



Fondazione de Iure Publico
Centro Studi Giuridici sulla Pubblica Amministrazione
20124 MILANO Corso Italia, 8 Tel. 02.66989008 Fax. 02.67384578
<http://www.deiurepublico.it>

**LA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA
IN TEMA DI GOVERNO DEL TERRITORIO
DISTANZE, TITOLI ABILITATIVI, DECADENZA PDC,
ABUSI E TOLLERANZE COSTRUTTIVE, CONDONI EDILIZI,
SUPERBONUS SEQUESTRO CREDITI SENTENZA CASSAZIONE,
BLOCCO LAVORI COMUNE**

Dispensa a cura
dell'Avv. Bruno Bianchi
Presidente Fondazione de Iure Publico



CORSO FORMATIVO ONLINE
martedì 7 febbraio 2023



Fondazione de Iure Publico
Centro Studi Giuridici sulla Pubblica
Amministrazione

Dispensa della giornata di studio – 07 febbraio 2023

**LA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA IN TEMA DI GOVERNO
DEL TERRITORIO**

**DISTANZE, TITOLI ABILITATIVI, DECADENZA PDC, ABUSI E
TOLLERANZE COSTRUTTIVE, CONDONI EDILIZI,
SUPERBONUS SEQUESTRO CREDITI SENTENZA
CASSAZIONE, BLOCCO LAVORI COMUNE**

Relatore: Avv. Bruno Bianchi

Presidente Fondazione de Iure Publico



LA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA IN TEMA DI GOVERNO DEL TERRITORIO

DISTANZE, TITOLI ABILITATIVI, DECADENZA PDC, ABUSI E TOLLERANZE COSTRUTTIVE, CONDONI EDILIZI, SUPERBONUS SEQUESTRO CREDITI SENTENZA CASSAZIONE, BLOCCO LAVORI COMUNE

1. *Distanze legali tra edifici: come si calcola la distanza di 10 metri nel caso di edifici antistanti e in parte aderenti.* 4
2. *Presunzione di legittimità del titolo abilitativo edilizio: i chiarimenti del Consiglio di Stato.* 6
3. *Decadenza del permesso di costruire, il Comune non deve restituire l'importo versato dal costruttore per monetizzazione di aree a standard.* 7
4. *Abusi edilizi, quando la demolizione può essere evitata.* 9
5. *La differenza tra abusi edilizi e tolleranze costruttive: la pronuncia del Consiglio di Stato.* 12
6. *Condono edilizio: la Corte di Cassazione riafferma i principi chiave.* 14
7. *Procedimento di variante semplificata e sindacabilità delle scelte urbanistiche.* 16
8. *Lottizzazione abusiva: i presupposti.* 19
9. *Il sequestro dei crediti legati ai bonus edilizi alla luce delle sentenze della Corte di Cassazione.* 23
10. *Superbonus, il Comune non può bloccare i lavori e rischiare di fare perdere le agevolazioni.* 25

1. *Distanze legali tra edifici: come si calcola la distanza di 10 metri nel caso di edifici antistanti e in parte aderenti.*

In materia di distanze legali tra edifici l'articolo 9 del D.M. n. 1444/1968 ha per oggetto specifico i «limiti di distanza tra i fabbricati»¹, intese come «distanze minime tra i fabbricati per le diverse zone territoriali omogenee»².

Le distanze minime tra fabbricati sono stabilite come segue:

- 1) *Zone A): per le operazioni di risanamento conservativo e per le eventuali ristrutturazioni, le distanze tra gli edifici non possono essere inferiori a quelle intercorrenti tra i volumi edificati preesistenti, computati senza tener conto di costruzioni aggiuntive di epoca recente e prive di valore storico, artistico o ambientale;*
- 2) *Nuovi edifici ricadenti in altre zone: è prescritta in tutti i casi la distanza minima assoluta di m. 10 tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti;*
- 3) *Zone C): è altresì prescritta, tra pareti finestrate di edifici antistanti, la distanza minima pari all'altezza del fabbricato più alto; la norma si applica anche quando una sola parete sia finestrata, qualora gli edifici si fronteggino per uno sviluppo superiore a ml. 12».*

Al secondo comma della norma in menzione viene disposto che «le distanze minime tra fabbricati - tra i quali siano interposte strade destinate al traffico dei veicoli (con esclusione della viabilità a fondo cieco al servizio di singoli edifici o di insediamenti) - debbono corrispondere alla larghezza della sede stradale maggiorata di:

- *ml. 5 per lato, per strade di larghezza inferiore a ml. 7;*
- *ml. 7,50 per lato, per strade di larghezza compresa tra ml. 7 e ml. 15;*
- *ml. 10 per lato, per strade di larghezza superiore a ml. 15».*

Da ultimo, viene stabilito che «qualora le distanze tra fabbricati, come sopra computate, risultino inferiori all'altezza del fabbricato più alto, le distanze stesse sono maggiorate fino a raggiungere la misura corrispondente all'altezza stessa. Sono ammesse distanze inferiori a quelle indicate nei precedenti commi, nel caso di gruppi di edifici che formano oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche».

Con specifico riferimento ai nuovi edifici costruiti nelle parti di territorio non interessate da agglomerati urbani di carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale, il citato articolo al comma 1 n. 2) prescrive l'obbligo per gli edifici di nuova costruzione di mantenere una distanza

¹ Così la rubrica dell'articolo 9.

² Così il primo comma dello stesso articolo.

minima assoluta di dieci metri tra le proprie pareti finestrate e le pareti degli edifici antistanti. Tale previsione vede dunque per la sua applicazione la necessaria sussistenza di una frontalità tra i due edifici e ciò comporta che, in caso di assenza del presupposto, non si assista ad alcuna violazione.

Alla luce di tale quadro normativo, è necessario chiedersi se, ai fini dell'applicazione della distanza minima assoluta di dieci metri, la nozione di edifici antistanti comprenda sempre anche il caso in cui la parete finestrata dell'uno non fronteggi la parete dell'altro, bensì prospetti uno spazio libero (poiché quest'ultima rimane ad un'altezza inferiore).

Per rispondere a tale quesito la Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 28147 del 27 settembre 2022, ha preso come punto di riferimento quanto enunciato nella pronuncia n. 24471/2019³ secondo cui la finalità dell'articolo 9 del D.M. n. 1444/1968 è di salvaguardare l'interesse pubblico alla salubrità dell'affacciarsi di esseri viventi agli spazi intercorrenti fra gli edifici che si fronteggiano, quando almeno uno dei due abbia una parete finestrata, a prescindere dal fatto che quest'ultima sia costruita prima o dopo l'altra. Strumento ne è il rispetto di una distanza minima, tale da garantire la circolazione d'aria e la irradiazione di luce idonee a mantenere la salubrità di affaccio.

Ciò posto, *«la nozione di “antistanza” o “frontalità” (se si potesse dir così) va riferita e circoscritta a (porzioni di) pareti che si fronteggiano e pertanto presentano, ove non distanziate adeguatamente, un problema di circolazione d'aria e/o d'irradiazione di luce insufficienti, con un pericolo concreto che si crei un'intercapedine nociva. Ove le pareti si fronteggino solo per un tratto - perché di diversa estensione orizzontale, verticale o non perfettamente parallele, il rispetto della distanza D.M. n. 1444 del 1968, ex art. 9, deve essere assicurato entro (e solo entro) le porzioni di pareti antistanti, nell'accezione predetta (cfr. Cass. 4639/1997)»*. In altre parole, *«la distanza di 10 metri - che è misurata in modo lineare (e non radiale, come accade invece rispetto alle vedute: cfr. Cass. 9649/2016) - va rispettata entro il segmento delle pareti tale che l'avanzamento (ideale, meramente pensato) dell'una la porti ad incontrare l'altra, sia pure in quel segmento (cfr. Cass. 4175/2001)»*.

