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

CASISTICA IN MATERIA URBANISTICA-EDILIZIA:

la disciplina degli interventi edilizi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza

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

DISPENSA DELLA GIORNATA DI STUDIO
24 ottobre 2023

Casistica in materia urbanistica-edilizia: la disciplina degli interventi edilizi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza

1. *Le differenze tra ristrutturazione edilizia, nuova costruzione, restauro e risanamento conservativo.*

   Pag. 5

2. *Cambio di destinazione d'uso in manutenzione straordinaria: i limiti di ammissibilità.*

   Pag. 6

3. *Individuazione degli elementi costitutivi della pertinenza urbanistica.*

   Pag. 7

4. *Permesso di costruire: efficacia temporale e decadenza del titolo.*

   Pag. 8

5. *L'attività istruttoria della P.A. nel rilascio dei titoli edilizi.*

   Pag. 10

6. *Legittimazione ad impugnare i titoli abilitativi: i chiarimenti del Consiglio di Stato.*

   Pag. 11

7. *Fattispecie eccezionali al permesso di costruire: il perimetro applicativo del permesso di costruire in deroga.*

   Pag. 13

8. *La differenza ontologica tra contributo di costruzione e monetizzazione di standard urbanistici.*

   Pag. 14

9. *Semplificazione edilizia: il silenzio-assenso nel rilascio dei titoli edilizi.*

   Pag. 15

10. *Condizioni e limiti all'annullamento dei titoli edilizi in autotutela.*

    Pag. 17

11. *Abusi edilizi: difformità totale, variazioni essenziali e difformità parziale.*

    Pag. 19

12. *I principi giurisprudenziali in materia di ordinanza di demolizione e gli effetti della relativa inottemperanza.*

    Pag. 20

13. *La valutazione degli abusi edilizi maturati in contesti di "necessità".*

    Pag. 22

14. *La demolizione degli abusi su suoli demaniali.*

    Pag. 23

15. *Applicazioni giurisprudenziali in tema di cd. "tolleranze costruttive".*

    Pag. 25

16. *Sanatoria edilizia: l'ambito applicativo delle due tipologie di accertamento di conformità previste dal D.P.R. n. 380/2001.*

    Pag. 26

17. *Accertamento di conformità e false asseverazioni: nuovi chiarimenti dalla Corte di Cassazione.*

    Pag. 28

18. *Condono edilizio: il punto della giurisprudenza sul campo di operatività della sanatoria straordinaria.*

    Pag. 29

19. *Interventi edilizi ammessi in pendenza del procedimento di condono.*

    Pag. 31

20. *L'istituto del preavviso di rigetto nei procedimenti di sanatoria e condono edilizio.*

    Pag. 32

1. *Le differenze tra ristrutturazione edilizia, nuova costruzione, restauro e risanamento conservativo.*

La presente trattazione intende affrontare la disciplina degli interventi edilizi come normata dal D.P.R. n. 380/2001, dando conto degli approdi giurisprudenziali che al momento hanno caratterizzato gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza di legittimità e amministrativa, con particolare riferimento alla definizione degli interventi edilizi – che costituisce la base per individuare il titolo abilitativo necessario per eseguire legittimamente le opere - nonché sulle conseguenze dell'esecuzione di interventi in assenza o in difformità del titolo abilitativo e sulle problematiche connesse all'operatività degli istituti volti a ricondurre le opere abusive alla legalità.

Delineate sommariamente le categorie da esaminarsi nel corso del presente studio, si può iniziare l'analisi partendo da una serie di pronunce con cui la giurisprudenza ha definito lo spartiacque tra gli interventi di nuova costruzione e di interventi di ristrutturazione edilizia chiarendo che "*l'intervento di nuova costruzione consiste in una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, attuata attraverso opere di rimodellamento della morfologia del terreno, ovvero costruzioni lato sensu intese, che, indipendentemente dai materiali utilizzati e dal grado di amovibilità, presentino un simultaneo carattere di stabilità fisica e di permanenza temporale, dovendosi con ciò intendere qualunque manufatto che sia fisicamente ancorato al suolo (il cui tratto distintivo e qualificante viene, dunque, assunto nell'irreversibilità spazio-temporale dell'intervento) che possono sostanziarsi o nella costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati o nell'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma stabilita" (*Consiglio di Stato sez. VI, 21/06/2023, n.6091).

Per contro, "*l'intervento di ristrutturazione edilizia, invece, sussiste quando viene modificato un immobile già esistente nel rispetto delle caratteristiche fondamentali dello stesso: tuttavia, laddove il manufatto sia stato totalmente trasformato, con conseguente creazione non solo di un apprezzabile aumento volumetrico (in rapporto al volume complessivo dell'intero fabbricato), ma anche di un disegno sagomale con connotati alquanto diversi da quelli della struttura originaria, l'intervento rientra nella nozione di nuova costruzione*"; sulla scorta di ciò, "*nella nozione di nuova costruzione possono, dunque, rientrare anche gli interventi di ristrutturazione qualora, in considerazione dell'entità delle modifiche apportate al volume e alla collocazione dell'immobile, possa parlarsi di una modifica radicale dello stesso, con la conseguenza che l'opera realizzata nel suo complesso sia oggettivamente diversa da quella preesistente*".[1]

Ciò posto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato evidenzia come, a sua volta, la nozione di ristrutturazione edilizia debba essere distinta dagli interventi di restauro e risanamento conservativo in quanto "*mentre la ristrutturazione edilizia può condurre ad un "organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente", il restauro e il risanamento conservativo non possono mai portare a ridetto organismo del tutto o in parte diverso dal preesistente, avendo sempre la finalità di conservare l'organismo edilizio ovvero di assicurarne la funzionalità" (*Consiglio di Stato sez. VI, 18/07/2023, n.7016).

[1] Si legge nella pronuncia *de qua* che "*ancorché il concetto di ristrutturazione edilizia sia stato ampliato alle ipotesi di ricostruzione di edifici, anche ridotti a rudere, dei quali sia possibile risalire alla consistenza iniziale, esso non può comunque ontologicamente prescindere dall'apprezzabile traccia di una costruzione preesistente, mancando la quale non si ravvisa il tratto distintivo fondamentale che caratterizza la ristrutturazione rispetto alla nuova edificazione. Connaturata alla ristrutturazione edilizia, infatti, è la ragion d'essere del recupero e della riqualificazione del patrimonio edilizio esistente, strumentale alla sempre più avvertita esigenza di contenere il consumo di suolo*".

Nel dettaglio, "*il restauro o risanamento conservativo (art. 31, lett. c, l. 457/78 e attuale art. 3, comma 1, lett. c, d.p.r. n. 380/2001) è distinto dalla ristrutturazione edilizia (art. 31, lett. d, l. n. 457/78 e attuale art. 3, comma 1, lett. d, d.p.r. n. 380/2001), suscettibile di tradursi anche nella ricostruzione e demolizione di un organismo edilizio a parità di superficie, volume e sagoma*", con la conseguenza che "*l'attività di ricostruzione di un edificio che comporti mutamenti morfologici non può in alcun caso essere ricompresa nel concetto di risanamento conservativo o manutenzione straordinaria, poiché, in tali casi, è necessario che l'edificio rimanga identico nel rispetto dei limiti tipologici, strutturali e formali, anche quando si proceda al rifacimento parziale dei muri perimetrali*".

D'altra parte, "*costituisce costruzione ex novo e non già ristrutturazione, ne' tantomeno restauro o risanamento conservativo e, come tale, è soggetta a concessione edilizia secondo le regole urbanistiche vigenti al momento dell'istanza del privato, la ricostruzione di un intero fabbricato, diruto da lungo tempo e del quale residuavano, al momento della presentazione dell'istanza del privato, solo piccole frazioni dei muri, di per se' inidonee a definire l'esatta volumetria della preesistenza, in quanto l'effetto ricostruttivo così perseguito mira non a conservare o, se del caso, a consolidare un edificio comunque definito nelle sue dimensioni, ne' alla sua demolizione e fedele ricostruzione bensì a realizzare uno del tutto nuovo e diverso*".

2. Cambio di destinazione d'uso in manutenzione straordinaria: i limiti di ammissibilità.

La modifica di destinazione d'uso non costituisce una tipologia di intervento edilizio *ex se*, bensì l'effetto dello stesso in quanto la relativa dizione non figura nell'elenco delle definizioni contenute nell'art. 3 del D.P.R. n. 380/2001, ma compare nelle singole declinazioni delle stesse, ora quale limite negativo - come per la manutenzione straordinaria - ora, al contrario, come possibile esemplificazione contenutistica, come per il restauro e risanamento conservativo di cui alla successiva lett. c), che può determinare un cambio delle destinazioni d'uso, purché "*nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso*" che i relativi interventi devono comunque rispettare.

Per quanto attiene agli interventi di manutenzione straordinaria, il menzionato art. 3, comma 1 lett. b), come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. b) della legge n. 120/2020, ricomprende tra gli "*interventi di manutenzione straordinaria*": "*le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici, nonché per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici, sempre che non alterino la volumetria complessiva degli edifici e non comportino mutamenti urbanisticamente rilevanti delle destinazioni d'uso implicanti incremento del carico urbanistico*".[2]
Secondo l'attuale paradigma della manutenzione straordinaria tale limite negativo non opera più in assoluto - salvo i casi di frazionamento o accorpamento delle unità immobiliari con esecuzione di opere - ma esclusivamente per quelle modifiche che siano "*urbanisticamente rilevanti*" e

[2] La norma prosegue prevedendo che: "*Nell'ambito degli interventi di manutenzione straordinaria sono ricompresi anche quelli consistenti nel frazionamento o accorpamento delle unità immobiliari con esecuzione di opere anche se comportanti la variazione delle superfici delle singole unità immobiliari nonché del carico urbanistico purché non sia modificata la volumetria complessiva degli edifici e si mantenga l'originaria destinazione d'uso. Nell'ambito degli interventi di manutenzione straordinaria sono comprese anche le modifiche ai prospetti degli edifici legittimamente realizzati necessarie per mantenere o acquisire l'agibilità dell'edificio ovvero per l'accesso allo stesso, che non pregiudichino il decoro architettonico dell'edificio, purché l'intervento risulti conforme alla vigente disciplina urbanistica ed edilizia e non abbia ad oggetto immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*".

"*implicanti incremento del carico urbanistico*", con la conseguenza che "*le modifiche di destinazione d'uso che possono conseguire agli interventi riconducibili al concetto di manutenzione straordinaria, pure dopo la novella del 2020, sono solo quelle tra categorie urbanistiche omogenee, tale essendo l'inequivoco significato della dicitura "urbanisticamente rilevanti" e "non implicanti aumento del carico urbanistico" previsto dall'art. 3, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 380 del 2011, anche nella sua attuale formulazione*" (Consiglio di Stato sez. II, 24/04/2023, n.4110).

Ad avviso dei giudici, "*esso va invero individuato avuto riguardo alle previsioni dell'art. 23-ter inserito nel T.u.e. col c.d. decreto legge "Sblocca Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164), che le ha introdotte al preciso scopo di omogeneizzare le scelte di governo del territorio, evitando frammentazioni finanche terminologiche sicuramente contrarie ai più elementari principi di certezza del diritto e foriere di oneri aggiuntivi per i cittadini-utenti*".

