, espressamente aveva previsto l'applicazione del sistema sanzionatorio di quest'ultimo (articolo 44) e non anche di quello attenuato proprio della d.i.a.

Come in tale vicenda vi era stato passaggio da un regime abilitativo più rigido (con specifico sistema sanzionatorio) ad un regime semplificato diverso (avente, in via ordinaria, sanzioni più attenuate), anche nella vicenda del permesso di costruire convenzionato si è di fronte ad una modifica del sistema abilitativo (dal sistema PUA-permesso di costruire a quello del solo Permesso di costruire, sia pur integrato da una convenzione). Tuttavia, nulla viene specificato in ordine alla configurabilità comunque degli illeciti relativi alla lottizzazione ovvero, essendosi transitati nel mero ed esclusivo regime del permesso di costruire, della sola applicazione del sistema di illeciti e di sanzioni relativo a quest'ultimo.

Le due opzioni vanno, dunque, sia pur sommariamente, analizzate.

La tesi della esclusiva applicabilità degli illeciti e delle sanzioni relativi al permesso di costruire trova addentellato nelle seguenti considerazioni:

- il legislatore ed il pianificatore comunale prevedono per tali interventi il permesso di costruire, onde la semplificazione ha riguardato non solo le modalità procedurali ma anche il dato sostanziale della rilevanza urbanistica degli stessi attraverso la modifica del

sistema abilitativo , con la conseguenza che il regime sanzionatorio applicabile è solo quello specifico di tale forma di abilitazione edilizia;

- non vi è nella legge, come sopra evidenziato, alcuna previsione espressa di applicabilità di un regime sanzionatorio diverso;

- in materia urbanistico-edilizia vi è parallelismo e coincidenza tra il sistema degli illeciti amministrativi e penali, onde si impone in modo particolare la stretta osservanza del principio di legalità (nei suoi aspetti costitutivi della riserva di legge, della tassatività e della irretroattività: *nullum crimen sine praevia lege poenali scripta et stricta*) , con la conseguenza che, in difetto di una chiara prescrizione normativa, gli illeciti configurabili e le relative sanzioni applicabili sarebbero solo quelle proprie del permesso di costruire.

Ad opinione di chi scrive, peraltro – pur ritenendosi quanto mai opportuno un intervento chiarificatore del legislatore sul punto – si ritiene che non possa escludersi in radice alla vicenda in esame l'applicazione delle norme sulla lottizzazione abusiva.

Valgano in proposito le seguenti considerazioni.

Le fattispecie per le quali è previsto il rilascio del permesso di costruire convenzionato possono certamente configurare ipotesi di lottizzazione.

Tanto emerge:

-dalla circostanza che, come precisato dall'art. 28 bis, ci si trova di fronte ad una vicenda nella quale non si tratta della mera realizzazione di un' opera edilizia ma, altresì, del necessario soddisfacimento di esigenze di urbanizzazione.

- dal contenuto del concetto di lottizzazione, configurabile come “attività di trasformazione dello spazio urbano per la realizzazione di un insediamento residenziale, industriale o commerciale”; di conseguenza, vi è lottizzazione tutte le volte in cui non si tratti di mera realizzazione della costruzione, ma, dovendosi intervenire su area parzialmente edificata, sia

necessario intervenire sulla dotazione delle opere di urbanizzazione (allo stato insufficienti) e raccordare il realizzando insediamento con quelli già esistenti.

Ciò posto, dunque, può certamente affermarsi che nella vicenda in esame può configurarsi quella tipologia di “trasformazione urbanistica ed edilizia dei terreni “ cui opera riferimento l’articolo 30 del dpr 380/2001, rilevante ai fini della configurazione dell’illecito della lottizzazione abusiva, ove realizzata “in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanisticio senza la prescritta autorizzazione”.

Quanto a tale ultimo presupposto, poi, l’applicabilità della disposizione è consentita dalla circostanza che il permesso di costruire (nella specie, permesso di costruire convenzionato) è pur sempre, in relazione alla natura giuridica dell’atto, una “autorizzazione” e tale natura, sostanzialmente abilitativa, può riconoscersi pure all’atto di approvazione della convenzione da parte del Consiglio Comunale.

In buona sostanza, si vuole affermare che, nella concorrente, apparente operatività di più norme (quella sulla lottizzazione abusiva e quelle sugli illeciti relativi al permesso di costruire) può prevalere, in termini di concreta applicazione, quella sulla lottizzazione abusiva, in ragione della sua specialità, individuata con riferimento ai caratteri peculiari della attività materiale posta in essere (trasformazione urbanistico-edilizia del territorio negli specifici termini e contenuti sopra precisati, rispetto alla più generica fattispecie dell’intervento eseguito in assenza di permesso di costruire), risultando indifferente (attesa la sostanziale identità della natura giuridica dell’atto abilitativo) la specificazione normativa in termini di mancanza di “permesso di costruire” ovvero di “autorizzazione”.

Si ritiene, inoltre, che l’applicabilità alla fattispecie in esame della disposizione sulla lottizzazione abusiva non precluda in concreto la configurabilità anche degli illeciti e delle sanzioni relative al permesso di costruire.

Questi ultimi saranno configurabili – ad opinione di chi scrive – tutte le volte in cui le attività abusive poste in essere concernano specificamente ed in via esclusiva le costruzioni senza rilevante incidenza sugli aspetti concernenti la urbanizzazione, ovvero comunque quando le caratteristiche e l'entità dell'intervento siano talmente esigue da non costituire in concreto vulnus per la funzione pianificatoria pubblica.

Cons. Francesco Mele.