

LUPUS ET AGNUS

Silenzio assenso: eutanasia di un istituto.

Commento alla sentenza T.A.R. Campania – Salerno - Sez. I, n. 2273 del 27.10.2015

1. Premessa

La decisione in commento rappresenta l'esito di un procedimento avviato nel 2015, che nasce dalla reiezione dell'istanza di permesso di costruire in deroga ex art.5, D.L. n.70/2011, in ordine ad un fabbricato sito alla Via Macchione di Fisciano per la trasformazione di un sottotetto in mansarda, con la seguente motivazione: *“Non rispetta l'altezza massima prevista dalle Norme di Attuazione del PRG per zona E 2 aree agricole-seminativi e frutteti, fissata in mt. 7,50 e stabilita dall'art.5, comma 9 e seguenti della legge 106/2011 e di conseguenza dall'art.14 comma 3 del DPR 380/2001 e dal D.M. 1444/68 art.8; non rispetta quanto previsto dall'art.173 comma 5 del RUEC vigente relativamente alle dimensioni del pergolato previsto in progetto”*.

Dopo un iter processuale spedito, all'udienza pubblica del 23 settembre 2015, il ricorso viene trattenuto in decisione.

2. La decisione

Con la sentenza 2273 del 2015 il Tar Campania – Salerno dichiara il ricorso infondato, negando la possibilità di applicare l'istituto del silenzio assenso – che si era maturato in forza dell'art.20 TUED, di cui al motivo di gravame disatteso - con l'enunciato *“nella Regione Campania l'istituto del silenzio assenso non può trovare l'applicazione in presenza della normativa regionale (ll.rr. n.19 del 28 novembre 2001 e n.10 del 18 novembre 2004) che disciplina l'esercizio dell'intervento sostitutivo da parte dell'amministrazione competente, il cui tenore letterale porta a qualificare il comportamento inerte tenuto dal Comune, non come assenso, ma come mero inadempimento”*.

Confondendo inoltre, per rafforzare l'assunto, la distinzione, operata dall'art.5, 10° comma, D.L. 70/2011, tra standard urbanistici ed edilizi. Dei cui ultimi, ovviamente, si consente la deroga per conseguire i benefici della norma.

3. Il silenzio-assenso: profili generali e normativa di specie in materia edilizia

Il silenzio assenso costituisce il rimedio previsto dal legislatore per prevenire le conseguenze negative frutto dell'inerzia della pubblica amministrazione, l'ordinamento ricollega a questa fattispecie di inerzia un effetto di accoglimento dell'istanza¹. Per il soggetto privato, notoriamente

¹ Cons. St., sez. VI, 17 marzo 2009, n.1578

debole nel rapporto con la pubblica amministrazione, il silenzio assenso rappresenta il rimedio all'inerzia della stessa, che gli attribuisce un risultato direttamente favorevole sul piano sostanziale, poiché in tutti gli altri casi di silenzio l'unica facoltà accordatagli – meramente processuale - è quella di poter adire il giudice amministrativo.

Il silenzio assenso è la più importante ipotesi di silenzio significativo, considerando l'ampia previsione di carattere generale contenuta nel testo dell'art. 20 della legge sul procedimento amministrativo², così come modificato dall'art. 3, comma 6 ter, del decreto legge, n.35/2005, convertito in legge n.80/2005. La norma stabilisce, infatti, che *“Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2”*.

A seguito della riforma del 2005, l'istituto in parola, nei procedimenti ad istanza di parte è divenuto generale, perdendo la caratteristica dell'eccezionalità, operante in ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Sulle questioni inerenti il settore dell'edilizia si è da ultimo registrata una svolta “epocale” di cui all'atto governativo, il D.L. n.70 del 2011³, la cui titolazione, né è il manifesto che racchiude in sé l'intento normativo di incentivare il rilancio economico-occupazionale, attraverso il processo di semplificazione ed accelerazione degli adempimenti burocratici, anche al fine di contenere potenziali momenti patologici legati alla gestione senza termini di un affare.