In proposito si rammenta che il richiamato art. 23-*ter*, rubricato "*mutamento d'uso urbanisticamente rilevante*", al comma 1 dispone che "*salva diversa previsione da parte delle leggi regionali, costituisce mutamento rilevante della destinazione d'uso ogni forma di utilizzo dell'immobile o della singola unità immobiliare diversa da quella originaria, ancorché non accompagnata dall'esecuzione di opere edilizie, purché tale da comportare l'assegnazione dell'immobile o dell'unità immobiliare considerati ad una diversa categoria funzionale tra quelle sotto elencate: a) residenziale; a-bis) turistico-ricettiva; b) produttiva e direzionale; c) commerciale; d) rurale*".

Sulla scorta di quanto sopra, "*la disposizione pertanto che riduce a cinque le categorie previste (tra le quali, per quanto di interesse, menziona separatamente la produttiva e direzionale, da un lato, e la commerciale, dall'altro) individua, almeno in termini astratti e generali, raggruppamenti connotati da valutata similarità di carico urbanistico, tanto da qualificare "rilevante", appunto, il mutamento della destinazione d'uso dall'una all'altra, seppure non accompagnato dall'esecuzione di opere edilizie (c.d. mutamento "funzionale", appunto)*".[3]

3. Individuazione degli elementi costitutivi della pertinenza urbanistica.

In materia urbanistico-edilizia, la nozione di pertinenza è limitata ai soli interventi accessori di modesta entità e privi di autonoma funzionale, mentre è inconferente l'art. 3, comma 1, lett. e. 6) del D.P.R. n. 380/2001 (secondo cui rientrano tra gli interventi di nuova costruzione anche "*gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualifichino come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale*") in quanto tale previsione non pone, essa stessa, la definizione di pertinenza, bensì la presuppone, ragione per cui la nozione di pertinenza, ai fini urbanistici, deve essere tratta *aliunde*, e deve rispettare le caratteristiche individuate dalla giurisprudenza.[4]

[3] Per tali ragioni, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello del Comune che contestava la sentenza con cui il T.A.R. aveva accolto il ricorso di una società contro la dichiarazione di inefficacia di una CILA riferita al cambio di destinazione d'uso senza opere da commerciale ad artigianale di una parte del fabbricato, giustificata dal regime di maggior favore introdotto dall'art. 10 del D.L. n. 76/2020 con riferimento agli interventi di manutenzione straordinaria implicanti la modifica di destinazione d'uso - prima vietati.

[4] Sul punto: cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 14/03/2023, n.2660; Consiglio di Stato sez. IV, 13/07/2022, n. 5926.

Per una esaustiva definizione della pertinenza, anche allo scopo di distinguerla dalla pertinenza civilistica, occorre dunque richiamare l'orientamento espresso dalla più recente giurisprudenza amministrativa secondo cui: "*il concetto di pertinenza urbanistica è, infatti, diverso e più ristretto rispetto alla corrispondente nozione civilistica di pertinenza e si identifica con il manufatto di modeste dimensioni, con funzioni soltanto accessorie dell'edificio principale, coessenziale quindi ad esso e privo di autonomo valore di mercato*". Detto altrimenti, a differenza della nozione di pertinenza di derivazione civilistica, "*la pertinenza urbanistico-edilizia deve essere preordinata a un'esigenza effettiva dell'edificio principale, al cui servizio deve essere posta in via funzionale e oggettiva. Il manufatto, non deve altresì possedere un autonomo valore di mercato, nel senso che il suo volume non deve consentire una sua destinazione autonoma e diversa da quella a servizio dell'immobile cui accede*" (Consiglio di Stato sez. VII, 03/04/2023, n.3422).

In ragione di quanto sopra, non può essere riconosciuta la natura pertinenziale nel caso in cui sia realizzato un nuovo volume, su un'area diversa ed ulteriore rispetto a quella già occupata dal precedente edificio, ovvero sia realizzata una qualsiasi opera, come ad esempio una tettoia, che alteri la sagoma dell'edificio.[5] Allo stesso modo, è stato escluso che la trasformazione di un balcone o di un terrazzo in veranda costituisca pertinenza in senso urbanistico in quanto la stessa integra un nuovo locale autonomamente utilizzabile il quale viene ad aggregarsi ad un preesistente organismo edilizio, per ciò solo trasformandolo in termini di sagoma, volume e superficie.[6]

Diversamente, la giurisprudenza ha riconosciuto che l'installazione di una piscina prefabbricata di modeste dimensioni rientra nell'ambito delle pertinenze - e non integra violazione né degli indici di copertura né degli *standard* - atteso che non aumenta il carico urbanistico della zona e che i vani per impianti tecnologici sono sempre e comunque consentiti; in proposito si richiama la pronuncia T.A.R. Potenza, (Basilicata) sez. I, 08/05/2023, n. 268 in cui è stata esclusa l'applicazione dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui le piscine non possono essere considerate come pertinenze urbanistiche, ma vanno qualificate come interventi di nuova costruzione, dal momento che tale orientamento giurisprudenziale si applica esclusivamente alle piscine di grandi dimensioni. [7]

4. Permesso di costruire: efficacia temporale e decadenza del titolo.

In tema di disciplina degli interventi edilizi e dei titoli abilitativi, si intende soffermarsi in particolare sul permesso di costruire, quale unico titolo edilizio rilasciato espressamente dall'Amministrazione su richiesta del cittadino nei termini tassativi di cui all'art. 15 del D.P.R. n. 380/2001 secondo cui "*il termine di inizio lavori non può essere superiore ad un anno del rilascio del titolo; quello di ultimazione, entro il quale l'opera deve essere completata, non può superare tre anni*

[5] Consiglio di Stato sez. VII, 18/01/2023, n.612.
[6] Consiglio di Stato sez. VI, 24/01/2022, n. 469.
[7] cfr. Consiglio di Stato Sez. VI, 03/10/2019 n. 6644; Consiglio di Stato Sez. VI 01/10/2019, n. 6576; Consiglio di Stato, Sez. V, 16/04/2014 n. 1951; cfr. pure Cassazione Penale Sez. III, 07/01/2019 n. 342; Cassazione Penale Sez. III, 22/02/2018, n. 854; Cassazione Penale Sez. III 14/12/2016, n. 52835.

dall'inizio dei lavori", decorsi i quali "*il permesso di costruire decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga*".

Ai fini del decorso del suddetto termine la giurisprudenza ha evidenziato come il permesso di costruire vada considerato alla stregua di un provvedimento amministrativo recettizio che postula l'avvenuta comunicazione ai diretti interessati, non potendosi ritenere sufficiente ai fini della sua esistenza la mera data di emanazione dell'atto: invero, "*l'art. 21-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, subordina l'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati alla comunicazione dello stesso al destinatario, atteso che, in assenza della predetta conoscenza, l'atto, seppure validamente costituito, risulterebbe inidoneo a produrre l'effetto giuridico voluto*"; seppure il permesso di costruire costituisce un atto ampliativo della sfera giuridica del privato, idoneo a produrre i suoi effetti fin dal momento dell'emanazione, *"la suindicata regola deve essere applicata a quelli che sono effetti negativi sanciti nell'ambito del provvedimento ampliativo, come nel caso delle decadenze connesse all'inizio dei lavori assentiti, stante l'illogicità di far decorrere i termini di decadenza dall'adozione di un provvedimento che non è stato portato a conoscenza del destinatario" (*Consiglio di Stato sez. VII, 17/04/2023, n. 3823).

Di conseguenza, "*non può ritenersi che la scadenza dei termini per l'esecuzione dei lavori possa decorrere dalla data di rilascio del titolo, in quanto l'effetto pregiudizievole derivante dalla decadenza conseguente al mancato inizio dei lavori nel termine prescritto dal titolo autorizzatorio, postula l'avvenuta conoscenza del permesso di costruire nei confronti del destinatario, atteso che lo stesso è idoneo a produrre i suoi effetti fin dal momento della sua emanazione soltanto qualora risulti ampliativo della sfera giuridica del richiedente […] il dies a quo dal quale decorre il termine di ultimazione dei lavori deve essere individuato nella materiale consegna del titolo edilizio, all'esito di una notifica o qualsiasi altra comunicazione che renda l'istante edotto circa l'adozione del titolo autorizzatorio, non potendosi ritenere sufficiente la data di formale adozione del permesso*".

In ordine ai caratteri del provvedimento di decadenza, la pronuncia Consiglio di Stato sez. IV, 16/03/2023, n.2757 ha rilevato che "*a) in conformità coi principi generali di trasparenza e certezza giuridica ex artt. 1 e 2, l. n. 241 del 1990, è sempre richiesto che l'Amministrazione si pronunci con provvedimenti espressi, sia pure con valenza ricognitiva di effetti discendenti direttamente dalla legge, sicché risulta necessaria l'adozione di un formale provvedimento in relazione all'esercizio del potere attribuito dall'art. 15 t.u.ed.; b) alla luce del tenore testuale delle norme sancite dall'art. 15, commi 2 e 2-bis, del t.u.ed., non può dirsi irrilevante la tardività della istanza di proroga, essendo necessario che essa venga richiesta prima della decorrenza del termine ultimo per la fine dei lavori; c) invero, risponde ad un principio generale dell'ordinamento, la regola secondo cui la proroga del termine per il compimento di una certa attività deve essere richiesta prima della scadenza del termine medesimo, per esigenze di chiarezza, di trasparenza e di pubblicità, a garanzia delle parti e, più in generale, dei terzi; la presentazione della richiesta di proroga è infatti funzionale ad evidenziare la sussistenza e la perduranza dell'interesse del privato alla realizzazione dell'intervento programmato, sia nei rapporti con l'Amministrazione che aveva rilasciato il titolo, sia rispetto ai terzi che, per ragioni di vicinitas, potrebbero avere un qualche interesse ad opporsi all'altrui iniziativa edificatoria*".

5. L'attività istruttoria della P.A. nel rilascio dei titoli edilizi.

L'art. 11 del D.P.R. n. 380/2001 prevede che il permesso di costruire sia rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo, con la precisazione che tale espressione deve intendersi nel senso più ampio di una legittima disponibilità dell'area, in base ad una relazione qualificata con il bene, sia essa di natura reale, o anche solo obbligatoria. Assume rilievo differente l'ipotesi in cui la legittimazione a richiedere l'autorizzazione edilizia si fondi sulla titolarità di un diritto reale rispetto a quella in cui essa attenga una disponibilità del bene a diverso titolo ove "*l'Amministrazione è tenuta ad accertare la sussistenza del consenso del proprietario, con la conseguenza che, laddove questo difetti, non potrà procedere al rilascio del permesso di costruire*" (Consiglio di Stato sez. IV, 04/08/2023, n.7537).

