



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>

Stato legittimo degli immobili e abusi edilizi:
*le problematiche maggiormente ricorrenti nella
prassi esaminate dalla più recente giurisprudenza*

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



CORSO FORMATIVO ONLINE
martedì 12 Marzo 2024

Stato legittimo degli immobili e abusi edilizi:
le problematiche maggiormente ricorrenti nella prassi
esaminate dalla più recente giurisprudenza

1. *Lo stato legittimo degli immobili ante 1967: gli elementi probanti*
Pag. 4
2. *Il rapporto tra agibilità, stato legittimo e compravendita immobiliare*
Pag. 6
3. *Variazioni essenziali: il caso della traslazione dell'area di sedime rispetto a quella assentita*
Pag. 11
4. *Abusi edilizi ed ordine di demolizione: a chi può essere indirizzato?*
Pag. 12
5. *Inottemperanza all'ingiunzione di demolizione: i chiarimenti dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2023*
Pag. 15
6. *Sequestro dell'immobile da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria ed inottemperanza all'ordine di demolizione*
Pag. 17
7. *Gli interventi eseguiti in base a permesso di costruire annullato*
Pag. 19
8. *Il permesso di costruire è annullabile se manca il piano attuativo?*
Pag. 21
9. *S.C.I.A. e autotutela: quali poteri in capo alla P.A.?*
Pag. 23
10. *Limiti alla condonabilità degli abusi edilizi*
Pag. 25
11. *Gli abusi edilizi realizzati durante la pendenza di un'istanza di condono: le posizioni espresse dalla giurisprudenza*
Pag. 27
12. *La disciplina applicabile alla valutazione della domanda di condono*
Pag. 28
13. *Sanatoria operante a regime ordinario: il requisito della doppia conformità e l'orientamento consolidato in ordine alla sanatoria cd. Condizionata*
Pag. 28
14. *La sanatoria giurisprudenziale o impropria: è ammissibile?*
Pag. 29
15. *Abusi edilizi: la valutazione unitaria delle opere. È possibile una sanatoria parziale?*
Pag. 30
16. *L'illegittimità della sanatoria edilizia dopo l'acquisizione al patrimonio comunale: i chiarimenti della Corte di Cassazione*
Pag. 31
17. *Abusi edilizi ed accertamento di conformità: la P.A. deve verificare la sanabilità dell'opera prima di ingiungere la demolizione?*
Pag. 32
18. *L'ambito di operatività della fiscalizzazione degli abusi edilizi delineato dalla giurisprudenza amministrativa*
Pag. 33
19. *Gli abusi sanabili in area con vincolo paesaggistico*
Pag. 35
20. *Compatibilità paesaggistica postuma: le ipotesi in cui è consentita*
Pag. 37

1. Lo stato legittimo degli immobili ante 1967: gli elementi probanti

L'articolo 9-bis («Documentazione amministrativa e stato legittimo degli immobili») del D.P.R. n. 380/2001 al comma 1-bis – introdotto dal cd. «Decreto Semplificazioni» del 2020¹ - dispone che «lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali».

Il secondo periodo della norma stabilisce che «per gli immobili realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio, lo stato legittimo è quello desumibile dalle informazioni catastali di primo impianto, o da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali».

Si prevede, infine, che «le disposizioni di cui al secondo periodo si applicano altresì nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia».

Orbene, appare interessante soffermarsi sulla previsione riguardante gli immobili realizzati «in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio» svolgendo alcune brevi considerazioni.

Occorre rammentare, invero, che nel nostro ordinamento l'obbligo di licenza edilizia è stato introdotto dalla L. n. 1150/1942 (cd. «Legge Urbanistica»), la quale ha istituito il predetto atto al fine di disciplinare l'edificazione nei centri abitati: in particolare, in base al disposto dell'articolo 31, era previsto che chiunque intendesse «eseguire nuove costruzioni edilizie ovvero ampliare quelle esistenti o modificarne la struttura o l'aspetto nei centri abitati ed ove esista il piano regolatore comunale, anche dentro le zone di espansione di cui al n. 2 dell'art. 7, deve chiedere apposita licenza al podestà del comune»; successivamente, con l'integrazione di cui alla L. n. 765/1967 (cd. «Legge Ponte»), è stata estesa l'operatività di tale obbligo nell'ambito dell'intero territorio comunale.

Nel periodo intercorrente tra il 1942 ed il 1967, pertanto, al di fuori dei centri abitati e dove non esisteva il piano regolatore generale vigeva la medesima libertà di edificare che il legislatore riconosceva indistintamente prima dell'entrata in vigore cd. «Legge Urbanistica» del 1942, mentre a partire dal 1967 si rileva un generalizzato obbligo di munirsi preventivamente del titolo edilizio.

Nonostante un quadro normativo così definito, deve darsi atto dell'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale secondo il quale i regolamenti comunali potevano prevedere un obbligo di licenza edilizia o titolo autorizzativo comunque denominato anche prima del 1942 (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1254/2021)².

Tale orientamento sembra essere suffragato dalla sentenza n. 217 del 2022 resa dalla Corte Costituzionale, la quale ha evidenziato che «[...] prima della legge n. 765 del 1967, entrata in vigore proprio il 1° settembre 1967, l'art. 31 della legge n. 1150 del 1942 imponeva in via generale la licenza di costruzione solo nei centri abitati e, per i comuni dotati di un piano regolatore generale, nelle zone di espansione esterne a essi».

¹ Cfr. articolo 10, comma 1, lettera d), numero 2), del D.L. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 120/2020.

² <https://www.studiotecnicopagliai.it/regolamento-edilizio-comunale-possibile-obbligo-licenza-regio-decreto-297-1911/>

Sennonché, pure al di fuori dei centri abitati e delle zone di espansione, nonché prima della legge n. 1150 del 1942, la necessità di un titolo abilitativo edilizio veniva, a ben vedere, disposta anche da altre fonti.

Anzitutto, per gli immobili realizzati in comuni ricadenti in zone sismiche, l'obbligo era sancito a livello di fonte primaria dal regio decreto-legge 25 marzo 1935, n. 640 (Nuovo testo delle norme tecniche di edilizia con speciali prescrizioni per le località colpite dai terremoti) e dal regio decreto-legge 22 novembre 1937, n. 2105 (Norme tecniche di edilizia con speciali prescrizioni per le località colpite dai terremoti) [...].

Inoltre, l'obbligo di previa autorizzazione alla costruzione poteva essere disposto dal regolamento edilizio comunale, emanato in esecuzione della potestà regolamentare attribuita ai comuni nella materia edilizia dai testi unici della legge comunale e provinciale susseguiti nel tempo: regio decreto 10 febbraio 1889, n. 5921 (Che approva il testo unico della legge comunale e provinciale), regio decreto 21 maggio 1908, n. 269 (Che approva l'annesso testo unico della legge comunale e provinciale), regio decreto 4 febbraio 1915, n. 148 (È approvato l'annesso nuovo testo unico della legge comunale e provinciale)», desumendosene, pertanto, che prima della data di entrata in vigore della cd. «Legge Ponte» (1° settembre 1967) – nonché, a ben vedere, prima del 1942 - «vi erano comuni nei quali era obbligatorio munirsi di un titolo abilitativo edilizio, sia sulla base di fonti primarie riferite a territori sismici, sia sulla base di fonti non primarie, che però attingevano la loro legittimazione dalla fonte primaria attributiva del potere regolamentare».

La Corte ha conseguentemente ritenuto che «l'art. 9-bis, comma 1-bis, t.u. edilizia, là dove si riferisce alla obbligatorietà del titolo, abbraccia certamente anche le citate fonti», evidenziando il contrasto della disposizione oggetto del sindacato di legittimità costituzionale, introdotta da una legge regionale veneta, «là dove, con riferimento a fattispecie per le quali la norma statale richiede il titolo abilitativo edilizio, affida la dimostrazione dello stato legittimo dell'immobile al ben diverso documento costituito dal certificato di abitabilità o di agibilità», atteso che «altro è consentire - come fa l'art. 9-bis, comma 1-bis, secondo periodo, t.u. edilizia - l'attestazione semplificata dello stato legittimo per gli immobili realizzati in epoche in cui il titolo non era obbligatorio, altro è negare l'efficacia di titoli abilitativi legittimamente rilasciati».

Con riguardo allo stato legittimo degli immobili preme ricordare brevemente come il richiamato «Decreto Semplificazioni» del 2020 abbia previsto l'introduzione del nuovo articolo 34-bis³ («Tolleranze costruttive»), norma che al primo comma - riproducendo sostanzialmente l'ipotesi di tolleranza già presente nel previgente comma 2-ter dell'articolo 34 - dispone 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», mentre al secondo comma prescrive che «fuori dai casi di cui al comma 1, limitatamente agli immobili non sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, costituiscono inoltre tolleranze esecutive le irregolarità geometriche e le modifiche alle finiture degli edifici di minima entità, nonché la diversa collocazione di impianti e opere interne, eseguite durante i lavori per l'attuazione di titoli abilitativi edilizi, a condizione che non comportino violazione della disciplina urbanistica ed edilizia e non pregiudichino l'agibilità dell'immobile».

La previsione in parola ha inteso salvaguardare l'interesse pubblico a garantire la celere circolazione dei beni ed a consentire il recupero e la rigenerazione edilizia di immobili che presentino unicamente trascurabili difformità - formali e non sostanziali - rispetto agli elaborati progettuali autorizzati, atteso che dette discordanze «formali», laddove in precedenza non qualificate dalla legge come irrilevanti, erano suscettibili di ostacolare le dichiarazioni di legittimità degli immobili in sede di stipula di atti di trasferimento dei beni, costituendo altresì

³ Cfr. articolo 10, comma 1, lettera p), del D.L. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 120/2020.

causa di contenzioso in sede di verifica dello stato legittimo ai fini della presentazione di nuovi titoli edilizi⁴.

Il terzo comma dell'articolo 34-bis stabilisce, infine, che *«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 abilitato, ai fini dell'attestazione dello stato legittimo degli immobili, nella modulistica relativa a nuove istanze, comunicazioni e segnalazioni edilizie ovvero con apposita dichiarazione asseverata allegata agli atti aventi per oggetto trasferimento o costituzione, ovvero scioglimento della comunione, di diritti reali»*.

In ordine all'applicabilità della tolleranza di cui al primo comma della disposizione *de qua* si segnala, peraltro, una decisione del T.A.R. lombardo con cui si è precisato che *«la prova del rispetto del citato limite del 2% deve essere fornita dal costruttore o dal proprietario dell'immobile, come si desume dallo stesso comma 3 dell'art. 34-bis [...] il che appare comprensibile, giacché solo chi realizza l'opera può chiaramente indicare se gli scostamenti dei parametri edilizi rispetto al titolo abilitativo rispettano la tolleranza prevista dalla legge»* (T.A.R. Milano (Lombardia), sez. II, n. 1565/2022).

2. Il rapporto tra agibilità, stato legittimo e compravendita immobiliare

L'articolo 24 del D.P.R. n. 380/2001 reca la disciplina concernente l'«Agibilità» prevedendo, in particolare, al primo comma che *«la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, e, ove previsto, di rispetto degli obblighi di infrastrutturazione digitale valutate secondo quanto dispone la normativa vigente, nonché la conformità dell'opera al progetto presentato e la sua agibilità sono attestati mediante segnalazione certificata»*.

Al comma successivo si prescrive che *«ai fini dell'agibilità, entro quindici giorni dall'ultimazione dei lavori di finitura dell'intervento, il soggetto titolare del permesso di costruire, o il soggetto che ha presentato la segnalazione certificata di inizio di attività, o i loro successori o aventi causa, presenta allo sportello unico per l'edilizia la segnalazione certificata, per i seguenti interventi:*

- a) nuove costruzioni;*
- b) ricostruzioni o sopraelevazioni, totali o parziali;*
- c) interventi sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di cui al comma 1»*.

Il comma terzo stabilisce una sanzione amministrativa pecuniaria in caso di mancata presentazione della segnalazione nelle ipotesi di cui sopra, mentre il comma quarto detta le condizioni per poter presentare la segnalazione per l'agibilità cd. parziale, ovvero per *«singoli edifici o singole porzioni della costruzione»* (lettera a) o *«singole unità immobiliari»* (lettera b).

Il quinto comma della norma indica la documentazione da cui deve essere corredata la segnalazione certificata per l'agibilità ed il comma sesto dispone che l'utilizzo delle costruzioni interessate *«può essere iniziato dalla data di presentazione allo sportello unico della segnalazione corredata della documentazione di cui al comma 5»*, sancendo inoltre l'applicabilità delle disposizioni di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, della L. n. 241/1990 in materia di S.C.I.A.. Il comma 7 affida a Regioni, Province autonome, Comuni e Città metropolitane nell'ambito delle proprie competenze l'effettuazione dei controlli, *«anche a campione e comprensivi dell'ispezione delle opere realizzate»*.

⁴ Cfr. Relazione illustrativa al D.L. n. 76/2020.

Il cd. «Decreto Semplificazioni» del 2020⁵ ha introdotto il comma 7-bis, prevedendo la possibilità di presentare la segnalazione certificata «in assenza di lavori, per gli immobili legittimamente realizzati privi di agibilità che presentano i requisiti definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro della salute, con il Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo e con il Ministro per la pubblica amministrazione, da adottarsi, previa intesa in Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione».

In tema appare interessante evidenziare alcuni estratti di una recente sentenza resa dalla Corte di Cassazione, con cui si è ricordato che «[...] in linea di principio, il venditore di un immobile destinato ad abitazione ha l'obbligo di consegnare all'acquirente il certificato di abitabilità.