In ragione di quanto complessivamente dedotto, la verifica di un'attuale situazione di frontalità fra le due facciate costituisce l'essenziale *«presupposto per l'operatività del D.M. n. 1444 del 1968, art. 9»*. Infatti, laddove la giurisprudenza della Cassazione applica l'art. 9 del D.M. n. 1444/1968, e pretende il rispetto della distanza minima di dieci metri, pur in presenza di una parete con finestra che non fronteggia l'altra parete, al di sotto vi è invariabilmente una intercapedine o un interstizio - ossia due pareti o elementi di costruzione di varia fattezze, ma pur sempre racchiudenti uno spazio vuoto tra di loro, con pericolo concreto di recare nocimento alla salubrità di affaccio -

³ Cassazione civile sez. II, 1° ottobre 2019, n. 24471.

giacché *«la disposizione non esige il rispetto di tale distanza minima in sé e per sé, bensì in funzione della salubrità di affaccio sugli spazi intercorrenti tra fabbricati antistanti»*.⁴

In conclusione, la Cassazione ha enunciato il principio di diritto secondo cui *«l'obbligo di rispettare una distanza minima di 10 metri tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti, previsto dal D.M. n. 1444 del 1968, art. 9, vale anche quando la finestra di una parete non fronteggi l'altra parete (per essere quest'ultima di altezza minore dell'altra), tranne che le due pareti aderiscano in basso l'una all'altra su tutto il fronte e per tutta l'altezza corrispondente, senza interstizi o intercapedini residui»*.

2. Presunzione di legittimità del titolo abilitativo edilizio: i chiarimenti del Consiglio di Stato.

Con la recente sentenza n. 9664 del 4 novembre 2022 il Consiglio di Stato - nel pronunciarsi su una complessa vicenda riguardante alcune opere edilizie realizzate, secondo il ricorrente, in violazione delle norme antisismiche - ha ribadito che il titolo edilizio è sempre riferito ad uno specifico progetto, ragion per cui, una volta riscontrata la conformità dello stesso alla normativa urbanistica, il suo rilascio ne attesta la conformità senza che possa predicarsi una sorta di invalidità sopravvenuta del titolo medesimo o il suo successivo annullamento implicito in autotutela.

Così conformato l'esercizio del potere urbanistico, *«il titolo entra nell'ordinamento giuridico assistito dalla presunzione di legittimità, che ne attesta la validità fino alla sua rimozione dall'ordinamento medesimo mediante i tipici strumenti previsti dal sistema, ovvero l'annullamento in via giudiziaria, giustiziale, in autotutela espressa o, nei soli casi consentiti, straordinaria da parte dell'autorità competente»*.

La presunzione di legittimità che assiste il provvedimento nel momento in cui esso è adottato risponde, come osservato nella sentenza in esame, a canoni costituzionali di certezza del diritto, stabilità dei rapporti, effettività del potere siccome funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico.

Il Consiglio ha ricordato anche che *«il permesso di costruire è un provvedimento autoritativo che, per quanto privo di indole concessoria, ha natura solo tendenzialmente vincolata perché richiede sempre un minimo esercizio di discrezionalità e lo svolgimento di una attività istruttoria complessa, quantomeno in ordine all'accertamento dei presupposti di fatto e diritto previsti dalla legge e dalla disciplina pianificatoria per il rilascio dei titoli»*.⁵

⁴ così, tra le altre, Cass. 11842/2011, 20574/2007 (avancorpo cieco); Cass. 23495/2006 (distanza inferiore a 1,5 metri); Cass. 8383/1999 (fabbricato fronteggiante); Cass. 92017/1991 (distanza prevalentemente di 6,5 metri).

⁵ cfr. Consiglio di Stato sez. IV, n. 7373 del 2021, n. 2965 del 2021, n. 6327 del 2018, n. 6265 del 2018, n. 2366 del 2018.

Sulla scorta di tali argomentazioni, nel respingere l'appello proposto, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto dirimente la circostanza che i titoli edilizi via via rilasciati nel tempo dal Comune si fossero consolidati nell'ordinamento giuridico, siccome rimasti inoppugnati, ragion per cui gli stessi non possono più essere rimessi in discussione in sede giudiziaria.

Inoltre, non è ravvisabile in capo al Comune un obbligo giuridico di rimuoverli in autotutela, ancorché conculcato dal privato, trattandosi di poteri (quelli di avvio del procedimento di autotutela decisoria) connotati dalla massima discrezionalità nell'*an*, appartenenti piuttosto alla sfera libera di determinazione dell'amministrazione, come tali insindacabili e incoercibili.

3. *Decadenza del permesso di costruire, il Comune non deve restituire l'importo versato dal costruttore per monetizzazione di aree a standard.*

Nella pronuncia n. 897 del 3 ottobre 2022, il TAR Lombardia esplica le ragioni per cui, in caso di decadenza del permesso di costruire, il Comune non deve restituire l'importo versato dal costruttore per monetizzazione delle aree a *standard*.

L'analisi della decisione in commento non può che prendere le mosse dal diritto sostanziale, e cioè dalla natura e dalle finalità della disciplina della monetizzazione sostitutiva della cessione di *standard* urbanistici - con particolare attenzione alla normativa dettata dal legislatore regionale lombardo.

In via preliminare si rammenta che in caso di interventi di nuova costruzione, ampliamento o di cambi di destinazione d'uso per i quali occorrerebbero aree destinate ad uso collettivo - che tuttavia non sia possibile reperire - i Comuni possono prevedere la monetizzazione delle aree a *standards*, ossia il versamento allo stesso di un importo alternativo alla cessione diretta delle stesse aree, ogni volta che tale cessione non venga disposta o non sia possibile ai sensi della norma regionale.

L'istituto della monetizzazione in Regione Lombardia trova ora la sua precipua disciplina nell'articolo 46 della L.R. n. 12/2005⁶ che - nel normare il contenuto che debbono avere le convenzioni accessorie ai piani attuativi - al comma 1, lett. a) ultimo periodo, prevede che «(...) qualora l'acquisizione di tali aree non risulti possibile o non sia ritenuta opportuna dal comune in

⁶ La monetizzazione veniva espressamente prevista dalla L.R. della Lombardia 5 dicembre 1977, n. 60 con specifico riferimento alla lottizzazione di aree edificabili; la L.R. n. 60/1977 è stata abrogata dall'art. 104 della L.R. n. 12/2005 e tale norma è stata trasfusa nel citato articolo 46.

relazione alla loro estensione, conformazione o localizzazione, ovvero in relazione ai programmi comunali di intervento, la convenzione può prevedere, in alternativa totale o parziale della cessione, che all'atto della stipulazione i soggetti obbligati corrispondano al comune una somma commisurata all'utilità economica conseguita per effetto della mancata cessione e comunque non inferiore al costo dell'acquisizione di altre aree. I proventi delle monetizzazioni per la mancata cessione di aree sono utilizzati per la realizzazione degli interventi previsti nel piano dei servizi, ivi compresa l'acquisizione di altre aree a destinazione pubblica».

Visto brevemente il quadro normativo in materia, la pronuncia in menzione ha sottolineato che l'obbligazione relativa alla monetizzazione delle aree a *standard*, assunta mediante atto unilaterale d'obbligo, nonostante la struttura unilaterale, costituisce un accordo che integra il titolo edilizio ai sensi dell'articolo 11 della L. n. 241/1990, con gli stessi effetti della convenzione urbanistica.

Ad avviso dei giudici, tale circostanza modifica la prospettiva da cui si deve osservare la controversia in quanto lo schema degli accordi sostitutivi o integrativi non contempla il diritto di recedere liberamente: qualora le parti non abbiano stipulato un'espressa pattuizione al riguardo, l'unica ipotesi di recesso è quella dell'articolo 11, comma 4 della L. n. 241/1990, che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse consente all'amministrazione di uscire unilateralmente dall'accordo, liquidando un indennizzo per gli eventuali pregiudizi verificatisi in danno dei privati.

Pertanto, dal lato dei privati, le obbligazioni assunte rimangono sempre vincolanti anche se successivamente alla stipula dell'accordo o alla sottoscrizione dell'atto unilaterale d'obbligo sia venuto meno l'interesse originario, non facendo alcuna differenza che la perdita dell'interesse sia dovuta all'azione di terzi o al caso fortuito poiché il rischio della sopravvenuta impossibilità di completare l'operazione edilizia rimane comunque a carico dei privati, tranne quando l'ostacolo sia costituito da una decisione dell'amministrazione. Infatti, solo in quest'ultimo caso vi sarebbe violazione dell'equilibrio raggiunto con la convenzione urbanistica o con l'atto unilaterale d'obbligo, in quanto la parte pubblica non potrebbe essere contemporaneamente la causa e la beneficiaria della perdita economica della parte privata.

