

Autorizzazione Unica in sanatoria

L'istituto della sanatoria disciplinata dall'art. 36 del D.P.R. 380/2001 e la sua estensibilità all'Autorizzazione Unica alla realizzazione ed all'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica mediante utilizzo di fonti energetiche rinnovabili di cui all'art. 12, comma 3 del D.Lgs. 387/2003.

Parte Prima

- **L'istituto della sanatoria disciplinata dall'art. 36 del DPR 380/2001**
- **I diversi indirizzi giurisprudenziali**
- **La "qualificazione" delle varianti**
- **Le "parziali difformità" ex art. 34 DPR 380/2001**
- **Il permesso di costruire in sanatoria**

Parte Prima

L'istituto della sanatoria disciplinata dall'art. 36 del DPR 380/2001

Permesso di costruire in sanatoria ed accertamento di conformità in sanatoria sono procedure di regolarizzazione urbanistica ed edilizia prevista dal D.p.r. 380/01 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia). Sono applicabili su interventi di nuova costruzione, o su lavori di ampliamento e/o di ristrutturazione di edifici esistenti, eseguiti in assenza del titolo abilitativo, oppure in totale difformità o con variazioni essenziali da quello rilasciato, sia che si tratti di permesso di costruire che di denuncia di inizio attività. Per i casi di opere eseguite in assenza di permesso di costruire o in totale difformità o con variazioni essenziali, nonché nei casi di parziale difformità, ovvero nei casi di opere eseguite in assenza di denuncia di inizio attività, l'avente titolo può ottenere il permesso di costruire o l'attestazione di conformità in sanatoria soltanto se l'intervento edilizio è stato eseguito in piena conformità sia alla disciplina urbanistica edilizia vigente al momento di realizzazione dell'opera che al momento della presentazione della domanda di sanatoria (doppia conformità).

Sinteticamente:

D.P.R. 380/2011 Art. 36 - Accertamento di conformità – comma 1

*"In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di denuncia di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 22, comma 3, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il **permesso in sanatoria** se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda."*

L'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001 si colloca a monte del procedimento di sanatoria edilizia, costituendone, anzi, il necessario presupposto. La norma a determinate condizioni, prevede la possibilità in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, di ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

Sono legittimati a presentare la richiesta (Il rilascio del permesso di costruire in sanatoria consegue necessariamente ad un'istanza dell'interessato) di accertamento di conformità' volta ad ottenere il permesso di costruire in sanatoria:

- il responsabile dell'abuso;
- l'attuale proprietario dell'immobile.

Analogamente a quanto avviene per il permesso a costruire (C.d.S. 4557/2010) la legittimazione a richiedere l'accertamento e la successiva sanatoria spetta non solo al proprietario dell'area o al titolare di un diritto reale sulla stessa, ma anche a chiunque abbia un qualsiasi altro titolo idoneo a richiederla; in definitiva, sono legittimati anche i soggetti che si trovano rispetto al bene immobile in relazione qualificata, come appunto anche i titolari di un diritto personale, quali, ad esempio, il conduttore. Una interpretazione della norma strettamente letteraria apparirebbe infatti illogica, risultando di conseguenza l'accesso all'istituto precluso a tutti i titolari di diritti reali sull'immobile diversi dal proprietario. Peraltro, in relazione all'analogia appena formulata, il rilascio della sanatoria impone all'amministrazione precedente soltanto una preliminare verifica circa la legittimazione del titolo sostanziale del soggetto che chiede l'accesso all'istituto.

Il permesso di costruire in sanatoria è rilasciato se l'intervento edilizio realizzato risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente:

- sia al momento della realizzazione dell'abuso;
- sia al momento della presentazione della richiesta di accertamento di conformità' volta ad ottenere il permesso di costruire in sanatoria.

L'accertamento di conformità, già disciplinato dall'art. 13 della L. 47/1985, è preordinato a sanare le opere solo formalmente abusive, in quanto eseguite senza il previo rilascio del titolo, ma conformi nella sostanza alla disciplina urbanistica applicabile per l'area su cui sorgono, vigente sia al momento della loro realizzazione che al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria. Il provvedimento di accertamento di conformità assume pertanto una connotazione eminentemente oggettiva e vincolata, priva di apprezzamenti discrezionali, dovendo l'autorità procedente valutare l'assentibilità dell'opera eseguita sulla base della normativa urbanistica ed edilizia vigente in relazione ad entrambi i momenti considerati dalla norma (*Tar Napoli n. 3847 del 11/09/2012*).

A tal proposito va segnalata l'esistenza di un evidente contrasto tra due indirizzi giurisprudenziali.

Da un lato, infatti, l'orientamento più rigoroso ritiene che sul principio di buon andamento, che fa ritenere illogico che si demolisca ciò che, al momento stesso, potrebbe essere autorizzato in base allo strumento vigente, debba prevalere quello di legalità: quindi non è possibile l'estensione del permesso di sanatoria al di fuori dei presupposti della cosiddetta «doppia conformità» e non può trovare applicazione l'istituto della cosiddetta sanatoria «giurisprudenziale» o «impropria», ammessa nell'ipotesi in cui le opere, inizialmente abusive, diventino successivamente conformi alle norme urbanistico-edilizie e alle previsioni degli strumenti di pianificazione per effetto di normative o disposizioni pianificatorie sopravvenute. (C.d.S. Stato, IV, 26.04.2006, n. 2306; C.d.S. 17.09.2007, n. 4838; C.d.S. V, 25.02.2009, n. 1126; C.d.S. IV, 02.11.2009, n. 6784; TAR Veneto, II, 22.11.2010, n. 6091; TAR Sicilia, Catania, I, 09.01.2009, n. 5; TAR Campania, Napoli, VIII, 10.09.2010, n. 17398; TAR Campania-Napoli, Sez. VII, sentenza 26.11.2012 n. 4796; TAR Lombardia-Milano, Se. II, sentenza 05.09.2012 n. 2234; C.d.S., Sez. V, sentenza 06.07.2012 n. 3961; TAR Campania-Napoli, Sez. VIII, sentenza 03.07.2012 n. 3153; TAR Abruzzo-Pescara, sentenza 11.05.2012 n. 204; TAR Puglia Lecce Sez. III, 02-09-2010, n. 1887; TAR Veneto, Sez. II, ordinanza 29.03.2012 n. 236; TAR Toscana, Sez. III, sentenza 11.02.2011 n. 263).