Ciò comporta, per un verso che chi richiede il titolo autorizzatorio edilizio deve comprovare la propria legittimazione all'istanza, per altro verso, che è onere del Comune ricercare la sussistenza di un titolo (di proprietà, di altri diritti reali *etc.*) che fondi una relazione giuridicamente qualificata tra soggetto e bene oggetto dell'intervento, e che dunque possa renderlo destinatario di un provvedimento amministrativo autorizzatorio. Tale verifica, tuttavia, "*deve compiersi secondo un criterio di ragionevolezza e secondo dati di comune esperienza, ma non comporta anche che l'Amministrazione debba comprovare prima del rilascio (ciò mediante oneri di ulteriore allegazione posti al richiedente o attraverso propri approfondimenti istruttori) la "pienezza" (nel senso di assenza di limitazioni) del titolo medesimo*" in quanto l'ordinamento non contempla l'attribuzione all'Amministrazione di un potere di accertamento circa la sussistenza o meno di diritti reali e del loro contenuto, la quale, quando viene a conoscenza dell'esistenza di contestazioni sul richiedente il titolo abilitativo, deve compiere le necessarie indagini istruttorie per verificare la fondatezza delle contestazioni, ma senza assumere valutazioni di tipo civilistico sulla "pienezza" del titolo di legittimazione addotto dal richiedente.[8]

Del resto, il rilascio del titolo edilizio non incide sui rapporti privati in quanto lo stesso articolo 11 al comma 3 precisa che "*il rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti dei terzi*", con la conseguenza che, in sede di rilascio del titolo abilitativo, sussiste "*l'obbligo per il Comune di verificare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici, ma soltanto alla condizione che tali limiti siano effettivamente conosciuti o immediatamente conoscibili o non contestati, di modo che il controllo da parte dell'ente locale si traduca in una semplice presa d'atto dei limiti medesimi senza necessità di procedere ad un'accurata e approfondita disanima dei rapporti civilistici*" (Consiglio di Stato, sez. VI, 14/02/2022, n. 1054). Invero, il titolo edilizio esplicito è un provvedimento amministrativo che rende semplicemente legittima l'attività edilizia sotto il profilo pubblicistico e regola solo il rapporto in essere tra l'Autorità amministrativa emanante e il soggetto destinatario, ma non attribuisce a questi alcun diritto soggettivo conseguenti all'attività edilizia, la cui titolarità deve essere sempre verificata alla stregua della disciplina fissata dal diritto privato.[9]

In definitiva, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza "*il potere di controllo in sede di rilascio dei titoli edilizi (al pari di quello esercitato in sede di inibitoria), quindi, deve sempre collegarsi al riscontro di profili d'illegittimità dell'attività per contrasto alle leggi, regolamenti, piani, programmi e*

[8] Consiglio di Stato sez. IV, 04/08/2023, n.7537.
[9] Consiglio di Stato sez. II, 01/09/2022, n.7648.

regolamenti edilizi, mentre non può essere esercitato a tutela di diritti di terzi non riconducibili a quelli connessi con interessi di natura pubblicistica, quali ad esempio il rispetto delle distanze dai confini di proprietà o del distacco dagli edifici; fatto salvo il caso in cui de plano risulti l'inesistenza di un titolo giuridico che fondi la legittimazione attiva del richiedente il titolo edilizio" (Consiglio di Stato sez. II, 30/01/2023, n.1029).

6. Legittimazione ad impugnare i titoli abilitativi: i chiarimenti del Consiglio di Stato.

La questione esaminata al precedente paragrafo, assume rilevo anche con riferimento all'individuazione di coloro che possono legittimare impugnare i titoli rilasciati su cui la recente pronuncia Consiglio di Stato sez. IV, 21/04/2023, n.4084 ha riaffermato i principi di diritto con cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2021 ha posto fine alla diatriba giurisprudenziale formatasi circa la possibilità di impugnazione da parte del vicino e sulla sufficienza o meno della mera vicinanza per radicare l'interesse al ricorso. Invero, mentre secondo un primo orientamento giurisprudenziale la *vicinitas*, quale criterio idoneo a legittimare l'impugnazione di singoli titoli edilizi, assorbe in sé anche il profilo dell'interesse al ricorso; un secondo indirizzo la *vicinitas* da sola non basta a fondare anche l'interesse, dovendo ricorrere la prova concreta di un pregiudizio sofferto.

Il descritto contrasto giurisprudenziale ha così portato il Supremo Consesso amministrativo a statuire che il criterio della *"vicinitas"*, quale elemento di individuazione della legittimazione a ricorrere, non vale da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato. Invero, l'Adunanza Plenaria ha escluso che il terzo interessato all'annullamento dei titoli edilizi ampliativi della sfera giuridica di altri soggetti possa limitarsi a prospettare in giudizio, quale elemento fattuale sufficiente a riconoscere la sua legittimazione e l'interesse ad impugnare i suddetti titoli, la mera "*vicinitas*" intesa come stabile collegamento con l'area dove si trova il bene oggetto dei provvedimenti in contestazione.

Sicché, "*nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato*". D'altra parte, è stato rilevato che " *l'interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso*", con la precisazione che "*l'interesse al ricorso è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o la questione rilevata d'ufficio dal giudicante, nel rispetto dell'art. 73, comma 3 cpa e quindi nel contraddittorio tra le parti*".

In termini esemplificativi la sentenza afferma che tale pregiudizio può riguardare *"il possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata*", oppure "*la*

diminuzione di aria, luce, visuale o panorama, ma può anche concretizzarsi "nella menomazione di valori urbanistici e nelle degradazioni dell'ambiente in conseguenza dell'aumentato carico urbanistico in termini di riduzione dei servizi pubblici, sovraffollamento, aumento del traffico, trattandosi di un'indagine strettamente legata al tipo di provvedimento contestato e all'entità e alla destinazione dell'immobile edificando o edificato". Nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte dalle leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, è stato rilevato che *"non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell'accertamento dell'interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l'annullamento del titolo edilizio un effetto concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo*".

Per quanto concerne le tecniche di tutela azionabili da terzi nei confronti della SCIA, l'art. 19, comma 6-*ter* della legge n. 241/1990 prevede che "*la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, comma 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*", ovvero l'azione avverso il silenzio-inadempimento serbato dall'amministrazione.

Sul punto, nella pronuncia n. 45/2019 la Corte Costituzionale si è espressa in merito ai termini entro cui effettuare le verifiche a seguito di presentazione di SCIA statuendo che "*in caso di presentazione della segnalazione certificata d'inizio attività, le verifiche cui è chiamata l'amministrazione sono quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, legge n. 241/1990, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6-bis) e, poi, entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia all'art. 21-novies)".*[10] Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'Amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo che, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, si estingue.[11]

[10] Corte Costituzionale, 13/03/2019, n.45.

[11] In relazione alla necessità di tutelare la situazione giuridica soggettiva del terzo è stato rilevato che "*nella prospettiva dell'interesse legittimo, il terzo potrà attivare, oltre agli strumenti di tutela già richiamati, i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (in questo caso «non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge»); potrà sollecitare i poteri di vigilanza e repressivi di settore, spettanti all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, come, ad esempio, quelli in materia di edilizia, regolati dagli artt. 27 e seguenti del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia. (Testo A)», ed espressamente richiamati anche dall'art. 19, comma 6-bis. Esso avrà inoltre la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della PA in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica (l'art. 21, comma 2-ter, della legge n. 241 del 1990 fa espressamente salva la connessa responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, ove la segnalazione certificata non fosse conforme alle norme vigenti)".*

7. *Fattispecie eccezionali al permesso di costruire: il perimetro applicativo del permesso di costruire in deroga.*

Il D.P.R. n. 380/2001 contempla l'istituto del permesso di costruire in deroga, quale fattispecie distinta ed autonoma per *ratio* e disciplina dall'ordinario permesso di costruire, volto a consentire l'autorizzazione interventi edilizi in deroga agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi alle condizioni previste dall'art. 14.

Tale norma, nel prevedere che "*il permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici è rilasciato esclusivamente per edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico, previa deliberazione del consiglio comunale, nel rispetto delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (ora decreto legislativo n. 42 del 2004) e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia*" , al comma terzo stabilisce espressamente *che "la deroga, nel rispetto delle norme igieniche, sanitarie e di sicurezza, può riguardare esclusivamente 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 nonché le destinazioni d'uso ammissibili fermo restando in ogni caso il rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444".*

Al fine di potere emanare il permesso di costruire in deroga è ineludibile il passaggio procedimentale della delibera del Consiglio Comunale, il quale è titolare del potere-dovere di operare una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico alla pianificazione urbanistica e l'interesse privato ad attuare il proprio interesse edificatorio e, come ogni altra scelta pianificatoria, la valutazione di interesse pubblico della realizzazione di un intervento in deroga è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui l'Amministrazione dispone in materia e dalla quale discende la sua sindacabilità in sede giurisdizionale solo nei ristretti limiti costituiti dalla manifesta illogicità e dall'evidente travisamento dei fatti.

In proposito, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che "*la deroga al permesso di costruire non può incidere sulle scelte di tipo urbanistico, potendo operare solo nel caso in cui l'area sia edificabile secondo le previsioni di piano, con la conseguenza che non può ritenersi ammissibile il rilascio di permessi di costruire in deroga, ad esempio, per aree a destinazione agricola o a verde pubblico o privato mancando in tal caso il presupposto dell'edificabilità dell'area necessario non per il rilascio in deroga del permesso di costruire ma per il permesso stesso. Analogamente, si è escluso che la deroga possa riguardare aumenti di volumetria rispetto a quelli oggetto di pianificazione potendo consentire soltanto, a parità di volume edificabile, che l'intervento si concretizzi, ad esempio, con altezza, superficie coperta, destinazione diverse da quelle previste dal PRG*", con la conseguenza che, "*al di fuori dei limiti indicati dalla disposizione contenuta nell'art. 14 D.P.R. n. 380/2001, viene a configurarsi un'ipotesi di variante urbanistica la cui approvazione è soggetta alla specifica disciplina*" (T.A.R. Napoli, (Campania) sez. II, 05/01/2023, n.117).

Secondo il giudice amministrativo, infatti, l'eventuale sussistenza dei presupposti per il rilascio dei permessi di costruire in deroga costituisce condizione minima necessaria ma non sufficiente per assentire l'intervento richiesto, avendo il Comune, in una situazione diversa dalla sanatoria, un'amplia discrezionalità circa l'*an* ed il *quomodo* della presentazione dell'eventuale assenso; deve peraltro rilevarsi come "*la disciplina del silenzio-assenso ex art. 20, comma 8, del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 non si applica alle ipotesi di permesso di costruire in deroga di cui all'art. 14 del medesimo d.P.R., in*

considerazione del percorso procedurale che connota le stesse, in cui si innesta una imprescindibile valutazione ampiamente discrezionale del Consiglio comunale in ordine all'interesse pubblico dell'intervento" (Consiglio di Stato sez. IV, 28/01/2022, n.616).

Allo stesso modo, il permesso di costruire in deroga non può essere rilasciato in sanatoria dopo l'esecuzione delle opere in quanto deve necessariamente precedere la realizzazione dell'intervento edilizio e non può indirettamente comportare quale effetto la sanatoria dell'eventuale illecito: invero, *"il permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici è istituto di carattere eccezionale giustificato dalla necessità di soddisfare esigenze straordinarie rispetto agli interessi primati garantiti dalla disciplina urbanistica generale e, in quanto tale, applicabile esclusivamente entro i limiti tassativamente previsti dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 14, e mediante la specifica procedura. Ciò porta ad escludere che possa essere rilasciato "in sanatoria" dopo l'esecuzione delle opere e che, anzi, sia esclusa, pertanto, nel vigente ordinamento l'esistenza di poteri di sanatoria in deroga"* (Consiglio di Stato sez. VI, 03/08/2020, n.4898).

8. La differenza ontologia tra contributo di costruzione e monetizzazione di standard urbanistici.

La recente pronuncia Consiglio di Stato sez. IV, 17/05/2023, n.4908 offre il suggerimento per appuntare l'attenzione sui principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa circa la natura e le finalità della monetizzazione sostitutiva della cessione di *standard* urbanistici, quale istituto di frequente utilizzo nella prassi amministrativa consistente nel versamento al Comune di un importo alternativo alla cessione diretta delle stesse aree ogni volta che tale cessione non venga disposta.

Invero, benché venga in considerazione la corresponsione di una somma di denaro, la giurisprudenza ha rilevato l'esistenza di una differenza ontologica tra l'istituto giuridico della monetizzazione e quello relativo al contributo di costruzione in quanto *"la monetizzazione non ha la medesima natura giuridica del contributo di costruzione, essa non è infatti una prestazione patrimoniale imposta ai sensi dell'art. 23 Cost."*. Inoltre, *"mentre il pagamento degli oneri di urbanizzazione si risolve in un contributo per la realizzazione delle opere stesse, senza che insorga un vincolo di scopo in relazione alla zona in cui è inserita l'area interessata all'imminente trasformazione edilizia, la monetizzazione sostitutiva della cessione degli standard afferisce al reperimento delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria all'interno della specifica zona di intervento"*.