Si è giunto così ad affermare che *«le ragioni soggettive che impediscono il completamento dell'operazione edilizia sono inopponibili all'amministrazione, la quale non è tenuta a svolgere un ruolo di garanzia nei confronti delle aspettative dei privati. La restituzione di quanto incamerato sulla base di una convenzione urbanistica o di un atto unilaterale d'obbligo equivarrebbe a fornire una simile garanzia, e correlativamente subordinerebbe l'interesse pubblico, oggettivo e ormai consolidato, all'erratica evoluzione della situazione economica dei privati».*

In questo quadro, ad avviso del TAR Lombardia, *«non vi è arricchimento ingiusto da parte dell'amministrazione, perché la causa del pagamento era chiara fin dall'inizio, e corrispondeva al diritto edificatorio regolato dal titolo edilizio, non al risultato stesso dell'edificazione. Il titolo edilizio non è mai stato cancellato, semplicemente è decaduto in quanto non esercitato per vicende proprie della parte privata»*.

Precisato ciò, è stato aggiunto che i privati, una volta assunta un'obbligazione pecuniaria in vista dell'esercizio dei diritti edificatori, non hanno alcun potere di verifica circa la destinazione che l'amministrazione imprime in concreto alle somme incamerate. In tale prospettiva, non è dunque possibile ottenere la restituzione di quanto versato, o la cancellazione del resto del debito, deducendo l'inutilità delle infrastrutture che il Comune intende acquisire o realizzare poiché ciò che viene imposto attraverso la monetizzazione delle aree a *standard* è un contributo alla realizzazione di infrastrutture da mettere a disposizione dell'intera collettività, la cui localizzazione e dimensionamento rientrano esclusivamente nelle scelte discrezionali dell'amministrazione.

Volendo concludere, *«rispetto alle obbligazioni assunte nelle forme dell'art. 11 della legge 241/1990, che hanno essenzialmente natura perequativa, estendendosi alla realizzazione di opere di urbanizzazione extra-comparto o al reperimento di aree a standard con eventuale monetizzazione, il contributo di costruzione collegato al permesso di costruire semplice si avvicina invece allo schema tariffario su domanda. Nel primo caso l'edificazione assume quindi un rilievo sociale, nel secondo rimane un'operazione edilizia circoscritta all'interesse del richiedente. Ne consegue che solo la rinuncia al permesso di costruire semplice, formulata espressamente o per inerzia, può consentire il recupero della tariffa versata, mancando un più ampio coinvolgimento dell'interesse pubblico»*.

4. Abusi edilizi, quando la demolizione può essere evitata.

Il principio generale in tema di abusi edilizi secondo cui ogni costruzione abusiva deve essere sempre abolita subisce talvolta un temperamento da parte del legislatore, che scaturisce dal bilanciamento di due contrapposti interessi: da un lato, la tutela dell'affidamento del privato e, dall'altro, la tutela del corretto assetto urbanistico ed edilizio.

In questo senso, il legislatore ha disciplinato all'articolo 38 del D.P.R. n. 380/2001 – rubricato *«Interventi eseguiti in base a permesso annullato»* - le conseguenze derivanti dall'esecuzione di interventi edilizi sulla scorta di un titolo abilitativo successivamente annullato prevedendo che *«in caso di annullamento del permesso, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del*

competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa».

Il successivo comma 2 aggiunge che *«l'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36»*; per poi precisare al comma 2-bis che *«le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo»*.

Orbene, la compensazione degli opposti interessi in rilievo – tutela del legittimo affidamento da una parte, tutela del corretto assetto urbanistico ed edilizio dall'altro – è realizzato dal legislatore per il tramite della “compensazione” monetaria di valore pari *«al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite»* (cd. *«fiscalizzazione dell'abuso edilizio»*).

La ragione sottesa a questa previsione – come evidenziato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato⁷ - è quella di contemplare un regime particolare per le fattispecie che non si caratterizzano per una abusività “originaria” ma “sopravvenuta” a seguito dell'annullamento del permesso di costruire e, quale eccezionale deroga al principio di necessaria repressione a mezzo demolizione degli abusi edilizi, la disposizione è presidiata da due condizioni:

- a) la prima è la motivata valutazione circa l'impossibilità della rimozione dei vizi delle procedure amministrative;
- b) la seconda è la motivata valutazione circa l'impossibilità di restituzione in pristino.

Si tratta di due condizioni eterogenee poiché la prima attiene alla sfera dell'amministrazione e presuppone che l'attività di convalida del provvedimento amministrativo *ex art. 21-nonies*, comma 2 della L. 241/1990, mediante rimozione del vizio della relativa procedura, non sia oggettivamente possibile; mentre la seconda attiene alla sfera del privato e concerne la concreta possibilità di procedere alla restituzione dei luoghi in pristino stato.⁸

Ciò posto, il legislatore ha declinato in modo generico entrambe le condizioni non chiarendo cosa debba intendersi per “vizi delle procedure amministrative” e per “impossibilità” di riduzione in pristino.

⁷ Consiglio di Stato sez. VI, 24 aprile 2017, n.1909.

⁸ Sul punto, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 7 settembre 2020, n. 17.

Sul punto, con la sentenza n. 136 del 4 gennaio 2023, il Consiglio di Stato si è recentemente pronunciato circa la corretta applicazione dell'articolo 38 del D.P.R. n. 380/2001, e dei presupposti per la cd. *«fiscalizzazione dell'abuso edilizio»*, richiamando il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria del 7 settembre 2020, n. 17 secondo cui *«i vizi cui fa riferimento l'art. 38, t.u. edilizia, approvato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione»*.⁹

La norma, dunque, intende fare riferimento all'ipotesi in cui il titolo edilizio sia stato annullato per vizi formali o procedurali non emendabili ai sensi del citato articolo 21-*nonies*, comma 2 della L. n. 241/1990 in quanto, stante la sostanziale legittimità dell'opera, la tutela dell'affidamento del privato circa la legittimità del titolo edilizio costituisce un limite rispetto al potere di riduzione in pristino dell'amministrazione.

Invero, *«la tutela dell'affidamento attraverso l'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38 non può infatti giungere sino a consentire una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'amministrazione, in deroga a qualsivoglia previsione urbanistica, ambientale o paesaggistica, pena l'inammissibile elusione del principio di programmazione e l'irreversibile compromissione del territorio, ma è piuttosto ragionevolmente limitata a vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che legittimamente ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto assentito»*.

Diversamente, qualora il permesso di costruire sia stato annullato per vizi sostanziali, la fiscalizzazione dell'abuso è consentita solo nel caso in cui la restituzione in pristino risulti impossibile alla luce di una valutazione tecnica e non di una ponderazione dei vari interessi in gioco, fra cui l'affidamento del privato nella legittimità delle opere.

Ad avviso della giurisprudenza del Consiglio di Stato, infatti, *«nell'ambito delle conseguenze agli illeciti edilizi, deve rilevarsi come l'impossibilità di riduzione in pristino non possa che essere di ordine squisitamente tecnico costruttivo; diversamente opinando, l'art. 38 d.P.R. 380/2001 si presterebbe a letture strumentali, consentendo sanatorie 'ex officio' di abusi attraverso lo strumento dell'annullamento in autotutela del titolo edilizio originario»*.¹⁰

⁹ Con la pronuncia in menzione l'Adunanza Plenaria non ha condiviso il diverso orientamento giurisprudenziale secondo cui la fiscalizzazione dell'abuso prescinderebbe dalla tipologia del vizio (procedurale o sostanziale) avendo il legislatore affidato l'eccezionale percorribilità della sanatoria pecuniaria alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, in esecuzione di un potere che affonda le sue radici e la sua legittimazione nell'esigenza di tutelare l'affidamento del privato.

¹⁰ Consiglio di Stato sez. IV, 19 aprile 2022, n. 2919.

5. *La differenza tra abusi e tolleranze costruttive: la pronuncia del Consiglio di Stato.*

Il concetto di tolleranza costruttiva è ora disciplinato dall'articolo 34-bis del D.P.R. n. 380/2001 - introdotto dal D.L. n. 76/2020, convertito dalla legge 120/2020 - che è andato a sostituire il vecchio comma 2-ter dell'articolo 34, il quale aveva una portata applicativa più ristretta.