L'orientamento propenso ad una rigorosa applicazione del canone della c.d. doppia conformità degli interventi abusivi rispetto alla disciplina urbanistico-edilizia vigente, sia al momento della loro esecuzione sia al momento della presentazione della domanda di sanatoria è esaustivamente riassunto nella pronuncia del TAR Campania-Napoli, Sez. VIII, sentenza 22.05.2012 n. 2369, secondo il quale a favore della tesi militano una serie di argomenti interpretativi, di seguito riportati:

a) Argomento letterale

Il tenore letterale della norma (Art. 36, comma 1 del D.P.R. 380/2001) è del tutto perspicuo e inequivoco nel riferire il requisito della conformità urbanistico-edilizia dell'opera (formalmente abusiva) "sia" al momento della sua realizzazione "sia" al momento della presentazione della domanda di sanatoria.

Una diversa interpretazione si rivelerebbe inammissibilmente abrogatrice dell'inciso "sia al momento della realizzazione dello stesso" (e cioè dell'immobile abusivo) e, quindi, *contra legem*: se, infatti, l'art. 36, comma 1, cit. fosse unicamente volto a salvaguardare il privato istante dalle conseguenze sfavorevoli (nel senso di una sopravvenuta modifica *in peius* del *ius aedificandi*) dell'inerzia dell'amministrazione nel concludere l'avviato procedimento di sanatoria, sarebbe stato sufficiente il riferimento testuale "al momento della presentazione della domanda".

In realtà, il legislatore, con l'espressione "sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda", ha individuato l'intero arco temporale lungo il quale si sia protratto l'abuso edilizio commesso, senza che il relativo responsabile si sia attivato per regolarizzarlo, ed entro il quale gli effetti peggiorativi del *ius superveniens* non possono non ricadere su costui, ma anche oltre il quale gli stessi effetti restano imputabili all'inerzia dell'amministrazione nel provvedere e non sono più su di lui riversabili.

b) Argomento storico

Nell'emanare il nuovo art. 36, comma 1, del d.p.r. n. 380/2001, in luogo del previgente art. 13, comma 1, della l. 28.02.1985, n. 47, il legislatore delegato, discostandosi dalla linea suggerita di Cons. Stato, ad. gen., sez. atti norm., 29.03.2001, n. 52, nel senso di codificare la regola pretoria della "sanatoria giurisprudenziale", ha preferito "non inserire una tale previsione, sia perché la giurisprudenza sul punto non è pacifica (sicché non può dirsi formato quel diritto vivente che avrebbe consentito la modifica del dato testuale), sia, soprattutto, per le considerazioni in senso

nettamente contrario contenute nel parere espresso dalla Camera" (relazione illustrativa al testo unico dell'edilizia). Un simile antefatto storico dell'iter legislativo denota, vieppiù, la resistenza dell'ordinamento al recepimento della regola pretoria della 'sanatoria giurisprudenziale'.

c) Argomento logico-sistematico

L'istituto dell'accertamento di conformità è stato introdotto, nell'ambito di una revisione complessiva del regime sanzionatorio degli illeciti edilizi, orientata nel senso di una maggiore severità, con l'intento di consentire la sanatoria dei soli abusi meramente formali, vale a dire di quelle costruzioni per le quali, sussistendo ogni altro requisito di legge e regolamento, manchi soltanto il necessario titolo abilitativo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29.05.2006, n. 3267). Il rilascio di quest'ultimo in esito ad accertamento di conformità presuppone, pertanto, in capo al responsabile dell'abuso, una situazione giuridica del tutto equiparabile a quella di chi richieda un ordinario permesso di costruire, ivi compresa la sussistenza *ab origine* della conformità urbanistico-edilizia dell'opera. Del resto, alla sanabilità degli abusi sostanziali è dedicato non già l'istituto dell'accertamento di conformità, bensì quello diverso del condono edilizio (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 09.06.2006, n. 1352), nei limiti, segnatamente temporali, in cui quest'ultimo sia applicabile alla fattispecie concreta considerata. Ciò posto, ammettere la 'sanatoria giurisprudenziale' significherebbe anche introdurre surrettiziamente nell'ordinamento una sorta di condono atipico, affrancato dai predetti limiti, mediante il quale il responsabile di un abuso sostanziale potrebbe trovarsi a beneficiare degli effetti indirettamente sananti di un più favorevole *ius superveniens*, anziché di un'apposita disciplina legislativa condonistica.

Nel delineato contesto sistematico, l'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, in quanto norma, da un lato, circoscritta alle ipotesi di abusi meramente formali e, d'altro lato, derogatoria al principio per il quale i lavori realizzati *sine titulo* sono sottoposti alle prescritte misure ripristinatorie e sanzionatorie, non è, dunque, suscettibile di applicazione analogica né di una interpretazione riduttiva, secondo cui, in contrasto col suo tenore letterale, basterebbe la conformità delle opere con lo strumento urbanistico vigente all'epoca in cui sia proposta l'istanza di accertamento.

Viceversa, stante l'evidenziata portata speciale e derogatoria della norma in esame, la sanabilità da essa prevista postula sempre la conformità urbanistico-edilizia dell'intervento *sine titulo* alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione sia alla data della presentazione della domanda (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17.09.2007, n. 4838; 02.11.2009, n. 6784).

d) Argomento teleologico

Il denominatore comune delle argomentazioni addotte in favore della regola pretoria della '*sanatoria giurisprudenziale*' è precipuamente rappresentato dalla pretesa esigenza di ispirare l'esercizio del potere di controllo sull'attività edificatoria dei privati al buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost.