Introducendo, nello specifico, la questione posta alla base delle pronunce del Tribunale Amministrativo di Salerno, è opportuno muovere dall'incipit del D.L. 70/2011, nel quale si evidenzia in modo netto, l'esplicita volontà del legislatore statale di *“emanare disposizioni finalizzate alla promozione dello sviluppo economico e della competitività del Paese, anche mediante l'adozione di misure volte alla semplificazione dei procedimenti amministrativi concernenti, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici, dell'attività edilizia e di quella fiscale, nonché ad introdurre misure per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese, introducendo anche efficaci strumenti per promuovere sinergie tra le istituzioni di ricerca e le imprese, anche al fine di garantire il rispetto degli impegni assunti in sede europea indispensabili, nell'attuale quadro di finanza pubblica, per il conseguimento dei connessi obiettivi di stabilità e crescita”*; addentrandoci, poi, nel caso di specie è indispensabile far riferimento al combinato disposto degli art.5 D.L. 70/2011 (l.106/2011) e 20 del D.P.R. 380/2001, come da ultimo riformato dal D.L. 69/2013, norme il cui tenore è inequivoco.

² L. 241/1990 “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”

³ DECRETO-LEGGE 13 maggio 2011, n.70 Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia

L'articolo 5⁴ del D.L. 70/2011, modificando l'art.20 del TUED, ha esteso l'istituto del silenzio-assenso per il rilascio del permesso di costruire, come titolo abilitativo idoneo per la realizzazione di interventi urbanistici ed edilizi, fatta eccezione per i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici e culturali⁵.

L'art. 20 del TUED, infatti, è stato completamente rielaborato dal suddetto articolo, il quale ha determinato una vera e propria rivoluzione copernicana del permesso di costruire, introducendo il meccanismo del silenzio-assenso, nell'ipotesi in cui, decorso il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto un motivato diniego sulla domanda di permesso di costruire.

L'istituto, favorevolmente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa - *ex multis* T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, n.192/2013⁶, T.A.R. Piemonte, n.81/2013⁷, T.A.R. Lombardia n.2083/2012⁸ - è stato proprio, da ultimo, vagliato dalla sezione salernitana del T.A.R. Campania

⁴ D.L. 70/2011 Art. 5 *Costruzioni private*

In vigore dal 13 luglio 2011 1. Per liberalizzare le costruzioni private sono apportate modificazioni alla disciplina vigente nei termini che seguono:

a) introduzione del "silenzio assenso" per il rilascio del permesso di costruire, ad eccezione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici e culturali;

⁵ TAR Lazio, Latina, 6 giugno 2012, n.445, *"a seguito delle modifiche attuate sul testo dell'art. 20 comma 8, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 dall'art. 5 comma 2 lett. a) n. 2, d.l. 13 maggio 2011 n. 70 (diventato n. 3 per effetto della legge di conversione, l. 12 luglio 2011 n. 106) l'inerzia dell'amministrazione serbata sulla domanda di permesso di costruire non dà più luogo al cd. silenzio inadempimento, legittimante l'azione ex artt. 31 e 117 c.p.a., ma ad una fattispecie di silenzio assenso, in relazione alla quale può essere proposta azione di accertamento dell'avvenuta sua formazione"*.

⁶ *"Pertanto, l'eventuale nuovo decorso del procedimento è avvenuto sotto la vigenza del nuovo testo dell'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001 introdotto dall'art. 5, comma 2, lett. a), num. 2, del d.l. n. 70/2011 (diventato num. 3 per effetto della legge di conversione, l. n. 106/2011), il quale, tuttavia, non sembra più contemplare la formazione, sulla domanda di permesso di costruire, del cd. silenzio inadempimento, legittimante l'azione ex artt. 31 e 117 del d.lgs. n. 104/2010.*

