

La legge di riforma della pubblica amministrazione (124/2015) e i procedimenti edilizi: due le norme direttamente applicabili, o forse una

La disciplina dei titoli e dei procedimenti edilizi è oggetto di interventi del legislatore statale frequenti, ma non ben coordinati tra loro (a fronte della recessività della legislazione regionale al riguardo).

La "bordata" attuale al sistema è quella recata dalla legge 124 del 2015, nota anche col nome di legge "Madia" o come legge di riforma della pubblica amministrazione "tout court".

Si tratta, come noto, di un sistema composito, caratterizzato da molteplici e ampie deleghe al Governo.

Due norme in particolare sono immediatamente applicabili, e possono incidere in materia edilizia.

Una è la norma posta dall'articolo 3, che ha introdotto il nuovo articolo 17 bis della legge 241 del 1990, generalizzando la regola del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche per l'acquisizione di assensi, concerti o nullaosta comunque denominati.

L'altra è la norma in tema di autotutela amministrativa posta dall'articolo 6, che contiene una serie di modifiche alla legge 241.

Quest'ultima norma - l'art. 6 - ha davvero un'importanza notevole, sia sotto il profilo delle scelte di fondo compiute dal legislatore statale, sia sotto il profilo della concreta disciplina dei titoli edilizi.

Sotto un profilo generale, infatti, non vi è dubbio che la nuova norma segni un forte spostamento del sistema in direzione della garanzia degli operatori e degli investitori, per dare stabilità ai titoli che fondano la loro attività, specie quando tali titoli vadano ricondotti ad atti di diritto privato (la scia).

Ciò, inevitabilmente, con una corrispondente compressione della tutela della legalità e della posizione dei terzi.

Giusta o sbagliata che sia, la scelta di fondo è coerentemente sviluppata in un sistema abbastanza chiaro. Questa, insomma, la ricostruzione di tale sistema:

- Nel caso di scia edilizia, l'amministrazione potrà intervenire entro 30 giorni dalla sua presentazione assumendo il divieto di proseguire l'attività o l'ordine di rimozione dell'attività compiuta. Ma ciò invitando il privato, se possibile, a conformare la sua attività prescrivendo a tal fine le misure necessarie, salva in ogni caso la sospensione dell'attività.

- Decorsi 30 giorni, sussiste la possibilità di assumere gli stessi provvedimenti inibitori e ripristinatori se vi sono le condizioni per l'auto-annullamento poste dall'articolo 21 nonies della legge 241. In pratica, si tratta di valutare se sussistono ragioni di interesse pubblico all'annullamento dell'intervento, e di contemperare gli interessi di tutti i soggetti in gioco.

- Ma, oltre i 18 mesi - misura temporale nella quale viene ora individuato il "termine ragionevole" per l'auto-annullamento di cui all'articolo 21 nonies della legge 241 - cambia tutto.

Sui provvedimenti amministrativi, ad esempio sul permesso di costruire, l'amministrazione potrà intervenire in autotutela solo dopo che una sentenza passata in giudicato abbia accertato condotte costituenti reato e che abbiano prodotto un falso che sia stato il presupposto del provvedimento assunto.

Quanto alla scia, ugualmente sembra doversi concludere che l'intervento inibitorio e ripristinatorio è ammissibile in caso di sentenza passata in giudicato (dal momento che l'articolo 19, IV comma, della legge 241 quale ora modificato rinvia all'articolo 21 nonies, che al suo interno comprende il nuovo comma 2 bis, che prevede appunto la rilevanza del falso

oltre i 18 mesi); ma potrebbe perfino pensarsi che, prevedendo il co. 2 bis che oggetto dell'intervento in autotutela oltre i 18 mesi siano i soli provvedimenti amministrativi, gli interventi effettuati con scia – decorso tale termine - siano sottratti anche a tale (pur lontana) ipotesi di autotutela.

Il quadro è chiaro, anche se obbliga a girare a vuoto se si vogliano individuare possibilità di intervento oltre i 18 mesi nei casi che, nella sensibilità diffusa, paiono comunque meritevoli di non vedere consolidato il provvedimento amministrativo o la situazione determinatasi.