Gli atti con i quali l'Amministrazione comunale determina o ridetermina il contributo di costruzione di cui all'art. 16 del D.P.R. n. 380/2001 hanno natura privatistica, con la conseguenza che l'obbligazione di corrispondere il contributo nasce nel momento in cui viene rilasciato il titolo ed è a tale momento che occorre avere riguardo per la determinazione dell'entità dello stesso; mentre la monetizzazione sostitutiva della cessione degli *standard* afferisce al reperimento delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione all'interno della specifica zona di intervento e deve considerare la vicenda edilizia così come concretamente si è manifestata.

Ciò posto, la giurisprudenza ha evidenziato come *"la monetizzazione nasce come beneficio di carattere eccezionale - ammesso da previsioni di legge, di norma a livello regionale ed espressione di una valutazione*

discrezionale dell'amministrazione comunale - concepito come misura di favore di cui può giovarsi il richiedente un titolo edilizio che, in base allo strumento urbanistico, deve, per l'appunto, cedere o reperire nella zona in cui intende realizzare l'intervento costruttivo (o anche solo un mero cambio di destinazione d'uso senza opere) aree per la realizzazione di opere pubbliche (di regola parcheggi e verde pubblico), nel rispetto delle misure e secondo i criteri dettati dal d.m. 2 aprile 1968 n. 1444, in attuazione degli artt. 41 quinquies e sexies legge urbanistica".[12]

Sulla scorta di quanto sopra, "*senza la monetizzazione il privato è posto di fronte alle seguenti alternative: non realizzare l'intervento; cedere, ove possibile, una parte del proprio immobile al comune; acquistare, in zona, a prezzo di mercato, spazi da destinare a standard*"[13]. Occorre precisare che "*le nuove costruzioni ai sensi dell'art. 41 quinquies cit. non sono solo quelle effettuate su aree libere ma tutte quelle iniziative edilizie che trasformano un preesistente edificio in uno oggettivamente diverso in relazione all'entità ed alla consistenza delle modifiche*".[14]

9. Semplificazione edilizia: il silenzio-assenso nel rilascio dei titoli edilizi.

Il silenzio significativo, nella declinazione di silenzio-assenso, si inquadra nell'ambito delle misure di semplificazione edilizia e trova applicazione nella formulazione dell'art. 20 del D.P.R. n. 380/2001 che, nel disciplinare il procedimento per il rilascio del permesso di costruire, al comma 8 stabilisce che "*decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241*".[15]

Nonostante l'apparente chiarezza normativa la giurisprudenza si è scontrata sulla corretta interpretazione dei presupposti per la formazione del silenzio-assenso, che ha assunto particolare rilevanza a seguito dell'introduzione dell'art. 2, comma 8-*bis* della legge n. 241/1990 secondo cui "*le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*".

In tale prospettazione, mentre una prima opzione interpretativa ritiene sufficiente ai fini della formazione dello del silenzio-assenso il requisito del decorso del termine consentendo il prodursi degli effetti anche a fronte di una domanda non conforme alla legge, un diverso indirizzo giurisprudenziale – respingendo la ricostruzione sopra riportata ritiene imprescindibile per la

[12] cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 17/05/2023, n.4908; Consiglio di Stato, sez. IV, 04/02/2013, n. 644.
[13] cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 14/04/2014, n. 1820.
[14] cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 17/05/2023, n.4908, Consiglio di Stato, sez. IV, 10/01/ 2022, n. 148.
[15] La norma prosegue prevedendo che: "*Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti*".

formazione tacita del silenzio-assenso la contestuale presenza di i tutti presupposti e requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge ai fini del rilascio del provvedimento.

In tale contesto, appare di particolare interesse la disamina della pronuncia Consiglio di Stato, sez. VI, 08/07/2022 n. 5746 che ha aderito all'orientamento secondo cui, in presenza di un'istanza aderente al modello normativo astratto, il silenzio-assenso si forma a prescindere dalla sussistenza dei presupposti sostanziali prescritti dalla legge per lo svolgimento dell'attività in quanto *"l'impostazione di "convertire" i requisiti di validità della fattispecie 'silenziosa' in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto: nessun vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedimentali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda"*.[16]
In base all'indirizzo suesposto, dunque, *"l'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore - rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione - viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la solo possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi 'silenziosamente'*, con la precisazione che *"il silenzio-assenso non costituisce una modalità 'ordinaria' di svolgimento dell'azione amministrativa, bensì costituisce uno specifico 'rimedio' messo a disposizione dei privati a fronte della inerzia dell'amministrazione, come confermato dall'art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990[17], […]. Nello stesso senso depone anche l'obbligo di provvedere (sia pure redatto in forma semplificata)rispetto alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, sancito dell'art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990"*.

La sentenza merita particolare attenzione anche per la parte in cui precisa che il decorso del tempo non può rilevare ai fini della formazione del silenzio-assenso in caso in "incofigurabilità" giuridici dell'istanza: più precisamente, "*dai requisiti di validità - il cui difetto, come abbiamo visto, non impedisce il perfezionarsi della fattispecie - va distinta l'ipotesi della radicale "inconfigurabilità" giuridica dell'istanza:*

[16] Ad avviso dei giudici di Palazzo Spada ciò *"è confermato da puntuali ed univoci indici normativi con il quali il legislatore ha inteso chiaramente sconfessare la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legato, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo: i) l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il "provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20", presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto; ii) l'art. 2, comma 8-bis, della l. n. 241 del 1990 (introdotto dal d.-l. n. 76 del 2020, convertito dalla l. n. 120 del 2020) – nella parte in cui afferma che "Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni" – conferma che, decorso il termine, all'Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela; iii) l'art. 2, comma 2-bis – prevedendo che "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo [...]" (analoga, ma non identica, disposizione è contenuta all'ultimo periodo dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001) – stabilisce, al fine di ovviare alle perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un'attestazione che deve dare unicamente conto dell'inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti); iv) l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, della l.e n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso, "in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente"; v) l'art. 21, comma 1, della l. n. 241 del 1990 – secondo cui: "Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi [...] –, da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque".*

[17] Secondo cui *"[l]a mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente"*.

quest'ultima, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve essere quantomeno aderente al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore". [18]

Da quanto osservato discende altresì che l'applicabilità dell'istituto del silenzio-assenso ai soli procedimenti ad istanza di parte per ottenere il rilascio di provvedimenti amministrativi, comporta automaticamente l'esclusione di tutti restanti procedimenti edilizi diversi, per i quali non è previsto il silenzio-assenso in quanto gli stessi non costituiscono provvedimenti amministrativi, bensì atti privati che esulano dall'ambito di applicazione degli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990. Si rileva, infatti, che *"la segnalazione certificata di inizio di attività, costituisce uno strumento di liberalizzazione delle attività private – non più sottoposte ad un controllo amministrativo di tipo preventivo, ma avviabili sulla base di una mera segnalazione da sottoporre al successivo controllo amministrativo –, perché possa produrre effetti giuridici deve dunque rispondere al modello tipizzato dal legislatore, occorrendo, pertanto, non soltanto che le attività in concreto avviate siano riconducibili alle fattispecie astratte per cui è ammesso l'utilizzo della SCIA, ma anche che la segnalazione all'uopo presentata risulti veritiera e completa, essendo corredata dalla documentazione occorrente a porre l'Amministrazione in condizione di potere svolgere la successiva attività di verifica entro i termini all'uopo applicabili"*; pertanto, *"affinché la SCIA (o la DIA) possa essere idonea allo scopo, sono necessarie la sussistenza e la completezza della relativa documentazione, dovendo la stessa, anche se intesa quale atto del privato, corrispondere al modello legale per poter produrre effetti"* (Consiglio di Stato sez. VII, 21/02/2023, n.1782).[19]

10. Condizioni e limiti all'annullamento dei titoli edilizi in autotutela.

In tema di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, la giurisprudenza ha affermato che tali provvedimenti sono attratti all'alveo normativo dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, i cui presupposti sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento e dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto anche conto delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari.[20]

L'esercizio del potere di autotutela è, dunque, espressione di una rilevante discrezionalità che non esime l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione.[21]

[18] Nella pronuncia *de qua* i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto legittimo il diniego tardivo del permesso di costruire in ragione del fatto che l'intervento edilizio era stato realizzato prima della presentazione dell'istanza di permesso.
[19] Il tema sarà oggetto di approfondimento al par. 16 con riferimento al rilascio dei titoli edilizi in sanatoria.
[20] T.A.R. Napoli, (Campania) sez. III, 02/05/2023, n.2648; Consiglio di Stato sez. VI, 18/11/2022, n.10186.
[21] Consiglio di Stato sez. IV, 30/06/2023, n.6387 con riferimento a Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 17 ottobre 2017 n. 8 ha statuito che *"l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati"*, oltre che *"la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte"*.

Ciò significa che il potere attribuito all'Amministrazione si connota di un coefficiente di discrezionalità che si esprime attraverso la valutazione dell'interesse pubblico in comparazione con l'affidamento del destinatario dell'atto, con la dovuta precisazione che il potere di autotutela deve essere esercitato dalla P.A. entro un termine ragionevole, tanto più quando il privato, in ragione del tempo trascorso, ha riposto, con la realizzazione del progetto, un affidamento sulla regolarità dell'autorizzazione edilizia. In merito alla parametrazione temporale in termini di ragionevolezza in relazione alla disposizione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, si richiama la recente pronuncia n. 6387/2023 con cui il Consiglio di Stato ha riaffermato le coordinate ermeneutiche in materia di autotutela edilizia sancite dal Supremo Organo della giustizia amministrativa secondo cui "*il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine "ragionevole" per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro*".

Il tema in oggetto impone poi un cenno alla disciplina del procedimento che segue l'annullamento di un titolo edilizio in quanto il D.P.R. n. 380/2001 - nell'equiparare in parte l'opera oggetto di un titolo edilizio annullato ad un'opera abusiva - prevede all'art. 38 la possibilità di evitare la demolizione delle stesse mediante l'irrogazione di una sanzione pecuniaria "*qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino*". Sul punto, la recente pronuncia Consiglio di Stato, sez. III, 11/10/2023, n. 8869 ha precisato che "*l'Amministrazione comunale non può adottare, direttamente, un ordine di ripristino, piuttosto che la sanzione pecuniaria sostitutiva, dovendo prima pronunciarsi sulla possibilità di esitare, con il rilascio di un permesso di costruire postumo, l'originaria istanza presentata dal privato: solo all'esito di tale valutazione, e se e nella misura in cui il rilascio del permesso di costruire postumo non sia ritenuto possibile, l'amministrazione comunale può sanzionare con l'ordine di ripristino, o con la sanzione pecuniaria sostitutiva, le opere edilizie nel frattempo realizzate sulla base del titolo annullato*".

Il regime sanzionatorio più mite rispetto a quello previsto dall'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 è volto a tutelare l'affidamento generatosi in capo al privato sulla base di titolo annullato, la cui posizione è sensibilmente diversa rispetto a quella di coloro che hanno realizzato opere abusive senza alcun titolo, con l'opportuna specificazione che "*la tutela dell'affidamento attraverso l'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38 d.P.R. 380/2001 non può 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*"(Consiglio di Stato sez. VI, 04/01/2023, n.136).

