IL PERMESSO DI COSTRUIRE IN DEROGA: NATURA E CARATTERI DELL'ISTITUTO

L'art. 14 del Testo Unico Edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380) disciplina il permesso di costruire in deroga; trattasi di un istituto che consente alle Amministrazioni comunali, di fronte a situazioni particolari, di autorizzare interventi di trasformazione del territorio in deroga agli strumenti urbanistici.

Il legislatore, tenuto conto delle peculiarità del titolo edilizio in questione, ne ha previsto l'applicazione solo in determinati casi, delimitando in modo puntuale l'ambito di operatività allo scopo di evitare che un uso poco accorto diventasse in pratica un surrettizio aggiramento della pianificazione urbanistica.

Nello specifico, il potere di derogare la pianificazione urbanistica è esercitabile esclusivamente per perseguire interessi pubblici, quali appunto la realizzazione di edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico (comma 1) ovvero, nel caso di interventi di ristrutturazione edilizia, per le finalità di rigenerazione urbana, di contenimento del consumo del suolo e di recupero sociale e urbano dell'insediamento (comma 1-*bis*).

Le deroghe possono riguardare i limiti di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati di cui alle norme di attuazione degli strumenti urbanistici generali ed esecutivi, fermo restando il rispetto delle norme igienico-sanitarie e di sicurezza.

Come ha avuto modo di evidenziare il Consiglio di Stato (*ex multis*, si veda Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2022 n. 616), il permesso di costruire in deroga è un istituto di carattere **eccezionale** rispetto all'ordinario titolo edilizio, e rappresenta l'espressione di un potere ampiamente **discrezionale** che si concretizza in una decisione di natura urbanistica.

Per questo motivo, appare di tutta evidenza come **il rilascio del permesso in deroga non è un atto dovuto**, cui l'Amministrazione è necessariamente tenuta una volta che sia stata accertata la sussistenza dei presupposti di legge; questi ultimi costituiscono **condizioni minime necessarie, ma non sufficienti**, per l'assentibilità dell'intervento, permanendo in capo all'Amministrazione un potere ampiamente discrezionale circa l'*an* ed il *quomodo* dell'eventuale assenso (cfr. T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. II, 3 novembre 2022 n. 3096).

In altre parole, il Comune non è tenuto ad accogliere qualsiasi richiesta di edificazione in deroga presentata dai privati per il solo fatto che questa consenta la realizzazione di edifici di pubblico interesse, la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente, con edifici dismessi o in via di dismissione, ovvero la riqualificazione di aree urbane degradate.

Proprio in virtù dell'eccezionalità e della discrezionalità che contraddistinguono il permesso di costruire in deroga, il Giudice amministrativo ritiene non applicabile la regola del silenzio-assenso, prevista per il procedimento di rilascio del permesso di costruire dall'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380/2001, "attesa l'esigenza di una

compiuta valutazione degli interessi pubblici coinvolti nella pianificazione urbanistica" (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 11 ottobre 2021 n. 6376; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VII, 28 ottobre 2019 n. 5107; Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 luglio 2017 n. 3680; T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 11 dicembre 2017 n. 352).

Senza contare poi che giammai si potrebbe verificare la formazione del provvedimento tacito di assenso in presenza di una richiesta di permesso di costruire in deroga alla strumentazione urbanistica, dal momento che in tal caso l'Amministrazione comunale è tenuta a valutare, con amplissima discrezionalità, la sussistenza dei presupposti di interesse pubblico per introduzione di deroghe puntuali alla disciplina urbanistica vigente e alle destinazioni d'uso impresse e dalla stessa consentite nella strumentazione pianificatoria generale.

Il permesso di costruire in deroga di cui all'art. 14 del d.P.R. 380/2001 è caratterizzato da una **fattispecie a formazione progressiva** che si snoda, a seguito della domanda dell'interessato, in due distinte fasi.

Dapprima, il Consiglio comunale è chiamato a pronunciarsi in ordine all'istanza presentata dal privato, operando una comparazione tra l'interesse di quest'ultimo con quello pubblico; è questo il c.d. "momento discrezionale" del procedimento per il rilascio del titolo edilizio in deroga, essendo appunto in questa sede che avviene la verifica circa l'opportunità o meno di accordare la deroga, attraverso un'adeguata comparazione degli interessi pubblici a questa sottesi e quelli posti alla base delle norme che si intende derogare.

Seppur la scelta dell'Amministrazione rientra nel c.d. "merito amministrativo" – come noto sottratto al sindacato del Giudice amministrativo, salvo i casi di manifesta irragionevolezza o contraddittorietà –, ciò non toglie che la delibera consiliare debba essere **adeguatamente motivata**, evidenziando in maniera puntuale e rigorosa la preminenza dell'interesse collettivo rispetto all'applicabilità delle norme derogate (da ultimo, si veda T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 24 giugno 2020 n. 7058 che ha ritenuto illegittimo un permesso di costruire in deroga non corredato da una motivazione adeguata a supportare l'esercizio del potere eccezionale conferito dalla legge).

In un secondo momento, spetterà all'Ufficio tecnico adottare il provvedimento finale, sulla base delle indicazioni fornite dall'organo consiliare.

Pertanto, la deliberazione preliminare del Consiglio comunale – pur costituendo un elemento necessario del procedimento amministrativo destinato a sfociare nel rilascio o diniego della concessione in deroga – "*si configura come **atto interno del procedimento**, non immediatamente lesivo, impugnabile assieme agli atti di uguale natura confluiti nel procedimento stesso, solo congiuntamente all'atto finale, una volta emanato*" (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 23 luglio 2014 n. 4110).

Da ultimo, si segnala che dal momento che con il rilascio del permesso di costruire in deroga vengono svolte, da parte dell'Ente locale, funzioni pianificatorie del territorio, l'art. 14, comma 2, del T.U.E. richiede il necessario coinvolgimento degli interessati ai sensi dell'art. 7 della Legge 7 agosto 1990 n. 241, ai quali deve essere inviata, a cura dell'ufficio tecnico, la **comunicazione di avvio del procedimento**, purché individuati o facilmente individuabili, anche con l'ausilio del richiedente.

Siffatta comunicazione è funzionale a consentire la partecipazione al procedimento da parte dei soggetti che potrebbero essere pregiudicati dall'intervento edilizio al fine di metterli in grado di esercitare i diritti di cui all'art. 10 della Legge n. 241/1990.

Il privato potrà così apportare informazioni ed elementi utili per l'istruttoria, garantendo al Consiglio comunale di pervenire ad una migliore e più consapevole ponderazione degli interessi, in armonia con i principi costituzionali di buon

andamento e imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., e rappresentando nel procedimento i propri interessi, così anticipando il contraddittorio in sede procedimentale anche in un'ottica deflattiva (T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II quater, 4 luglio 2022 n. 9089).

DISCLAIMER

Il presente *Client Alert* ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale. Di conseguenza, non costituisce un parere legale né può in alcun modo considerarsi come sostitutivo di una consulenza legale specifica.

Laura Sommaruga, Partner
Email: laura.sommaruga@grplex.com

Enrico Cassaro, Junior Associate
Email: enrico.cassaro@grplex.com