Il nuovo art. 20, nel testo introdotto dal d.l. n. 70/2011, infatti, contempla unicamente le fattispecie del silenzio assenso (comma 8), nonché, per i casi (come quello ora in esame) di intervento su aree sottoposte a vincolo, del silenzio assenso ovvero, nell'ipotesi di parere negativo dell'autorità tutoria, del silenzio diniego (commi 9 e 10). Da ciò deriva l'inammissibilità del gravame senza che ciò comporti un vulnus di tutela per gli odierni ricorrenti, che potranno, se del caso, proporre l'azione di accertamento dell'avvenuta formazione, nella fattispecie de qua, del silenzio assenso (cfr. T.A.R. Lazio Latina sez. I 6 giugno 2012 n. 445)".

⁷ *"Ogni atto deve trovare, infatti, il proprio regime giuridico di riferimento nella disciplina normativa in vigore nel tempo in cui è stato posto in essere e il nuovo testo dell'art. 20 del Testo Unico dell'edilizia, laddove prevede il silenzio assenso sulla domanda di permesso di costruire, rappresenta un principio fondamentale della legislazione statale nella materia del governo del territorio, che non può essere in alcun modo disatteso.*

(...) le modifiche normative intervenute prima della formale adozione debbono essere osservate dalla P.A. medesima, in adesione al principio del tempus regit actum.

In definitiva, deve ritenersi che sull'istanza del ricorrente volta ad ottenere il rilascio del permesso di costruire per la ristrutturazione, mediante demolizione e ricostruzione ai sensi dell'art. 4 della L.R. n. 20 del 2009, del fabbricato di proprietà si sia formato il silenzio-assenso, il quale può essere rimosso solo mediante l'esercizio del potere di annullamento di ufficio da parte del Comune ai sensi dell'art. 20, comma 3, della L. n. 241 del 1990 e s.m.i., misura di autotutela che consente di contemperare il ripristino della legalità con l'esigenza, pure avvertita dal legislatore, di rendere effettivamente praticabile l'istituto del silenzio accogliamento".

⁸ *"L'art.29, comma 2 ter della legge 241/1990, stabilisce che le disposizioni della legge stessa concernenti, fra l'altro, il silenzio assenso, attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, quindi addirittura ad una materia oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato. Lo stesso decreto*

che con la sentenza n. 730 dell'aprile 2015 ha ribadito il principio secondo cui *“è illegittimo il provvedimento con il quale un Comune ha apposto ad un permesso di costruire la condizione che subordina l'efficacia del titolo edilizio recante l'assenso al mutamento di destinazione d'uso, l'effettivo inizio e esercizio delle attività agrituristiche, nel caso in cui l'istanza di rilascio del titolo edificatorio debba ritenersi definitiva per silenzio ex art.20, comma 8, D.P.R. n.380 del 2001”*.

4. I rapporti tra la normativa nazionale e la normativa regionale, nel caso di specie quella campana

Il problema che ci preme analizzare in questa sede è l'inevitabile relazione che si instaura tra la normativa nazionale – e segnatamente l'art.20 del D.P.R. 380/2001, così come successivamente modificato – e la normativa regionale, in particolare, della portata derogatoria di una legge regionale risalente nel tempo, rispetto alla nuova formulazione dell'art.20 TUED come affermato dal TAR campano.

A tal riguardo, è opportuno ricordare che la disciplina dell'edilizia e dell'urbanistica attiene alla materia del “governo del territorio”⁹, sancita dall'art.117 della Costituzione e, che lo stesso, la attribuisce alla potestà legislativa concorrente dello Stato e della Regione. Come è di comune nozione, che la normativa di dettaglio regionale deve essere emanata nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale, come evidenziato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n.6 del 2013, ripresa nella sentenza n.134 del 2014, in cui, da ultimo, si chiarisce che *“il punto di equilibrio tra la competenza legislativa statale in materia di <<ordinamento civile>> e quella regionale in materia di <<governo del territorio>>, come identificato dalla Corte costituzionale, trova una sintesi normativa nell'ultimo comma dell'art.9 del d.m. n. 1444 del 1968, che la Corte Costituzionale ha più volte ritenuto dotato di <<efficacia precettiva e inderogabile, secondo un principio di giurisprudenza consolidato>> (sentenza n.114 del 2012; ordinanza n.173 del 2011; sentenza n. 232 del 2005)”*.