La violazione di tale obbligo può legittimare sia la domanda di risoluzione del contratto, sia quella di risarcimento del danno, sia l'eccezione di inadempimento, e non è sanata dalla mera circostanza che il venditore, al momento della stipula, avesse già presentato una domanda di condono per sanare l'irregolarità amministrativa dell'immobile [...] in presenza di tali evenienze può essere altresì esercitato il recesso ex art. 1385 c.c..

Nondimeno, i predetti rilievi valgono alla condizione che non siano integrati i requisiti atti ad ottenere il certificato di abitabilità (ossia in quanto ricorra una carenza sostanziale e non formale), tanto da impedire il rilascio del relativo documento».

La Corte ha avuto cura di delineare «le direttrici, normative e giurisprudenziali, intorno alle quali si sviluppa l'istituto del certificato di agibilità», rammentando che «sul piano normativo, la disposizione introduttiva dell'istituto era rappresentata dal R.D. n. 1265 del 1934, art. 221 (T.U. delle leggi sanitarie), il quale stabiliva che, in materia di costruzione, ricostruzione, sopraelevazione e modificazione di case urbane o rurali o parti di esse contemplate dal precedente art. 220, tali edifici non potessero “essere abitati senza autorizzazione del sindaco, il quale la concede quando, previa ispezione dell'ufficiale sanitario e di un ingegnere a ciò delegato, risulti che la costruzione sia stata eseguita in conformità del progetto approvato, che i muri siano convenientemente prosciugati e che non sussistano altre cause di insalubrità”.

La disciplina è stata ripetutamente riveduta, con particolare riguardo al procedimento di rilascio del certificato, al fine di rendere le operazioni più agili e di favorire la certezza dello status giuridico dell'edificio.

Segnatamente, con il D.L. n. 328 del 1993, art. 4, comma 10, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 493 del 1993, si è proceduto a sostituire i controlli da effettuarsi ai fini del rilascio del certificato di abitabilità, in caso di inadempienza degli uffici comunali, con una dichiarazione resa da un professionista abilitato.

Per converso, del D.P.R. n. 425 del 1994, artt. 4 e 5, hanno complessivamente riordinato la materia attraverso l'abrogazione esplicita del R.D. n. 1265 del 1934, art. 221, comma 1, e la contestuale introduzione di un regime sensibilmente difforme dal precedente.

In specie, il D.P.R. n. 425 del 1994, art. 4, ha posto, in capo al proprietario dell'immobile della cui abitabilità si intende fare richiesta, l'onere di inoltrare la relativa domanda, allegando una serie di certificati attestanti i requisiti di salubrità, igiene e conformità del bene al progetto.

La medesima norma ha previsto altresì, alternativamente, il rilascio del certificato di abitabilità da parte del sindaco entro 30 giorni dalla richiesta, oppure un rapido procedimento di silenzio-assenso, che si snoda in due fasi, tali per cui l'abitabilità si ha per attestata, in via provvisoria, 45 giorni dopo la presentazione della domanda e, in via definitiva, una volta che siano trascorsi ulteriori 180 giorni, in assenza di ispezione comunale avente esito negativo.

⁵ D.L. n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 120/2020.

Successivamente il certificato di abitabilità è stato disciplinato del D.P.R. n. 380 del 2001, artt. 24-26, entrato in vigore il 30 giugno 2003, che ha sostituito la vecchia dizione di “certificato di abitabilità” con quella di “certificato di agibilità”.

In ordine a detta regolamentazione, è stabilito che il soggetto titolare del permesso di costruire o il soggetto che ha presentato la denuncia di inizio attività, o i loro successori o aventi causa, sono tenuti a chiedere il rilascio del certificato di agibilità in tutti i casi di interventi edilizi relativi a nuove costruzioni, ricostruzioni o sopraelevazioni, totali o parziali, nonché di interventi sugli edifici esistenti che possano influire sulle condizioni di cui al comma 1 del medesimo articolo.

La formulazione normativa dell’art. 24, comma 1, T.U. Edilizia ha ampliato il valore legale della certificazione, statuendo che il certificato di agibilità attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente.

La disposizione ha ancora provveduto alla semplificazione del procedimento di rilascio del certificato, tramite la concentrazione delle competenze presso lo sportello unico per l’edilizia e la previsione di una forma di silenzio-assenso, in caso di mancata risposta dell’amministrazione entro 30 giorni dalla presentazione dell’istanza da parte dell’interessato, corredata dagli appositi documenti richiesti dalla legge.

Quindi, il D.Lgs. n. 222 del 2016, nel modificare la disciplina in tema di agibilità, non allude più al rilascio di apposita certificazione, neanche mediante la procedura del silenzio-assenso, posto che la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati è valutata secondo quanto dispone la normativa vigente, con l’effetto che la conformità dell’opera al progetto presentato dovrà essere attestata mediante “segnalazione certificata”.

Ne consegue la sostanziale assunzione di responsabilità da parte del professionista, tenuto ad attestare la sussistenza dei requisiti di legge, senza che sia rilasciato un apposito provvedimento espresso e senza che maturi un titolo avente natura provvedimentale mediante silenzio-assenso.

Sicché, ai fini dell’agibilità, entro 15 giorni dall’ultimazione dei lavori di finitura dell’intervento, il soggetto titolare del permesso di costruire o il soggetto che ha presentato la segnalazione certificata di inizio di attività, o i loro successori o aventi causa, presenta allo sportello unico per l’edilizia la “segnalazione certificata” degli interventi realizzati.

In caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti per la presentazione della segnalazione certificata di agibilità, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, nel termine di 30 giorni dal ricevimento della segnalazione, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’utilizzo e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di esso».

Tanto premesso quanto all’evoluzione del plesso normativo dedicato all’istituto, si è provveduto ad «indagare sulle conseguenze (come articolate dalla giurisprudenza di legittimità) che discendono dalla “carenza” del certificato o licenza di abitabilità (recte di agibilità).

“Carenza” cui si fa riferimento in termini ambigui, sia per indicare la mancanza (sostanziale) delle condizioni sottese al rilascio dell’attestazione, sia per significare il difetto (formale) del documento in sé».

Orbene, si è precisato che «in primis, deve escludersi che la carenza sostanziale o formale dell’agibilità infici la validità “strutturale” del contratto traslativo per illiceità dell’oggetto», con la conseguenza che «il rilievo in forza del quale l’abitazione sia priva dell’agibilità non determina comunque la nullità del contratto per la sua incommerciabilità [...].

Non è dato altresì rintracciare una norma imperativa, che contempra l’obbligo di un preventivo rilascio del certificato in questione e, dunque, neppure è configurabile una nullità “virtuale”.

Né si può escludere che le parti, nella loro autonomia, abbiano un meritevole interesse a contrattare ex art. 1322 c.c., pur in assenza del certificato.

Ed invero, l'attività costruttiva non viene in gioco nel contratto come oggetto della prestazione, ma solo in chiave strumentale, con l'effetto che è la costruzione di un immobile senza l'osservanza delle prescrizioni igieniche, di salubrità, sicurezza (e in tema di risparmio energetico) a colorare di illecito l'attività del costruttore o del venditore, il che, ad ogni modo, non implica l'illiceità dell'oggetto della vendita.

Da tali considerazioni emergono rilevanti conseguenze pratiche anche in ordine alla prestazione professionale cui è tenuto il notaio, che non può rifiutare di ricevere l'atto di vendita in mancanza del certificato, atteso che l'ordinamento riconosce al pubblico ufficiale rogante la facoltà di rifiutare legittimamente il suo ministero solo a fronte di atti espressamente proibiti dalla legge, ossia nei casi in cui la nullità sia comminata espressamente o sia desumibile in modo inequivoco.

Il che comunque non lo esonera da un obbligo qualificato di informativa delle parti quanto alla rilevazione di detta "carezza"».

La Corte ha dunque posto in evidenza che «accertato che l'assenza del certificato non comporta un vizio genetico del contratto, i riflessi dell'inagibilità non possono che operare sul piano dell'attuazione del programma negoziale», derivandone che «la parte che si duole di detta carezza è dunque legittimata esclusivamente - e a certe condizioni - a rivendicare l'alterazione del sinallagma funzionale».

Si è rilevato, in proposito, che risulta «superato [...] l'orientamento che riconduceva la mancanza dei requisiti di agibilità all'art. 1489 c.c., ossia alla possibilità di richiedere la risoluzione del contratto di vendita o la riduzione del prezzo ove la cosa alienata fosse stata gravata da oneri o diritti reali o personali di godimento di terzi "non apparenti", idonei a diminuirne il libero godimento e non dichiarati in contratto, di cui il compratore non avesse avuto conoscenza.

In base a questo orientamento, la violazione, da parte del promittente alienante di un immobile, dell'obbligazione assunta col contratto preliminare di provvedere a rendere l'immobile stesso conforme alle prescrizioni di legge, ivi comprese quelle concernenti le condizioni per il rilascio del certificato di abitabilità, avrebbe legittimato il promissario acquirente, appunto in applicazione analogica del disposto dell'art. 1489 c.c., a richiedere la risoluzione di detto contratto, senza che vi ostasse l'astratta possibilità, per quest'ultimo, di accertare presso la competente amministrazione il difetto delle prescritte autorizzazioni amministrative alla realizzazione dell'opera, in quanto essa non avrebbe integrato gli estremi dell'apparenza del difetto medesimo ovvero della sua concreta conoscenza o conoscibilità con l'ordinaria diligenza [...] ad ogni modo, l'assenza dei requisiti di abitabilità non integra un onere o un vincolo o un peso, bensì una limitazione funzionale dell'immobile, potenzialmente incidente sulla sua concreta destinazione, il che preclude l'inquadramento sistematico della fattispecie nell'alveo della norma innanzi evocata».

Si è così sostenuto che «in adesione al consolidato indirizzo giurisprudenziale, la mancanza dei requisiti funzionali all'agibilità incide sulla regolarità giuridica del rapporto negoziale e, all'esito, può importare la risoluzione del contratto.

Secondo la ricostruzione di questa Corte, in tema di compravendita immobiliare, la mancata consegna al compratore del certificato di abitabilità non determina, in via automatica, la risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del venditore, dovendo essere verificata in concreto l'importanza e la gravità dell'omissione in relazione al godimento e alla "commerciabilità" del bene, sicché, ove in corso di causa si accerti che l'immobile promesso in vendita presentava tutte le caratteristiche necessarie per l'uso suo proprio e che le difformità edilizie rispetto al progetto originario erano state "sanate" a seguito della presentazione della domanda di concessione in sanatoria, del pagamento di quanto dovuto e del formarsi del silenzio-assenso sulla relativa domanda, la risoluzione non può essere pronunciata [...]» rilevando che la

«medesima conclusione vale per l'atto di vendita concluso tra le parti, senza la previa stipulazione di un preliminare».

Pertanto, «solo ove difettino - in termini assoluti e senza possibilità di sanatoria - i requisiti igienico-sanitari e di sicurezza per ottenere l'agibilità, la vendita può essere risolta per l'intervenuta consegna di aliud pro alio datum.

E ciò anche quando alla pronta verifica dell'insussistenza delle condizioni di igiene, salubrità e sicurezza si accompagni il formale (ed evidentemente inappropriato) rilascio della certificazione di agibilità, rilevando, nella specie, il vizio sostanziale correlato ad una carenza strutturale e non il mero dato formale dell'attestazione confermativa del rispetto delle prescrizioni (non corrispondente alla realtà dei fatti).

Ne deriva che, in tale ambito, deve operarsi una discriminazione qualitativa tra difformità sanabili e insanabili, collegata alla natura e alla rilevanza delle prescrizioni violate, allo scopo di diversificare sinergicamente le azioni esperibili: 1) allorché l'inosservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie e di sicurezza si consacrano in una difformità non riparabile, è integrata la fattispecie della vendita di aliud pro alio; 2) si ha, invece, vizio redibitorio oppure mancanza di qualità essenziali, allorché il mancato rispetto delle prescrizioni sia suscettibile di sanatoria.

Ed invero, la progressione della gravità "qualitativa" delle carenze rilevate, in correlazione con i rimedi esperibili, si adegua alla consolidata ripartizione elaborata in sede nomofilattica [...] nei termini che seguono.

A) Si ricade nel campo di operatività della garanzia edilizia in senso tecnico per vizi redibitori (rilevante sul piano oggettivo), con riferimento alla cosa consegnata, qualora questa presenti imperfezioni che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore.

B) Si ha, invece, mancanza di qualità essenziali quando - in ragione delle alterazioni subite - la cosa appartenga, per sua natura o per gli elementi che la caratterizzano, ad un tipo o ad una specie diversa da quella pattuita, pur rimanendo nell'ambito dello stesso genere.

C) Per contro, sussiste consegna di aliud pro alio, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della res promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita».