Se infatti nessun problema avranno i giudici penali nel continuare a procedere sulla base della disapplicazione dei provvedimenti che ritengono illegittimi, il problema sussiste invece per le pubbliche amministrazioni.

Se vengano segnalate o conosciute oltre i 18 mesi circostanze particolarmente gravi, quali palesi falsità alla base dei titoli rilasciati o comunque formati, o quali l'assenso di interventi su aree assolutamente inidonee per quegli interventi, in che modo l'amministrazione potrà ancora intervenire?

La domanda non ha risposta (o almeno, non ha una risposta esente da rischi per l'amministrazione che intenda far qualcosa); ed - essendo impedito l'esercizio del potere di autotutela - ipotizzare interventi ripristinatori o sanzionatori se prima non vi sia stato l'esercizio del potere di autotutela sui titoli rilasciati (o comunque l'esercizio del potere di intervento ex 21 nonies sulla scia) appare problematico.

L'unico potere di intervento sicuro oltre i 18 mesi è quello di annullamento da parte della Regione, ex art. 39 del testo unico dell'edilizia (*“Entro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla Regione”*).

Norma, peraltro, declinata diversamente nelle varie Regioni; e che ad es. nel Veneto è stata depotenziata nel 2010 con la modifica dell'art. 30 della legge 11 del 2004, prevedendosi che il potere di annullamento (provinciale) sia esercitato entro due anni (il che, ora, non sembra ben coordinato con la regola dei 18 mesi per l'autonnullamento).

D'altro canto, il noto problema della tutela del terzo nei casi di scia diviene oggi ancor più delicato, dal momento che, dovendo egli attivarsi con il ricorso contro il silenzio della pubblica amministrazione dopo averne richiesto l'intervento (ex art. 19, co. 6 ter, l. 241), la limitazione dello spazio di intervento della pubblica amministrazione incide sulla sua tutela giudiziaria; tanto più che gli può non essere in condizione di conoscere la presentazione della scia, i cui lavori ben possono iniziare anche successivamente e parzialmente.

E' certo, peraltro, che se il privato ottiene una sentenza favorevole dal giudice, gli effetti di essa ben potranno prodursi oltre il termine dei 18 mesi, dal momento che l'ottemperanza alla sentenza nulla ha a che vedere con i limiti al potere di autotutela oltre il termine di 18 mesi.

Se la norma sull'autotutela così sinteticamente ricordata ha fin d'ora una grande importanza pratica, è da domandarsi se la stessa importanza l'abbia anche la seconda norma della legge 124 direttamente applicabile.

Il nuovo articolo 17 bis della legge 241, ora introdotto, generalizza l'istituto del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche, stabilendo che in tutti casi in cui per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi sia prevista l'acquisizione di *“assensi, concerti o nulla osta comunque denominati”* da parte di pubbliche amministrazioni o di gestori di beni o servizi pubblici, tali atti debbano essere resi entro 30 giorni dal ricevimento dello schema di

provvedimento corredato della relativa documentazione, dovendosi altrimenti ritenere acquisiti.

Tale disciplina è espressamente estesa ai casi in cui assensi, concerti e nulla osta comunque denominati debbano essere resi da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini. L'unica differenza prevista in tali casi è l'ampliamento del termine del silenzio assenso a 90 giorni rispetto ai 30 previsti in via generale.

La nuova disposizione ha evidentemente una portata amplissima, essendo riferita alla generalità dei procedimenti; ma – ai nostri fini – si tratta di comprendere quale sia il suo impatto sui procedimenti relativi agli interventi edilizi.

Per fare qualche esempio concreto, si tratta di comprendere se l'art. 17 bis debba applicarsi agli atti di assenso necessari per il rilascio del permesso di costruire, quelli cioè per i quali il comma 3 dell'articolo 20 del testo unico dell'edilizia stabilisce che sia il responsabile del procedimento a curarne l'acquisizione entro 60 giorni dalla presentazione della domanda; e se debba applicarsi all'ipotesi di rilascio - o meglio di mancato rilascio - del parere della Soprintendenza ai sensi dell'articolo 146 del D.lgs 42/2004.

