

## La validità del provvedimento di diniego di permesso di costruire

**Autore:** sentenza

**In:** Diritto amministrativo

Il provvedimento di diniego di permesso di costruire ove non sia preceduto dal cd. "preavviso di rigetto" risulta adottato in violazione dell'art. 10 bis, l. n. 241/1990, ai sensi del quale "nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. [...]".

Né ha senso invocare l'applicazione l'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990 che esclude l'annullabilità dei provvedimenti adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti "qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

La seconda parte della disposizione esclude, invece, che un particolare vizio procedimentale, la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, porti all'annullamento dell'atto "qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". In quest'ultima ipotesi non c'è il limite per l'attività vincolata e la norma opera, quindi, anche in caso di attività discrezionale.

Quest'ultima previsione non trova applicazione nel caso di provvedimento di diniego di permesso di costruire non preceduto dal cd. "preavviso di rigetto" in quanto è dettata con specifico riferimento alla mancata comunicazione di avvio del procedimento e non al differente vizio della mancata comunicazione del preavviso di rigetto.

**Estremi:**

**N. 00270/2010 REG.SEN.**

**N. 01395/2006 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1395 del 2006, proposto da:  
Immobiliare Serena s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, presso lo studio dei quali, in Milano, piazza Duse, 3, è elettivamente domiciliata;

### **contro**

Comune di Cormano, rappresentato e difeso dagli avv. \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, domiciliato ex lege in Milano, via Conservatorio, n. 13, presso la segreteria del Tar;

### **per l'annullamento**

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di diniego di permesso di costruire PG. 7398 del 22.3.2006 e di ogni atto presupposto, connesso, ivi compresi, ove occorra, il parere della Giunta Comunale dell'8.2.2006 ed il parere della Commissione edilizia del 6.3.2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cormano;

Visti i motivi aggiunti depositati il 26.7.2006 con cui la ricorrente, a seguito del deposito in giudizio del parere della Giunta Comunale dell'8.2.2006, formula ulteriori censure avverso tale atto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2010 la dott.ssa \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* (in sostituzione di \*\*\*\*\*);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con il presente ricorso la Immobiliare Serena s.r.l. impugna il provvedimento con cui il Comune di Cormano le ha negato il rilascio di un permesso di costruire per la realizzazione di attrezzature sportive, il parere della Giunta Comunale dell'8.2.2006 ed il parere della Commissione edilizia del 6.3.2006, per i seguenti motivi:

I. violazione dell'art. 10 bis, l. n. 241/1990;

II. violazione dell'art. 37, l. reg. n. 12/2005 per incompetenza della Giunta comunale;

III. violazione dell'art. 26 bis n.t.a. in relazione all'art. 37, l. reg. n. 12/2005;

IV. eccesso di potere sotto il profilo della carenza di motivazione, della illogicità manifesta e della illegittimità dell'atto presupposto; violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990.

2. Con ricorso per motivi aggiunti, la Immobiliare Serena s.r.l. propone, nei confronti del parere della Giunta Comunale dell'8.2.2006, l'ulteriore censura di eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti: l'atto prodotto in giudizio dal Comune non è un provvedimento della Giunta, essendo stato sottoscritto dal solo assessore all'urbanistica, né può qualificarsi quale parere, risolvendosi in una mera comunicazione al dirigente dell'area governo del territorio.

3. L'amministrazione comunale intimata si è costituita in giudizio contestando la fondatezza delle censure dedotte.

4. All'udienza del 28 gennaio 2010 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

5. Il primo motivo di ricorso è fondato.

5.1 Il provvedimento di diniego di permesso di costruire non è stato preceduto dal c.d. "preavviso di rigetto", in violazione della previsione di cui all'art. 10 bis, l. n. 241/1990, ai sensi del quale "nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla

scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. [...]”.

5.2 Né, nel caso di specie, può trovare applicazione l'art. 21 octies, c.2 l. n. 241/1990.

5.3 Questa disposizione esclude l'annullabilità dei provvedimenti adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti “qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

La seconda parte della disposizione esclude, invece, che un particolare vizio procedimentale, la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, porti all'annullamento dell'atto “qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

In quest'ultima ipotesi non c'è il limite per l'attività vincolata e la norma opera, quindi, anche in caso di attività discrezionale.

5.4 Quest'ultima previsione non trova applicazione nel caso di specie in quanto dettata con specifico riferimento alla mancata comunicazione di avvio del procedimento e non al differente vizio della mancata comunicazione del preavviso di rigetto (c.f.r Tar Campania, Salerno, sez. II, 10 dicembre 2008, n. 4083; Tar Liguria, sez. II, 26 novembre 2008, n. 2041; Tar Vento, sez. II, 14 novembre 2008, 3550).

Il Collegio non condivide, invero, il contrario orientamento giurisprudenziale che ritiene estensibile la previsione anche in caso di omessa rappresentazione delle ragioni per le quali la p.a. intende addivenire ad un provvedimento negativo (cfr. T.A.R. Basilicata, sez. I, 27 novembre 2008, n. 901; TAR Napoli Sez. VI Sent. n. 7126 del 30.7.2007; TAR, Abruzzo, Pescara, 11.4.2007, n. 437; TAR Puglia, Lecce, sez. II,

12.9.2006, n. 4412) in quanto basato su una interpretazione che si pone in netto contrasto con il chiaro dettato legislativo (la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4031, richiamata dalla difesa dell'amministrazione, afferma, in realtà, l'applicabilità della seconda parte del c.2, art. 21 octies, l. n. 241/1990 e, quindi, l'irrilevanza della natura vincolata o discrezionale del provvedimento adottato, in una ipotesi di omessa comunicazione di avvio del procedimento e non di mancata comunicazione del preavviso di rigetto).

5.5. Non trova parimenti applicazione, nel caso di specie, la prima parte del secondo comma dell'art. 21 octies in quanto il provvedimento di diniego di permesso di costruire impugnato non si configura quale atto avente natura vincolata.

L'area in questione risulta ricompresa nel perimetro del "Parco Sovracomunale Cormano - Novate Milanese (Balossa)" e, dunque, disciplinata dall'art. 26 bis delle n.t.a., norma che consente, fino all'adozione dello strumento di pianificazione esecutiva del Parco Locale di Interesse Sovracomunale, "le edificazioni connesse alla realizzazione di attrezzature ed impianti di uso ed interesse pubblico eseguite dal Comune o con questo convenzionate".

La norma subordina, dunque, l'edificabilità alla valutazione, da parte del Comune, della opportunità di addivenire ad una convenzione con un privato.

5.6 L'ampia discrezionalità che la norma riserva all'amministrazione nel rilasciare il titolo edilizio non consente di affermare che la violazione formale commessa non abbia inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato.

6. Per le ragioni esposte il ricorso è, dunque, fondato e va, pertanto, accolto, con assorbimento degli ulteriori motivi dedotti.

7. La particolarità della fattispecie induce a compensare le spese del giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , Primo Referendario

\*\*\*\*\* , Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**



**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/la-validita-del-provvedimento-di-diniego-di-permesso-di-costruire/>