In applicazione di tale criterio distintivo, si è statuito, in definitiva, che «alla "mancanza" del certificato di abitabilità (recte del certificato di agibilità) possono essere ricondotte le seguenti diverse fattispecie, con eterogenee conseguenze:

a) il difetto della richiamata certificazione può essere ascrivibile all'assenza (in senso sostanziale-funzionale), in radice, dei requisiti di conformità igienico-sanitaria, di sicurezza e sul risparmio energetico, volti a rendere abitabile o agibile l'immobile - assenza che non sia sanabile in termini assoluti -: in tal caso, il bene oggetto del negozio traslativo (o della promessa di vendita) assume connotazioni completamente diverse da quelle pattuite (ossia appartiene ad un genere o sottogenere diverso, rivelandosi funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della res venduta e, quindi, a fornire l'utilità richiesta), con la correlata possibilità di esperire l'azione di risoluzione (per vendita di aliud pro alio), senza soggiacere alle strettoie decadenziali e prescrizionali delle garanzie edilizie;

b) oppure la mancanza sostanziale dei requisiti igienico-sanitari può determinare un vizio della cosa alienata ovvero una mancanza di qualità essenziali, laddove le difformità accertate siano sanabili e, dunque, non abbiano un'incidenza strutturale e funzionale sulla destinazione economico-sociale del bene;

c) in ultimo, la carenza della relativa certificazione può avere un rilievo esclusivamente formale-documentale, in quanto, pur sussistendo i requisiti di conformità alle prescrizioni igienico-sanitarie, di sicurezza e sul risparmio energetico, la pratica amministrativa volta ad ottenere il rilascio di tale attestazione non sia stata avviata o ultimata, a cura dell'alienante o del promittente venditore, in tal caso derivandone a priori che il contratto non può essere risolto, atteso che l'inadempimento dedotto non è talmente grave da dar luogo ad uno squilibrio funzionale del sinallagma negoziale, sebbene possa esserne invocato l'adempimento e possa essere azionata la relativa tutela risarcitoria» (Cassazione civile, sez. II, n. 23605/2023).

3. Variazioni essenziali: il caso della traslazione dell'area di sedime rispetto a quella assentita

L'articolo 32 - «Determinazione delle variazioni essenziali» - del D.P.R. n. 380/2001 al primo comma sancisce che «fermo restando quanto disposto dal comma 1 dell'articolo 31, le regioni stabiliscono quali siano le variazioni essenziali al progetto approvato, tenuto conto che l'essentialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:

a) mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968;

b) aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato;

c) modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza;

d) mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito;

e) violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali».

Il comma secondo specifica che non possono ritenersi comunque variazioni essenziali quelle che incidono sulla entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative, mentre il comma terzo prevede che «gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali».

Il Consiglio di Stato ha recentemente reso una pronuncia con cui ha rammentato che 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 ridette modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera (Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 gennaio 2020, n. 104)», evidenziando che «con specifico riferimento al concetto di "modifica sostanziale della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza", e, quindi, di variazione essenziale assoggettabile a sanzione demolitoria in virtù del combinato disposto degli artt. 31 e 32, comma 1, lett. c), del D.P.R. n. 380 del 2001, assume rilievo sia "lo spostamento del manufatto su un'area totalmente o pressoché

totalmente diversa da quella originariamente prevista” che “ogni significativa traslazione dell’edificio in relazione alla localizzazione contenuta nelle tavole progettuali, capace di incidere sul rispetto delle prescrizioni normative in tema di distanze minime dalle strade o dai confini nonché sulla destinazione urbanistica dei suoli” (v., ancora, Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 gennaio 2020, n. 104)» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 10918/2022).

4. Abusi edilizi ed ordine di demolizione: a chi può essere indirizzato?

L’articolo 31 del D.P.R. n. 380/2001 disciplina gli «Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali», stabilendo al comma secondo 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 comma terzo prevede, invero, 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 [...]».

In questa sede si intende soffermarsi sui possibili destinatari dell’ordine di demolizione, atteso che la norma richiamata fa riferimento, a tali fini, sia al proprietario, sia al responsabile dell’abuso (comma 2), distinguendo tuttavia tra tali figure in relazione alla sanzione dell’acquisizione al patrimonio comunale del bene e dell’area di sedime in caso di inottemperanza nel termine di 90 giorni (comma 3).

Il Consiglio di Stato ritiene che «il presupposto per l’adozione di un’ordinanza di demolizione non è l’accertamento di responsabilità nella commissione dell’illecito, bensì l’esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia: sicché sia il soggetto che abbia la titolarità a eseguire l’ordine ripristinatorio, ossia in virtù del diritto dominicale il proprietario, che il responsabile dell’abuso sono destinatari della sanzione reale del ripristino dei luoghi; il soggetto passivo dell’ordine di demolizione viene, quindi, individuato nel soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l’abuso, potere che compete indubbiamente al proprietario, anche se non responsabile in via diretta; pertanto, affinché il proprietario di una costruzione abusiva possa essere destinatario dell’ordine di demolizione, non occorre stabilire se egli sia responsabile dell’abuso, poiché la stessa disposizione si limita a prevedere la legittimazione passiva del proprietario non responsabile all’esecuzione dell’ordine di demolizione, senza richiedere l’effettivo accertamento di una qualche sua responsabilità» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8319/2022).

Al riguardo si segnala, invero, l’orientamento per il quale *«l’ordine di demolizione può essere adottato anche nei confronti del proprietario attuale non responsabile dell’abuso, giacché quest’ultimo costituisce illecito permanente e l’ordine di demolizione ha carattere ripristinatorio, non prevedendo l’accertamento del dolo o della colpa del soggetto cui si imputa la realizzazione dell’abuso (ex multis, Cons. St., sez. VI, 22/11/2022, n. 10266; Cons. St., sez. II, 05/11/2019, n. 7535: “nel caso di realizzazione di opere edilizie abusive, è considerato responsabile anche il proprietario, non in forza di una sua responsabilità effettiva o presunta nella commissione dell’illecito edilizio, ma in virtù del suo rapporto materiale con la res. Egli è,*

infatti, titolare di obblighi di collaborazione attiva, tra cui rientra senz'altro la rimozione di un abuso edilizio, indipendentemente dal fatto che egli fosse o meno responsabile di tale illecito".

Tali principi sono inoltre desumibili dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2017, secondo cui "gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile, applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la res tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato"» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2005/2023).

Appare interessante segnalare l'orientamento recentemente espresso dal T.A.R. di Roma, secondo cui «per pacifica giurisprudenza, l'ordinanza di demolizione va correttamente indirizzata al responsabile dell'abuso e al proprietario; quest'ultimo, anche se non autore materiale dell'opera, una volta venuto a conoscenza dell'attività illecita svolta da terzi, deve attivarsi contro il responsabile per obbligarlo a rimuovere l'opera abusiva, e se ha la disponibilità del manufatto e dell'area, deve provvedere in proprio all'eliminazione dell'intervento edilizio sine titulo; in mancanza di ciò subisce certamente le conseguenze dell'inottemperanza, tra cui l'acquisizione del bene alla proprietà dell'ente locale [...]: «più precisamente (cfr. Consiglio di Stato, n. 147/2018), ricade sul proprietario l'onere di attivarsi per il ripristino della situazione originaria dei luoghi una volta venuto a conoscenza dell'abuso. Ne consegue che ai fini dell'esenzione del proprietario dalla responsabilità dell'abuso, si richiede pertanto la prova di iniziative dimostrative di un comportamento attivo, da estrinsecarsi in diffide o altre iniziative di carattere ultimativo, anche sul piano della risoluzione contrattuale, nei confronti del conduttore autore dell'illecito edilizio».

Si è precisato che «al contrario, un comportamento meramente passivo di adesione alle iniziative comunali, con mere dichiarazioni o affermazioni solo di dissociazione o manifestazioni di intenti, senza alcuna attività materiale o almeno giuridica di attivazione diretta ad eliminare l'abuso (per esempio, risoluzione giudiziaria per inadempimento, diffida ad eliminare l'abuso, attività di ripristino, a maggior ragione se l'ordine non viene contestato), non sono sufficienti a dimostrare l'estraneità del proprietario (nello stesso senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2016 n. 4400; Id., 7 agosto 2015 n. 3897; Id., 4 maggio 2015 n. 2211; Id., Sez. V, 11 luglio 2014 n. 3565)» (T.A.R. Roma (Lazio), sez. II, n. 1693/2023).

In un precedente del 2022, il T.A.R. di Brescia aveva peraltro ritenuto che «[...] nello schema dell'art. 31 comma 2 del DPR 380/2001 l'ordine di demolizione ha come destinatari sia il proprietario dell'immobile dove sono state realizzate le opere abusive, sia l'autore dell'abuso [...] l'equiparazione del proprietario all'autore dell'abuso rivela che la misura ripristinatoria ha carattere oggettivo, essendo diretta a reintegrare immediatamente l'ordine urbanistico. Il proprietario non può quindi liberarsi dall'obbligo di rimessione in pristino eccependo l'estraneità all'abuso, o la buona fede circa il comportamento degli esecutori materiali dei lavori», confermando che «l'estraneità all'abuso o la buona fede diventano rilevanti solo quando si passa dal comma 2 al comma 3 dell'art. 31 del DPR 380/2001, ossia quando è necessario valutare in che modo l'ordine di demolizione possa essere ottemperato. È nella fase dell'ottemperanza che il proprietario può distinguere la sua posizione da quella dell'autore dell'abuso, evitando la responsabilità solidale con quest'ultimo e la perdita dell'immobile».

Nello specifico, il T.A.R. lombardo è stato chiamato a stabilire «se una diffida inviata dal locatore finanziario al locatario o al sublocatario, con invito a rimuovere le opere abusive, corrisponda all'impegno esigibile ai fini dell'esecuzione dell'ordine di demolizione»: a tale quesito «la risposta non può che essere negativa, se questa rimane l'unica attività di persuasione o di pressione esercitata sui soggetti che hanno la disponibilità materiale dell'immobile», questo poiché - «gli interessi di natura urbanistica non possono

essere esposti a pratiche qualificabili come abuso del diritto da parte dei proprietari. Tra queste pratiche vi è l'eccessiva autolimitazione delle facoltà del proprietario, che evita l'assunzione di responsabilità e di obblighi nei confronti dell'amministrazione, indebolendo la funzione di garanzia rispetto ai soggetti interposti. Non sono quindi tutelabili gli interessi di quei proprietari che, pur non avendo concesso i beni per un utilizzo vietato dalla disciplina urbanistica (o per un utilizzo che prevedibilmente sarebbe stato in contrasto con la disciplina urbanistica), abbiano però ommesso di esercitare un efficace controllo nel corso del rapporto», con la conseguenza che «qualora il locatore finanziario, nel contratto o nell'esecuzione, abbia ristretto il proprio ruolo a quello di semplice finanziatore, disinteressandosi della coerenza tra l'utilizzo dell'immobile e la disciplina urbanistica, e rinunciando a far valere la risoluzione del contratto in caso di difformità, non è sufficiente l'invio di semplici diffide ai locatari per evitare la perdita della proprietà ai sensi dell'art. 31 comma 3 del DPR 380/2001. In realtà, le diffide possono costituire un primo passo, ma solo la risoluzione del contratto consente al proprietario di rientrare nel possesso dei beni, e di procedere successivamente alla demolizione».

Si è quindi osservato «un disaccoppiamento tra il termine di ottemperanza stabilito nell'ordine di demolizione, che riguarda il soggetto nel possesso degli immobili, e i termini entro cui il proprietario deve rispettivamente avviare e concludere le iniziative legali finalizzate al recupero della disponibilità dei beni. I termini che riguardano il proprietario sono stabiliti dall'amministrazione sulla base delle circostanze concrete, e fanno parte di una distinta valutazione circa l'inerzia tollerabile. In effetti, come non è ammissibile un abuso del diritto sostanziale, parimenti non è ammissibile un abuso dei rimedi giurisdizionali, che si può ipotizzare quando la gestione degli stessi avvenga con modalità chiaramente dilatorie. Sarà quindi l'amministrazione a decidere se il proprietario stia facendo tutto quello che è nelle sue possibilità per recuperare gli immobili e ripristinare una situazione conforme alla disciplina urbanistica [...]» (T.A.R. Brescia (Lombardia), sez. II, n. 702/2022).

Si rinvengono, infine, precedenti giurisprudenziali in cui si è affermato che «il mero possessore o gestore di un bene immobile altrui, interessato da opere edilizie abusive, non può essere destinatario dell'ingiunzione di demolizione, quando non sia accertato che l'abuso sia a lui ascrivibile (Cons. Stato, Sez. VI, 9/6/2023, n. 5707)»: difatti, si è sostenuto che debba considerarsi, «da una parte, che la mera utilizzazione di un'opera edilizia abusiva non costituisce in sé illecito punibile, anche se vi sia consapevolezza della natura abusiva dell'opera; dall'altra che il mero gestore di un bene, di regola, non ha titolo per disporne, mentre il fatto di indirizzare l'ingiunzione di demolizione al mero possessore o detentore, sul mero presupposto che ha la disponibilità materiale dell'immobile su cui insistono gli abusi e che perciò ne trae vantaggio, significa, in pratica, rendere l'utilizzatore responsabile per un fatto a lui non ascrivibile».

Del resto - nota ancora la pronuncia in commento - l'articolo 31, comma 1 del D.P.R. n. 380/2001 stabilisce che l'ingiunzione di demolizione va indirizzata al proprietario o al responsabile «e se il legislatore avesse voluto porre in posizione di garanzia qualsiasi utilizzatore di un'opera edilizia abusiva, ancorché non proprietario né responsabile, l'avrebbe esplicitato in altro modo»: in tal senso è stato dunque ricordato come la giurisprudenza si sia recentemente pronunciata sostenendo che «ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001, "la demolizione o la rimozione dell'opera abusiva va ingiunta al proprietario e al responsabile dell'abuso" e che "il fatto di utilizzare un'opera edilizia abusiva non può considerarsi sufficiente a fondare il titolo di responsabilità e, conseguentemente, la legittimazione passiva all'ingiunzione di demolizione, ben potendo essere l'utilizzatore un terzo completamente estraneo alla realizzazione dell'opera abusiva ed alla relativa proprietà" (Consiglio di Stato, sez. VI, 20/6/2022, n. 5031).

La questione, poi, non è priva di rilevanza, in quanto l'art. 31, comma 4 bis, del D.P.R. n. 380/2001, prevede che sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria al destinatario dell'ingiunzione di demolizione che non abbia ottemperato: pertanto la censura è di interesse anche nel caso in cui l'ingiunzione sia stata legittimamente adottata nei confronti di altro destinatario» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 9014/2023)⁶.