È evidente che una risposta positiva a simili quesiti comporta profonde innovazioni nella struttura dei procedimenti cui tutti gli enti locali (e non solo) sono ad oggi abituati. Una per tutte: l'obbligo dell'invio dello schema di provvedimento (corredato della relativa documentazione), istituito completamente nuovo e che non risulta facilmente attuabile in situazioni nelle quali non vi sia stata ancora un'istruttoria che possa portare alla compiuta prefigurazione del provvedimento da assumere.

Gli effetti della nuova disciplina non paiono invero di facile inquadramento nella situazione attuale di tali procedimenti, risultando in qualche modo cambiato non solo l'ordine degli adempimenti, ma lo stesso modo di procedere. Per dire: la Soprintendenza, decorso il termine a sua disposizione, non sarebbe semplicemente assente, così lasciando all'ente locale di assumere le proprie determinazioni considerando semplicemente mancante il parere prescritto, perché invece dovrebbe presumersi che il suo parere sia stato acquisito.

Sul punto sembra essersi creata una vasta attesa mediatica in merito alla diretta applicabilità per gli interventi edilizi delle nuove norme; si è affermato che ne deriverebbe un radicale snellimento per le pratiche edilizie, consentendosi in particolare che gli interventi edilizi non trovino più ostacoli dalle varie amministrazioni coinvolte, e cominciare proprio dalle Soprintendenze.

Ma appare assai problematico giungere a una conclusione sicura; e sembra quasi di rivivere la situazione di incertezza che ha caratterizzato l'introduzione della scia (quando si è posto il dubbio se una norma generale – il nuovo art. 19 della legge 241 – fosse fin da subito applicabile agli interventi edilizi: dubbio risolto dal legislatore con l'art. 5 del d.l. 70/2011 che ha inserito nell'art. 19 il riferimento alla scia “edilizia”).

In particolare, un primo dubbio che si pone è quello legato alla compresenza del nuovo articolo 17 bis con gli articoli 16 e 17 legge 241, relativi rispettivamente ai pareri e alle valutazioni tecniche.

Queste norme prevedono una specifica disciplina per l'acquisizione di tali atti.

In particolare, l'articolo 16 prevede un obbligo generale di rendere il parere entro 20 giorni dal ricevimento della richiesta, con facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dal parere ove il termine decorra senza la sua comunicazione. E il comma 3 dell'articolo 16 espressamente afferma l'inapplicabilità di tale disciplina in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini.

Quanto alle valutazioni tecniche, l'articolo 17 prevede che ove non siano rese entro 90 giorni dal ricevimento della richiesta il responsabile del procedimento debba richiederle ad altri organi dell'amministrazione pubblica o enti pubblici che abbiano qualificazione o capacità equipollenti, o a istituti universitari. E, analogamente all'art. 16, anche l'art. 17 afferma la propria inapplicabilità alle valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini. Insomma: il regime posto dagli articoli 16 e 17 è certamente diverso da quello ora dettato dall'art. 17 bis, inducendo così a ritenere che la nuova norma non si applichi a pareri e valutazioni tecniche (che hanno una propria disciplina).

E' vero che l'ampia formulazione dell'art. 17 bis potrebbe ritenersi onnicomprensiva (o quasi); in particolare, tale ampiezza è connessa al richiamo agli *"atti di assenso"*, la cui categoria non è tradizionalmente definita e potrebbe estendersi a ricomprendere pareri e valutazioni tecniche. Si potrebbe dunque pensare che ogni atto - genericamente di assenso - necessario al rilascio del permesso di costruire o dell'autorizzazione paesaggistica rientri nella nuova previsione di legge.

Ma, se così fosse, bisognerebbe ipotizzare un'abrogazione tacita (per incompatibilità tra norme vecchie e nuove) degli articoli immediatamente precedenti al 17 bis; e – pur abituati a tutto - sembra difficile pensare a un legislatore che, nell'introdurre una nuova norma (17 bis), si dimentichi di abrogare espressamente quelle immediatamente precedenti ad essa e con esse in contraddizione.

Partendo dunque dall'ipotesi della vigenza di tutte e tre le norme (16, 17 e 17 bis) e della applicabilità del 17 bis agli atti di assenso ma non ai pareri e alle valutazioni tecniche, è da chiedersi quali siano i pareri, quali le valutazioni tecniche e quali gli atti di assenso che riguardano gli interventi edilizi.