Tale canone costituzionale imporrebbe, in sede di accertamento di conformità ex art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, di accogliere l'istanza di sanatoria per quei manufatti che potrebbero ben essere realizzati sulla base della disciplina urbanistica vigente al momento della proposizione della predetta istanza, sebbene non conformi alla disciplina vigente al momento della loro realizzazione. Si eviterebbe, così, uno spreco di attività inutili, sia dell'amministrazione (il successivo procedimento amministrativo preordinato alla demolizione dell'opera abusiva), sia del privato (la nuova edificazione), sia ancora dell'amministrazione (il rilascio del titolo per la nuova edificazione).

A ben vedere, invece, quella sorta di antinomia adombrata nel propugnare la '*sanatoria giurisprudenziale*' –e, quindi, nel ripudiare l'esigenza della doppia conformità– tra i principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione, con assegnazione della prevalenza a quest'ultimo, in nome di una presunta logica '*efficientista*', si rivela artificiosa (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 09.06.2006, n. 1352). Va, innanzitutto, rimarcato che l'agire della pubblica amministrazione deve essere in ogni sua fase retto dal principio di legalità, inteso quale regola fondamentale cui è informata l'attività amministrativa e che trova un fondamento positivo in varie disposizioni costituzionali (artt. 23, 24, 97, 101 e 113 Cost.). In altri termini, lungi dall'esservi antinomia fra efficienza e legalità, non può esservi rispetto del buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., se non vi è, nel contempo, rispetto del principio di legalità. Il punto di equilibrio fra efficienza e legalità, è stato, nella materia de qua, individuato dal legislatore nel consentire –come già detto– la sanatoria dei c.d. abusi formali, sottraendo alla demolizione le opere che risultino rispettose della disciplina sostanziale sull'utilizzo del territorio, e non solo di quella vigente al momento dell'istanza di sanatoria, ma anche di quella vigente all'epoca della loro

realizzazione (e ciò in applicazione del principio di legalità), e quindi evitando un sacrificio degli interessi dei privati che abbiano violato le sole norme disciplinanti il procedimento da osservare nell'attività edificatoria (e ciò in applicazione dei principi di efficienza e buon andamento, che sarebbero violati ove agli aspetti solo formali si desse un peso preponderante rispetto a quelli dell'osservanza sostanziale delle disposizioni generali e locali in materia di uso del territorio) (TAR Lombardia, Milano, sez. II, 09.06.2006, n. 1352; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 09.06.2009, n. 5). La vera insanabile contraddizione risiederebbe, da un lato, nell'imporre alle autorità comunali di reprimere e sanzionare gli abusi edilizi, dall'altro, nel consentire violazioni sostanziali della normativa del settore, quali rimangono –sul piano urbanistico– quelle connesse ad opere per cui non esista la doppia conformità, dovendosi aver riguardo al momento della realizzazione dell'opera per valutare la sussistenza dell'abuso (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 09.06.2006, n. 1352). Ciò, in quanto sarebbe davvero contrario al principio di buon andamento ex art. 97 Cost. ammettere che l'amministrazione, una volta emanata la disciplina sull'uso del territorio, di fronte ad interventi difformi dalla stessa, sia indotta –anziché a provvedere a sanzionarli– a modificare la disciplina stessa. Si finirebbe, così, per incoraggiare, anziché impedire, gli abusi, perché ogni interessato si sentirebbe incitato alla realizzazione di manufatti difformi, confidando sulla loro acquisizione di conformità ex post, a mezzo di modifiche della disciplina del settore. E si finirebbe per alterare l'essenza stessa dell'accertamento di (doppia) conformità, che risiede (anche) nello sterilizzare e nel disancorare l'attività pianificatoria degli enti locali dalla tentazione di 'legalizzare' surrettiziamente l'illecita trasformazione del territorio da parte dei privati tramite varianti 'pilotate' agli strumenti urbanistici.

In definitiva, predicare l'operatività della regola pretoria della *'sanatoria giurisprudenziale'*, e cioè consentire la legittimazione postuma di opere originariamente e sostanzialmente abusive, significherebbe tradire:

- il principio di legalità, riveniente dagli artt. 23, 24, 97, 101 e 113 Cost., oltre che dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 (secondo cui *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge"*), sia in quanto si svuoterebbe della sua portata precettiva, certa e vincolante la disciplina urbanistico-edilizia vigente al momento della commissione degli illeciti, sia in quanto, estendendosi l'ambito oggettivo di applicazione del permesso di costruire in sanatoria, se ne violerebbe la tipicità provvedimentoale, ancorata dalla norma primaria che lo prevede (art. 36 del d.p.r. n. 380/2001) alle sole violazioni di ordine formale;

- il principio di imparzialità, riveniente dall'art. 97 Cost., oltre che dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 (secondo cui *"l'attività amministrativa è retta da criteri ... di imparzialità"*), in quanto si finirebbe per premiare gli autori di abusi edilizi sostanziali, a discapito di tutti coloro che abbiano correttamente eseguito attività edificatorie, nel doveroso convincimento di rispettare prescrizioni da altri, invece, impunemente violate;

- i principi di buon andamento e di efficacia, rivenienti dall'art. 97 Cost., oltre che dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 (secondo cui *"l'attività amministrativa è retta da criteri ... di efficacia"*), in quanto, premiando – come detto – gli autori degli abusi edilizi sostanziali, risulterebbe attenuata, se non addirittura neutralizzata, la forza deterrente dell'apparato sanzionatorio posto a presidio della disciplina di governo del territorio;

- i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, rivenienti, rispettivamente, dall'ordinamento comunitario e dagli artt. 3 e 97 Cost., in quanto si estenderebbe l'ambito oggettivo di applicazione di un istituto (permesso di costruire in sanatoria) al di là della fenomenologia (abusi edilizi meramente formali) in rapporto alla quale quest'ultimo è stato enucleato e commisurato dal legislatore. Alla stregua delle superiori considerazioni, la regola della *'sanatoria giurisprudenziale'*, recepita nell'art. 31 delle n.t.a. del p.u.c. di Villa Literno, risulta porsi in rapporto di antinomia col canone della doppia conformità, del quale si è dianzi predicata l'immanenza all'art. 36, comma 1, del d.p.r. n. 380/2001.