5. Inottemperanza all'ingiunzione di demolizione: i chiarimenti dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 2023

Con riguardo all'inottemperanza all'ordine di demolizione merita di essere ricordata la recente sentenza n. 16 del 2023 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷.

L'Adunanza Plenaria, nell'esaminare i quesiti sottoposti, ha enunciato i seguenti principi di diritto:

«a) 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 'primo' illecito - avente anche rilevanza penale - commesso con la realizzazione delle opere abusive;

b) 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;

c) 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);

d) 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».

Inoltre, si è osservato che il comma 4-bis del citato articolo 31 del D.P.R. n. 380/2001 - introdotto dal D.L. n. 133/2014, convertito con modificazioni dalla L. n. 164/2014 (cd. «Decreto Sblocca-Italia») - «prevede che: "L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria".

La formulazione della disposizione non lascia adito a dubbi quanto al fatto che la sanzione pecuniaria è irrogata in ragione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione: l'accertamento deve necessariamente precedere l'irrogazione della sanzione.

La condotta colpevolmente omissiva del destinatario dell'ordine di demolizione comporta, quindi, per il proprietario una duplice sanzione: a) la perdita della proprietà del bene; b) una sanzione pecuniaria variabile da 2.000 a 20.000 euro.

⁶ <https://www.lavoripubblici.it/news/ordine-demolizione-destinatari-provvedimento-32101>

⁷ <https://www.lavoripubblici.it/news/abusi-edilizi-inottemperanza-demolizione-ecco-chiarimenti-adunanza-plenaria-31989>

Si tratta di sanzioni che vengono irrogate a causa del mancato adempimento all'ordine di demolire, ossia in ragione di un illecito ad effetti permanenti, che si consuma con lo scadere del termine di 90 giorni assegnato dall'autorità amministrativa con l'ordine di demolizione: il loro presupposto è l'accertamento dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione.

Deve, pertanto, concludersi nel senso che si è in presenza di un illecito ad effetti permanenti, in quanto la perdita del bene abusivo e dell'area di sedime consegue all'inerzia nel demolire protrattasi oltre il termine di 90 giorni assegnato dall'autorità.

Come sopra evidenziato, l'acquisto del bene avviene ope legis, sicché l'atto di accertamento dell'inottemperanza ha natura dichiarativa».

Ciò posto, «sulla base dei principi nazionali e tenuto anche conto dei principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi 8 giugno 1976, la sanzione pecuniaria in questione ha la finalità di prevenzione generale e speciale, mirando a dissuadere dalla commissione degli illeciti edilizi e a salvaguardare il territorio nazionale: il comma 4-bis sanziona chi non si è adoperato per porre rimedio alle conseguenze derivanti dagli abusi realizzati direttamente o a causa della mancata vigilanza sui propri beni.

Rilevano pertanto i seguenti tre principi:

a) il principio di irretroattività, desumibile nella materia sanzionatoria dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981, oltre che dall'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile

b) il principio di certezza dei rapporti giuridici, perché chi non ha ottemperato all'ordine di demolizione, facendo decorrere il termine di 90 giorni prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, ha compiuto una omissione [...] in un quadro normativo che prevedeva 'unicamente' la conseguenza della perdita della proprietà e non anche quella della irrogazione della sanzione pecuniaria;

c) il principio di tipicità ed il principio di coerenza, poiché [...] col decorso del termine di 90 giorni il responsabile non può più demolire il manufatto abusivo, poiché non è più suo, sicché non è più perdurante l'illecito omissivo (in quanto si è 'consumata' la fattispecie acquisitiva), sicché l'applicazione dell'art. 31, comma 4-bis, anche alle ipotesi in cui il termine di 90 giorni era già decorso prima della sua entrata in vigore, comporterebbe l'applicazione di una sanzione per una omissione giuridicamente non più sussistente, essendo preclusa ogni modifica del bene in assenza di ulteriori determinazioni del Comune sulla gestione del bene divenuto ormai suo».

Orbene, nel caso all'esame dell'Adunanza Plenaria, il termine fissato dall'ordinanza di demolizione oggetto della fattispecie concreta era «indiscutibilmente già scaduto alla data del 12 novembre 2014, di entrata in vigore della legge n. 164 del 2014», sicché - essendo stati violati i principi sopra esposti - si è ritenuto di annullare il provvedimento impugnato in primo grado, nella parte in cui esso ha irrogato la sanzione pecuniaria.

Si è dunque enunciato il seguente principio di diritto: «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 legge 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».

6. *Sequestro dell'immobile da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria ed inottemperanza all'ordine di demolizione*

Uno dei più interessanti dibattiti in giurisprudenza in tema di ordine di demolizione ha riguardato la sanzionabilità dell'inottemperanza allo stesso in caso di sequestro penale dell'immobile.

Appare interessante richiamare sul punto una sentenza del Consiglio di Stato, resa nel 2017, con la quale - ribaltando la decisione del Giudice di primo grado e dando atto dell'esistenza di una giurisprudenza in senso opposto dello stesso Consiglio di Stato - si è statuito che l'inottemperanza all'ordine di demolizione non è sanzionabile se l'immobile abusivo è sotto sequestro penale: ciò in quanto l'affermazione dell'eseguibilità dell'ingiunzione di demolizione di un bene sequestrato, per quanto ricorrente nella giurisprudenza amministrativa, non può, infatti, essere convincentemente sostenuta sulla base dell'assunto della configurabilità di un dovere di collaborazione del responsabile dell'abuso, ai fini dell'ottenimento del dissequestro e della conseguente attuazione dell'ingiunzione⁸.

Si è osservato preliminarmente che *«la questione [...] si risolve nella disamina della validità o dell'efficacia dei provvedimenti sanzionatori adottati sulla base del rilievo dell'omessa esecuzione di presupposti ordini di demolizione (o di riduzione in pristino) di opere abusive, che esulano, tuttavia, dalla disponibilità del destinatario dell'ordinanza rimasta inattuata, in quanto sequestrati dal giudice penale», ma «tale problema, tuttavia, implica anche la soluzione della (logicamente) presupposta questione della validità (e dell'efficacia) dell'ordine di demolizione, per la cui inottemperanza sono state irrogate le misure sanzionatorie previste dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001».*

Dando atto che *«l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, sia amministrativo (cfr. ex multis Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283), sia penale (Cass. Pen., sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9186), ritiene irrilevante la pendenza di un sequestro, ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione, della sua eseguibilità e, quindi, della validità dei conseguenti provvedimenti sanzionatori, sulla base della non qualificabilità della misura cautelare reale quale impedimento assoluto all'attuazione dell'ingiunzione, in ragione della possibilità, per il destinatario dell'ordine, di ottenere il dissequestro del bene ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p.»*, si è tuttavia reputato *«di dissentire da tale orientamento, per le ragioni di seguito sinteticamente [...] esposte».*

In particolare, *«con una prima, e, per certi versi, dirimente, argomentazione, l'ordine di demolizione di un immobile colpito da un sequestro penale dovrebbe essere ritenuto affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'art. 21-septies l. n. 241 del 1990 (in relazione agli artt. 1346 e 1418 c.c.), e, quindi, radicalmente inefficace, per l'assenza di un elemento essenziale dell'atto, tale dovendo intendersi la possibilità giuridica dell'oggetto del comando [...]».*

Invero - si è detto - *«l'affermazione dell'eseguibilità dell'ingiunzione di demolizione di un bene sequestrato, per quanto tralattivamente ricorrente nella giurisprudenza amministrativa, non può, infatti, essere convincentemente sostenuta sulla base dell'assunto della configurabilità di un dovere di collaborazione del responsabile dell'abuso, ai fini dell'ottenimento del dissequestro e della conseguente attuazione dell'ingiunzione.*

Tale argomentazione dev'essere, infatti, radicalmente rifiutata: sia perché riferisce a un'eventualità futura, astratta e indipendente dalla volontà dell'interessato la stessa possibilità (giuridica e materiale) di esecuzione dell'ingiunzione, mentre [...] l'impossibilità dell'oggetto attiene al momento genetico dell'ordine e lo vizia insanabilmente all'atto della sua adozione; sia perché, assiomaticamente, finisce per imporre al privato una condotta priva di qualsivoglia fondamento giuridico positivo; sia, infine, perché si risolve nella prescrizione

⁸ <https://www.dirittoegustizia.it/#/documentDetail/9193528>.

di una iniziativa processuale (l'istanza di dissequestro) che potrebbe contraddire le strategie difensive liberamente opzionabili dall'indagato (o dall'imputato) nel processo penale, peraltro interferendo inammissibilmente nell'esercizio di un diritto costituzionalmente protetto, quale quello di difesa (basti porre mente, in proposito, al caso che il mantenimento del sequestro penale -sub specie probatorio, ex art. 253 c.p.p. - risulti funzionale ad assicurare, per il seguito delle indagini o per il dibattimento, la prova che quanto realizzato non fosse abusivo, o non fosse conforme a quanto contestato o ritenuto dalla pubblica accusa, ovvero avesse altre caratteristiche scriminanti o anche solo attenuanti l'illiceità penale del fatto ascritto)».

Si è aggiunto, inoltre, «che le misure contemplate dall'art. 31, commi 3 e 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001, rivestono carattere chiaramente sanzionatorio e, come tali, esigono, per la loro valida applicazione, l'ascrivibilità dell'inottemperanza alla colpa del destinatario dell'ingiunzione rimasta ineseguita, in ossequio ai canoni generali ai quali deve obbedire ogni ipotesi di responsabilità», sennonché «nella situazione considerata, non è dato ravvisare alcun profilo di rimproverabilità nella condotta (necessariamente) inerte del destinatario dell'ordine di demolizione, al quale resta, infatti, preclusa l'esecuzione del comando da un altro provvedimento giudiziario che gli ha sottratto la disponibilità giuridica e fattuale del bene».

Infine si è ritenuto che «non può esigersi - e, giuridicamente, non lo si può soprattutto in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, stante anche il divieto di prestazioni imposte se non che per legge, ex art. 23 Cost. - che il cittadino impieghi tempo e risorse economiche per ottenere la restituzione di un bene di sua proprietà, ai soli fini della sua distruzione».

Nondimeno, «sia per l'ipotesi che si ritenesse di poter prescindere dalla più persuasiva prospettazione [...] che qualifica in termini di nullità il vizio che affligge l'ordinanza di demolizione emanata nella pendenza del sequestro dell'immobile di cui trattasi; sia, comunque, con riferimento ai casi in cui l'ordine demolitorio o ripristinatorio sia stato adottato (e, in tal caso, validamente) in un momento in cui il bene non fosse sequestrato, ma venga invece sequestrato successivamente e nella pendenza del termine assegnato per ottemperare all'ingiunzione de qua - va ulteriormente indagato, per completezza di sistema, il tema dell'incidenza del sequestro penale (se non, in queste ipotesi, sulla validità) sull'efficacia dell'ordine di demolire e, derivativamente, sulla decorrenza o meno del termine a tal fine assegnato fintanto che il sequestro permanga efficace»: si è così affermato che «finché il sequestro perdura, la demolizione (anche se validamente ingiunta: vuoi perché disposta anteriormente al sequestro, ossia in un momento in cui il suo destinatario, essendo in bonis, aveva la possibilità giuridica di ottemperarvi; vuoi, ipoteticamente, perché non si condivide la tesi, invero dogmaticamente più coerente, della nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto del provvedimento che abbia ingiunto la demolizione in costanza di sequestro) certamente non può eseguirsi.

A questo semplice rilievo consegue necessariamente [...] che, per tutto il tempo in cui il sequestro perdura (e, qui si aggiunge, indipendentemente dalla condotta attiva o passiva serbata dall'autore dell'abuso rispetto al sequestro stesso), la non ottemperanza all'ordine di demolizione non può qualificarsi non iure, appunto a causa della già rilevata oggettiva impossibilità giuridica di procedervi.

Ciò non può non implicare, come conseguenza giuridicamente necessaria, l'interruzione o, quantomeno, la sospensione del decorso del termine assegnato per demolire, per tutto il tempo in cui il sequestro rimane efficace.

Detto termine, dunque, inizierà nuovamente a decorrere - per intero ovvero per la sua parte residua, secondo che si opti per l'interruzione o per la sospensione di esso in costanza di sequestro - solo allorché il sequestro venga meno, per qualunque ragione [...]» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2337/2017)

Tanto rappresentato, deve darsi atto che le più recenti pronunce di legittimità hanno - per contro - ribadito che:

- «secondo ormai consolidato orientamento [...] “la mancata ottemperanza all’ordine di demolizione può non esser giustificata dal solo fatto che le opere abusive siano state oggetto di sequestro adottato dall’Autorità Giudiziaria Ordinaria; in questi casi tranne che l’Autorità stessa affermi l’attualità di tal misura cautelare, è pur sempre possibile richiederle il dissequestro allo scopo di eseguire tale ordine” (Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2677; id., 20 giugno 2023, n. 6031)» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 10253/2023);
- secondo l’«indirizzo prevalente, sia amministrativo sia penale [...] ai fini della legittimità dell’ordine di demolizione, è irrilevante la pendenza di un sequestro della sua eseguibilità e, quindi, della validità dei conseguenti provvedimenti sanzionatori, sulla base della non qualificabilità della misura cautelare reale quale impedimento assoluto all’attuazione dell’ingiunzione, in ragione della possibilità, per il destinatario dell’ordine, di ottenere il dissequestro del bene ai sensi dell’art. 85 disposizione di attuazione del codice di procedura penale (cfr. Cons. Stato, Sezione Prima, Adunanza di Sezione del 7 marzo 2018, affare n. 2072/2016) [...] né può essere condivisa la tesi [...] secondo cui sarebbe irragionevole che la parte chieda il dissequestro dell’immobile al solo fine di distruggerlo» posto che «“il sequestro penale dell’immobile non influenza la legittimità dell’ordinanza di rimessione in pristino. Il contemperamento con le esigenze della difesa si realizza ritenendo che il termine assegnato dall’ordinanza per la demolizione o la rimessione in pristino non decorre sin quando l’immobile rimane sotto sequestro, restando all’autonoma iniziativa della difesa ovvero della magistratura inquirente attivare gli strumenti che al dissequestro possono condurre” (Cons. Stato, Sez. VII, 14 aprile 2023, n. 3805 che richiama id. 20 febbraio 2023, n. 1721)» (Consiglio di Stato, sez. VII, n. 7816/2023).