In via generale, la distinzione tra atti di assenso e pareri sembra avere a che fare con quella tra determinazioni autorizzatorie e manifestazioni di giudizio.

Ma, dovendosi vedere in concreto il funzionamento del sistema quanto agli interventi edilizi, conta anche l'uso dei termini fatto dal testo unico dell'edilizia.

Va così ricordato che l'art. 5, co. 3, del testo unico edilizia nel testo attualmente vigente prevede che *"ai fini del rilascio del permesso di costruire, lo sportello unico per l'edilizia acquisisce direttamente o tramite conferenza di servizi (...) gli atti di assenso, comunque denominati, necessari ai fini della realizzazione dell'intervento edilizio. Nel novero di tali assensi rientrano, in particolare:*

- a) il parere della azienda sanitaria locale (...);*
- b) il parere dei vigili del fuoco (...);*
- c) le autorizzazioni e le certificazioni del competente ufficio tecnico della regione, per le costruzioni in zone sismiche (...);*
- d) l'assenso dell'amministrazione militare per le costruzioni nelle zone di salvaguardia contigue ad opere di difesa dello Stato o a stabilimenti militari (...);*
- e) l'autorizzazione del direttore della circoscrizione doganale in caso di costruzione, spostamento e modifica di edifici nelle zone di salvaguardia in prossimità della linea doganale e nel mare territoriale (...);*
- f) l'autorizzazione dell'autorità competente per le costruzioni su terreni confinanti con il demanio marittimo (...);*
- g) gli atti di assenso, comunque denominati, previsti per gli interventi edilizi su immobili vincolati ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al [decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42](#), fermo restando che, in caso di dissenso manifestato*

dall'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali, si procede ai sensi del medesimo codice;

h) il parere vincolante della Commissione per la salvaguardia di Venezia (...);

i) il parere dell'autorità competente in materia di assetti e vincoli idrogeologici;

l) gli assensi in materia di servitù viarie, ferroviarie, portuali e aeroportuali;

m) il nulla osta dell'autorità competente ai sensi dell'articolo 13 della legge 6 dicembre 1991, n. 394, in materia di aree naturali protette”.

Con specifico riferimento agli immobili vincolati, l'art. 20 co. 9 del testo unico edilizia si esprime in modo analogo:

“Qualora l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto a vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, il termine di cui al comma 6 decorre dal rilascio del relativo atto di assenso (...). In caso di diniego dell'atto di assenso (...) decorso il termine per l'adozione del provvedimento finale, la domanda di rilascio del permesso di costruire si intende respinta. Il responsabile del procedimento trasmette al richiedente il provvedimento di diniego dell'atto di assenso entro cinque giorni dalla data in cui è acquisito agli atti (...). Per gli immobili sottoposti a vincolo paesaggistico, resta fermo quanto previsto dall'[articolo 146, comma 9, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42](#) e successive modificazioni.”

L'ampiezza dell'uso del termine “atti di assenso” è certamente un dato rilevante.

Però, tornando alla compresenza di una specifica disciplina per l'acquisizione dei pareri (quella posta dall'art. 16 della l. 241), non è irrilevante neppure – per tornare all'esempio dell'autorizzazione paesaggistica – che l'art. 146 del D.Lgs. 42/2004 si riferisca testualmente al “*parere*” del Soprintendente.

E' vero che il parere del Soprintendente è di regola vincolante (tranne per l'ipotesi in cui siano state approvate le prescrizioni d'uso dei beni tutelati); e che un parere vincolante sembra diverso da un mero esercizio di attività consultiva, avvicinandosi alla categoria dell'assenso.

Ma, nella nostra tradizione giuridica, i pareri sono nozione ben conosciuta, da sempre distinta nelle categorie dei pareri facoltativi, obbligatori, vincolanti, ma tutti comunque pareri.

Nel procedimento dell'art. 146, se un atto di assenso è rinvenibile, esso va piuttosto identificato nel provvedimento autorizzatorio regionale (o comunale o provinciale, a seconda delle deleghe in atto).