Dall'altro, invece, è stato affermato che l'articolo 36 del Testo unico per l'edilizia, nella parte in cui richiede che l'opera sia conforme tanto alla normativa urbanistica vigente al momento della realizzazione dell'opera, quanto a quella vigente al momento della domanda di sanatoria, è una disposizione contro l'inerzia dell'amministrazione: tale regola «non preclude il diritto a ottenere la concessione in sanatoria di opere che, realizzate senza concessione o in difformità dalla concessione, siano conformi alla normativa

urbanistica vigente al momento in cui l'autorità comunale provvede sulla domanda in sanatoria» (*Consiglio di Stato, Sezione sesta, n. 2835 del 07.05.2009*). In sostanza, secondo il giudice amministrativo la sanatoria edilizia può ben intervenire anche a seguito della conformità "sopraggiunta" di un intervento che in un primo tempo (cioè al momento della sua realizzazione) non era assentibile. "In effetti" – osserva il Consiglio di Stato – "imporre per un unico intervento costruttivo, comunque attualmente <conforme>, una duplice attività edilizia, demolitoria e poi identicamente riedificatoria, lede parte sostanziale dello stesso interesse pubblico tutelato, poiché per un solo intervento, che sarebbe comunque legittimamente realizzabile, si dovrebbe avere un doppio carico di iniziative industriali-edilizie, con la conseguenza contrastante con il principio di proporzionalità, di un significativo aumento dell'impatto territoriale ed ambientale". (C.d.S. sez. VI, 06.02.2003, n. 592; sez. V, 21.10.2003, n. 6498; 28.05.2004, n. 3431; 19.04.2005, n. 1796; sez. VI, 12.11.2008, n. 5646; sez. VI, 07.05.2009, n. 2835; TAR Abruzzo, Pescara, 11.05.2007, n. 534; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 31.01.2008, n. 137; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 17.03.2010, n. 314; Cass. pen., sez. III, 15.02.2008, n. 11132; 28.05.2008, n. 21208; TAR Valle d'Aosta, sentenza 14.06.2011 n. 42; TAR Umbria sentt. 30.03.2000, n. 290; 08.07.2002, n. 505; 29.10.2004, n. 656; 08.09.2005, n. 431; 20.05.2010, n. 329; 14.01.2011 n.9).

La sintesi della posizione in ultimo riferita (tutt'altro banale sul piano pratico operativo) e relativa al secondo orientamento della giustizia amministrativa favorevole alla c.d. "sanatoria giurisprudenziale" è quindi che la sanatoria edilizia può ben intervenire anche a seguito di conformità "sopraggiunta" dell'intervento. Divenuto cioè permessibile al momento della proposizione della nuova istanza dell'interessato. E' pertanto palesemente irragionevole negare una sanatoria di interventi che sarebbero legittimamente concedibili al momento della nuova istanza.

Il principio normativo della "doppia conformità", infatti, secondo tale tesi, è riferibile all'ipotesi ragionevolmente avuta di mira dal legislatore, desumibile cioè dal senso obiettivo delle parole utilizzate dall'art. 13 della legge n. 47 del 1985, ovvero dal vigente art. 36 del DPR 06.06.2001, n. 380, ipotesi che è quella di garantire il richiedente dalla possibile variazione in senso peggiorativo della disciplina edilizia, a seguito di adozione di strumenti che riducano o escludano, appunto, lo *jus aedificandi* quale sussistente al momento dell'istanza. Quindi, la tipicità del provvedimento di accertamento in sanatoria, quale espressione di disposizione avente carattere di specialità, va rigorosamente intesa come riferimento al diritto "vigente", (V 29.05.2006, n. 3267), e commisurata alla finalità di "favor" obiettivamente tutelata dalla previsione, in modo da risultare conforme al principio di proporzionalità e ragionevolezza nel contemperamento dell'interesse pubblico e privato.

La norma, infatti, non può ritenersi diretta a disciplinare l'ipotesi inversa dello *jus superveniens* edilizio favorevole, rispetto al momento ultimativo della proposizione dell'istanza. In effetti, imporre per un unico intervento costruttivo, comunque attualmente "conforme", una duplice attività edilizia, demolitoria e poi identicamente riedificatoria, lede parte sostanziale dello stesso interesse pubblico tutelato, poiché per un solo intervento, che sarebbe comunque legittimamente realizzabile, si dovrebbe avere un doppio carico di iniziative industriali-edilizie, con la conseguenza, contrastante con il principio di proporzionalità, di un significativo aumento dell'impatto territoriale ed ambientale, (altrimenti considerato in termini più ridotti alla luce della "ratio" della norma in tema di accertamento di conformità).

A conforto di quanto ora detto, il C.d.S. ha affermato, che "gli artt. 13 e 15 della l. 28.02.1985, n. 47, richiedenti per la sanatoria delle opere realizzate senza concessione e delle varianti non autorizzate, che l'opera sia conforme tanto alla normativa urbanistica vigente al momento della realizzazione dell'opera, quanto a quella vigente al momento della domanda di sanatoria, sono disposizioni contro l'inerzia dell'Amministrazione, e significano che, se sussiste la doppia conformità, a colui che ha richiesto la sanatoria non può essere opposta una modificazione della normativa urbanistica successiva alla presentazione della domanda. Tale regola non preclude il diritto ad ottenere la concessione in sanatoria di opere che, realizzate senza concessione o in difformità dalla concessione, siano conformi alla normativa urbanistica vigente al momento in cui l'autorità comunale provvede sulla domanda in sanatoria" (Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 07.05.2009 n. 2835).

In sostanza, secondo il giudice amministrativo la sanatoria edilizia può ben intervenire anche a seguito della conformità "sopraggiunta" di un intervento che in un primo tempo (cioè al momento della sua realizzazione) non era assentibile.