7. Gli interventi eseguiti in base a permesso di costruire annullato

L’articolo 38 del D.P.R. n. 380/2001 reca la disciplina concernente gli «Interventi eseguiti in base a permesso annullato» stabilendo che «in caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall’agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest’ultima e l’amministrazione comunale. La valutazione dell’agenzia è notificata all’interessato dal dirigente o dal responsabile dell’ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa».

Il comma secondo sancisce che l’integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all’articolo 36, mentre il comma 2-bis estende l’applicabilità delle disposizioni *de quibus* anche agli interventi edilizi subordinati a S.C.I.A. alternativa al permesso di costruire «di cui all’articolo 23, comma 01, in caso di accertamento dell’inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo».

Con riguardo ai presupposti che danno luogo alla possibilità di accedere alla cd. «fiscalizzazione» di cui alla norma in commento, preme rammentare il recente intervento dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – la n. 17 del 2020 – che ha chiarito l’ambito di applicazione dell’articolo 38.

Mediante tale pronunciamento si è *in primis* rilevato che, sulla scorta di quanto sancito dal comma secondo, «il pacifico effetto della disposizione in commento è quello di tutelare, al ricorrere di determinati presupposti e condizioni, l’affidamento ingeneratosi in capo al titolare del permesso di costruire circa la

legittimità della progettata e compiuta edificazione conseguente al rilascio del titolo, equiparando il pagamento della sanzione pecuniaria al rilascio del permesso in sanatoria» e che tale «equiparazione è solo quoad effectum, costituendo un eccezionale temperamento al generale principio secondo il quale la costruzione abusiva deve essere sempre demolita; temperamento in ragione, non già della sostanziale conformità urbanistica (passata e presente) della stessa (oggetto del diversa fattispecie prevista dall'art. 36 cit.), ma della presenza di un permesso di costruire che ab origine ha giustificato l'edificazione e dato corpo all'affidamento del privato alla luce della generale presunzione di legittimità degli atti amministrativi».

Si è dato quindi atto che «la composizione degli opposti interessi in rilievo - tutela del legittimo affidamento da una parte, tutela del corretto assetto urbanistico ed edilizio dall'altra - è realizzato dal legislatore per il tramite di una "compensazione" monetaria di valore pari "al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite" (cd fiscalizzazione dell'abuso)».

Si è così evidenziato che «proprio perché costituente eccezionale deroga al principio di necessaria repressione a mezzo demolizione degli abusi edilizi, la disposizione è presidiata da due condizioni: a) la prima è la motivata valutazione circa l'impossibilità della rimozione dei vizi delle procedure amministrative; b) la seconda è la motivata valutazione circa l'impossibilità di restituzione in pristino».

Orbene, proprio il primo di tali aspetti è stato attenzionato dalla decisione *de qua*, con cui l'Adunanza Plenaria - discostandosi dal nutrito filone giurisprudenziale a mente del quale «la fiscalizzazione dell'abuso prescinderebbe dalla tipologia del vizio (procedurale o sostanziale) avendo il legislatore affidato l'eccezionale percorribilità della sanatoria pecuniaria alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, in esecuzione di un potere che affonda le sue radici e la sua legittimazione nell'esigenza di tutelare l'affidamento del privato» - ha affermato che «i vizi cui fa riferimento l'art. 38 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione».

Sulla scorta di tale pronunciamento il Consiglio di Stato, nella più recente sentenza n. 136 del 2023, in una fattispecie in cui veniva in rilievo l'applicazione dell'articolo 38 ha dapprima ricordato che «la norma disciplina l'ipotesi in cui le opere siano state realizzate in presenza di un titolo edilizio successivamente annullato dall'amministrazione o in sede giurisdizionale, e prevede la possibilità di evitare la demolizione dell'immobile irrogando una sanzione pecuniaria (c.d. fiscalizzazione dell'abuso) in due distinti casi: qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative e qualora non risulti possibile la restituzione in pristino» e, nel decidere la questione all'esame, ha dunque precisato che:

- «il primo di tali requisiti (l'impossibilità di rimuovere i vizi delle procedure amministrative) è stato oggetto di una pronuncia dell'Adunanza Plenaria, che ha chiarito che: "I vizi cui fa riferimento l'art. 38, t.u. edilizia, approvato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione" (Consiglio di Stato ad. plen., 07/09/2020, n. 17). La norma, dunque, intende fare riferimento all'ipotesi in cui il titolo edilizio sia stato annullato per vizi formali o procedurali non emendabili ai sensi dell'art. 21 nonies co. 2 l. 241/90; in tal caso, stante la sostanziale legittimità dell'opera, l'amministrazione deve procedere alla fiscalizzazione dell'abuso evitando la demolizione. La tutela dell'affidamento del privato circa la legittimità del titolo edilizio, pertanto, costituisce un limite rispetto al potere di riduzione in pristino dell'amministrazione solo nel caso in cui l'opera non presenti profili di abusività dal punto di vista sostanziale: "La tutela dell'affidamento attraverso l'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38 non può infatti giungere sino a consentire una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'amministrazione, in deroga a qualsivoglia previsione urbanistica, ambientale o

paesaggistica, pena l'inammissibile elusione del principio di programmazione e l'irreversibile compromissione del territorio, ma è piuttosto ragionevolmente limitata a vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che legittimamente ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto assentito. " (Consiglio di Stato ad. plen., 07/09/2020, n. 17)»;

- *«qualora il permesso di costruire sia stato annullato per vizi sostanziali, la fiscalizzazione dell'abuso è consentita solo nel caso in cui la restituzione in pristino risulti impossibile. Relativamente all'individuazione delle ipotesi che rendono impossibile la riduzione in pristino, la giurisprudenza ha chiarito che "Nell'ambito delle conseguenze agli illeciti edilizi, deve rilevarsi come l'impossibilità di riduzione in pristino non possa che essere di ordine squisitamente tecnico costruttivo; diversamente opinando, l'art. 38 d.P.R. 380/2001 si presterebbe a letture strumentali, consentendo sanatorie 'ex officio' di abusi attraverso lo strumento dell'annullamento in autotutela del titolo edilizio originario." (Consiglio di Stato sez. IV, 19/04/2022, n. 2919). La riduzione in pristino, pertanto, deve risultare impraticabile alla luce di una valutazione tecnica e non di una ponderazione dei vari interessi in gioco, fra cui l'affidamento del privato nella legittimità delle opere».*

8. Il permesso di costruire è annullabile se manca il piano attuativo?

Il Consiglio di Stato, con la recentissima sentenza n. 534 del 16 gennaio 2024, si è pronunciato in relazione ad una fattispecie afferente all'annullamento in autotutela di alcuni permessi di costruire: tale annullamento era stato disposto - in estrema sintesi - poiché l'area di intervento ricadeva in una zona urbanistica per la quale la normativa comunale subordinava il rilascio del titolo abilitativo alla previa approvazione di piani attuativi di lottizzazione ed in considerazione, altresì, del fatto che nell'area in discorso non erano presenti opere di urbanizzazione primaria e secondaria pari agli *standards* urbanistici minimi prescritti, ritenendosi pertanto impossibile prescindere dalla definizione del piano urbanistico attuativo.

Come rilevato preliminarmente dalla pronuncia *de qua*, il giudice di primo grado aveva rigettato i vari ricorsi promossi avverso tale annullamento *«sulla base della argomentazione per cui, in presenza di una normativa urbanistica generale, che preveda, per il rilascio del titolo edilizio in una determinata zona, l'esistenza di un piano attuativo, non è consentito superare tale prescrizione facendo leva sulla situazione di sufficiente urbanizzazione della zona stessa (Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5471) nonché sulla base di una serie di argomentazioni relative alla carenza di opere di urbanizzazione primaria e secondaria nella zona interessata».*

Orbene, in sede di appello, sulla ritenuta legittimità della decisione di autotutela, con particolare riguardo all'assunta imprescindibilità della pianificazione attuativa, il Consiglio di Stato ha ricordato che *«il Piano attuativo, come emerge da giurisprudenza univoca, ha carattere di tendenziale stabilità, in quanto specifica le modifiche del territorio, in una prospettiva in cui si definisce nel dettaglio la pianificazione determinando l'assetto definitivo del territorio; ciò lo differenzia dal Piano regolatore che ha una prospettiva più di massima, circa l'utilizzazione dei suoli relativamente a quello che è consentito e a quello che è vietato nel territorio comunale sotto il profilo urbanistico ed edilizio (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 13 giugno 2019, n. 3977)»*, osservando che *«in materia edilizia costituisce ius receptum l'eccezionalità dei casi in cui il piano regolatore generale consenta il rilascio del permesso di costruire diretto, senza previa*

approvazione dello strumento attuativo», difatti «pure in presenza di una zona già urbanizzata, la necessità dello strumento attuativo è esclusa solo nei casi nei quali la situazione di fatto, caratterizzata da una pressoché completa edificazione della zona, sia addirittura incompatibile con un piano attuativo, ma non anche nell'ipotesi in cui, per effetto di una edificazione disomogenea, ci si trovi di fronte ad una situazione che esige un intervento idoneo a restituire efficienza all'abitato, riordinando e talora definendo ex novo un disegno urbanistico di completamento della zona (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2022, n. 9916)».

Il Consiglio di Stato ha ribadito che «in linea generale, quindi, l'intervenuta edificazione come causa di esenzione dell'esigenza del piano attuativo è eccezionale in quanto invertirebbe l'ordine logico della pianificazione che si pone come preventiva alla realizzazione degli immobili; ossia non è ipotizzabile, in quanto contrario al buon andamento, che mediante l'edificazione di fatto - e quindi mediante la realizzazione di edifici poi condonati o sulla base di un titolo illegittimamente rilasciato - venga invertito l'ordine logico previsto dalle disposizioni locali in materia urbanistica. Si tratta, in ogni caso, di un intervento su una urbanizzazione preesistente che è frutto a sua volta di interventi non coordinati in quanto conseguenti a rilascio di concessioni edilizie in assenza di piani attuativi», atteso che «diversamente opinando si rischierebbe un circuito "vizioso" che consentirebbe - sulla scorta di realizzazioni originariamente illegittime - di pervenire "a regime" a superare la pianificazione territoriale e quindi un sistema di regolare svolgimento dell'attività edilizia (cfr. Consiglio di Stato sent. n. 6268 del 27 giugno 2023).

La pianificazione attuativa è quindi indefettibile essendo prevista da una disposizione locale che compete al Comune eventualmente modificare, in ossequio ai principi di buon andamento, ma non disapplicare a seguito di un inidoneo esercizio delle funzioni in materia urbanistica.

È il Comune che, attesa la previsione del piano attuativo, deve riappropriarsi della pianificazione al fine di svolgere le primarie funzioni che gli competono quale ente vigilante sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio (cfr. art. 27 d.P.R. 380/2001); ed anzi la redazione del piano attuativo, anche in situazioni già di fatto urbanizzate, può rappresentare una utile occasione per ridare efficienza alla zona oggetto di misure di condono».

In questa ottica, per completezza, si è dato conto della tesi che ritiene che quando sia ravvisabile una sostanziale, anche se non completa, urbanizzazione dell'intero comprensorio a cui appartiene l'area oggetto della richiesta edilizia, la mancanza dello strumento attuativo, in sé e per sé, non può essere invocata ad esclusivo fondamento del diniego di concessione edilizia, replicando che «è comunque l'Amministrazione [...] a dover condurre una adeguata istruttoria al fine di valutare lo stato di urbanizzazione già presente nella zona ed evidenziare le concrete ed ulteriori esigenze di urbanizzazione indotte dalla nuova costruzione (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 3 dicembre 2019, n. 8270); e detta valutazione circa la congruità del grado di urbanizzazione - che spetta unicamente al Comune - è caratterizzata da un amplissimo margine di discrezionalità al punto che non può essere sottoposta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, salvo che sotto il profilo della palese illogicità ed irragionevolezza delle determinazioni assunte o per essere le determinazioni stesse inficiate da errori di fatto (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2545)».

Nello specifico, la redazione del piano attuativo risultava necessaria anche per raccordare le aree già urbanizzate con quanto da realizzare, senza continuare in un'edificazione disomogenea che prescindesse dalle norme urbanistiche: da qui la legittimità dell'annullamento in autotutela in quanto - tra l'altro - i titoli edilizi erano stati adottati in contrasto con le N.T.A. che richiedevano, ai fini del rilascio, l'adozione di un piano attuativo.

Il Consiglio di Stato ha spiegato, infine, che la verifica sulla situazione di fatto ai fini dell'adozione del provvedimento di autotutela è stata fatta tenendo conto della situazione in essere, e non sulla

scorta della sola carenza del piano attuativo, in linea con quella giurisprudenza in base alla quale l'interesse pubblico specifico alla rimozione dell'atto illegittimo dev'essere integrato da ragioni differenti dalla mera esigenza di ripristino della legalità⁹.