Sicché, ciò che rileva ai fini del rilascio del titolo postumo ai sensi dell'art. 38, è la conformità sostanziale delle opere rispetto alla normativa vigente al momento in cui l'Amministrazione si è pronunciata la prima volta, e quindi deve ritenersi consentito all'Amministrazione, in tal sede, l'espletamento tardivo delle attività finalizzate ad accertare la sussistenza, al predetto momento,

delle condizioni di fatto e di diritto richieste ai fini della conformità (edilizia, urbanistica, paesaggistica, ambientale, etc.). In proposito, si evidenzia, peraltro che, "*proprio per la ragione che il riesame effettuato ai sensi dell'art. 38 del D.P.R. n. 380/2001, non avviene nell'ambito della cornice giuridica di cui all'art. 36, del medesimo D.P.R., l'amministrazione può all'occorrenza decidere di rilasciare il permesso di costruire postumo con riferimento ad una parte soltanto delle opere oggetto della originaria istanza: non opera infatti, in tal caso, il principio – che invece si applica alla sanatoria ex art. 36 – secondo cui la sanatoria di opere abusive non è 'frazionabile', dovendo gli abusi valutarsi unitariamente nella loro globalità, in conformità al principio secondo cui la valutazione dell'abuso edilizio presuppone una visione complessiva e non atomistica delle opere realizzate*".[22]

11. Abusi edilizi: difformità totale, variazioni essenziali e difformità parziale.

L'accertamento di un intervento eseguito in totale difformità piuttosto che in parziale difformità dal titolo edilizio genera delle conseguenze ben diverse dal punto di vista delle sanzioni, e lo spartiacque è determinato dalla cd. "*fiscalizzazione dell'abuso*" disciplinata dall'art. 34 del D.P.R. n. 380/2001.

Tale norma, recante "*interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire*", dopo aver previsto al primo comma che "*gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire sono rimossi o demoliti a cura e spese del responsabile dell'abuso […] decorso tale termine sono rimossi o demoliti a cura del comune e a spese dei medesimi responsabili dell'abuso*", al secondo comma aggiunge che "*quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale*".

La possibilità di accedere alla cd. "*fiscalizzazione*" – che non equivale ad una sanatoria edilizia dell'abuso in quanto non integra una regolarizzazione dell'illecito e non autorizza il completamento delle opere realizzate - trova applicazione solo agli abusi meno gravi riferibili all'ipotesi della parziale difformità dal titolo abilitativo, in ragione del minor pregiudizio causato all'interesse urbanistico e, come visto al paragrafo precedente, in caso di annullamento in autotutela del permesso di costruire in ragione della tutela dell'affidamento che il privato ha posto nel titolo edilizio a suo tempo rilasciato.

Sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito come "*il concetto di parziale difformità presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio rilasciato dall'autorità amministrativa, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle previste e autorizzate a livello progettuale, come si desume in negativo dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001*", in base al quale "*mentre si è in presenza di difformità totale del manufatto o di variazioni essenziali sanzionabili con la demolizione quando i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione, si configura invece la difformità parziale quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in*

[22] Consiglio di Stato, sez. III, 11/10/2023, n. 8869.

divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera" (Consiglio di Stato sez. VI, 06/07/2022, n.5620).

In ogni caso si tratta di una categoria che deve essere individuata per esclusione - facendovi rientrare tutte quelle opere o interventi non riconducibili ai casi di totale difformità, oppure di variazione essenziale[23] - sulla base di un esame complessivo e non parcellizzato delle singole difformità, non potendosi dunque ammettere una qualificazione di ognuna di esse solo parziale dell'immobile assentito rispetto a quello realizzato. [24] Ad ogni buon conto, va da ultimo evidenziato che "*la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'amministrazione nella fase esecutiva del procedimento, che è successiva ed autonoma rispetto a quella che sfocia nell'ordine di demolizione, per cui è in tale fase esecutiva che la parte interessata può, ricorrendone i presupposti, far valere la situazione di pericolo eventualmente derivante dall'esecuzione della demolizione delle parti abusive di un immobile" (*Consiglio di Stato sez. VI, 23/05/2023, n.5090).

12. I principi giurisprudenziali in materia di ordinanza di demolizione e gli effetti della relativa inottemperanza.

Come abbiamo visto al paragrafo precedente, l'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 accorpa le ipotesi della difformità totale dell'opera realizzata rispetto al progetto assentito e dell'intervento eseguito in assenza di permesso ovvero con variazioni essenziali rispetto a quest'ultimo assoggettandole al medesimo procedimento sanzionatorio che segue l'accertamento dell'abuso. Sicché, la P.A. ingiunge al proprietario ed al responsabile dell'intervento la rimozione del manufatto abusivo e, decorso il termine di novanta giorni dalla notifica del provvedimento di demolizione agli interessi, nel caso di inottemperanza allo stesso, rileva che vi è stata l'acquisizione *ex* lege al patrimonio comunale del bene come descritto nell'ordinanza di demolizione,[25] a cui si aggiunge l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. [26]

---

[23] Si ricorda che le "variazioni essenziali" al permesso di costruire – che sono da tenere distinte dalle cd. "varianti leggere o minori" e dalle cd. "varianti in senso proprio" - costituiscono una tipologia intermedia tra la difformità totale e quella parziale disciplinata dall'art. 32 del D.P.R. n. 380/2001 e *"sono caratterizzate da incompatibilità quali-quantitativa con il progetto edificatorio originario rispetto ai parametri indicati dall'art. 32 del d. P.R. n. 380 del 2001, sono soggette al rilascio di permesso di costruire del tutto nuovo ed autonomo rispetto a quello originario e per il quale valgono le disposizioni vigenti al momento di realizzazione della variante"* (cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 07/04/2023, n.3596

[24] Consiglio di Stato, sez. VI, 6432/2020.

[25] Nel dettaglio l'art. 31, comma 2 dispone che "*Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3"*, il quale prevede che "*se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita"*; ai sensi del comma 4 "*l'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al comma 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente"*.

[26] La legge n. 164/2014 ha integrato l'art. 31 con il comma 4-*bis* secondo cui "*L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti. La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente"*.

Fermo il quadro normativo di riferimento, deve rilevarsi come l'annoso tema della natura della sanzione demolitoria e degli effetti della relativa inottemperanza è stato di recente affrontato dall'Adunanza Plenaria nell'ampia e articolata sentenza n. 16 del 11/10/2023 che ha puntualizzato prioritariamente che "*la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione contra ius e costituisce un illecito amministrativo omissivo propter rem, distinto dal precedente illecito - avente anche rilevanza penale - commesso con la realizzazione delle opere abusive*", con la conseguenza che "*la mancata ottemperanza - anche da parte del nudo proprietario - alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza*".

In proposito, è stato altresì argomentato che l'ordine di demolizione e l'atto di acquisizione al patrimonio comunale costituiscono due distinte sanzioni che rappresentano la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla: va precisato che "*la sanzione disposta con l'ordinanza di demolizione ha natura riparatoria ed ha per oggetto le opere abusive, per cui l'individuazione del suo destinatario comporta l'accertamento di chi sia obbligato propter rem a demolire e prescinde da qualsiasi valutazione sulla imputabilità e sullo stato soggettivo (dolo, colpa) del titolare del bene*"; mentre "*l'acquisizione gratuita, quale conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e della relativa omissione, ha natura afflittiva (così come la correlata sanzione pecuniaria*)" e deve esservi l'imputabilità dell'illecito omissivo della mancata ottemperanza.

Ciò posto, "*l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta - in base alle regole dell'obbligo propter rem - l'acquisto ipso iure del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva*".

Con l'ulteriore corollario che "*l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato*". Infatti, al di fuori del caso eccezionale in cui l'Amministrazione ritenga di evitare la demolizione deliberando ai sensi dell'art. 31, comma 5 del D.P.R. n. 380/2001 per il mantenimento in essere dell'immobile abusivo - giustificato dalla presenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrologico - l'esito finale ordinario dell'abuso edilizio è costituito dalla demolizione del manufatto abusivo, la cui inottemperanza comporta un secondo illecito di natura omissiva a cui consegue la perdita del diritto di proprietà.[27]

[27] L''art. 31, comma 5 dispone che "*l'opera acquisita è demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti*

Inoltre, poiché il responsabile dell'illecito ha cagionato un *vulnus* al paesaggio, all'ambiente ed all'ordinario assetto del territorio, in contraddizione con la funzione sociale della proprietà, il legislatore con la riforma del 2014 ha inteso sanzionarlo – oltre con la perdita della proprietà – anche con una sanzione pecuniaria ai sensi del richiamato articolo 31, comma 4-*bis* del D.P.R. n. 380/2001. Tuttavia, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – in ossequio ai principi di irretroattività, di certezza dei rapporti giuridici nonché ai principi di tipicità e di coerenza - ha statuito che "*la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi - prima dell'entrata in vigore della l. n. 164 del 2014 - abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore*".

13. La valutazione degli abusi edilizi maturati in contesti di "necessità".

Posto quanto sin ora rappresentato in ordine alla natura della sanzione demolitoria, occorre dare atto di un'ulteriore tematica afferente i limiti all'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo costituente l'unica abitazione familiare e sulla corretta applicazione del "*principio di proporzionalità*" così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale si è pronunciata in più occasioni contro l'assolutezza del potere delle Amministrazioni di ordinare la demolizione di costruzioni abusive evidenziando l'importanza, per un individuo, di disporre di un luogo sicuro in cui vivere, la gravità della perdita della casa intesa quale "*forma più estrema di interferenza con il diritto al rispetto della casa stessa, inteso sia come diritto di proprietà che come diritto di abitazione*", e la necessità di verificare la proporzionalità della demolizione rispetto al caso singolo, anche in relazione alla possibilità di perseguire soluzioni alternative alla demolizione.[28]

In questo contesto, merita particolare attenzione la recente pronuncia Consiglio di Stato sez. VI, 09/06/2023, n. 5705 che, in linea con la giurisprudenza consolidata, afferma che il diritto all'abitazione non ha portata assoluta, tale da rendere illegittimi gli ordini di demolizione degli abusi ogni qualvolta l'immobile sia adibito a casa familiare e non risulti che i proprietari dispongono di un ulteriore immobile da destinare a residenza. L'ordine di demolizione, infatti, è espressione del diritto della collettività a ripristinare l'equilibrio urbanistico-edilizio violato dall'abuso, che ben può prevalere sul diritto all'abitazione dei singoli che hanno edificato in violazione degli strumenti urbanistici ed in assenza di un idoneo titolo abilitativo.[29]

Sotto tale aspetto, è stato riaffermato che l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo non contrasta con il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di cui all'art. 8 CEDU, posto che, "*non essendo desumibile da tale norma la sussistenza di alcun diritto assoluto ad occupare un immobile, anche se abusivo, solo perché casa familiare, il predetto ordine non viola in astratto*

---

interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico".

[28] sentenze: Corte EDU, 21/04/2016, *Ivanova e Cherkezov* c. Bulgaria; Corte EDU, 04/08/ 2020, *Kaminskas* c. Lituania; Corte EDU, 23 /03/2021, *Ghailan* e altri c. Spagna.