Secondo la norma vigente *«il mancato rispetto dell'altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta e di ogni altro parametro delle singole unità immobiliari non costituisce violazione edilizia se contenuto entro il limite del 2 per cento delle misure previste nel titolo abilitativo»*.

La tolleranza costruttiva di cui al citato comma 1 dell'articolo 34-bis del D.P.R. n. 380/2001 - così come nell'originario comma 2-ter dell'articolo 34 del D.P.R. n. 380/2001 - fa riferimento ad una quota percentuale di alterazione del parametro costruttivo che l'ordinamento reputa essere irrisoria, con la conseguenza che essa non rileva dal punto di vista della sua perseguibilità su un piano amministrativo.

Tuttavia, rispetto alla disposizione previgente, tale norma fa riferimento non solo al mancato rispetto dell'altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta, ma *«di ogni altro parametro»* urbanistico o edilizio attinente alla fase di costruzione. Inoltre, l'indice per la valutazione della tolleranza costruttiva non fa più riferimento al 2 per cento delle misure progettuali, ma al 2 per cento delle misure previste nel titolo abilitativo.¹¹

Il secondo comma dell'articolo 34-bis del D.P.R. n. 380/2001 appare, invece, di assoluta novità in quanto introduce alcune ipotesi che il legislatore stesso qualifica come tolleranze esecutive che - a differenza di quelle previste al primo comma di tipo costruttivo - non richiede il rispetto di alcun requisito percentuale.

Il comma in menzione prevede, infatti, che fuori dai casi di cui al comma 1, limitatamente agli immobili non sottoposti a tutela ai sensi del D.lgs. n. 42/2004 (*«Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137»*), costituiscono, inoltre, *«tolleranze esecutive le irregolarità geometriche e le modifiche alle finiture degli edifici di minima entità, nonché la diversa collocazione di impianti e opere interne, eseguite durante i lavori per l'attuazione di titoli abilitativi edilizi, a condizione che non comportino violazione della disciplina urbanistica ed edilizia e non pregiudichino l'agibilità dell'immobile»*.

¹¹ L'articolo 34, comma 2-ter disponeva infatti che *«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»*.

Infine, la norma si chiude disponendo che, le tolleranze esecutive di cui al primo comma, sia quelle individuate dal secondo comma della disposizione in discorso, *«realizzate nel corso di precedenti interventi edilizi, non costituendo violazioni edilizie, sono dichiarate dal tecnico abilitato, ai fini dell'attestazione dello stato legittimo degli immobili, nella modulistica relativa a nuove istanze, comunicazioni e segnalazioni edilizie ovvero con apposita dichiarazione asseverata allegata agli atti aventi per oggetto trasferimento o costituzione, ovvero scioglimento della comunione, di diritti reali»*.

Tale previsione normativa supera per limpidezza il testo dell'abrogato articolo 34, comma 2-ter del D.P.R. n. 380/2001, nel quale il legislatore si limitava invece a statuire che con esse *«non si ha parziale difformità dal titolo abilitativo»*. Sicché, la peculiarità della disposizione consiste proprio nel fatto che siffatte tolleranze sono espressamente considerate giuridicamente irrilevanti dal legislatore, risultando inidonee a generare una difformità dal titolo edilizio apprezzabile sul piano delle conseguenze sanzionatorie. In tal modo, non si verifica alcun meccanismo sanante, ma si dà luogo ad un sistema preclusivo, escludendo radicalmente che in alcun modo le fattispecie disegnate dal legislatore possano rappresentare una violazione delle disposizioni vigenti in materia edilizia.

Non si tratta, infatti, di una speciale causa di estinzione della fattispecie amministrativa sanzionabile (rientrante nella tipologia della parziale difformità), ma dell'affermazione normativa che le ipotesi in questione sono conformi alle norme, atteso che qualsivoglia meccanismo estintivo di una sanzione presupporrebbe, invece, una vicenda lesiva di un diritto o di un interesse legittimo. In questo senso, assume un ruolo essenziale il *«tecnico abilitato»*, intendendosi per tale qualsiasi tecnico abilitato al quale la legge affida la predisposizione di progetti edilizi.¹²

In tale prospettiva, con la sentenza n. 8709 del 12 ottobre 2022, il Consiglio di Stato ha affermato che è illegittimo il provvedimento con il quale viene ordinato la rimessa in pristino dello stato dei luoghi, in relazione ad un abuso edilizio nel caso lo stesso si traduca in una modifica di lieve entità, con sostanziale assenza di pregiudizio all'interesse pubblico urbanistico e, pertanto, in mancanza di una valida ragione per l'interesse pubblico tutelato, mancando quindi l'esistenza di un abuso rilevante, che potrebbe giustificare l'irrogazione della sanzione edilizia.¹³

Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, nel caso oggetto della pronuncia in menzione, non sono infatti integrati gli elementi che per giurisprudenza costante sono richiesti per una difformità che deve conseguire la demolizione ed il ripristino: *«opere non rientranti tra quelle consentite, che abbiano una loro autonomia e novità, oltre che sul piano costruttivo anche in quello della valutazione economico-*

¹² Foro Amministrativo (II), fasc.5, 1° MAGGIO 2021, pag. 867, *«Lo stato legittimo degli immobili, le tolleranze e la dichiarazione tecnica»*.

¹³ Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2018 n. 2837; id., n. 3371/2018.

sociale, e (...) un modesto aumento di volume e di altezze di piano rispetto alla consistenza dell'edificio come originariamente progettato, senza dare luogo a nuovi organismi edilizi autonomamente utilizzabili (ex multis Cons. Stato, sez. VI, n. 7024/2022; id., n. 756/2022)».

Alla luce di quanto sopra, l'insussistenza dell'abuso comporta in ogni modo l'inapplicabilità dell'articolo 31 del D.P.R. 380/2001 – rubricato «*Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali*» - con sequela di dover disporre l'annullamento dell'ordine di demolizione.

6. Condono edilizio: la Corte di Cassazione riafferma i principi chiave.

La Corte di Cassazione penale, sez. III, con la sentenza n. 44457 del 23 novembre 2022, ha respinto il ricorso proposto avverso l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione aveva dichiarato inammissibile l'istanza proposta da due soggetti diretta ad ottenere la revoca dell'ordine di demolizione impartito nei loro confronti sul rilievo che la volumetria da sanare fosse stata surrettiziamente frazionata mediante la presentazione di distinte domande di condono.

Con la pronuncia *de qua* gli ermellini hanno fissato alcuni principi chiave relativi all'utilizzo delle disposizioni previste dagli articoli 31, comma 3, e 38 della legge n. 47/1985 (cd. primo condono edilizio) e dell'art. 39 della legge n. 724/1994 (cd. secondo condono edilizio).

In primo luogo si rammenta che, ai sensi del citato articolo 39, comma 1, prima parte della legge 724/1994, «*le disposizioni di cui ai capi IV e V della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni e integrazioni, come ulteriormente modificate dal presente articolo, si applicano alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31 dicembre 1993, e che non abbiano comportato ampliamento del manufatto superiore al 30 per cento della volumetria della costruzione originaria ovvero, indipendentemente dalla volumetria iniziale, un ampliamento superiore a 750 metri cubi*». La norma prosegue precisando che «*le suddette disposizioni trovano altresì applicazione alle opere abusive realizzate nel termine di cui sopra relative a nuove costruzioni non superiori ai 750 metri cubi per singola richiesta di concessione edilizia in sanatoria*».

Pertanto, anche nell'ipotesi di nuova costruzione, non è ammissibile il condono edilizio di una costruzione quando la richiesta di sanatoria sia presenta frazionando l'unità immobiliare in plurimi interventi edilizi, in quanto è illecito l'espedito di denunciare fittiziamente la realizzazione di plurime opere non collegate tra loro quando, invece, le stesse risultano finalizzate alla realizzazione di un unico manufatto e sono a esso funzionali, sì da costituire una costruzione unica.