9. S.C.I.A. e autotutela: quali poteri in capo alla P.A.?

La disciplina generale della S.C.I.A. si rinviene all'articolo 19 della L. n. 241/1990: tale norma al primo comma prevede che *«ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria. La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti [...]»*.

Il comma secondo sancisce che *«l'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata [...] dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente»*: il comma terzo, tuttavia, stabilisce che *«l'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere, prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata. Con lo stesso atto motivato, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa. L'atto motivato interrompe il termine di*

⁹ <https://www.lavoripubblici.it/news/permesso-costruire-annullabile-se-manca-piano-attuativo-32522>

cui al primo periodo, che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle suddette misure. In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata».

A mente del comma quarto «decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies».

Per quanto ivi di interesse si rileva che il comma 6 stabilisce che «ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni».

Il comma 6-bis ha riguardo alle ipotesi di S.C.I.A. in materia edilizia, prevedendo che in tali casi «il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni. Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n.380, e dalle leggi regionali».

Il comma 6-ter precisa, inoltre, 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'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104», rectius l'azione avverso il silenzio.

Orbene, non potendo in questa sede dilungarsi sulla questione a lungo dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza afferente alla natura giuridica da attribuirsi alla S.C.I.A., preme ricordare un'interessante pronuncia resa dal T.A.R. milanese con riguardo ai poteri esercitabili dalla P.A. in materia.

Con la decisione citata si è statuito che «una volta decorso il termine ordinario di trenta giorni previsto dall'art. 19, comma 3 e 6-bis, l. n. 241/1990 per l'esercizio del potere inibitorio, la pubblica amministrazione conserva comunque un residuale potere di autotutela; tale potere, con cui l'amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, condivide i principi regolatori sanciti, in materia di autotutela, dagli artt. 21-quinques e 21-nonies l. n. 241 del 1990 (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. II, 4 febbraio 2022, n. 782).

Come chiarito anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 45 del 13 marzo 2019, "il comma 3 dell'art. 19 attribuisce alla PA un triplice ordine di poteri (inibitori, repressivi e conformativi), esercitabili entro il termine ordinario di sessanta giorni dalla presentazione della SCIA, dando la preferenza a quelli conformativi, "[q]ualora sia possibile"; mentre il successivo comma 4 prevede che, decorso tale termine, quei poteri sono ancora esercitabili "in presenza delle condizioni" previste dall'art. 21-nonies della stessa legge n. 241 del 1990. Quest'ultimo, a sua volta, disciplina l'annullamento in autotutela degli atti illegittimi, stabilendo che debba sussistere un interesse pubblico ulteriore rispetto al ripristino della legalità, che si operi un bilanciamento fra gli interessi coinvolti e che, per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei privati, il potere debba essere esercitato entro il termine massimo di diciotto mesi. Il comma 6-bis dell'art. 19 applica questa disciplina anche alla SCIA edilizia, riducendo il termine di cui al comma 3 da sessanta a trenta giorni e prevedendo, inoltre, che, "restano [...] ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali"» (T.A.R. Milano (Lombardia), sez. II, n. 1891/2022).

Tanto esposto, preme infine precisare, con riguardo al potere di annullamento in autotutela di cui all'articolo 21-*nonies* della L. n. 241/1990, che la norma *de qua* nella sua formulazione attualmente vigente prevede che esso venga esercitato «entro un termine ragionevole comunque non superiore a dodici mesi [...]».

10. Limiti alla condonabilità degli abusi edilizi

L'istituto del condono è finalizzato all'ottenimento di una sanatoria straordinaria degli abusi edilizi e nel nostro ordinamento è stato disciplinato da tre distinte normative che si sono susseguite nel tempo: ci si riferisce alla L. n. 47/1985 (cd. «Primo condono»), alla L. n. 724/1994 (cd. «Secondo condono») ed al D.L. n. 269/2003, convertito con modificazioni, in L. n. 326/2003 (cd. «Terzo condono»).

Tali normative hanno delineato l'ambito di applicabilità dell'istituto in relazione a diversi presupposti, soggetti peraltro a differenti limiti temporali oltre che volumetrici: si rileva brevemente, invero, che a differenza del cd. «Primo condono» - ove la sanabilità degli immobili non era subordinata alla consistenza dell'abuso - con le normative condonistiche successive il Legislatore ha inteso limitare la sanabilità degli abusi in relazione anche alla loro consistenza volumetrica¹⁰.

Orbene, data l'ampiezza del tema trattato e dei profili problematici emersi nella prassi, per ovvie ragioni di sinteticità si procederà in questa sede - senza alcuna pretesa di esaustività - ad evidenziare solo alcuni degli aspetti maggiormente controversi per come emergenti dalle più recenti decisioni giurisprudenziali.

Ciò posto, preme dunque soffermarsi sulla pronuncia con cui la Corte di Cassazione ha confermato che l'applicazione del condono disciplinato dall'art. 32, comma 25, del D.L. n. 269/2003, convertito con modificazioni, in L. n. 326/2003 (cd. «Terzo condono») «esige, tra l'altro, il concomitante rispetto di un duplice limite di cubatura: 750 mc in relazione a ciascuna unità abitativa, e 3.000 mc in relazione all'intera costruzione.

A tal proposito, questa Corte ha costantemente interpretato l'art. 39, comma 1, l. n. 724 del 1994, nel senso che ogni edificio deve intendersi come un complesso unitario che fa capo ad un unico soggetto legittimato e le istanze di oblazione eventualmente presentate in relazione alle singole unità che compongono tale edificio devono esser riferite a una unica concessione in sanatoria, che riguarda quest'ultimo nella sua totalità. Ciò in quanto la ratio della norma è di non consentire l'elusione del limite legale di consistenza dell'opera per la concedibilità della sanatoria, attraverso la considerazione delle singole parti in luogo dell'intero complesso edificatorio [...].

Dalle considerazioni che precedono, ne discende che non è ammissibile il condono edilizio di una costruzione interamente abusiva, quando la richiesta di sanatoria sia presentata frazionando l'unità immobiliare in plurimi interventi edilizi, in quanto è illecito l'espedito di denunciare fittiziamente la realizzazione di plurime opere non collegate tra loro, quando invece le stesse risultano finalizzate alla realizzazione di un unico manufatto e sono a esso funzionali, sì da costituire una costruzione unica [...]. Il riferimento oggettivo all'unicità della nuova costruzione interamente abusiva impedisce, perciò, che il limite di 750 metri cubi

¹⁰ <https://www.lavoripubblici.it/news/condono-edilizio-come-funzionano-limiti-volumetrici-27552>

possa essere aggirato mediante il frazionamento delle sue singole parti, altrimenti si eluderebbe la finalità della legge che era (ed è) quella di sanare abusi modesti.

In altri termini, in materia di condono edilizio disciplinato dalla legge 24 novembre 1994, n. 724, ai fini dell'individuazione dei limiti stabiliti per la concedibilità della sanatoria, ogni edificio va inteso quale complesso unitario qualora faccia capo ad un unico soggetto legittimato alla proposizione della domanda di condono, con la conseguenza che le eventuali singole istanze presentate in relazione alle separate unità che compongono tale edificio devono riferirsi ad un'unica concessione in sanatoria, onde evitare l'elusione del limite legale di consistenza dell'opera. Qualora, invece, per effetto della suddivisione della costruzione o della limitazione quantitativa del titolo abilitante la presentazione della domanda di sanatoria, vi siano più soggetti legittimati, è possibile proporre istanze separate relative ad un medesimo immobile [...].

Di conseguenza, va riaffermato il principio giusto il quale, in tema di condono edilizio previsto dal d.l. 30 novembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326, la presentazione di plurime istanze di sanatoria relative a distinte unità immobiliari, ciascuna di volumetria non eccedente i 750 mc., costituisce artificioso frazionamento della domanda, in caso di nuova costruzione di volumetria inferiore a 3.000 mc., la cui realizzazione sia ascrivibile ad un unico soggetto [...].» (Cassazione penale, sez. III, n. 694/2024).

Con riguardo ai limiti temporali ed ai requisiti di carattere strutturale per poter beneficiare del condono edilizio, in una recentissima pronuncia il Consiglio di Stato ha invece rilevato come il T.A.R. adito in primo grado avesse correttamente evidenziato «[...] che il consolidato indirizzo giurisprudenziale formatosi con riguardo alla nozione di "ultimazione dell'opera" ai sensi della l. n. 724/1994 ha precisato che: "ai sensi dell'art. 39, l. 23 dicembre 1994, n. 724 la possibilità di rilascio della concessione edilizia in sanatoria, già prevista dalla l. 28 febbraio 1985, n. 47, deve intendersi limitata alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31 dicembre 1993, data nella quale deve essere avvenuto il completamento funzionale della struttura, per esso intendendosi uno stato di avanzamento, nella sua realizzazione, tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione; in altri termini, l'immobile condonabile deve consistere in un organismo edilizio con una sua configurata stabilità e adeguata consistenza planovolumetrica per il quale sia intervenuto alla predetta data l'ultimazione al rustico e cioè la intelaiatura, la copertura e i muri di compagno [...].», ricordando che la giurisprudenza amministrativa ha statuito che «in mancanza anche di una sola tompagnatura l'opera non può comunque dirsi ultimata [...]» e che «in tema di condono, ai fini dell'ultimazione del fabbricato sono necessarie non solo le tompagnature esterne, ma anche l'esistenza di una copertura che ha la funzione di definire le dimensioni dell'intervento realizzato, dal punto di vista della sagoma e del volume mentre, dal punto di vista costruttivo, ha lo scopo di rendere conto della compiutezza della realizzazione stessa[...]» (Consiglio di Stato, sez. II, n. 1302/2024).

Sotto distinto profilo appare interessante anche ricordare come «il combinato disposto dell'art. 32 della legge 28 febbraio 1985 n. 47 e dell'art. 32, comma 27, lettera d), del decreto-legge n. 269 del 2003, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale [...] comporta che un abuso commesso su un bene sottoposto a vincolo di inedificabilità, sia esso di natura relativa o assoluta, non può essere condonato quando ricorrono, contemporaneamente le seguenti condizioni: a) l'imposizione del vincolo di inedificabilità prima della esecuzione delle opere; b) la realizzazione delle stesse in assenza o difformità dal titolo edilizio; c) la non conformità alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici (nelle zone sottoposte a vincolo paesistico, sia esso assoluto o relativo, è cioè consentita la sanatoria dei soli abusi formali);

- sempre con riguardo agli abusi edilizi commessi in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, va precisato che il condono previsto dall'art. 32 del decreto legge n. 269 del 2003 è applicabile esclusivamente agli interventi

di minore rilevanza indicati ai numeri 4, 5 e 6 dell'allegato 1 del citato decreto (restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria) e previo parere favorevole dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo, mentre non sono in alcun modo suscettibili di sanatoria le opere abusive di cui ai precedenti numeri 1, 2 e 3 del medesimo allegato, anche se l'area è sottoposta a vincolo di inedificabilità relativa e gli interventi risultano conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti (in tal senso anche la giurisprudenza penale: cfr., *ex plurimis*, Cassazione penale sez. III, 20 maggio 2016, n. 40676; peraltro, la Corte Costituzionale, con ordinanza n. 150 del 2009, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 26, lettera a), del decreto-legge n. 269 del 2003 nella parte in cui prevede la condonabilità limitata ai soli abusi minori nelle zone sottoposte a vincolo di cui all'art. 32 della legge n. 47 del 1985)» [...] (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4685/2022).

Del resto, deve del pari essere rammentato che «[...] la Corte Costituzionale con la sentenza n. 196/2004 [...] ha dichiarato:

- l'illegittimità costituzionale del comma 26 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269/2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326/2003, nella parte in cui non prevede che la legge regionale possa determinare la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissibilità a sanatoria di tutte le tipologie di abuso edilizio di cui all'Allegato 1.;

- l'illegittimità costituzionale del comma 25 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269/2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326/2003, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 possa determinare limiti volumetrici inferiori a quelli ivi indicati;

- l'illegittimità costituzionale dell'art. 32 del decreto-legge n. 269/2003, nel testo originario e in quello risultante dalla legge di conversione n. 326/2003, nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 debba essere emanata entro un congruo termine da stabilirsi dalla legge statale.

In esecuzione di tale sentenza della Corte Costituzionale è, poi, intervenuto il legislatore statale con l'art. 5 del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168, convertito dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, stabilendo che la legge regionale di cui al comma 26 dell'art. 32 del decreto-legge n. 269/2003 può essere emanata entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto-legge n. 168/2004.

[...].

Con la successiva sentenza n. 49/2006, la Corte Costituzionale ha, poi, escluso il contrasto di una serie di leggi regionali [...] con l'art. 117 Cost., sotto i vari profili sottoposti al suo sindacato, riconoscendo al legislatore regionale un ampio potere discrezionale nella possibilità di definire i confini entro cui modellare gli effetti sul piano amministrativo del condono edilizio straordinario, in tema di condizioni di ammissibilità, di ampiezza e di limiti» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4718/2018).

11. Gli abusi edilizi realizzati durante la pendenza di un'istanza di condono: le posizioni espresse dalla giurisprudenza

Il T.A.R. del Lazio ha ribadito il principio, già espresso nella giurisprudenza amministrativa, che impone di ritenere che «un'istanza di condono vada esaminata solo qualora alla data di emanazione del provvedimento esista ancora l'opera edilizia per la quale essa è stata presentata, non essendo consentito, in pendenza del procedimento di condono, alcun intervento se non quelli atti a garantire la conservazione del manufatto (cfr. Cons. St., Sez. II, 30 luglio 2019, n. 5367; Cons. St., Sez. V, 27 agosto 2014, n. 4386)» (T.A.R. Roma (Lazio), sez. II, n. 288/2024).