Il risultato ultimo, diversamente sarebbe quello di imporre per un unico intervento costruttivo, comunque attualmente "conforme", una duplice attività edilizia, demolitoria e poi identicamente riedificatoria. Tale conclusione oltre ad essere illogica lede parte sostanziale dello stesso interesse pubblico tutelato, poiché per un solo intervento, che sarebbe comunque legittimamente realizzabile, si dovrebbe avere un doppio carico di iniziative industriali-edilizie, con la conseguenza contrastante con il principio di proporzionalità, di un significativo aumento dell'impatto territoriale ed ambientale.

Peraltro a supporto di tale posizione giurisprudenziale e dottrinale, ritengo possa soccorrere un ulteriore argomento. Non può essere sottaciuto che le due ipotesi di sanatoria troverebbero disciplina completamente opposta sotto l'aspetto penale. Infatti, in nessun caso la sanatoria (giurisprudenziale) può comportare l'estinzione del reato urbanistico, non essendo applicabile il disposto di cui all'art. 45 del D.P.R. n. 380 del 2001 (Cass. Sez. III, n. 24451 del 26/04/2007; Cass. Sez. III penale, sentenza 07.12.2012 n. 47646). E' evidente infatti che l'assenza di conformità iniziale dell'opera (e quindi al momento della realizzazione) cioè l'assenza del titolo alla sua realizzazione o quantomeno alla parte difforme, consuma il reato delineato dall'art. 44 del D.P.R. 380/2001 (I reati edilizi tutelano il rispetto di un bene astratto e cioè la disciplina amministrativa dell'uso del territorio e hanno natura di reato di pericolo). In altre parole le opere eseguite sono indubbiamente non conformi alle norme urbanistico edilizie ed alle previsioni degli strumenti di pianificazione al momento in cui vennero eseguite e lo sono divenute successivamente per effetto di normative o disposizioni pianificatorie sopravvenute. L'avvenuto rilascio del permesso di costruire (in sanatoria giurisprudenziale) produrrà i propri effetti (solo) in tema di emissione dell'ordine di demolizione, rendendolo superfluo o revocabile (in conformità: Cassazione penale, sez. III, 27/10/2005, n. 40969). La concessione rilasciata a seguito di accertamento di conformità (art. 36 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380) estingue, invece, i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti. L'opera in questo caso è per definizione conforme alle previsioni urbanistiche ed edilizie sin dal momento iniziale e quindi ed in pratica si tratterebbe, sostanzialmente, di una infrazione formale cioè della mancanza del titolo che "comunque" sarebbe stato rilasciato.

A mente infatti della disposizione dell'art. 45 del D.P.R. 380/2001, l'azione penale relativa alle violazioni edilizie rimane sospesa finché non siano stati esauriti i procedimenti amministrativi di sanatoria di cui all'articolo 36, per poi estinguersi definitivamente all'atto del rilascio del permesso di costruire in sanatoria che "estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti".

In sostanza la diversa rilevanza sotto il profilo penale della sanatoria non rende identico l'effetto sanante e quindi non svuota la portata precettiva della normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della commissione degli illeciti cristallizzata negli effetti dall'art. 36 del D.P.R. 380/2001.

È fuor di dubbio che sia irragionevole demolire quel che potrebbe essere ricostruito (e quindi "assentito" in conformità alla normativa vigente) il giorno dopo. I fautori della opposta tesi ritengono che in tal modo verrebbe meno la certezza del diritto e quindi ne risulterebbero incoraggiati gli illeciti edilizi. Nella mia vita professionale per anni ho ricoperto il ruolo di Comandante della Polizia Municipale di un'importante città turistica del Salento e la mia esperienza sul campo mi porta a credere che si tratta di un'inquietudine immaginaria. Nella realtà, si demolisce solo quando le telecamere devono filmare per ragioni mediatiche e quindi per un calcolo di opportunità. Peraltro nel nostro caso le stesse telecamere potrebbero riprendere il giorno dopo l'attività di ricostruzione di quello che si è appena demolito. Ha senso? Ma soprattutto qual è utilità di un siffatto modo di procedere?

Ritengo che i Dirigenti preposti alle relative attività possano procedere tranquillamente al rilascio di titoli edilizi in sanatoria anche se per ragioni di trasparenza dell'azione amministrativa sarebbe opportuno normare la procedura con una disposizione regolamentare che disciplini i vari aspetti rilevanti: casistica, compresi i relativi limiti di ammissibilità, non solo quantitativi (superficie, volumetria, ecc.) ma anche qualitativi (tipologici, funzionali, ecc.) nel rispetto dei vincoli di tutela, quali presupposti necessari del permesso in sanatoria.

In argomento va anche rilevato che l'introduzione della sanatoria fu raccomandata, ma disattesa, nientemeno che dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato nel parere espresso al Governo il 29 marzo 2011 sullo "Schema di testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia" (che poi sarebbe diventato il D.P.R. n. 380 del 2001): "Si rileva inoltre che, pur non potendosi, in astratto, contestare la necessità del duplice accertamento di conformità, nella prassi l'applicazione del principio viene disattesa, ritenendosi illogico ordinare la demolizione di un quid che, allo stato attuale, risulta conforme alla disciplina urbanistica vigente e che, pertanto, potrebbe legittimamente ottenere, a demolizione avvenuta, una nuova

concessione. Al riguardo valuti l'Amministrazione se non sia opportuno, in casi del genere, prevedere una forma di sanatoria che, ferma restando la sanzione penale per l'illecito commesso, sia subordinata al pagamento di un'oblazione maggiore rispetto a quella che si richiede nell'ipotesi di duplice conformità."

La "qualificazione" delle varianti.

Nell'ambito del generale concetto di variante, bisogna poi distinguere gli elementi che distinguono una variante c.d. impropria o essenziale (parificata ad un nuovo titolo edilizio) da una mera variante, costituiti dalle modificazioni all'originario progetto qualificate di "rilevante consistenza". La consolidata interpretazione giurisprudenziale formatasi sul punto ha distinto le varianti in senso proprio, cioè quelle che si riferiscono a modifiche quantitative e qualitative di limitata consistenza e di scarso rilievo rispetto al progetto originario, da quelle che, pur chiamate varianti nel linguaggio usuale del termine, tali non possono essere considerate perché, fuori dai limiti ora ricordati, richiedono la realizzazione di un quid novi e, quindi, la necessità di un nuovo titolo abilitativo; in questa seconda categoria vanno ricondotte, appunto, le varianti c.d. "improprie" o "essenziali" (C.d.S. 25/11/1988 n. 745; 02/04/2001 n. 1898; 22/01/2003 n. 249).