Sul tema del frazionamento delle istanze di condono edilizio la Cassazione si è espressa numerose volte rilevando che *«in tema di condono edilizio disciplinato dalla legge 24 novembre 1994, n. 724, nel caso di unico immobile, rispetto al quale non sia stata effettuata alcuna divisione né siano stati costituiti diritti di proprietà o di godimento su singole porzioni, non sono legittimati a presentare distinte istanze di sanatoria coloro che abbiano la mera disponibilità di fatto di specifiche porzioni del bene, configurando ciò un artificioso frazionamento della domanda volto ad eludere il limite legale di volumetria dell'opera per la concedibilità della sanatoria»*.¹⁴

Sotto ulteriore profilo, la Corte non ha ritenuto fondato il rilievo secondo cui la demolizione avrebbe generato un contrasto tra l'ordinamento amministrativo nel cui ambito erano state rilasciate le sanatorie e l'ordinamento penale in quanto deve essere considerato pienamente legittimo il controllo del giudice penale sulla conformità delle opere alla normativa urbanistica e alle disposizioni rivenienti dalla pianificazione territoriale in quanto, *«in tema di reati edilizi, il giudice penale ha il potere-dovere di verificare in via incidentale la legittimità del permesso di costruire in sanatoria e la conformità delle opere agli strumenti urbanistici, ai regolamenti edilizi ed alla disciplina legislativa in materia urbanistico-edilizia, senza che ciò comporti l'eventuale "disapplicazione" dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E, atteso che viene operata una identificazione in concreto della fattispecie con riferimento all'oggetto della tutela, da identificarsi nella salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio regolati dagli strumenti urbanistici»*.

Da ultimo, preme evidenziare che la sentenza in menzione si è soffermata ad analizzare la natura dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo disposta con la sentenza di condanna confermando che non può riconoscersi all'ordine di demolizione sanzione di natura penale poiché *«in materia di reati edilizi, l'ordine di demolizione del manufatto abusivo disposto con la sentenza di condanna ha natura di sanzione amministrativa che assolve ad una funzione ripristinatoria del bene leso, non ha finalità punitive ed ha carattere reale, con effetti sul soggetto che si trova in rapporto con il bene, anche se non è l'autore dell'abuso, con la conseguenza che non può ricondursi alla nozione convenzionale di "pena" nel senso elaborato dalla giurisprudenza della Corte EDU»*.

Consegue, quindi, al riconoscimento della natura di sanzione amministrativa l'insuscettibilità di estinzione per decorso del tempo dell'ingiunzione demolitoria, costituendo principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui *«in materia di reati concernenti violazioni edilizie, l'ordine di demolizione del manufatto abusivo non è sottoposto alla disciplina della prescrizione stabilita dall'art. 173 cod. pen. per le sanzioni penali, avendo natura di sanzione amministrativa a carattere*

¹⁴ così Sez. 4, n. 10017 del 15/03/2021, PG., Rv. 280700-01, nonché, nello stesso senso, Sez. 3, n. 27977 del 04/04/2019, Caputo, Rv. 276084-01, Sez. 3, n. 44596 del 20/05/2016, Boccia, Rv. 269280-01 e Sez. 3, n. 12353 del 02/10/2013, dep. 17/03/2014, Cantiello, Rv. 259292-01.

*ripristinatorio, priva di finalità punitive e con effetti che ricadono sul soggetto che è in rapporto col bene, indipendentemente dal fatto che questi sia l'autore dell'abuso».*¹⁵

Conclusione che non può ritenersi contrastante con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza, ove si consideri che la Corte ha di recente affermato che *«è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 117 Cost., dell'art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001 per mancata previsione di un termine di prescrizione dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo disposto con la sentenza di condanna, in quanto le caratteristiche di detta sanzione amministrativa - che assolve ad una funzione ripristinatoria del bene leso, configura un obbligo di fare per ragioni di tutela del territorio, non ha finalità punitive ed ha carattere reale, producendo effetti sul soggetto che si trova in rapporto con il bene, anche se non è l'autore dell'abuso - non consentono di ritenerla "pena" nel senso individuato dalla giurisprudenza della Corte EDU, e, pertanto, è da escludere sia la irragionevolezza della disciplina che la riguarda rispetto a quella delle sanzioni penali soggette a prescrizione, sia una violazione del parametro interposto di cui all'art. 117 Cost.»*.¹⁶

7. Procedimento di variante semplificata e sindacabilità delle scelte urbanistiche.

Con la sentenza n. 10354 del 24 novembre 2022, la IV sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata circa la sindacabilità delle scelte urbanistiche da parte del giudice amministrativo nel procedimento di variante semplificata di cui all'articolo 8 del D.P.R. n. 160/2010 (rubricato *«Regolamento per la semplificazione e il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dell'articolo 38, comma 3, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133»*).

Al fine di comprendere il principio di diritto enunciato dal Consiglio di Stato si rende opportuno inquadrare brevemente la vicenda giudicata attinente un impianto produttivo per il quale il titolare, avendo un interesse a un ampliamento dell'attività, depositava istanza volta al rilascio del prescritto provvedimento unico facendo ricorso al procedimento di variante semplificata ex articolo 8 del D.P.R. n. 160/2010; ottenuti i pareri favorevoli della conferenza dei servizi e della Giunta comunale si vedeva opposto il diniego di variante semplificata dal Consiglio comunale che, dopo essere stato annullato dal TAR adito per difetto di motivazione, veniva successivamente reiterato.

¹⁵ così Sez. 3, n. 49331 del 10/11/2015, P.M. in proc. Delorier, Rv. 265540-01, Sez. 3, n. 36387 del 07/07/2015, Formisano, Rv. 264736-01, Sez. 3, n. 19742 del 14/04/2011, Mercurio e altro, Rv. 250336-01 e Sez. 3, n. 43006 del 10/11/2010, La Mela, Rv. 248670-01.

¹⁶ così Sez. 3, n. 41475 del 03/05/2016, Porcu, Rv. 267977-01.

L'istante, dopo aver adito nuovamente il giudice di primo grado ed essersi visto rigettare il ricorso, proponeva appello al Consiglio di Stato contestando l'adeguatezza della motivazione del nuovo diniego nonché l'elusione, da parte della sentenza impugnata, dell'obbligo di previa comunicazione dei motivi ostativi e l'erroneità del riferimento all'articolo 13, comma 1 della l. n. 241/1990 (il quale esclude l'applicazione delle norme sulla partecipazione per gli atti di pianificazione).

In via preliminare si rammenta che la variante semplificata è lo strumento con cui il legislatore ha introdotto una misura di semplificazione urbanistica per agevolare l'inserimento di strutture produttive nel territorio comunale la cui disciplina ha carattere eccezionale e derogatorio e non può essere trasformata in una modalità "ordinaria" di variazione dello strumento urbanistico generale.

Nel disciplinare detto procedimento, il citato articolo 8 dispone che *«nei comuni in cui lo strumento urbanistico non individua aree destinate all'insediamento di impianti produttivi o individua aree insufficienti, fatta salva l'applicazione della relativa disciplina regionale, l'interessato può richiedere al responsabile del SUAP la convocazione della conferenza di servizi di cui agli articoli da 14 a 14-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, e alle altre normative di settore, in seduta pubblica»*.

Tale norma prosegue prevedendo che *«qualora l'esito della conferenza di servizi comporti la variazione dello strumento urbanistico, ove sussista l'assenso della Regione espresso in quella sede, il verbale è trasmesso al Sindaco ovvero al Presidente del Consiglio comunale, ove esistente, che lo sottopone alla votazione del Consiglio nella prima seduta utile. Gli interventi relativi al progetto, approvato secondo le modalità previste dal presente comma, sono avviati e conclusi dal richiedente secondo le modalità previste all'articolo 15 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia, di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380»*.

E' importante rilevare che, ai sensi del comma 2, *«è facoltà degli interessati chiedere tramite il SUAP all'ufficio comunale competente per materia di pronunciarsi entro trenta giorni sulla conformità, allo stato degli atti, dei progetti preliminari dai medesimi sottoposti al suo parere con i vigenti strumenti di pianificazione paesaggistica, territoriale e urbanistica, senza che ciò pregiudichi la definizione dell'eventuale successivo procedimento; in caso di pronuncia favorevole il responsabile del SUAP dispone per il seguito immediato del procedimento con riduzione della metà dei termini previsti»*.