Giova rammentare, inoltre, che il Consiglio di Stato – pronunciandosi su un ricorso teso a censurare, tra l’altro, la circostanza per la quale il T.A.R. adito in primo grado «[...] non avrebbe considerato che l’intervento in questione [...] rientra tra quelli di completamento che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, comma 14, e 31, comma 2, legge n. 47/1985, “il presentatore dell’istanza di concessione o autorizzazione in sanatoria” poteva realizzare “sotto la propria responsabilità”, decorsi 120 giorni dalla presentazione della domanda e, comunque, dopo il versamento della seconda rata dell’oblazione, notificando al Comune il proprio intendimento, “allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi”, ed iniziando i lavori “non prima di trenta giorni dalla data della notificazione” [...]» – ha osservato che «per legge non è consentito sanare interventi effettuati sull’immobile abusivo dopo la presentazione dell’istanza: l’imposizione di un termine, anteriore alla data di scadenza per la presentazione della domanda, entro cui gli immobili devono essere ultimati ha proprio lo scopo di evitare che si chieda di “sanare” un abuso non ancora commesso o ultimato, tanto che la prova dell’integrazione del requisito dell’anteriorità dell’ultimazione dell’opera rispetto al termine di legge (sia in sede procedimentale, sia in sede giudiziale) fa carico al soggetto privato che abbia presentato la domanda di condono, atteso il carattere eccezionale di tale istituto e stante l’operatività del principio della “vicinanza alla prova” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 settembre 2019, n. 6107)» (Consiglio di Stato, sez. VII, n. 9084/2023)¹¹.

Si è sostenuto altresì che «in pendenza dell’istanza di condono è precluso all’interessato modificare l’assetto del bene, anche nell’ipotesi nella quale l’istante intenda riportare il manufatto nei limiti strutturali e volumetrici per renderlo compatibile con la sanatoria» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6239/2018).

12. La disciplina applicabile alla valutazione della domanda di condono

La Corte di Cassazione ha recentemente riaffermato che «ogni procedimento di condono non può che valutarsi rispetto alla disciplina cui afferisce la domanda [...] senza che sia evocabile alcuna automatica estensione - non prevista - di altre distinte e diverse successive discipline, ancorchè afferenti in astratto al medesimo istituto del condono [...]», rimarcando – peraltro - «il principio di tipicità degli atti e procedimenti amministrativi, che impone una correlazione tra domanda, relativa disciplina e decisione finale», oltre che «la differenza, per così dire strutturale, delle diverse discipline di condono, quanto ai requisiti richiesti, che anche sotto tale aspetto esclude, in assenza di una esplicita previsione, la possibilità di estendere ad un tipo di domanda solo un requisito[...]stabilito in altra successiva disciplina, fermi rimanendo gli altri originariamente previsti» (Cassazione penale, sez. III, n. 50318/2023).

13. Sanatoria operante a regime ordinario: il requisito della doppia conformità e l’orientamento consolidato in ordine alla sanatoria cd. Condizionata

Con riferimento all’istituto della sanatoria edilizia operante a regime ordinario occorre richiamare gli articoli 36 («Accertamento di conformità») e 37 («Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità»), comma 4 del D.P.R. n. 380/2001, che disciplinano l’accertamento di conformità in caso, rispettivamente, di interventi eseguiti in assenza o in difformità dal permesso di costruire o dalla S.C.I.A. alternativa al permesso di

¹¹ <https://www.studiotecnicopagliai.it/domanda-di-condono-edilizio-non-consente-di-sanare-opere-effettuate-dopo-la-presentazione/>

costruire ovvero realizzati in assenza o in difformità dalla S.C.I.A. (cd. «normale») richiesta ex articolo 22, commi 1 e 2 del medesimo testo unico, prevedendo la possibilità di ottenere tale sanatoria laddove l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della sua realizzazione, sia al momento della presentazione della domanda (cd. «doppia conformità»).

Il costante orientamento del Consiglio di Stato ritiene, invero, che la sanatoria di cui all'articolo 36 del D.P.R. n. 380/2001 «"[...] si fonda sul rilascio di un provvedimento abilitativo sanante da parte della competente Amministrazione, sempre possibile previo accertamento di conformità o di non contrasto delle opere abusive non assentite agli strumenti urbanistici vigenti nel momento della realizzazione e in quello della richiesta, previo accertamento di compatibilità paesaggistica nelle ipotesi in cui l'area sia assoggettata a vincolo paesaggistico e che è tassativamente limitato alle sole fattispecie contemplate dall'art. 167 comma 4, [del D.Lgs.] 22 gennaio 2004, n. 42 [...]" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 1874). La sentenza appena citata evidenzia come sia "la stessa qualificazione in termini di sanatoria del provvedimento scolpito dall'art. 36 che import[i] l'esclusione dal suo ambito di quelle opere progettate al fine di ricondurre l'opus nel perimetro di ciò che risulti conforme alla disciplina urbanistica e quindi assentibile" [...]. Questo Consiglio rileva, difatti, che "il rilascio di un permesso in sanatoria con prescrizioni, con le quali si subordina l'efficacia dell'accertamento alla realizzazione di lavori che consentano di rendere il manufatto conforme alla disciplina urbanistica vigente al momento della domanda o al momento della decisione, contraddice, innanzitutto sul piano logico, la rigida statuizione normativa poiché si farebbe a meno della doppia conformità dell'opera richiesta dalla norma se si ammettesse l'esecuzione di modifiche postume rispetto alla presentazione della domanda di sanatoria" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 luglio 2014, n. 3410). Inoltre, "la valutazione di compatibilità paesaggistica non può riferirsi al manufatto ottenuto grazie alle modifiche proposte, in quanto, ai sensi dell'art. 167, co. 4, d.lgs. n. 42 /2004, è consentita la sanatoria delle opere così come esistenti al momento dell'istanza e non delle opere progettate in maniera da alterarne la consistenza originaria" [...]" (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8713/2022).

14. La sanatoria giurisprudenziale o impropria: è ammissibile?

L'istituto della cd. «sanatoria giurisprudenziale» - di origine pretoria ed in virtù del quale per regolarizzare un immobile abusivo sarebbe sufficiente la mera conformità alla disciplina urbanistico-edilizia vigente al momento di presentazione dell'istanza - secondo un orientamento ormai pressoché granitico «deve considerarsi normativamente superato, nonché recessivo rispetto al chiaro disposto normativo vigente e ai principi connessi al perseguimento dell'abusiva trasformazione del territorio, essendo il permesso in sanatoria ottenibile soltanto in presenza dei presupposti espressamente delineati dall'art. 36 d.P.R. n. 380/2001, ossia a condizione che l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento sia della realizzazione del manufatto sia della presentazione della domanda [...]».

Discende da quanto precede - come peraltro già evidenziato - «che il titolo in sanatoria non può contenere alcuna prescrizione, in particolare sub specie di previsione di interventi modificativi dello stato di fatto rilevato al momento dell'accertamento degli abusi, poiché un simile titolo "condizionato" postulerebbe, in contrasto con l'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, non già la "doppia conformità" delle opere abusive, ma una sorta di conformità ex post, condizionata all'esecuzione delle prescrizioni e, quindi, non esistente né al momento della realizzazione delle opere, né al tempo della presentazione della domanda di sanatoria, bensì

eventualmente solo alla data futura e incerta in cui il ricorrente abbia ottemperato a tali prescrizioni» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 10317/2022).

Del resto, si è osservato che *«in base alla disciplina vigente è irrilevante che alla data di presentazione dell'istanza di sanatoria le previsioni dello strumento urbanistico comunale renderebbero assentibile l'intervento»,* posto che *«la praticabilità dell'istituto della c.d. sanatoria giurisprudenziale è stata da tempo esclusa dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194; Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2784; Cons. Stato, Sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2306; Corte Cost., 29 maggio 2013, n. 101).*

Invero, l'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001 disciplina l'accertamento di conformità, ossia quello strumento attraverso cui si consente la sanatoria di manufatti od opere realizzati in assenza di titolo edilizio, deliberatamente circoscritta dal legislatore ai soli abusi "formali", ossia dovuti alla carenza del titolo abilitativo, ma conformi alla normativa applicabile [...] come noto, al fine del rilascio del permesso in sanatoria, è necessario che gli interventi abusivi siano conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al tempo della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della istanza di cui all'art. 36 cit. [...].

Tale opzione non si pone in contrasto con alcun principio costituzionale, essendosi al riguardo già pronunciata la Corte Costituzionale nel senso che costituisce principio fondamentale nella materia del governo del territorio la verifica della "doppia conformità", in quanto adempimento "finalizzato a garantire l'assoluto rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia durante tutto l'arco temporale compreso tra la realizzazione dell'opera e la presentazione dell'istanza volta ad ottenere l'accertamento di conformità" (così la sentenza Corte Cost., 8 novembre 2017, n. 232; [...])» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5708/2023)¹².

15. Abusi edilizi: la valutazione unitaria delle opere. È possibile una sanatoria parziale?

Il costante orientamento del Consiglio di Stato - recentemente ribadito - ritiene che «la valutazione degli abusi edilizi e/o paesaggistici richiede una visione complessiva e non atomistica delle opere eseguite, in quanto il pregiudizio arrecato al regolare assetto del territorio o al paesaggio deriva, non da ciascun intervento in sé considerato, ma dall'insieme dei lavori nel loro contestuale impatto edilizio e paesistico e nelle reciproche interazioni [...]» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4070/2023).

Un altro precedente ha ricordato che «la Corte di Cassazione, in consonanza con la giurisprudenza amministrativa sul tema, ha inoltre chiarito che tutta la legislazione urbanistica e la giurisprudenza formata in materia di condono edilizio escludono la possibilità di una sanatoria parziale, sul presupposto che il concetto di costruzione deve essere inteso in senso unitario e non in relazione a singole parti autonomamente considerate, per cui non è possibile scindere la costruzione tra i vari elementi che la compongono ai fini della sanatoria di singole porzioni di essa [...]» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 10864/2023).

Con riferimento ai profili di rilevanza penale si è osservato pure che l'ordine di demolizione del manufatto abusivo previsto dal D.P.R. n. 380/2001 al comma 9 dell'articolo 31 - a mente del quale *«per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita» - «riguarda l'edificio nel suo complesso, comprensivo di eventuali aggiunte o modifiche successive all'esercizio dell'azione penale e/o alla condanna, atteso che l'obbligo di demolizione si configura come un dovere di*

¹² <https://www.studiotecnico pagliai.it/sanatoria-giurisprudenziale-atto-atipico-problemi-legittimita>

“restitutio in integrum” dello stato dei luoghi e, come tale, non può non avere ad oggetto sia il manufatto abusivo originariamente contestato, sia le opere accessorie e complementari nonché le superfetazioni successive, sulle quali si riversa il carattere abusivo dell’originaria costruzione [...]» (Cassazione penale, sez. III, n. 17412/2023).

16. L’illegittimità della sanatoria edilizia dopo l’acquisizione al patrimonio comunale: i chiarimenti della Corte di Cassazione

La Cassazione penale ha recentemente reso la sentenza n. 46702 del 2023, rilevando che il D.P.R. n. 380/2001 all’articolo 31 *«prevede, quale conseguenza della mancata ottemperanza all’ordine di demolizione, un’automatica fattispecie acquisitiva al patrimonio del comune dell’opera abusiva e della relativa area di sedime», atteso che «i suoi commi 3 e 4 così dispongono:*

“3. 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.

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”».

Si è ricordato che *«secondo consolidata giurisprudenza, l’ingiustificata inottemperanza all’ordine di demolizione dell’opera abusiva e rimessione in pristino dello stato dei luoghi entro novanta giorni dalla notifica dell’ingiunzione a demolire emessa dall’Autorità amministrativa, determina l’automatica acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell’opera e dell’area pertinente. L’effetto acquisitivo si verifica [...] senza che sia necessaria né la notifica all’interessato dell’accertamento dell’inottemperanza né la trascrizione, in quanto il primo atto ha solo funzione certificativa dell’avvenuto trasferimento del diritto di proprietà, costituendo titolo per l’immissione in possesso, mentre la trascrizione serve a rendere opponibile il trasferimento ai terzi a norma dell’art. 2644 c.c. [...]».*

La Corte ha inoltre aggiunto che, in ossequio ad orientamenti consolidati, *«il rilascio di concessione o permesso in sanatoria del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ex art. 36, non presuppone, quale atto implicito, la rinuncia da parte del Comune al diritto di proprietà sull’opera abusiva già acquisita al suo patrimonio a seguito del decorso del termine di 90 giorni dalla notifica dell’ordine di demolizione, non essendovi coincidenza, sul piano della competenza, tra l’organo adottante l’atto presupponente (permesso in sanatoria) - ufficio tecnico comunale - e l’organo competente alla adozione dell’atto presupposto implicito (rinuncia al diritto di proprietà), da individuarsi in distinti e superiori organi comunali [...]» ritenendo, pertanto, che «il permesso di costruire in sanatoria, successivo all’acquisizione al patrimonio immobiliare del comune, sia illegittimo, in quanto emesso a favore di un soggetto che non era più titolare del bene, spettando al comune di stabilire se mantenere o demolire l’opera [...]»¹³.*

Ciò posto, è stato anche chiarito che *«tale illegittimità può e deve essere rilevata dal giudice dell’esecuzione» in quanto «la giurisprudenza della Corte ha difatti ribadito che il sindacato del giudice penale sul titolo abilitativo edilizio non costituisce esercizio del potere di disapplicazione, bensì doverosa*

¹³ <https://www.lavoripubblici.it/news/sanatoria-edilizia-acquisizione-patrimonio-comunale-effetti-ordine-demolizione-32265>

verifica dell'integrazione della fattispecie penale [...] e che tale potere/dovere deve essere esercitato anche riguardo a provvedimenti amministrativi di sanatoria o condono, poiché il mancato effetto estintivo non è riconducibile ad una valutazione di illegittimità del provvedimento cui consegue la disapplicazione dello stesso, ma alla verifica della inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto dell'estinzione del reato in sede di esercizio del doveroso sindacato della legittimità del fatto estintivo, incidente sulla fattispecie tipica penale [...]» e «questa Corte ha anche affermato che analogo potere/dovere deve essere esercitato nel giudizio di esecuzione; con riferimento al quale ha precisato che il rilascio del titolo abilitativo conseguente alla procedura di "condono edilizio" non determina l'automatica revoca dell'ordine di demolizione, permanendo in capo al giudice l'obbligo di accertare la legittimità sostanziale del titolo sotto il profilo della sua conformità alla legge [...]. Infatti, se è ben vero che l'ordine di demolizione legittimamente impartito dal giudice con la sentenza di condanna per un reato edilizio è suscettibile di revoca quando esso risulti assolutamente incompatibile con atti amministrativi della competente autorità, che abbiano conferito all'immobile una diversa destinazione o ne abbiano sanato l'abusività [...], è altrettanto vero che il giudice dell'esecuzione - investito dell'istanza di revoca o sospensione dell'ordine di demolizione conseguente a condanna per costruzione abusiva - ha il potere/dovere di verificare la legittimità e l'efficacia del titolo abilitativo, sotto il profilo del rispetto dei presupposti e dei requisiti di forma e di sostanza richiesti dalla legge per il corretto esercizio del potere di rilascio, la corrispondenza di quanto autorizzato alle opere destinate alla demolizione e, qualora trovino applicazione disposizioni introdotte da leggi regionali, la conformità delle stesse ai principi generali fissati dalla legislazione nazionale [...]».