Ma il provvedimento di autorizzazione paesaggistica non può comunque essere acquisito con il silenzio assenso dell'art. 17 bis, proprio perché è il provvedimento finale, chiesto e ottenuto dal privato, mentre l'art. 17 bis si applica esclusivamente ai rapporti tra pubbliche amministrazioni. In altri termini: pur se inserita dall'art. 5 del testo unico dell'edilizia tra gli atti di assenso da acquisire ai fini del rilascio del permesso di costruire, l'autorizzazione paesaggistica non è un atto di assenso endoprocedimentale nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, ma un autonomo provvedimento (“*L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio*”, come recita l'art. 146 cit, co. 4).

Passando in rassegna le numerose altre ipotesi di atti di assenso citate nell'art. 5 del testo unico dell'edilizia, altri atti sono endoprocedimentali, ma paiono riconducibili alle valutazioni tecniche o ai pareri, sembrando esclusi comunque dall'applicabilità dell'art. 17 bis.

Non pare qui il caso di esaminare i vari atti, un po' perché si tratterebbe di un lavoro nominalistico (anche se il ricorso alle precisazioni nominalistiche sembra imposto dalla necessità di dare congruenza a un sistema che si basa su norme diverse che disciplinano diversamente atti con nomi diversi), un po' perché la qualificazione non sarebbe comunque semplice.

Ma, in fin dei conti, una cosa sembra evidente: non si può pensare a un regime dei titoli edilizi, e in particolare del permesso di costruire, frazionato a seconda degli atti che debbano essere acquisiti nel procedimento, con l'ente locale costretto a chiedere a taluno pareri e valutazioni tecniche, a tal altro atti di assenso sui quali si forma il silenzio assenso previo il necessario invio dello schema di provvedimento debitamente documentato.

La realtà è che procedimenti quali quelli dell'art. 20 del testo unico edilizia e dell'art. 146 del D.Lgs. 42/2004 sono sistemi compiuti, cui le generali previsioni del nuovo articolo 17 bis - valevoli per tutti i procedimenti, non solo edilizi – non paiono direttamente applicabili, a meno di stravolgere in modo disorganico il sistema.

È vero poi – sotto altro profilo - che l'art. 20 cit. è norma regolamentare, a fronte di una norma di rango legislativo quale il nuovo articolo 17 bis. Ma, a prescindere dalla questione del persistente significato della distinzione tra norme legislative e regolamentari ricomprese nel testo unico (quale Regione si avventurerebbe a cuor leggero a ridisciplinare il procedimento di cui all'art. 20 per il rilascio del permesso di costruire solo perché si tratta di una norma regolamentare, senza rendersi conto che la Corte costituzionale troverebbe certamente dei principi fondamentali violati?), è da valutare se la nuova norma sia davvero in grado di applicarsi direttamente a materie specifiche minuziosamente disciplinate nei procedimenti da seguire. Ed è di questo che si ha motivo di dubitare.

Anche perché i risultati – oltretutto squilibrati e incerti – potrebbero essere sostanzialmente peggiorativi (si pensi al confronto tra il silenzio assenso decorsi 90 giorni di cui all'art. 17 bis e il sistema delineato dall'art. 146 attuale, con la Soprintendenza che deve attivarsi nel termine di 45 giorni).

Insomma, nella scelta tra le norme da applicare le conclusioni paiono incerte; mentre, nella pratica, sembra ragionevole una considerazione: quanto meno, prima di intraprendere il passaggio ad un nuovo sistema (che comporta un nuovo modo di operare degli uffici, con tutte le possibili complicazioni legate alla fase di avvio e all'atteggiamento delle altre amministrazioni pubbliche), è opportuno attendere qualche chiarimento, possibilmente a livello legislativo.

La sede potrà essere l'esercizio da parte del Governo delle numerose e ampie deleghe legislative disposte dalla legge 124. Ma andrebbe bene pure una norma "ad hoc" (magari inserita in sede di conversione di un decreto legge, come si usa).

Certo non è un compito cui possano agevolmente supplire i legislatori regionali (limitati dalla pervasività dei principi fondamentali di cui all'art. 117 della Costituzione).

Ma serve qualche boa per la navigazione quotidiana degli operatori e degli uffici comunali.

Stefano Bigolaro – avvocato

Padova, 14.10.2015

Nota per www.italiaius.it