Il comma 3 aggiunge che *«sono escluse dall'applicazione del presente articolo le procedure afferenti alle strutture di vendita di cui agli articoli 8 e 9 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, o alle relative norme regionali di settore»*.

Orbene, i presupposti fondamentali per effettuare tale variante semplificata devono essere preventivamente accertati in modo oggettivo e rigoroso: sia l'assenza nello strumento urbanistico di aree destinate ad insediamenti produttivi, sia l'insufficienza di queste deve essere opportunamente verificata, laddove il concetto di sufficienza o insufficienza delle aree esistenti va verificato «*in relazione al progetto presentato*».¹⁷

I giudici di Palazzo Spada - chiamati dunque a verificare la solidità dell'apparato motivazionale sulla scorta del quale il Consiglio comunale si era espresso in termini negativi in ordine alla richiesta di variante derogatoria - hanno ribadito in primo luogo che le scelte urbanistiche del Comune sono rimesse esclusivamente all'amministrazione che le adotta in base ad una *ratio* che, entro determinati limiti, è pur sempre sindacabile in sede giurisdizionale.

Infatti, se, per un verso, è corretta l'affermazione, fatta propria dalla giurisprudenza, secondo cui in generale le scelte urbanistiche costituiscono valutazioni di merito sottratte al sindacato giurisdizionale e censurabili unicamente per i profili di abnormità, illogicità e travisamento dei fatti.¹⁸ Per altro verso tale *regula iuris* è destinata a trovare immediata e compiuta attuazione in presenza di determinazioni in tema di pianificazione che investono rilevanti parti del territorio comunale, come ad esempio le varianti ordinarie, che sono dirette ad avere effetti innovativi sul governo del territorio, quanto ai fini, alle destinazioni e dimensionamento degli *standard*, per cui riesce arduo negare all'ente locale un incisivo potere discrezionale, suscettibile di essere censurato, in virtù delle prerogative proprie delle scelte operate, solo entro ristretti ambiti di profili di illegittimità.¹⁹

Ciò posto, viene evidenziato che «*la verifica della legittimità delle scelte urbanistiche da effettuarsi secondo il criterio della sussumibilità delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere si atteggia però diversamente in relazione all'ipotesi, quale è quella in esame, di una variante semplificata avente ad oggetto la localizzazione di un'opera su una porzione specifica e limitata del territorio che, per la natura ed entità della variazione proposta, non implica scelte di politica urbanistica di carattere generale stricto sensu, sì che le determinazioni da assumersi da parte dell'Amministrazione, nella comparazione degli interessi coinvolti, ben è assoggettabile a un più ampio e stringente sindacato giurisdizionale, in relazione, s'intende, ai profili di invalidità appositamente denunciati dagli interessati, senza che si possa in ciò configurare una non consentita funzione sostitutiva del giudice amministrativo a danno delle funzioni e delle prerogative all'Autorità istituzionalmente preposta alla gestione della relativa procedura*».

¹⁷ cfr. Consiglio di Stato IV 8 gennaio 2016, n. 27; Consiglio di Stato, 15 luglio 2011, n. 4308.

¹⁸ Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2669.

¹⁹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 novembre 2013, n. 5589.

Sulla scorta di tali considerazioni, ad avviso dei giudici, le ragioni addotte dall'organo comunale a giustificazione del diniego si rivelano non idonee a supportare validamente le conclusioni prese dall'amministrazione comunale che ha deciso di non accogliere la variante derogatoria con determinazioni che manifestano l'assenza dei necessari elementi di logicità e congruità rispetto ai dati documentali e alle risultanze procedurali emerse nelle fasi procedurali espletate prima che il progettato intervento fosse sottoposto al vaglio del Consiglio comunale.

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha accolto la censura afferente la violazione dell'art. 13 della legge n. 241/1990 richiamando il principio generale affermato dalla giurisprudenza secondo cui tale norma non si applica alle varianti localizzative, che sono in realtà provvedimenti puntuali.

8. *Lottizzazione abusiva: i presupposti.*

La recente sentenza Consiglio di Stato n. 148 del 4 gennaio 2023 offre lo spunto per tornare sui presupposti per l'integrazione della lottizzazione abusiva per poi soffermarsi sulle differenze tra il sindacato del giudice amministrativo e quello del giudice penale.²⁰

Si rammenta che la lottizzazione abusiva, quale fattispecie posta a tutela del potere comunale di pianificazione in funzione dell'ordinato assetto del territorio, viene disciplinata dall'articolo 30 del D.P.R. n. 380/2001 ai sensi del quale:

«Si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio». (comma 1)

In relazione alle conseguenze amministrative,²¹ la norma in esame dispone che:

«Nel caso in cui il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale accerti l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai proprietari delle aree ed agli altri soggetti indicati nel comma 1 dell'articolo 29, ne dispone la sospensione. Il

²⁰ Consiglio di Stato, Sez. VII, 4 gennaio 2023, n.148.

²¹ La fattispecie risulta altresì sanzionata penalmente dall'articolo 44 del D.P.R. n. 380/2001, il quale la assoggetta alla pena congiunta dell'arresto sino a due anni e dell'ammenda da euro 15.493 a 51.645 euro.

provvedimento comporta l'immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atti tra vivi, e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari». (comma 7)

«Trascorsi novanta giorni, ove non intervenga la revoca del provvedimento di cui al comma 7, le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune il cui dirigente o responsabile del competente ufficio deve provvedere alla demolizione delle opere. In caso di inerzia si applicano le disposizioni concernenti i poteri sostitutivi di cui all'articolo 31, comma 8». (comma 8)

Fermo il quadro normativo di riferimento, la sentenza in commento effettua preliminarmente un'ampia ricognizione delle varie fattispecie di lottizzazione abusiva individuate da dottrina e giurisprudenza.

In primo luogo, com'è noto, il citato articolo 30 al comma 1 disciplina due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva. Ricorre la lottizzazione abusiva cd. "materiale" con la realizzazione di opere che comportano la trasformazione urbanistica ed edilizia dei terreni, sia in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, approvati o adottati, ovvero di quelle stabilite direttamente in leggi statali o regionali, sia in assenza della prescritta autorizzazione. Si ha, invece, lottizzazione abusiva "formale" o "cartolare" quando, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione lottizzatoria di carattere materiale, se ne sono già realizzati i presupposti con il frazionamento e la vendita - o altri atti equiparati - del terreno in lotti che, per le specifiche caratteristiche, quali la dimensione dei lotti stessi, la natura del terreno, la destinazione urbanistica, l'ubicazione e la previsione di opere urbanistiche, o per altri elementi, evidenzino in modo non equivoco la destinazione ad uso edificatorio.

A queste fattispecie la giurisprudenza affianca la cd. lottizzazione "mista", caratterizzata di elementi afferenti ad entrambe le tipologie di lottizzazione suindicate: invero, si ha sia l'esercizio di un'attività materiale di diretta trasformazione del territorio, sia un'attività giudicata di frazionamento e vendita o atti equivalenti.²² Solitamente, lo schema della lottizzazione mista prevede, dapprima, il frazionamento dell'originario unitario terreno, con conseguente alienazione dei singoli lotti da parte del "venditore-lottizzatore" agli "acquirenti", e successivamente, la materiale trasformazione del terreno attraverso l'edificazione di manufatti all'interno dei singoli lotti o la realizzazione di opere di urbanizzazione di uso comune.²³

Precisato ciò - come evidenziato dalla pronuncia in esame - l'interesse protetto dalla norma è quello di garantire un ordinato sviluppo urbanistico del tessuto urbano, in coerenza con le scelte pianificatorie dell'amministrazione. Al riguardo, viene ricordato che *«le scelte espresse nel piano*

²² Cassazione Penale, sez. III, 26 ottobre 2007, n. 6080 del; Cassazione Penale, sez. III, 20 maggio 2015, n. 24985.