Il giudice delle Leggi, dopo aver confermato che la disciplina dell'edilizia e dell'urbanistica rientra nelle materie del “governo del territorio”, ha stabilito che la parte riguardante i titoli abilitativi edificatori, di cui il permesso di costruire è il più rilevante, costituisce principio fondamentale della legislazione statale, a cui il legislatore regionale può apportare modifiche, solo, per fissare limiti in deroga alle normative statali, a condizione che la deroga stessa sia giustificata dall'esigenza reale

legge 70/2011, è stato emanato per favorire lo sviluppo e la ripresa dell'economia, da realizzarsi anche attraverso la semplificazione dei procedimenti in materia edilizia, sicché l'intervento normativo di riforma dell'art.20 del DPR 380/2011 appare obbedire a finalità che trascendono gli ambiti di intervento delle singole Regioni”

⁹ *“Così come affermato nella sentenza T.A.R. Campania Napoli, sez.II, n.3134 del 2009 non si può prescindere dalla considerazione che nei settori dell'urbanistica e dell'edilizia, come ripetutamente affermato dalla Corte Costituzionale (sentenze n.196/2004, n.303 e 362/2003), i poteri legislativi regionali sono ascrivibili ad una competenza di tipo concorrente in tema di “governo del territorio”, ai sensi dell'art.117, comma 3, della Costituzione. In conseguenza le Regioni possono regolamentare il settore con proprie leggi nel rispetto dei principi fondamentali posti dalle leggi dello Stato”, T.A.R., Campania Napoli sez. II, sent., 23-06-2010, n.15731*

di soddisfare interessi pubblici legati al territorio e, sempre, tendenzialmente nel senso di maggior favore per i cittadini.

Occorre qui, per intendere il portato eversivo della decisione in commento, una breve digressione sulle “materie trasversali”, ossia quelle per le quali il legislatore statale detta norme che ricadono su materie tipicamente regionali, ciò partendo da una competenza esclusiva statale, la legge dello Stato detta norme che si proiettano su materie concorrenti od anche residuali, ma non possono paralizzare la legislazione regionale o sottoporla ad una disciplina “*marcatamente dettagliata*”¹⁰, le Regioni potranno emanare una propria specifica disciplina legislativa trovando nella legge dello Stato il solo limite dei “principi fondamentali”, principi in armonia con i criteri di trasparenza, efficacia, celerità ed economicità dell’azione amministrativa e, in generale con gli ordinari canoni di buona amministrazione e nell’ottica dei principi di semplificazione e di non aggravamento del procedimento.

Come autorevolmente ribadito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.2 del 7 aprile 2008 *“nel momento in cui il legislatore nazionale è intervenuto nella materia, assegnando alle norme contenute nel t.u. dell’edilizia volte al riordino della stessa il carattere di norme di principio, devono ritenersi, per ciò stesso, abrogate le norme delle regioni a statuto ordinario con esse confliggenti; ciò in quanto, fino all’adeguamento delle Regioni a statuto ordinario alle norme di principio recate nel testo unico, le norme aventi tale portata in questo contenute sono destinate a prevalere sulle prime. Tali conclusioni sono corroborate anche dalla legge n. 131/2003, che, all’art. 1, comma 2, recante la disciplina transitoria relativa alle normative regionali vigenti in materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale, prevede l’ultrattività di dette normative regionali solo fino al sopravvenire delle norme statali in proposito (con salvezza, naturalmente, degli effetti di eventuali pronunce della Corte Costituzionale); poiché, peraltro, anche la determinazione di principi fondamentali nelle materie di legislazione regionale concorrente risulta “riservata alla legislazione dello Stato”, può coerentemente concludersi nel senso della cedevolezza di tutte le norme regionali di fronte alle norme di principio che siano fissate dallo Stato nella stessa materia”*.