[29] Nella pronuncia *de qua* i giudici di Palazzo Spada hanno escluso in radice la violazione dell'art. 8 CEDU sulla base della circostanza della realizzazione dell'immobile in assenza di alcun titolo abilitativo, posto che il diritto all'abitazione deve coniugarsi con l'esigenza di rispetto della legalità e in nessun caso può essere invocato a fronte di una condotta consapevolmente contrastante con le norme edilizie.

il diritto individuale a vivere nel proprio legittimo domicilio, ma afferma in concreto il diritto della collettività a rimuovere la lesione di un bene o interesse costituzionalmente tutelato e a ripristinare l'equilibrio urbanistico-edilizio"; ed inoltre "*l'emergenza abitativa non può essere invocata per paralizzare la demolizione di un immobile abusivo, stante l'inammissibilità di condoni atipici ed extra-ordinem (ferma restando la possibilità per gli indigenti di sollecitare gli ausili eventualmente messi a disposizione dalle autorità amministrative competenti)".*

Del resto, si è osservato che la stessa Corte E.D.U. ha di recente affermato che "*deve escludersi la violazione del diritto all'abitazione tutelato dall'art. 8 Cedu nell'ipotesi in cui l'ordine di demolizione dell'abuso edilizio riguardi un immobile costituente l'unica abitazione del contravventore e quest'ultimo sia un soggetto in età avanzata e si trovi in precarie condizioni reddituali, qualora la situazione personale del destinatario dell'ordine demolitorio non assuma un peso determinante a fronte della consapevole realizzazione della costruzione edilizia in un'area vincolata paesaggisticamente, in assenza di qualsivoglia autorizzazione*" (Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 04/08/2020, n. 44817); in ossequio a quanto statuito dalla Corte E.D.U., anche la Corte di Cassazione si è espressa nel senso che il principio di proporzionalità nell'applicazione dell'ordine di demolizione di un immobile illegalmente edificato, adottato da una Pubblica Autorità al fine di contrastare la realizzazione di opere senza permesso di costruire, opera esclusivamente in relazione all'immobile destinato ad abituale abitazione di una persona, ed implica, principalmente, garanzie di tipo "procedurale".

Sulla scorta di tali considerazioni, secondo l'elenco esemplificativo indicato dai giudici di Strasburgo ai fini della proporzionalità della misura si deve valutare: "*la possibilità di far valere le proprie ragioni davanti ad un tribunale indipendente; la disponibilità di un tempo sufficiente per "legalizzare" la situazione, se giuridicamente possibile, o per trovare un'altra soluzione alle proprie esigenze abitative agendo con diligenza; l'esigenza di evitare l'esecuzione in momenti in cui verrebbero compromessi altri diritti fondamentali, come quello dei minori a frequentare la scuola. Inoltre, ai medesimi fini, un ruolo estremamente rilevante è stato attribuito alla consapevolezza della illegalità della costruzione da parte degli interessati al momento dell'edificazione ed alla natura ed al grado della illegalità realizzata*".[30]

14. La demolizione degli abusi su suoli demaniali.

L'analisi della normativa e dei principi espressi dalla giurisprudenza in materia di ordinanza di demolizione richiede di fare un ulteriore approfondimento in relazione alla disciplina posta dall'art. 35 del D.P.R. n. 380/2001 con riferimento agli abusi edilizi commessi su pubblici da parte di soggetti diversi da Amministrazioni statali - ossia da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato – il cui regime è caratterizzato da un maggiore rigore sanzionatorio rispetto a quello previsto dall'art. 31 .

Nel dettaglio, l'art. 35 d.P.R. 380/2001 prevede che "*qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, previa diffida non reiterabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo*"; il

[30] Consiglio di Stato sez. VI, 09/06/2023, n. 5705.

tutto con l'espressa precisazione che "*la demolizione è eseguita a cura del Comune ed a spese del responsabile dell'abuso*".

La disposizione in questione – volta a tutelare le aree demaniali o di enti pubblici dalla costruzione di manufatti da parte di privati - non lascia all'Ente locale alcuno spazio per valutazioni discrezionali ed impone la demolizione degli interventi eseguiti in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire sui suoli demaniali in quanto preordinata a evitare l'indebito utilizzo del bene demaniale; non può quindi assumere rilevanza l'approfondimento circa la concreta epoca di realizzazione dei manufatti e non è configurabile un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di illecito permanente che il tempo non può legittimare in via di fatto.[31]

In tale prospettazione, la sanzione demolitoria degli abusi edilizi ha natura oggettiva e colpisce il bene abusivo indipendentemente da chi l'abbia commesso, per cui la nozione di "*responsabile dell'abuso*" è riferibile a più categorie di soggetti, tra cui rientra non solo chi ha posto in essere materialmente la violazione contestata, ma anche chi ha la disponibilità del immobile al momento dell'emissione della misura repressiva, fatte salve le eventuali azioni di rivalsa di questi ultimi nei confronti degli esecutori materiali delle opere, sulla base dei rapporti interni intercorsi. [32]

Diversamente opinando si giungerebbe a conclusioni contrarie alla *ratio* normativa, con il risultato paradossale di consentire l'immunità delle opere da eventuali misure ripristinatorie per effetto della mera alienazione da parte di colui che le ha realizzate. Per tali ragioni, la giurisprudenza amministrativa si è espressa sui presupposti per la legittima irrogazione dell'ordine di demolizione chiarendo che lo stesso "*non presuppone l'accertamento dell'elemento soggettivo integrante responsabilità a carico del suo destinatario, né è un provvedimento diretto a sanzionare un comportamento illegittimo del trasgressore, ma è un atto di tipo ripristinatorio avendo la funzione di eliminare le conseguenze della violazione edilizia, attraverso la riduzione in pristino dello stato dei luoghi conseguente alla rimozione delle opere abusive*"(T.A.R. Napoli, (Campania) sez. IV, 15/03/2022, n.1731).

Si osserva altresì che, l'art. 35, D.P.R. n. 380/2001 detta una disciplina differente rispetto a quella ordinaria prevista all'art. 31 non richiedendo un termine preciso per la diffida al ripristino, giustificata dalla peculiare gravità della condotta sanzionata connotata dalla realizzazione di abusi su suoli pubblici, con la precisazione che l'utilizzo della locuzione "*previa diffida non rinnovabile*" "*non intende assoggettare il potere di vigilanza ad una sorta di decadenza o sanatoria, bensì semplicemente prescrivere al dirigente incaricato di non procrastinare (accordando ulteriori diffide) l'attuazione delle misure necessarie a ripristinare la legalità. Cosicché il provvedimento di demolizione che contenga in sé anche la diffida non è illegittimo e alla diffida può seguire immediatamente l'ordinanza di demolizione, senza che il destinatario possa trarre alcun beneficio dalla sua preventiva notificazione, né alcuna concreta lesione dalla sua mancanza"* (Consiglio di Stato sez. VI, 08/11/2022, n. 9807).

[31] cfr., tra le tante: Consiglio di Stato sez. VII, 14/11/2022, n.9960; Consiglio di Stato, Sez. VI , 12 aprile 2019, n. 2396; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. II, 4 aprile 2019, n. 745.
[32] cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26/03/2020, n. 2122; Sez. VI, 21/11/2016 n. 4849; T.A.R. Campania - Napoli Sez. VII, 15/11/ 2018, n. 6631.

15. Applicazioni giurisprudenziali in tema di cd. "tolleranze costruttive".

A questo punto, prima di affrontare il tema degli istituti volti alla regolarizzazione degli abusi edilizi, si intende approfondire la disciplina delle cd. "tolleranze costruttive", così come normate dall'art. 34-*bis* del D.P.R. n. 380/2001. Tale norma, che riproduce con alcune modifiche la disposizione di cui all'abrogato art. 34, comma 2-*ter,* prevede al comma 1 che "*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*".[33]

Il legislatore, senza dare una definizione normativa della parziale difformità, ha previsto una soglia entro cui le stesse devono ritenersi giuridicamente irrilevanti, risultando inidonee a generare una difformità dal titolo edilizio apprezzabile sul piano delle conseguenze sanzionatorie. Al riguardo, deve darsi continuità all'indirizzo giurisprudenziale in forza del quale le tolleranze costruttive prevedono sì un regime di franchigia - nel senso che fino a tale valore sono irrilevanti i discostamenti dal titolo edilizio - ma ciò non significa che una volta superato il 2% questo sia automaticamente da detrarre: detto altrimenti, "*fino alla differenza del 2% non ha luogo alcuna sanzione, ma una volta superata tale soglia è aperto totalmente e non parzialmente l'ambito di applicazione della sanzione, senza quindi alcuna deroga*" (Consiglio di Stato sez. VI, 08/08/2023, n.7685).

Ciò posto, la base del calcolo del margine di tolleranza che esclude l'abusività dell'opera non può che parametrarsi alle singole previsioni del titolo edilizio e alle singole porzioni dell'immobile e non può essere calcolato sul volume complessivo dell'immobile, considerata l'esigenza sostanziale di garantire quanto più possibile la corretta esecuzione dei progetti costruttivi autorizzati, con conseguente irrilevanza soltanto degli scostamenti di lieve entità. In questo senso, la giurisprudenza amministrativa ha specificato che "*la percentuale su cui misurare lo scostamento o, se si vuole, la abusività dell'intervento, va posta in relazione con la porzione dell'immobile cui esso accede, e non con la superficie dell'intero palazzo: esemplificativamente, quanto alle opere che hanno certamente comportato incremento di volumetria e superficie utile (…) il computo dell'ampliamento del magazzino per mq. 13,40 (pratica 322166) ai fini del contenimento dello stesso nella misura del 2% va riferito al locale-magazzino medesimo, e non all'intero plesso, ovvero anche solo al piano dove lo stesso insiste*"; con la precisazione che "*la tolleranza globale del 2% all'intero fabbricato non può trovare applicazione neanche nel caso di unica proprietà*" (T.A.R. Cagliari, (Sardegna) sez. I, 29/04/2022, n.297).[34]

Quanto alla prova del rispetto di tale limite, la stessa "*deve essere fornita dal costruttore o proprietario dell'immobile, come si desume dallo stesso comma 3 della citata previsione normativa, per il quale 'Le tolleranze esecutive di cui ai commi 1 e 2 realizzate nel corso di precedenti interventi edilizi, non costituendo violazioni edilizie, sono dichiarate dal tecnico, ai fini dell'attestazione dello stato legittimo degli immobili', il che appare compatibile, giacché solo chi realizza l'opera può chiaramente indicare se gli scostamenti dai parametri edilizi rispetto al titolo abilitativo rispettano la tolleranza prevista dalla legge*" (T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 02/07/2022, n.1565).

[33] Le tolleranze di tipo "costruttivo" devono essere distinte dalle cd. "tolleranze di esecutive" di cui al comma 2 della norma in menzione che, a differenza delle prime, non richiedono il rispetto del requisito percentuale di cui al comma 1 e sono subordinate alla condizione che "*non comportino violazione della disciplina urbanistica ed edilizia e non pregiudichino l'agibilità dell'immobile*".

[34] Consiglio di Stato, sez. IV, 22/01/2018, n. 405; in termini Consiglio di Stato, Sez. II, 07/01/2021, n. 230.

16. Sanatoria edilizia: l'ambito applicativo delle due tipologie di accertamento di conformità previste dal D.P.R. n. 380/2001.

Esaminati gli interventi edilizi abusivi sotto il profilo definitorio e sanzionatorio, resta ora da analizzare l'aspetto attinente la regolarizzazione degli stessi, come disciplinata agli articoli 36 e 37, comma 4 del D.P.R. n. 380/2001 i quali, sia nel caso di difformità totali che di difformità parziali, la subordinano al requisito della cd. "doppia conformità" rispetto alla disciplina vigente sia al momento della realizzazione delle opere che al momento dell'istanza.

Nel dettaglio, l'art. 36 circoscrive il relativo ambito di applicazione agli "*interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 01, 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*", per poi subordinare la possibilità per responsabile dell'abuso, o dell'attuale proprietario dell'immobile, di richiedere ed ottenere il rilascio del permesso in sanatoria alla conformità dell'opera abusiva "*alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda*". Il rilascio del permesso è, poi, "*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*".