²³ <https://www.ildirittoamministrativo.it/Edilizia-ed-urbanistica-lottizzazione-abusiva-terreni-Romano/gpen621>.

urbanistico generale di un Comune, di regola, non possano essere attuate mediante il diretto rilascio di permessi di costruire agli interessati, ma richiedano l'intermediazione di uno strumento ulteriore, rappresentato dai piani attuativi. Il piano attuativo, infatti, ha la funzione di "precisare zona per zona", con i dettagli necessari, "le indicazioni di assetto e sviluppo urbanistico complessivo contenute nel piano regolatore", e quindi di attuarle "gradatamente e razionalmente" e di garantire che ogni zona disponga di "assetto ed attrezzature rispondenti agli insediamenti", ovvero delle opere di urbanizzazione, e tutto ciò, all'evidenza, trascende il possibile contenuto di un singolo permesso di costruire».

In tale contesto, la lottizzazione abusiva sottrae all'amministrazione il proprio potere di pianificazione attuativa e la mette di fronte al fatto compiuto di insediamenti in potenza privi dei servizi e delle infrastrutture necessarie al vivere civile incidendo sul degrado urbano con conseguenti gravi problemi sociali.²⁴

La sentenza *de qua* affronta, infine, il tema dell'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo avente ad oggetto la legittimità del provvedimento disposto dall'amministrazione e precisa che *«tale sindacato non risulta completamente sovrapponibile a quello svolto dal Giudice penale relativamente alla fattispecie criminosa di cui all'art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001, il quale, seppure in ipotesi avente ad oggetto i medesimi fatti storici, mira ad accertare la responsabilità penale dell'imputato, con le relative conseguenze sulla sua libertà personale e che, pertanto, sul piano processuale esige la dimostrazione della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio del reo (art. 533 c.p.p.)»*.

Infatti, *«procedimento amministrativo e procedimento penale, anche se sono destinati ad incidere sullo stesso bene giuridico, procedono comunque su binari paralleli: il giudizio penale ha riguardo alla responsabilità dell'imputato (e, di conseguenza, alla confisca del bene), mentre il giudizio amministrativo attiene alla legittimità del provvedimento disposto dall'amministrazione, del quale l'acquisizione dell'area è semplicemente una conseguenza automatica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1878)»*.

Ciò posto, il sindacato del giudice amministrativo attiene dunque alla piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione, al fine di verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati dall'amministrazione, la loro affidabilità e la loro coerenza, e se essi sono idonei a corroborare le conclusioni che la stessa amministrazione ne ha tratto secondo il canone di valutazione credibilità razionale della decisione amministrativa alla luce degli elementi posti dall'amministrazione a giustificazione della stessa, essendo poi onere del ricorrente - tramite il ricorso - quello di contestare la veridicità dei fatti, o di rappresentare circostanze atte ad incrinare la credibilità del processo intellettuale sottostante la decisione dell'amministrazione.

²⁴ Consiglio di Stato sez. VII, 29 dicembre 2022, n. 11628.

In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che i principi costituzionali e sovranazionali di buona fede e di presunzione di non colpevolezza invocabili dai contravventori allo scopo di censurare un asserito *deficit* istruttorio e motivazionale consistente nell'omessa individuazione dell'elemento psicologico dell'illecito contestato possono al più essere spesi al fine dell'applicazione della sanzione penale accessoria della confisca urbanistica contemplata dall'articolo 44, D.P.R. n. 380 del 2001, nel mentre l'argomento medesimo non è utilmente invocabile al fine dell'irrogazione della sanzione amministrativa dell'acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio del Comune, contemplata dall'articolo 30, comma 8 del D.P.R. n. 380/2001, in quanto atto vincolato.²⁵

Sulla scorta di tali considerazioni, nel respingere l'appello proposto dall'acquirente di un immobile, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la considerazione globale dei fatti che hanno caratterizzato l'area in questione ricedente in area agricola (il mutamento di destinazione d'uso impresso mediante costruzioni abusive e vie d'accesso che dimostrano lo scopo edificatorio dei frazionamenti e delle suddivisioni poste in essere) costituiscono elementi gravi, precisi e concordanti dell'integrazione dell'illecito di lottizzazione abusiva cd. "mista" e della finalità abusiva perseguita dagli autori.

In casi analoghi, infatti, i giudici amministrativi hanno già evidenziato che procedendo alla vendita di lotti di ridotte dimensioni si contraddice esplicitamente la vocazione agricola del terreno, così dando vita a quegli indizi che fanno presumere la volontà di procedere a lottizzazione. Nella logica del mercato agricolo, infatti, possedere un terreno di notevoli dimensioni risulta maggiormente proficuo e dunque il frazionamento planimetrico del fondo fa emergere l'intento di voler procedere a lottizzazione abusiva.

Dal punto di vista amministrativo, inoltre, è irrilevante l'asserita buona fede degli acquirenti, i quali in ipotesi facciano risalire la responsabilità della lottizzazione abusiva esclusivamente ai loro danti causa, trattandosi di una situazione in cui rileva, dal punto di vista urbanistico, la sussistenza di un abuso oggettivo, fermo restando che la tutela dei terzi acquirenti di buona fede, estranei all'illecito, può essere fatta valere in sede civile nei confronti dell'alienante.²⁶

²⁵ cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 23 marzo 2018, n. 1878; id., sez. II, 17 maggio 2019, n. 3196; id. 24 giugno 2019, n. 4320, C.g.a. n. 93 del 8 febbraio 2021.

²⁶ cfr. Consiglio di Stato, IV, 3 aprile 2014, n. 1589.

9. *Il sequestro dei crediti legati ai bonus edilizi alla luce delle sentenze della Corte di Cassazione.*

La Cassazione si è pronunciata sul tema dei sequestri preventivi avviati nei procedimenti per truffa sul *Superbonus* e sugli altri *bonus* edilizi spiegando che tale misura cautelare serve a colpire il collegamento tra il reato e la cosa e non tra il reato e il suo autore.

La tematica focale – finora inedita nella giurisprudenza di legittimità – attiene alla conferma da parte della Cassazione della sequestrabilità dei crediti di imposta ceduti in capo al terzo estraneo al reato, quale cessionario di tali crediti di secondo grado o acquistati direttamente dal primo concessionario a prescindere dal concetto di responsabilità solidale. Invero, gli ermellini hanno di fatto reso irrilevanti le indicazioni fornite fino a questo momento sul tema della responsabilità solidale tra cedente e cessionario: in questi casi, non ha rilevanza la colpa di chi acquista, ma il solo fatto che i crediti fiscali trasferiti siano frutto di un reato.

Fatta questa opportuna premessa, è possibile passare in rassegna un intervento della Cassazione che, in linea con le recenti pronunce della Terza Sezione Penale della Cassazione in materia di *Superbonus* collegati a truffe²⁷, ha confermato la linea dura sul tema dei sequestri dei crediti fiscali ceduti a banche e altri soggetti legati ai *bonus* edilizi.

Nella pronuncia n. 44647, depositata il 23 novembre 2022, la Cassazione ha ribaltato la decisione con cui il Tribunale aveva annullato, nell'ambito di un'articolata indagine per truffa aggravata sui *bonus* facciate, il provvedimento di sequestro impeditivo disposto dal G.i.p. che aveva colpito il cassetto fiscale del cessionario, soggetto terzo in buona fede.

Secondo la Cassazione, infatti, il diritto del cessionario deriva da quello del beneficiario e, conseguentemente, la nullità o l'inesistenza del titolo si traferiscono sul credito di imposta di cui il cessionario sia divenuto titolare per effetto dell'esercizio dell'opzione da parte del beneficiario ex articolo 121 D.L. n. 34/2020. Pertanto, al fine di evitare che le conseguenze della truffa si aggravino il sequestro ben può essere disposto anche nei confronti di chi, ignaro, ha acquistato dei crediti in quanto la buona fede dei cessionari non può far sorgere in capo agli stessi un credito inesistente né legittimare la circolazione o la compensazione dei fittizi crediti fiscali.

In proposito, la Corte ha evidenziato che il citato articolo 121 del D.L. n. 34/2020 stabilisce che «i soggetti che sostengono spese per determinati interventi, invece di utilizzare direttamente la detrazione spettante, possono scegliere di ottenere lo sconto in fattura ovvero di cedere un credito d'imposta di pari

²⁷ cfr. Cassazione penale sez. III, n. 40865/2022; Cassazione penale sez. III, n. 40865/202240866/2022; Cassazione penale sez. III, n. 40867/2022; Cassazione penale sez. III, n.40868/2022; Cassazione penale sez. III, n.40869/2022.

ammontare ad altri soggetti, fra i quali gli istituti di credito e gli altri intermediari finanziari, che potrà essere nuovamente ceduto o portato in compensazione con debiti erariali».