La norma statale, “norma di principio”, fin dai tempi della “Legge Scelba”¹¹ ha un’immediata incidenza precettiva, a cui il legislatore regionale può sottrarsi o impugnando la norma stessa ovvero normando con una “legge di dettaglio”, in ossequio alle norme costituzionali e agli orientamenti della Consulta, nel rispetto dei principi quadro della norma statale.

Facendo corretta applicazione di tali principi non può rilevarsi che il nuovo testo dell’art.20 del DPR 380/2001, nella parte in cui prevede il silenzio assenso sulla domanda di permesso di costruire, rappresenta un principio fondamentale della legislazione statale nella materia di governo del territorio, con la conseguenza che esso prevale sulle norme regionali di dettaglio, tenendo conto

¹⁰ Espressione utilizzata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.162/2007 *“La competenza statale prevista dall’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., non può, pertanto, giustificare, nella fattispecie in questione, una disciplina, marcatamente dettagliata, quale è quella che impone il rispetto di determinate modalità procedurali nell’emanazione di disposizioni”*

¹¹ Legge n.62/1953, “Costituzione e funzionamento degli organi regionali”

sia dell'art.2, comma 1 e 3, del DPR 380/2001¹² che dell'art.10 della legge n.62 del 10.2.1953¹³, secondo il quale le norme statali di principio sopravvenute prevalgono sulle norme regionali di dettaglio vigenti, che sono da ritenersi abrogate.

A tacere che l'art.20, TUED estende alla materia dell'edilizia l'istituto del silenzio assenso introdotto nell'ordinamento dalla L.241/90, legge, per sua espressa affermazione, di grande riforma economico-sociale dello Stato.

In assoluta controtendenza ai principi ineludibili visitati, in contrasto anche con l'art.11 delle disposizioni sulla legge in generale, si appalesa pertanto l'affermazione *“nella Regione Campania l'istituto del silenzio assenso non può trovare applicazione in presenza della normativa regionale (ll.rr. n.19 del novembre 2001 e n.10 del 18 novembre 2004) che disciplina l'esercizio dell'intervento sostitutivo da parte dell'amministrazione competente, il cui tenore letterale porta a qualificare il comportamento inerte tenuto dal Comune, non come assenso, ma come mero inadempimento”*. Il principio preteso affermare dal TAR Salerno, risulta incongruo sotto molteplici ordini di motivi; innanzitutto l'art. 20 del TUED, come da ultimo riformato, si ispira ai principi di legalità, buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione, principi questi, che se applicati a pieno, potrebbero garantire una maggiore semplificazione dell'attività della pubblica amministrazione, ma anche e soprattutto una maggiore responsabilizzazione dei privati cittadini, i quali sarebbero, per un verso, avvantaggiati da una procedura più snella e rapida, e dall'altro sarebbero, comunque, vincolati dalla previsione del comma 13, articolo 20 del d.P.R. 380 del 2001¹⁴. Ad ogni buon conto, l'art.20 del TUED permette di differenziare tra pubbliche amministrazioni celeri e efficienti e pubbliche amministrazioni meno rapide nei riguardi dei cittadini, principi, questi, da ultimo richiamati dalla novella del 2015¹⁵.

Né può tacersi che il legislatore nazionale, ovviamente, non ha inibito una normativa regionale differente e più favorevole ai soggetti amministrati, appare lapalissiano che la Regione Campania,

¹² Art.2 D.P.R. 380/2001 *“Competenze delle regioni e degli enti locali”*

1. *“Le regioni esercitano la potestà legislativa concorrente in materia edilizia nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale desumibili dalle disposizioni contenute nel testo unico.*
3. *Le disposizioni, anche di dettaglio, del presente testo unico, attuative dei principi di riordino in esso contenuti operano direttamente nei riguardi delle regioni a statuto ordinario, fino a quando esse non si adeguano ai principi medesimi”*.