In particolare, in questo specifico caso, il nuovo provvedimento anche se definito di variante, ha il carattere di un nuovo permesso di costruire se vengono autorizzate opere edilizie sulla base di un progetto modificato in modo notevole in alcuno degli elementi sostanziali (superficie coperta, perimetro, volumetria, distanze dalle proprietà confinanti nonché le caratteristiche funzionali e strutturali, interne ed esterne del fabbricato (T.A.R. Genova 01/04/2005 n. 410; T.A.R. Torino 07/02/2005 n. 269; T.A.R. Napoli 16/01/2008 n. 241; T.A.R. Campania 07/06/2010 n. 12677). La precisazione è fondamentale in quanto se l'ultimo titolo costituisce una variante essenziale, quest'ultima è idonea a riaprire i termini per l'impugnazione, come costantemente chiarito in giurisprudenza (C.d.S. 24/09/2003 n. 5442; T.A.R. Liguria 01/04/2005 n. 410 e 12/03/2009 n. 303).

Con riguardo al problema della qualificazione la Corte di Cassazione con la sentenza n. 24236/2010 ha precisato i casi in cui si configura una «variante essenziale» ai sensi degli articoli 31 e 32 del D.P.R. 380/2001. In particolare può aversi variante essenziale esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:

- mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal D.M. 1444/1968;
- aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio, da valutare in relazione al progetto approvato;
- modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza;
- mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito;
- violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali.

Non costituiscono in alcun caso variazioni essenziali quelle che incidono sulle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative.

Ne consegue che l'istanza per la realizzazione di varianti essenziali sono da considerarsi sostanzialmente quali richieste di un nuovo ed autonomo permesso di costruire e sono soggette, quindi, alle disposizioni vigenti nel momento in cui viene chiesto al Comune di modificare il progetto originario, perché in effetti non si tratta solo di modificarlo, ma di realizzare un'opera diversa, nelle sue caratteristiche essenziali, rispetto a quella originariamente assentita.

Caratteri peculiari presentano invece le cosiddette «varianti proprie», o minori in corso d'opera. Attualmente l'art. 22, comma 2, del D.P.R. 380/2001, prevede che siano sottoposte a denuncia di inizio d'attività le varianti a permessi di costruire che:

- non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie (e, a giudizio della Cassazione, tra i "parametri urbanistici" vanno ricomprese anche le distanze tra gli edifici);
- non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia;

- non alterano la sagoma dell'edificio;
- non violano le prescrizioni eventualmente contenute nel permesso di costruire.

Le varianti "proprie" o "non sostanziali" possono sempre essere sanate.

Le "parziali difformità" ex art. 34 DPR 380/2001

Nella nostra legislazione non c'è una definizione compiuta della «parziale difformità» dell'intervento rispetto a quanto assentito dal titolo abilitativo e anche l'articolo 34 del D.P.R. 380/2001 si limita sostanzialmente a disciplinare l'iter sanzionatorio di questa tipologia di illecito. Il concetto di opera parzialmente difforme viene conseguentemente individuato per esclusione, facendovi rientrare tutte quelle opere o lavori non riconducibili ai casi di totale difformità, oppure alle ipotesi di variazioni essenziali, la cui individuazione rientra nella competenza legislativa regionale.

Esiste però un livello al di sotto del quale non si può neppure parlare di parziale difformità dell'opera ed è quello costituito dalle cosiddette «tolleranze di cantiere», cioè quegli scostamenti dai parametri autorizzati di misura talmente contenuta da non poter essere considerati un illecito edilizio e da non venire sanzionati.

La misura del parametro di tolleranza trova compiuta disciplina nella legge.

Il D.L. 13 maggio 2011, n. 70 "Prime disposizioni urgenti per l'economia. (GU n.110 del 13-5-2011) c.d. "decreto Sviluppo", convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106 (in G.U. 12/7/2011, n. 160), è intervenuto sull'articolo 34 del TU dell'Edilizia, escludendo dalla tipologia degli interventi eseguiti in parziale difformità dal titolo abilitativo le violazioni di altezza, distacchi, cubatura o superficie coperta che non eccedano per singola unità immobiliare il 2 per cento delle misure progettuali (comma 2-ter, introdotto dall'articolo 5, comma 2, lettera a), legge n. 106 del 2011).

Norme analoghe erano già presenti da tempo in moltissimi regolamenti edilizi comunali e, in alcuni casi, direttamente disciplinate da leggi regionali. In alcuni casi, poi, il parametro della tolleranza introdotto dal decreto sviluppo, pur innalzando gli indici già contemplati da molti regolamenti edilizi, risulta invece inferiore a quelli stabiliti da alcune regioni e in particolare dall'Abruzzo (articolo 7 della legge 52/1989) e dalla Sicilia (articolo 12 della legge 37/1985), che invece arrivano ad un parametro di tolleranza del 3 per cento. Va chiarito comunque che la misura introdotta dal decreto sviluppo va intesa solo come "misura minima", che il legislatore regionale non potrà disattendere poiché, diversamente, reintrodurrebbe un'ipotesi di abuso edilizio che il legislatore nazionale ha inteso escludere ma potrà innalzare in occasione della determinazione delle variazioni essenziali, ai sensi dell'articolo 32 del testo unico.

Ai fini di una chiara comprensione dell'innovazione normativa introdotta nel TUEL è necessario contestualizzare la nuova disposizione legislativa nell'ambito del sistema delineato dal DPR 380/2001, il quale distingue, ai fini sanzionatori, gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, di cui all'art. 31, dagli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, disciplinati dall'art. 34. In sintesi, mentre per i primi è prescritta la demolizione, per i secondi la legge prevede la demolizione, salvo che, non potendo avvenire la demolizione senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, debba essere applicata una sanzione pecuniaria.