Tale possibilità è prevista anche dall'art. 37, comma 4 del D.P.R. n. 380/2001 che - con riferimento agli interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività – dispone che "*ove l'intervento realizzato risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'intervento, sia al momento della presentazione della domanda, il responsabile dell'abuso o il proprietario dell'immobile possono ottenere la sanatoria dell'intervento versando la somma, non superiore a 5.164 euro e non inferiore a 516 euro, stabilita dal responsabile del procedimento in relazione all'aumento di valore dell'immobile valutato dall'agenzia del territorio*".

Richiamato il quadro normativo di riferimento, occorre soffermarsi sugli elementi essenziali dell'accertamento, partendo dal principio cardine della doppia conformità sulla scorta del quale la giurisprudenza ha statuito che "*occorre considerare il dato normativo che consente la qualificazione dell'intervento realizzato a prescindere dalle successive evoluzioni della categoria che, diversamente opinando, si tradurrebbero nell'applicazione retroattiva dello ius superveniens al fine di qualificare un intervento in precedenza realizzato*", con la precisazione che "*il titolo in sanatoria non può contenere alcuna prescrizione, poiché altrimenti postulerebbe, in contrasto con l'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001 citato, non già la "doppia conformità" delle opere abusive, ma una sorta di conformità ex post, condizionata all'esecuzione delle prescrizioni e, quindi, non esistente ne' al momento della realizzazione delle opere, ne' al tempo della presentazione della domanda di sanatoria, bensì solo alla data futura e incerta in cui il ricorrente abbia ottemperato a tali prescrizioni*" (Consiglio di Stato sez. VII, 29/09/2023, n.8593)

Per quanto poi concerne il provvedimento di sanatoria rilasciato dall'Amministrazione la richiamata pronuncia ha statuito che "*il procedimento per la verifica di conformità ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001 sfocia in un provvedimento di carattere assolutamente vincolato, il quale non necessita di altra*

motivazione oltre a quella relativa alla corrispondenza (o meno) dell'opera abusiva alle prescrizioni urbanistico-edilizie vigenti sia all'epoca di realizzazione dell'abuso sia a quella di presentazione dell'istanza ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001", con la conseguenza che "*non è annullabile il provvedimento per vizi formali non incidenti sulla sua legittimità sostanziale e il cui contenuto non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato, poiché l'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, mira a garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato".*

Altro tema di interesse attiene l'operatività dell'istituto del silenzio-assenso in relazione al rilascio dei titoli edilizi in sanatoria poichè, a differenza di quanto disposto dall'art. 36, comma 3 del D.P.R. n. 380/2001[35], l'art. 37 non prevede espressamente un'ipotesi di silenzio significativo, non disponendo alcunché sulla definizione del procedimento.

In assenza di un chiaro dato normativo, la giurisprudenza ha aderito ad orientamenti non univoci, di cui si segnala la recente pronuncia del Consiglio di Stato sez. II, 20/02/2023, n.1708 che ha escluso l'applicabilità alla fattispecie della SCIA in sanatoria del cd. "silenzio-rifiuto" in quanto l'art. 37 stabilisce espressamente che il procedimento si chiuda con un provvedimento espresso, con applicazione e relativa quantificazione della sanzione pecuniaria a cura del responsabile del procedimento. Ne deriva che "*nell'ipotesi di s.c.i.a. in sanatoria, il procedimento può ritenersi favorevolmente concluso per il privato solo allorquando vi sia un provvedimento espresso dell'Amministrazione procedente, configurandosi in assenza un'ipotesi di silenzio inadempimento".* Ad avviso dei giudici, tale soluzione "*appare più conforme alla ratio della sanatoria di opere abusive già realizzate, che necessita di una valutazione espressa dell'amministrazione sulla sussistenza della doppia conformità, rispetto al regime di opere ancora da realizzare alle quali si attaglia la disciplina ordinaria della S.C.I.A., come metodo di semplificazione del regime abilitativo edilizio".*

Parimenti, giova ricordare il diverso orientamento giurisprudenziale a cui ha aderito il Consiglio di Stato con la pronuncia n. 1534/2014, successivamente confermata da numerose sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali[36], secondo cui il silenzio della P.A. debba qualificarsi come assenso ("*la SCIA in sanatoria, presentata ex art. 37 D.P.R. n. 380 del 2001, si presta a rendere operanti le correlate prescrizioni di cui all'art. 19 e ss., legge n. 241 del 1990, in materia di silenzio assenso, dovendo essere ragionevolmente riconosciuto a tale segnalazione carattere e natura confessoria, diretta a provare la verità dei fatti attestati e a produrre, con l'inutile decorso del tempo per l'emanazione di provvedimenti inibitori, effetti direttamente stabiliti dalla legge, indipendentemente da una diversa volontà delle parti, ossia l'avvenuta formazione del titolo abilitativo in sanatoria");* diversamente, altro indirizzo giurisprudenziale qualifica il silenzio sull'istanza di sanatoria come silenzio-rigetto con la conseguenza che, anche qualora la procedura dell'accertamento di conformità sia esperita in

[35] L'art. 36, comma 3 del D.P.R. n, 380/2001 dispone che "*sulla richiesta della concessione 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*".

[36] *ex multis:* T.A.R. Salerno (Campania), Sez. II, 07/02/2022, n. 379; T.A.R. Calabria (Catanzaro), Sez. II, n. 507/2020; T.A.R. Lazio, Sez. II-*bis*, n. 156/2018.

relazione a un intervento edilizio oggetto di SCIA, opererebbe il meccanismo previsto dall'art. 36 d.P.R. n. 380/2001.[37]

17. Accertamento di conformità e false asseverazioni: nuovi chiarimenti dalla Corte di Cassazione.

In questo contesto deve essere esaminata la pronuncia Cassazione Penale sez. III, 19/01/2023, n.19314 che si è pronunciata in merito all'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 20, comma 13 del D.P.R. n. 380/2001 in relazione alle false asseverazioni rilasciate dal tecnico incarico nella procedura di accertamento di conformità, al fine di indagare i profili di responsabilità penale del tecnico nonché l'applicabilità della norma *de qua* al permesso di costruire in sanatoria.

In primo luogo si evidenzia che tale norma, introdotta dall'art. 5, n. 3 del D.L. n. 70/2011 nell'ambito della disciplina del "*Procedimento per il rilascio del permesso di costruire*", prevede che "*ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni di cui al comma 1, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al medesimo comma è punito con la reclusione da uno a tre anni. In tali casi, il responsabile del procedimento informa il competente ordine professionale per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari*".

La figura di reato risulta riferita precipuamente alle false attestazioni destinate a confluire nel procedimento amministrativo finalizzato al conseguimento del permesso di costruire, per cui la fattispecie assume carattere speciale rispetto alla norma generale di cui all'art. 481 c.p., come pure è speciale rispetto alla norma codicistica il reato di cui all'art. 19 della legge n. 241/1990 che concerne il differente modulo procedimentale della SCIA. In questo senso è stato osservato che "*la nuova previsione criminosa in vigore dal 2011 n. 106, che punisce le false dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni circa l'esistenza dei requisiti e presupposti per il rilascio del permesso di costruire, ha un ambito applicativo che si sovrappone interamente alla fattispecie di falso ideologico in certificati commesso da persone esercenti un servizio di pubblica necessità (art. 481 c.p.[38]) e di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.[39]), di cui assorbe il disvalore, e si consuma quando oggetto di asseverazione siano non esclusivamente fatti che cadono sotto la percezione materiale dell'autore della dichiarazione, ma giudizi*".

Tanto considerato, ad avviso dei giudici di legittimità non vi è ragione per non applicare la fattispecie in esame alle false dichiarazioni rese dal tecnico-professionista nell'ambito dell'accertamento di conformità *ex* art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, "*che altro non è che un permesso di costruire che differisce da quello ordinario per il fatto di essere postumo rispetto all'esecuzione dei lavori, ma ciò non toglie che al procedimento di cui all'art. 36 possa applicarsi, senza che ciò comporti alcuna violazione*

[37] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 10/06/2019 n. 3146; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 21/03/2017 n. 676; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 21/03/2006 n. 642.

[38] L'art. 481 c.p. - rubricato "*Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità*" – dispone che "*Chiunque, nell'esercizio di una professione sanitaria o forense, o di un altro servizio di pubblica necessità, attesta falsamente, in un certificato fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da da euro 51 a euro 516*".

[39] L'art. 483 c.p. – recante "*Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico*" – dispone che "*Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni*".

del divieto di analogia in malam partem, il medesimo regime sanzionatorio previsto dall'art. 20 del medesimo decreto, e ciò tanto più ove si consideri che la giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere, in caso di permesso in sanatoria, in coerenza con la previsione di cui all'art. 36, comma 1, il requisito della cd. "doppia conformità", […], aspetto questo che corrobora il giudizio circa la sostanziale sovrapponibilità del procedimento di sanatoria rispetto a quello ordinario finalizzato al conseguimento del permesso", tanto più che la relazione tecnica del professionista incaricato presentata nella procedura di accertamento di conformità, al di là di alcune differenze procedimentali tra schema ordinario e procedura di sanatoria, non è un atto neutro, ma costituisce il presupposto valutativo più pregnante, contenendo i dati tecnici essenziali ai fini della verifica della doppia conformità, tale da comportare rilievo penale delle attestazioni mendaci eventualmente rese dal professionista incaricato.

Diversamente, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la responsabilità del reato di falsità ideologica in certificati di cui al citato art. 481 c.p. in relazione all'art. 29, comma 3 del D.P.R. n. 380/2001[40] in capo al progettista che asseveri nella relazione tecnica allegata ad una domanda di sanatoria *ex* art. 37 d.P.R. n. 380/2001 una conformità delle opere agli strumenti urbanistici ed al regolamento edilizio comunale non corrispondente al vero, precisando che *"a nulla rileva che le opere, dopo la presentazione della SCIA, non furono realizzate, stante la natura istantanea dell'atto in esame, il quale ha natura di "certificato" ex art. 481 cod. pen. per quel che riguarda non solo la descrizione dello stato dei luoghi e la ricognizione di eventuali vincoli esistenti sull'area oggetto dell'intervento edilizio, ma anche, e soprattutto, la rappresentazione delle opere che si intendono realizzare e loro conformità agli strumenti urbanistici ed al regolamento edilizio"* (Corte di Cassazione 07/11/2022, n. 41814).

18. Condono edilizio: il punto della giurisprudenza sul campo di operatività della sanatoria straordinaria.

Dopo aver affrontato gli istituti di cd. "sanatoria ordinaria" degli abusi edilizi, come disciplinati dal D.P.R. n. 380/2001, preme ora soffermarsi sul condono edilizio, quale istituto di carattere eccezionale che consente l'avvio di un'apposita procedura di regolarizzazione degli abusi edilizi, a cui consegue, in presenza dei presupposti normativamente prescritti, la sanatoria degli effetti sia amministrativi che penali originati dalla realizzata violazione e la paralisi dei provvedimenti sanzionatori che siano stati nel contempo adottati. [41]

Nell'eccezionale sistema del condono edilizio di cui all'art. 35, comma 18 della legge n. 47/1985, è previsto che *"fermo il disposto del primo comma dell'articolo 33, decorso il termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, quest'ultima si intende accolta ove l'interessato provveda al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a conguaglio ed alla presentazione all'ufficio*

[40] L'art. 29 del D.P.R. n. 380/2001 – rubricato "*Responsabilità del titolare del permesso di costruire, del committente, del costruttore e del direttore dei lavori, nonché anche del progettista per le opere subordinate a segnalazione certificata di inizio attività*"- al comma 3 dispone che "*Per le opere realizzate dietro presentazione di segnalazione certificata di inizio attività, il progettista assume la qualità di persona esercente un servizio di pubblica necessità ai sensi degli articoli 359 e 481 del codice penale. In caso di dichiarazioni non veritiere nella relazione di cui all'articolo 23, comma 1, l'amministrazione ne dà comunicazione al competente ordine professionale per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari*".