Le due opzioni in capo al beneficiario, alternative alla ipotesi ordinaria dell'utilizzo diretto della detrazione fiscale spettante, sono quindi una derivazione dell'originario diritto, finalizzate a ottenere la immediata monetizzazione dello stesso, come si evince anche dal comma 3 dello stesso articolo 121 là dove prevede che i crediti d'imposta *«sono utilizzati in compensazione ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, sulla base delle rate residue di detrazione non fruite»* e che il credito d'imposta *«è usufruito con la stessa ripartizione in quote annuali con la quale sarebbe stata utilizzata la detrazione».*

Il comma 6 del medesimo articolo, poi, contempla la possibilità per l'Agenzia delle entrate, accertata la insussistenza, anche parziale, dei requisiti che danno diritto alla detrazione d'imposta, di recuperare l'imposta, in caso di concorso nella violazione, non solo nei confronti del beneficiario ma anche *«del fornitore che ha applicato lo sconto e del cessionario»*, solidalmente responsabili, previsione che conferma il nesso derivativo che il credito ceduto ha rispetto all'originario diritto alla detrazione.

La stessa disposizione, nel disciplinare l'esercizio delle azioni di recupero da parte dell'Agenzia delle Entrate, le esclude nei confronti del cessionario in buona fede che non abbia concorso nella violazione dell'originario beneficiario della detrazione, ma non legittima lo stesso a detenere e utilizzare crediti d'imposta *“inesistenti”* in quanto privi di un legittimo titolo originario, generatore dei crediti poi ceduti.

Inoltre, l'articolo 28-ter del D.L. n. 22/2022 - convertito con modificazioni nella L. n. 25/2022 - contempla espressamente la possibilità del sequestro dei crediti d'imposta ceduti anche nei confronti del cessionario, secondo le regole generali, mentre l'articolo 28 del medesimo decreto prevede la nullità dei contratti di cessione qualora conclusi in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 121, comma 1, 122, comma 1, e del comma 2 dello stesso articolo 28, così confermando ulteriormente il carattere derivativo dell'istituto della cessione del credito.

Orbene, chiarito il carattere derivativo del diritto del cessionario, la Cassazione ha spiegato che per giustificare il sequestro deve esserci *«un legame pertinenziale tra la res e il reato, ossia un collegamento che comprende non solo le cose sulle quali o a mezzo delle quali il reato è stato commesso o che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto, ma anche quelle legate solo indirettamente alla fattispecie*

*criminosa, non essendo invece sufficiente una relazione meramente occasionale tra la res e il reato commesso».*²⁸

Gli ermellini hanno aggiunto che, secondo la costante giurisprudenza, il sequestro preventivo di tipo impeditivo «*implica l'esistenza di un collegamento tra il reato e la cosa e non tra il reato e il suo autore, sicché possono essere oggetto del sequestro anche le cose in proprietà di terzo estraneo, se la loro libera disponibilità possa favorire la prosecuzione del reato stesso. (...) Lo stato di buona fede del terzo estraneo al reato rileva soltanto ove il sequestro sia stato disposto esclusivamente in quanto funzionale alla confisca, ai sensi dell'art. 321, comma 2, del codice di rito*».²⁹

10. *Superbonus*, il Comune non può bloccare i lavori e rischiare di fare perdere le agevolazioni.

L'attività sfrenata relativa a interventi agevolati con *bonus* edilizi è legata a rigide scadenze, che sono state oggetto di diverse successive proroghe e rimodulazioni, ora disciplinare dal D.L. n. 176/2022³⁰ (Decreto "*Aiuti-quater*") e dal comma 894, articolo 1 della legge n. 197/2022 (Legge di bilancio 2023).

A fronte del menzionato quadro normativo assumono particolare rilievo due recenti pronunce del TAR Piemonte (ordinanza 780 del 28 luglio 2022), e del TAR Campania (decreto n. 1640 del 19 settembre 2022), che hanno affermato il principio secondo cui la definizione dei contenziosi non deve creare ritardi tali da compromettere la possibilità di ottenere i *bonus* edilizi.

Il TAR Piemonte si è pronunciato sul ricorso presentato da un condominio sulla lamentata illegittimità del provvedimento con cui il Comune aveva inibito l'avvio delle attività di cui alla SCIA presentata dal condominio dei ricorrenti per la realizzazione di un ascensore all'interno dell'edificio per ragioni connesse al rispetto del vincolo imposto dalle NTA del PRG comunale.

Secondo la parte ricorrente l'intervento mirava al superamento delle barriere architettoniche e il Comune non aveva reso note le conclusioni dell'istruttoria sui danni che l'intervento avrebbe causato all'edificio. Il condominio aveva così chiesto l'annullamento del provvedimento comunale previa sospensione della sua efficacia poiché, altrimenti, non sarebbe riuscito a rispettare le scadenze richieste per usufruire del *Superbonus* 110%.

²⁸ cfr. Sez. 4, n. 29956 del 14/10/2020, Valentino, non mass. sul punto; Sez. 6, n. 5845 del 20/01/2017, F., Rv. 269374; Sez. 2, n. 28306 del 16/04/2019, Lo Modou, Rv. 276660; Sez. 3, n. 31415 del 15/01/2016, Ganzer, Rv. 267513; Sez. 3, n. 9149 del 17/11/2015, dep. 2016 Plaka, Rv. 266454.

²⁹ così Sez. 3, n. 57595 del 25/10/2018, Cervino, Rv. 274691; in senso conforme cfr., ad es., Sez. 3, n. 40480 del 27/10/2010, Orlando, Rv. 248741; Sez. 5, n. 11287 del 22/01/2010, Carlone, Rv. 246358; Sez. 3, n. 1806 del 04/11/2008, dep. 2009, Pepe, Rv. 242262; da ultimo v. Sez. 1, n. 31906 del 03/06/2022, Miraglia, non mass.

³⁰ Convertito con modificazioni dalla L. 13 gennaio 2023, n. 6.

Il TAR Piemonte, con il suo intervento qui in esame, ha dato ragione ai condomini ritenendo il ricorso munito di *fumus boni iuris* - con particolare riferimento alla carenza motivazionale del provvedimento - e ha disposto la sospensione del provvedimento impugnato ritenendo opportuno un motivato riesame entro un termine di 90 giorni *«anche in relazione alla lamentata possibilità per i ricorrenti di non poter usufruire, in ragione dei tempi di definizione del giudizio, degli incentivi connessi al cd. Superbonus 110%»*.

L'orientamento espresso dal TAR Piemonte per cui la definizione dei contenziosi non deve creare ritardi tali da compromettere la possibilità di ottenere i *bonus* edilizi è stato successivamente confermato dal TAR Campania.

Il caso oggetto della presente pronuncia riguardava un intervento su un edificio unifamiliare cui il Comune ne aveva bloccato le pratiche di permesso di costruire e SCIA per i dovuti accertamenti determinati dalla dislocazione dell'immobile in zona di rispetto cimiteriale ed impedimenti al rilascio dell'autorizzazione sismica da parte del Genio Civile.

I giudici, nell'accogliere la domanda cautelare proposta dal committente, hanno ritenuto opportuno sospendere subito l'efficacia del provvedimento di divieto di prosecuzione dei lavori nell'attesa della definizione del contenzioso e ne hanno consentito la prosecuzione parallelamente allo svolgimento delle verifiche sulla regolarità delle opere *«in quanto laddove i provvedimenti impugnati non venissero cautelatamente sospesi, il ricorrente perderebbe i finanziamenti statali (Superbonus 110%) per la mancata realizzazione di almeno il 30 % delle opere da realizzare entro il 30 settembre 2022»*.

Si rammenta, infatti, che per quanto attiene agli interventi realizzati da persone fisiche su edifici unifamiliari o unità immobiliari funzionalmente autonome e con accesso indipendente, l'attuale versione dell'articolo 119 del D.L. n. 34/2020 prevede che i contribuenti potranno continuare ad utilizzare il *bonus 110%* sulle spese sostenute entro il 31 marzo 2023 se il 30% di questi interventi è stato realizzato entro il 30 settembre 2022.