La premessa effettuata è indispensabile sia per interpretare la modifica introdotta art. 34 che ai fini dell'applicazione. Il criterio di distinzione degli interventi realizzati con variazioni essenziali rispetto al progetto approvato, da quelli realizzati con variazioni non essenziali e, quindi, in difformità solo parziale dal permesso di costruire, è dettato dall'art. 32 del TUE. Infatti come l'articolo 32 contiene una esenzione dalla classificazione delle variazioni essenziali (art. 32, c. 2: "Non possono ritenersi comunque variazioni essenziali quelle che incidono sulla entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative": cfr. art. 54, c. 3, LR 12/2005), allo stesso modo l'articolo 34, così come novellato, contiene una esenzione dalla classificazione delle parziali difformità. Il comma 2 ter recita "2-ter. Ai fini dell'applicazione del presente articolo, non si ha parziale difformità del titolo abilitativo in presenza di violazioni di altezza, distacchi, cubatura o superficie coperta che non eccedano per singola unità immobiliare il 2 per cento delle misure progettuali.". In altre parole il legislatore nazionale, cui spetta dettare i principi fondamentali e generali dell'attività edilizia (art. 1 DPR 380/2001), ha ritenuto di non assoggettare a sanzione alcuna le variazioni al titolo abilitativo comprese nella misura del 2% per altezza, distacchi, cubatura o superficie. La scelta di intervenire nel titolo del DPR 380/2001 dedicato alle sanzioni,

invece che in quello dedicato ai titoli abilitativi, prova la manifesta intenzione del legislatore di voler sottrarre tali variazioni da sanzioni e correlative regolarizzazioni, purché sotto le condizioni indicate nella disposizione.

Ossia:

a) la sussistenza di un titolo abilitativo;

b) che la difformità rispetto al titolo sia contenuta nella misura percentuale del 2% per singola unità immobiliare.

Di conseguenza e quindi anche che:

- in assenza di titolo non esiste una "franchigia" del 2%;
- oltre la misura del 2% va colpita l'intera difformità, 2% compreso.

In sintesi ed in conclusione la variazione all'interno della soglia del 2% vieta all'A.C. l'irrogazione di sanzioni ma impedisce anche al titolare di accedere alle regolarizzazioni ex art. 36 così come, ovviamente, alla sanzione pecuniaria ex art. 34, per cui, a mio avviso, sarà necessario che in tali ipotesi, in sede di comunicazione di fine lavori, il direttore dei medesimi, depositi dichiarazione delle variazioni intervenute al titolo nella soglia del 2%, ai fini, evidenti, di conformare lo stato di fatto alla previsione progettuale inizialmente assentita.

Il permesso di costruire in sanatoria

Il permesso di costruire è il titolo abilitativo oneroso ed espresso, e, al contempo, può essere ritenuto il regime edilizio cui risultano subordinati i seguenti interventi:

- interventi di nuova costruzione;
- interventi di ristrutturazione urbanistica;
- interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifica del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso;
- i mutamenti di destinazione d'uso di immobili o di loro parti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, che le regioni, con legge, subordinano a permesso di costruire;
- altri interventi individuati con legge dalle regioni in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico.

Può essere altresì richiesto e rilasciato:

- **per accertamento di conformità di interventi già eseguiti** (sanatoria art. 36);
- per interventi ordinariamente subordinati a denuncia di inizio attività (art. 22 commi 1 e 2), ovvero per accertamento di conformità ex art. 37;
- per interventi edilizi in deroga (esclusivamente) ai limiti di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati di cui alle norme di attuazione degli strumenti urbanistici generali ed esecutivi, limitatamente per edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico (art. 14).

Sotto il profilo amministrativo il permesso di costruire è un'autorizzazione, ossia un provvedimento amministrativo emanato dalla Pubblica Amministrazione (specificatamente competente in forza alla legge), la quale agisce in funzione autoritativa (presupponente un'attività di controllo e di accertamento della pretesa conformità) finalizzata a rimuovere il limite legale sussistente all'esercizio di un'attività privata.

Il limite legale sussiste per quelle attività che anche solo potenzialmente possono ledere gli interessi pubblici (o generali) tutelati nell'ordinamento giuridico e che, conseguentemente, non devono essere contrastanti ovvero devono risultare conformi alla disciplina di tutela.

Per altri versi il permesso di costruire è il provvedimento acclarante la conformità alla disciplina edilizia ed urbanistica vigente e il non contrasto con quella adottata delle opere per cui è chiesto.

Verosimilmente per questi motivi l'atto è condizionato nell'efficacia temporale (validità) in ordine a due profili: il primo relativo ai c.d. termini decadenziali (inizio e fine lavori), il secondo all'entrata in vigore di nuove previsioni urbanistiche/edilizie contrastanti.

Il provvedimento non è dunque revocabile (l'interesse non è della P.A. che rilascia l'atto) bensì annullabile, sempre in via autoritativa, quindi da un'Autorità competente (la stessa P.A. per autotutela, altra P.A. gerarchicamente superiore, in sede giurisdizionale) esclusivamente quando vi è lesione di un interesse pubblico attuale.

Il permesso di costruire in sanatoria è il provvedimento con cui l'autorità competente, in campo amministrativo, rinuncia ad agire legalmente contro i responsabili di azioni illegali e normalizza situazioni irregolari sotto l'aspetto urbanistico-edilizio. Il provvedimento di sanatoria comporta la conservazione delle opere abusive (realizzate in assenza di titolo abilitativo o in difformità da questo) ivi compresa l'eliminazione della loro abusività, integrandole nel contesto urbanistico programmato dall'amministrazione pubblica. Ciò, peraltro, con effetto *ex nunc*. Infatti, la sanatoria, non risultando in alcuna norma la retroattività degli effetti che le sono propri, non può che operare al momento del rilascio del relativo provvedimento (TAR Toscana sentenza 3894/2006).