[41] Si rammenta che l'ordinamento nazionale reca la disciplina di tre differenti statuti di condono (il primo con la legge n. 47/1985, il secondo con la legge n. 724/1994 e il terzo con la legge n. 326/2003) la cui eterogeneità emerge sia con riferimento alla tipologia di illeciti condonabili, sia con riferimento all'*iter* preordinato al conseguimento della sanatoria delle opere abusive.

tecnico erariale della documentazione necessaria all'accatastamento. Trascorsi trentasei mesi si prescrive l'eventuale diritto al conguaglio o al rimborso spettante".

Sul punto, il Consiglio di Stato ha statuito che *"ai sensi dell'art. 35 della legge n. 47/1985, il silenzio assenso previsto in tema di condono edilizio non si forma solo in virtù dell'inutile decorso del termine prefissato per la pronuncia espressa dell'amministrazione comunale e dell'adempimento degli oneri documentali ed economici necessari per l'accoglimento della domanda, ma occorre, altresì, la prova della ricorrenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi ai quali è subordinata l'ammissibilità del condono, tra i quali rientra, per il condono del 2003, il fatto che l'immobile ad uso residenziale risulti ultimato, ossia completato al rustico, entro il 31 marzo 2003. Ne deriva che il titolo abilitativo tacito può formarsi per effetto del silenzio assenso soltanto ove la domanda sia conforme al relativo modello legale e, quindi, sia in grado di comprovare che ricorrano tutte le condizioni previste per il suo accoglimento, inclusa la tempestiva ultimazione dell'opera abusiva"* (Consiglio di Stato sez. VII, 12/06/2023, n.5742).

La giurisprudenza ha altresì precisato che l'onere della prova sulla ricorrenza dei presupposti per la condonabilità delle opere grava sull'istante, tra cui, *in primis,* la prova della data di ultimazione delle opere edilizie, in quanto solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori, mediante i quali è possibile stabilire con certezza l'epoca di realizzazione del manufatto. In proposito, si evidenzia che ai fini della determinazione dell'ultimazione dei lavori per il condono edilizio l'art. 31, comma 2 della legge n. 47/1985 prevede due criteri alternativi: un criterio "strutturale", che vale nei casi di nuova costruzione e un criterio "funzionale", che opera nei casi di opere interne di edifici già esistenti, oppure di manufatti con destinazione diversa da quella residenziale.

Significativa, al riguardo, è la recente pronuncia Consiglio di Stato sez. VI, 22/09/2023, n.8469 a detta della quale *"quanto al criterio strutturale del completamento del rustico, per edifici "ultimati", si intendono quelli completi almeno al "rustico", espressione con la quale si intende un'opera mancante solo delle finiture (infissi, pavimentazione, tramezzature interne), ma necessariamente comprensiva delle tamponature esterne, che realizzano in concreto i volumi, rendendoli individuabili e esattamente calcolabili (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 130)"*; mentre *"la nozione di completamento funzionale implica, invece, uno stato di avanzamento nella realizzazione tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione; in altri termini l'organismo edilizio, non soltanto deve aver assunto una sua forma stabile nella consistenza planivolumetrica (come per gli edifici, per i quali è richiesta la c.d. ultimazione "al rustico", ossia intelaiatura, copertura e muri di tompagno), ma anche una sua riconoscibile e inequivoca identità funzionale che ne connoti con assoluta chiarezza la destinazione d'uso".*

Una deroga alla suesposta nozione di ultimazione delle opere è riscontrabile nell'art. 43, comma 5, della legge n. 47/1985 ai sensi del quale *"possono ottenere la sanatoria le opere non ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori che siano strettamente necessari alla loro funzionalità. Il tempo di commissione dell'abuso e di riferimento per la determinazione dell'oblazione sarà individuato nella data del primo provvedimento amministrativo o giurisdizionale"*. Tuttavia, tale deroga va interpretata in termini strettamente circostanziati e, *"se non si vuole stravolgere il fondamento dell'istituto e la forza prescrittiva dell'attività di repressione degli abusi edilizi (ad opera dell'autorità giudiziaria), il grado di completamento dell'opera abusiva deve essere tale da*

consentire di percepire la concreta fisionomia e destinazione dell'opera da sanare e da completare. La norma in questione, in altre parole, può essere invocata soltanto per eseguire interventi funzionali e accessori a quanto già costruito, mentre deve ritenersi preclusa la possibilità di sanatoria per opere il cui grado, appena iniziale, di realizzazione non consenta di riconoscerne la funzione e la configurazione generale".

Allo stesso modo, la giurisprudenza, come richiamata da Cassazione Penale sez. III, 19/01/2023 n.4222, è ferma nel ritenere che *"è illegittimo, e non determina l'estinzione del reato edilizio di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, lett. b), né di quello paesaggistico, e dunque non costituisce neppure valido presupposto per la revoca dell'ordine di rimessione in pristino, il rilascio di un permesso di costruire in sanatoria condizionato all'esecuzione di specifici interventi finalizzati a ricondurre il manufatto abusivo nell'alveo di conformità agli strumenti urbanistici, in quanto detta subordinazione contrasta ontologicamente con la ratio della sanatoria, collegabile alla già avvenuta esecuzione delle opere e alla loro integrale rispondenza alla disciplina urbanistica"* .

19. Interventi edilizi ammessi in pendenza del procedimento di condono.

In termini generali, deve osservarsi che è tassativamente impedita la modificazione delle opere oggetto della domanda di condono, se non con l'osservanza delle cautele previste dall'art. 35, comma 13 della legge n. 47/1985 che disciplina le modalità e le condizioni in base alle quali è consentito al presentatore dell'istanza di sanatoria completare, sotto la propria responsabilità e a proprio rischio, i manufatti abusivi.

Nel dettaglio, la richiamata disposizione prevede che "*decorsi centoventi giorni dalla presentazione della domanda e, comunque, dopo il versamento della seconda rata dell'oblazione, il presentatore dell'istanza di concessione o autorizzazione in sanatoria può completare sotto la propria responsabilità*" le opere oggetto della domanda; a tal fine, "*l'interessato notifica al Comune il proprio intendimento, allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi, ed inizia i lavori non prima di trenta giorni dalla data della notificazione*".

Al di fuori della predetta ipotesi resta ferma la validità del principio, ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, in base al quale in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori (pur se riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, della ristrutturazione o della costruzione di opere costituenti pertinenze urbanistiche), ripetono le caratteristiche d'illiceità dell'opera abusiva cui ineriscono strutturalmente, con la conseguenza che, qualora il soggetto che ha presentato la domanda di condono abbia realizzato opere non di rifinitura, ma nuovi e diversi rispetto a quelli oggetto della richiesta di sanatoria, le stesse andranno considerate, ai fini sanzionatori, come "autonomamente" abusive. [42]

La *ratio* di tale orientamento risiede, da una parte, nell'esigenza di evitare che le opere abusive vengano portate a ulteriore compimento per la ragione che il condono straordinario *ex* L.

[42] Sul punto, Consiglio di Stato sez. VI, 22/09/2023, n.8469 precisa che la realizzazione di interventi ulteriori non giustifica, di per sé, il diniego del condono, a meno che, avendo inciso in modo radicale sullo stato dei luoghi, rendano impossibile all'Amministrazione di valutare la consistenza delle opere abusive originarie.

47/85 non si fonda sulla conformità delle opere alla normativa urbanistica vigente, ma costituisce espressione di una eccezionale rinuncia dello Stato a perseguire a determinate condizioni gli illeciti edilizi; dall'altra parte, vi è anche la necessità di preservare lo stato originario delle opere oggetto di condono per consentire all'Amministrazione di accertare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità e di concedibilità del beneficio, oltre che di valutare l'effettiva natura e portata dell'intervento da condonare.

Su queste basi, l'art. 35, comma 14, della legge n. 47/1985 deve considerarsi norma di stretta interpretazione, la cui violazione innesta la presunzione che l'immobile oggetto di condono sia stato trasformato, tale da non consentire all'Amministrazione di determinare in modo preciso la consistenza delle opere oggetto dell'abuso originario. Sicché, spetta all'interessato dimostrare che l'intervento oggetto di condono è ancora riconoscibile ed è assolutamente conforme a quello rappresentato nella istanza di condono, essendo tale accertamento assolutamente necessario per la ulteriore procedibilità della domanda di condono e fermo restando che tutto quanto non sia ad essa riconducibile deve essere senz'altro demolito poiché non condonabile né sanabile.[43]

20. L'istituto del preavviso di rigetto nei procedimenti di sanatoria e condono edilizio.

Esaminati gli istituti volti alla sanatoria degli abusi edilizi, si intende da ultimo soffermarsi sul corretto *modus procedenti* per la formalizzazione del provvedimento di rigetto delle istanze *de qua* alla luce della recente pronuncia Consiglio di Stato sez. VI, 12/04/2023, n.3672 secondo cui *"l'istituto del preavviso di rigetto (di cui all'art. 10-bis l. 7 agosto 1990, n. 241), stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui al citato art. 10 bis, in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di uno apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda"*.

Sulla scorta di ciò, *"la violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare"*. Ne deriva che, *"affinché la violazione dell'art. 10 bis comporti l'illegittimità del provvedimento impugnato, in particolare, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie garanzie partecipative, ma è anche tenuto ad indicare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento"*, dal momento che *"la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90 è idonea a determinare l'annullamento del diniego di sanatoria, qualora, alla stregua degli elementi deduttivi e istruttori forniti dalla parte privata, sia dubbio che, in caso in osservanza delle disposizioni procedimentali in concreto violate, il contenuto dispositivo dell'atto sarebbe stato identico a quello in concreto assunto"*.

In proposito, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è espressa nel senso che *"l'art. 21 octies della L. n. 241/90 introduce un onere di allegazione e probatorio "rafforzato" a carico del privato*

[43] Consiglio di Stato sez. VI, 10/03/2023, n.2568.

che intende far valere la violazione dell'obbligo, per l'amministrazione, di comunicare preventivamente i motivi ostativi all'accoglimento di una istanza. A tale affermazione conduce anche la constatazione che la norma, solo con riferimento alla violazione dell'obbligo di dare comunicazione dell'avvio di procedimento afferma che è l'amministrazione a dover dimostrare, in giudizio, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso: dalla differente formulazione del primo e del secondo periodo dell'art. 21 octies, comma 2, si può quindi inferire che al giudice è consentito rilevare d'ufficio l'esistenza di circostanze che rendono "palese" che il provvedimento conclusivo del procedimento non avrebbe potuto avere un diverso contenuto, allo scopo di "paralizzare" le censure finalizzate a far valere violazione procedimentali, diverse dalla mancata comunicazione dell'avvio di procedimento" (Consiglio di Stato sez. VI, 16/09/2022, n.8043).

Quanto all'onere motivazionale in capo all'Amministrazione, è stato altresì precisato che "*un'applicazione corretta dell'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione*" in quanto solo in questo modo è possibile assicurare un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che il preavviso di rigetto si riduca in un inutile e sterile adempimento formale.[44]

[44] Consiglio di Stato sez. VI, 12/04/2023, n.3672.

NOTE