¹³ Art.10 L. 62/1953 *“Adeguamento delle leggi regionali alle leggi della Repubblica”*

“Le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali di cui al primo comma dell'articolo precedente abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse.

I Consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni”.

¹⁴ Art.20, comma 13, D.P.R. 380/2001 *“Ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni di cui al comma 1, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al medesimo comma è punito con la reclusione da uno a tre anni. In tali casi, il responsabile del procedimento informa il competente ordine professionale per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari”*.

¹⁵ L.124/2015, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, più nota come Legge Madia

non impugnando¹⁶ l'art.5 del D.L. 70/2001 in cui addiziona l'art.20 del TUED, ha prestato acquiescenza e, non normando sullo specifico tema si è adeguata alla normativa statale, punto focale, questo, previsto dal comma 14 dell'art.5 D.L. 70/2011 *“decorso il termine di 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, le disposizioni contenute nel comma 9, fatto salvo quanto previsto al comma 10, e al secondo periodo del comma 11, sono immediatamente applicabili alle Regioni a statuto ordinario che non hanno provveduto all'approvazione delle specifiche leggi regionali”*.

Parimenti, l'art.20, comma 12°, TUED è illuminante sulla latitudine operativa dell'istituto negato dal Tribunale, da un canto, e della potestà legislativa regionale, dall'altro. Avendo avuto cura il legislatore statale di blindare la previsione del silenzio assenso, ribadendo che: *“Fermo restando quanto previsto dalla vigente normativa in relazione agli adempimenti di competenza delle amministrazioni statali coinvolte, sono fatte salve le disposizioni contenute nelle leggi regionali che prevedano misure di ulteriore semplificazione e ulteriori riduzioni di termini procedurali”*.

E' opportuno, a tal riguardo, precisare che il legislatore campano è ben edotto sulle possibilità che gli sono attribuite, in quanto ha legiferato nel dettaglio, proprio con riferimento all'art.5, commi 9 e 10 del D.L. 70/2011, nella L.R. Campania n.16/2014, artr.1, commi 144 e 145¹⁷.

Né può essersi più realisti del Re! Se tale è l'ineludibile contesto normativo deve interrogarsi allora sul ruolo del giudice chiamato a darvi applicazione. Essendo evidente l'impossibilità per il giudice di “creare” diritto, tema recentissimamente trattato dall'Adunanza Plenaria n.9 del 2015, che ha ammonito e ribadito *“il tradizionale insegnamento in tema di esegesi giurisprudenziale, anche monofilattica, che attribuisce ad essa valore esclusivamente dichiarativo”*.

Un'opinione differente potrebbe attribuire all'esegesi un valore ed un'efficacia normativa in contrasto con i principi costituzionali della tripartizione dei poteri e della soggezione dei giudici soltanto alla legge.

Fuga ogni dubbio la parte conclusiva della suddetta sentenza, ove la plenaria afferma che *“se da un lato non sembra possibile elevare la precedente esegesi al rango di legge per il periodo*

¹⁶ Art. 127, comma 2, Cost. *“La Regione, qualora ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge”*.

¹⁷ Art.1, commi 144 e 145, L.R. Campania 16/2014

144. *“Nelle more dell'approvazione di una organica disciplina in materia di urbanistica ed edilizia, in attuazione dell'articolo 5, comma 9 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 (Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia) convertito, con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 sono ammissibili, mediante permesso di costruire, le modifiche di destinazione d'uso di volumetrie esistenti, non comportando le stesse variazioni allo strumento urbanistico vigente. Le suddette modifiche di destinazione d'uso sono possibili solo relativamente ad interventi puntuali riferiti a singoli edifici e purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari. Per consentire il mutamento di destinazione d'uso sono permessi gli interventi previsti nell'articolo 3, lettere a), b), c, e d) del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) senza variazione di sagoma.*