La richiesta di permesso di costruire in sanatoria può essere presentata:

1. fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli:
 - art.31, comma 3 (90 gg dall'ingiunzione di demolizione)
 - art.33, comma 1 (termine stabilito per la rimozione o demolizione nell'ordinanza del Dirigente responsabile dello sportello unico per l'edilizia).
 - art.34, comma 1 (termine stabilito per la rimozione o demolizione nell'ordinanza del Dirigente responsabile dello sportello unico per l'edilizia).
2. e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative.

D.P.R. 380/2011 Art. 36 - Accertamento di conformità – comma 2

"Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso."

Il permesso di costruire in sanatoria è rilasciato, previo avvenuto pagamento, a titolo di oblazione:

- del contributo di costruzione, in misura doppia a quella prevista dall'art. 16 DPR 380/2001 (se l'intervento edilizio è oneroso);
- del contributo di costruzione in misura pari a quella prevista dall'art. 16 DPR 380/2001 (se l'intervento edilizio è gratuito). In caso di intervento edilizio realizzato in parziale difformità dal titolo abilitativo, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme.

Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso.

In altri termini, nel caso di permesso oneroso il pagamento dell'oblazione ha duplice funzione: a) di partecipazione agli oneri urbanistici; b) di riparazione pecuniaria del pregiudizio arrecato all'ordinamento giuridico; mentre nel caso di permesso gratuito svolge esclusivamente la funzione di cui sub b) (TAR Brescia sentenza 11 gennaio 2012, n. 11).

Per quanto attiene, infine, agli effetti dell'accoglimento della richiesta di accertamento, essi possono suddividersi in due tipologie: in ambito amministrativo, la certificazione di conformità produce la piena regolarizzazione della costruzione, mentre a livello penale consegue l'estinzione dei reati contravvenzionali relativi, come disposto dall'art. 45, co. 3, del D.P.R. 380/2001.

"Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata."

L'art. 20 della legge n° 241 del 1990 stabilisce il principio generale che, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio dell'Amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, se la medesima Amministrazione non comunica all'interessato nel termine previsto il provvedimento oppure non indice una Conferenza di servizi.

Il silenzio-rigetto non equivale ad un provvedimento esplicito, ma è un semplice presupposto di fatto che consente all'interessato di rivolgersi al giudice amministrativo senza attendere oltre; esso non comporta dunque una consumazione del potere della p.a. né un venir meno dell'obbligo di provvedere; il provvedimento esplicito sopravvenuto alla formazione del silenzio determina la cessazione della materia del contendere, se favorevole, ovvero riapre il termine per ricorrere, se sfavorevole (C.d.S. sentenza 29 dicembre 2012, n.6712).

Lo stesso art. 20 della legge n° 241 del 1990 stabilisce che non si applica il silenzio assenso quando il silenzio è qualificato dalla legge come silenzio diniego ovvero rigetto dell'istanza (L'art. 36 terzo comma del D.P.R. n° 380 del 2001 stabilisce infatti che sulla richiesta di permesso in sanatoria il Dirigente si pronuncia entro 60 giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata).

Nel caso in cui si formi il silenzio diniego, la tutela è costituita dall'azione di annullamento avverso il provvedimento tacito di diniego, da esperire entro 60 giorni (120 in caso di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica).

Essendosi formato un provvedimento (tacito), non vi sono infatti i presupposti per esperire l'azione ex art. 21-bis della legge n° 1034 del 1971 che presuppone invece una situazione di inerzia dell'Amministrazione (così TAR Sardegna II n° 408 del 2009) e non è conseguentemente applicabile il termine lungo di un anno dalla scadenza del termine per provvedere, previsto per l'azione di cui all'art. 21-bis della legge n° 1034 del 1971.

Tuttavia (e come spesso accade) sulla natura giuridica di tale rifiuto si è registrato, in giurisprudenza, un contrasto: secondo un filone minoritario, la norma contemplerebbe un'ipotesi di mero inadempimento, a fronte del quale è data facoltà al privato di attivare lo speciale giudizio ai sensi dell'art. 2, legge n. 241/1990 ed art. 21 bis legge n. 1034/1971 al fine di ottenere una pronuncia di condanna della P.A. a pronunciarsi in modo espresso sull'istanza (T.A.R. Salerno, 13 gennaio 2005, n. 18; T.A.R. Lecce, 22 febbraio 2007, n. 625); secondo l'orientamento di gran lunga prevalente, invece, l'ipotesi delineata dall'art. 36 comma 3 deve essere valutata alla stregua di un silenzio-significativo, al quale vengono pertanto collegati gli effetti di un provvedimento di rigetto dell'istanza, così determinandosi una situazione del tutto simile a quella che si verificherebbe nel caso di provvedimento espresso (Cons. Stato, 3 aprile 2006, n. 1710; 3 marzo 2006, n. 1037; 14 febbraio 2006 n. 598; T.A.R. Napoli, 29 marzo 2007, n. 2893, T.A.R. Napoli, 19 ottobre 2006, n. 8708, T.A.R. Torino, 8 marzo 2006, n. 1173).

L'orientamento maggioritario, come detto, aderisce a quest'ultimo orientamento, qualificando l'inerzia come un caso di silenzio significativo di rigetto della richiesta. Cionondimeno alcune pronunce (TAR Roma, sentenza 03.01.2008 n° 8) riconoscono l'ammissibilità del ricorso ex art. 21 bis legge n. 1034/1971: ciò in quanto, in sintesi, la norma dell'art. 36 D.P.R. n. 380/2001 deve essere coordinata con la citata legge n. 241/90, nel senso che, anche qualora la legge preveda un meccanismo di autoregolazione della situazione di inerzia provvedimento, attribuendole il significato di accoglimento o di rigetto dell'istanza, il privato può sempre pretendere che la P.A. si pronunci in modo espresso sulla sua richiesta, esplicitando le ragioni che eventualmente ne determinino il rigetto, sì da consentire la piena tutela, anche giurisdizionale, delle situazioni soggettive a fondamento della richiesta del cittadino.