145. *Gli interventi di cui al comma 144 devono rispettare quanto indicato nell'articolo 5, comma 10 del decreto-legge 70/2011, convertito dalla legge 106/2011 nonché nell'articolo 3 della legge regionale n. 19/2009. È fatto salvo in ogni caso il rispetto di quanto stabilito dall'articolo 5, comma 11, secondo periodo del decreto-legge 70/2011, convertito dalla legge 106/2011”*.

antecedente al suo mutamento, dall'altro non possono essere sottotaciute le aspirazioni del cittadino alla sempre maggiore certezza del diritto ed alla stabilità della nomofiliachia, ma trattasi di esigenze che, ancorché comprensibili e condivisibili de jure condendo, nell'attuale assetto costituzionale possono essere affrontate e risolte esclusivamente dal legislatore”.

Tanto più che in materia edilizia le norme di governo valgono anche a qualificare l'operato per le finalità di repressione con valenza penale. E' pacifico che chi edifica, in assenza di permesso di costruire, commette, anche, un reato penale, così come previsto dall'art. 44 TUED¹⁸, reato punito non solo con ammenda, ma anche con misure restrittive della libertà personale.

Per cui la certezza di aver conseguito il titolo per volontà ordinamentale è un bene assoluto che merita oculata tutela.

5. Conclusioni

La sentenza oggetto della disamina non è condivisibile per almeno tre ordini di ragioni. In primo luogo una siffatta situazione andrebbe in contrasto con il comma primo dell'art.3 della nostra Carta Costituzionale, in quanto si configurerebbe un'ipotesi di reato riferibile al solo territorio campano e ad essere violato sarebbe, altresì, il principio di ragionevolezza quale corollario del principio di uguaglianza, il quale impone di trattare in modo eguale, situazioni eguali e, in modo diverso situazioni diverse. In secondo luogo, perché in ossequio al principio costituzionale della riserva di legge in materia penale, il giudice è sicuramente il primo interprete della norma, ma non deve mai sostituirsi al legislatore (statale o regionale) quando questi, volontariamente, ometta di disciplinare una fattispecie. Infine, dovrebbe esserci un rapporto di *bona fides* tra cittadini, amministratori e servitori della giustizia. La fiducia del cittadino nella giustizia è fondamentale in uno stato, che si professa di diritto, come, per converso, è fondamentale la fiducia della giustizia nei confronti dei *cives*, attraverso un giusto processo, in nome del garantismo costituzionale. Tenuto conto che

¹⁸ Art.44, d.P.R. 380/2001 “1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica:

- a) l'ammenda fino a 20658 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire;
- b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 10328 a 103290 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione;
- c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 30986 a 103290 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'*articolo 30*. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso.

2. La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari.

2-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi suscettibili di realizzazione mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'*articolo 22*, comma 3, eseguiti in assenza o in totale difformità dalla stessa”.

l'art.20 TUED non consente la deroga dei principi ivi innovativamente disciplinati, in *malam partem*. In armonia con inveterati principi secondo cui la disciplina urbanistico-edilizia, in caso di equivocità, deve essere applicata in maniera più favorevole per il cittadino, in ossequio al principio dell'affidamento¹⁹.

C'è davvero un'altra Italia al di sotto del Garigliano?

Dott.ssa Maria Raffaella Ciociano

¹⁹ cfr. C.d.S. 49/2015, In omaggio al principio generale di tutela dell'affidamento, in caso di contrasto tra tavole planimetriche allegate allo strumento urbanistico, il dubbio circa la disciplina di Piano da applicare ad un determinata area va risolto nel senso meno oneroso per la proprietà (d.p.r. n. 380/2001, T.U. Edilizia) (Conferma della sentenza del T.a.r. Puglia, Bari, sez. III, n. 588/2011).