17. Abusi edilizi ed accertamento di conformità: la P.A. deve verificare la sanabilità dell'opera prima di ingiungere la demolizione?

Il Consiglio di Stato ha di recente confermato il proprio orientamento consolidato a mente del quale la P.A., dopo aver riscontrato un abuso edilizio, non è onerata di verificare la sanabilità dell'opera prima di ingiungere la demolizione: si è affermato, invero, che «la conformità urbanistica delle opere deve essere oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione comunale solo nell'ipotesi in cui il privato abbia presentato un'istanza di accertamento di conformità» (Consiglio di Stato sez. VI, n. 9866/2023)¹⁴.

A tal uopo è stato peraltro richiamato altro precedente di legittimità con cui si era statuito che «in presenza di abusi edilizi, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 e tanto si evince chiaramente dagli artt. 27 e 31, del medesimo d.P.R. n. 380, cit. che obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dallo stesso art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica ivi disciplinato [...]» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5457/2021).

¹⁴ <https://www.lavoripubblici.it/news/abusi-edilizi-accertamento-conformita-nessun-obbligo-verifica-pa-32181>

18. *L'ambito di operatività della fiscalizzazione degli abusi edilizi delineato dalla giurisprudenza amministrativa*

Il D.P.R. n. 380/2001 in ipotesi di interventi edilizi abusivi dispone quale sanzione principale quella demolitoria, sebbene in alcuni casi ed al ricorrere di determinati presupposti si preveda la possibilità di sostituire la sanzione ripristinatoria «*monetizzandola*»: l'istituto della cd. «*fiscalizzazione*» può operare, difatti, in via eccezionale, in presenza di opere non sanabili per mancanza del requisito della cd. «*doppia conformità*».

Parlando di cd. «*fiscalizzazione*» si è soliti riferirsi alla procedura contemplata sia dal secondo comma dell'articolo 33 («*Interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità*»), sia dal secondo comma dell'articolo 34 («*Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire*»), sia - sotto distinto profilo - dal primo comma dell'articolo 37 («*Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità*») del D.P.R. n. 380/2001; un'ulteriore ipotesi - che differisce per presupposti e di cui ci si è già occupati - è rappresentata dalla previsione di cui all'articolo 38 del D.P.R. n. 380/2001 («*Interventi eseguiti in base a permesso annullato*»).

Gli articoli richiamati prevedono dunque che in luogo della sanzione demolitoria o ripristinatoria venga irrogata una sanzione pecuniaria - secondo i criteri e le modalità di cui alle stesse norme - ed è per tale ragione la cd. «*fiscalizzazione*» viene talvolta indicata come cd. «*monetizzazione*» dell'abuso: in proposito si segnalano alcuni precedenti giurisprudenziali che hanno delineato l'ambito di operatività dell'istituto *de quo*, con precipuo riguardo alle ipotesi di cui agli articoli 33 e 34.

Preme soffermarsi, dunque, su una pronuncia recentemente resa dal Consiglio di Stato con cui si è osservato che «*con il termine "fiscalizzazione" dell'abuso, funzionale ad evidenziare sinteticamente e già a livello definitorio la sua sostanziale monetizzazione, si intende un rimedio alternativo eccezionalmente concesso in luogo della demolizione. In particolare, si può accedere alla fiscalizzazione sia in caso di mancanza, totale difformità o variazione essenziale dal titolo riferito ad ristrutturazione edilizia (art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001); sia a fronte di accertata difformità solo parziale dal permesso di costruire (art. 34, comma 2, e 2-bis, che ne ha esteso l'applicabilità anche agli interventi soggetti a s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire di cui all'art. 23, comma 01); sia infine all'esito di un annullamento, giudiziale o in autotutela, del titolo stesso (art. 38). Ma non nell'ipotesi, più grave, di avvenuta realizzazione di una "nuova opera" in assenza di permesso di costruire o in totale difformità o variazione essenziale dallo stesso (art. 31)*»

Sul piano dei presupposti oggettivi si è evidenziato che «*mentre nel caso di variazione essenziale o totale difformità ovvero di illiceità dell'intervento sopravvenuta all'annullamento del titolo si fa riferimento all'impossibilità di esecuzione, il cui accertamento motivato è demandato espressamente, almeno nella prima ipotesi, ai competenti uffici tecnici comunali (art. 33, comma 2); laddove si tratti di parziale difformità la stessa è limitata alla verifica dell'impatto sulla "parte eseguita in conformità", che non deve ricavarne pregiudizio*».

Ad avviso del Collegio «*tale differenza, apparentemente minimale, costituisce un ulteriore tassello a riprova della proporzionalità del quadro delle reazioni dell'ordinamento rispetto al diverso disvalore degli illeciti: ferma restando la priorità sempre e comunque accordata all'opzione ripristinatoria, l'impossibilità di addivenirvi è affidata a più stringenti esigenze complessive di staticità e sicurezza della costruzione nel caso della variazione essenziale o totale difformità, mentre è circoscritta alla sussistenza di esigenze di*

salvaguardia in quanto tale della parte "buona" del manufatto, in caso di difformità parziale dal titolo, prescindendo, solo in tale ultima ipotesi, dalla tipologia di intervento effettuato (che dunque può anche non essere una ristrutturazione)».

Si è rilevato che «con riferimento agli immobili non vincolati ma ricompresi nelle zone omogenee A di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, la norma prevede un'ulteriore "variabile" procedimentale, ovvero la necessità del previo "parere vincolante circa la restituzione in pristino o la irrogazione della sanzione pecuniaria" a cura dell'"amministrazione competente alla tutela dei beni culturali ed ambientali"», sottolineando che «se si eccettua il caso dell'avvenuta caducazione del titolo, è dunque evidente che la fiscalizzazione costituisce un "castigo" alternativo alla demolizione solo laddove l'abuso sia per così dire parte di un tutto, che comunque il legislatore consente eccezionalmente di preservare: ciò avviene tipicamente sia nel caso in cui ci si discosti in maniera minimale dalle indicazioni del permesso di costruire, sia in quelle in cui, benché la divergenza sia corposa, si tratta comunque di un intervento su patrimonio edilizio preesistente».

Certo è – prosegue la pronuncia - «che essa si basa su presupposti del tutto diversi da quelli che portano all'acquisizione del bene al patrimonio indisponibile quale conseguenza dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire: e ciò per l'evidente ragione che la maggior gravità di queste ultime non consentono mai di tollerare il mantenimento in loco di situazioni di illecito permanente ritenute radicalmente in contrasto con esigenze di buon governo del territorio. Laddove ciò avvenga, infatti, deve trattarsi di una scelta funzionale all'interesse pubblico deliberato dall'organo legislativo del Comune, e successiva all'acquisizione della proprietà alla mano pubblica (art. 31, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001)».

Ha rilevato ancora il Collegio come «tale eterogeneità contenutistica trovi piena conferma nelle differenze di declinazione dei relativi procedimenti sanzionatori: gli artt. 33 e 34 del T.u.e. non prevedono affatto la notifica dell'accertamento di inottemperanza per l'evidente ragione che ad essa non consegue la perdita della proprietà. L'iter si ricongiunge in tratti omogenei con riferimento alla demolizione, che nei casi più gravi è successiva all'acquisizione dell'opera, ma grava pur sempre sul Comune, seppure a spese dei responsabili dell'abuso».

Infine, si è finanche precisato con riguardo alle previsioni di cui all'articolo 33 che «in caso di opere eseguite su immobili vincolati (comma 3) non è ammessa alcuna fiscalizzazione, dovendo l'amministrazione competente a vigilare sull'osservanza del vincolo ordinare sempre la restituzione in pristino, indicando criteri e modalità per la relativa effettuazione. Nel caso invece di opere eseguite su immobili, anche non vincolati, ubicati nei centri storici, la individuazione della tipologia di sanzione da applicare, reale o pecuniaria, spetta all'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali ed ambientali, che si esprime mediante un parere vincolante. Tale tipologia di atto, per il suo contenuto, ha valenza sostanzialmente decisoria, il che implica che il Comune deve attenersi a quanto stabilito dalla suddetta amministrazione. Esclusivamente nel caso in cui il parere non venga reso entro il termine previsto, la competenza si trasferisce all'amministrazione comunale». (Consiglio di Stato, sez. II, n. 806/2024).

Preme inoltre dare atto dell'Ordinanza n. 6865 del 2023 con cui il Consiglio di Stato ha rimesso i seguenti quesiti all'esame dell'Adunanza Plenaria:

«- se con l'espressione "data di esecuzione dell'abuso", di cui all'art. 33, comma 2, debba intendersi il momento di completamento dell'abuso ovvero in cui l'abuso è stato accertato dai competenti uffici pubblici ovvero sia stato denunciato dall'interessato a mezzo della richiesta di un condono o ancora quello di irrogazione della sanzione pecuniaria o demolitoria, intendendosi cioè l'espressione come momento di cessazione dell'abuso;

- se, in mancanza dei decreti ministeriali di determinazione del costo di produzione per la realizzazione degli immobili [...] ai fini della determinazione della giusta sanzione pecuniaria ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa procedersi all'attualizzazione, secondo gli indici ISTAT, al momento di irrogazione della sanzione pecuniaria dei valori risultanti dagli ultimi decreti ministeriali (30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998) ovvero se ancora l'attualizzazione possa essere quanto meno limitata al momento della scoperta dell'abuso o della sua denuncia [...]».

Infine, merita di essere ricordato come sia stato di recente ribadito che «la valutazione della sussistenza delle condizioni per la c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio non costituisce condizione di legittimità dell'ordinanza di demolizione» posto che «l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria va decisa in fase esecutiva dell'ordine di demolizione, nella quale gli interessati ben possono dedurre lo stato di pericolo per la stabilità dell'edificio, e sulla base di un motivato accertamento tecnico. In ogni caso, non spetta all'amministrazione, bensì al destinatario dell'ordine di demolizione che invochi l'applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva, dare piena prova della sussistenza dei presupposti fissati dall'art. 34, d.P.R. n. 380 del 2001 per accedere al beneficio in questione. In particolare, spetta all'istante dimostrare il pregiudizio sulla struttura e sulla fruibilità arrecato alla parte non abusiva dell'immobile dalla demolizione della parte abusiva e che tale pregiudizio sia evitabile esclusivamente con la fiscalizzazione dell'abuso [...]» (T.A.R. Catanzaro (Calabria), sez. II, n. 1216/2023).

19. Gli abusi sanabili in area con vincolo paesaggistico

Per quanto ivi di interesse, in relazione ai profili concernenti la tutela paesaggistica occorre rammentare brevemente che la normativa di riferimento si rinviene nel D.lgs. n. 42/2004 (cd. «Codice dei beni culturali e del paesaggio»), il quale all'articolo 146 («Autorizzazione») sancisce al primo comma che «i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione», avendo «l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione» come disposto dal secondo comma.

Il comma quarto stabilisce poi che «l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio»: ne deriva – come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa – che gli interventi eseguiti in ambito soggetto a vincolo paesaggistico necessitano di due distinti e autonomi titoli, il titolo edilizio e l'autorizzazione paesaggistica, con la conseguenza che l'opera va sanzionata anche se risulti priva di uno solo di essi (T.A.R. Brescia (Lombardia), sez. I, n. 679/2020).

Il comma in esame risulta notevolmente significativo, inoltre, poiché pone il generale divieto di cd. «sanatoria postuma», prevedendo che «fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi».

Preme precisare che l'articolo 149 individua alcuni «Interventi non soggetti ad autorizzazione», mentre il D.P.R. n. 31/2017, entrato in vigore il 6 aprile 2017, all'articolo 2 («Interventi ed opere non soggetti ad autorizzazione paesaggistica») stabilisce che «non sono soggetti ad autorizzazione paesaggistica gli interventi e le opere di cui all'Allegato «A» nonché quelli di cui all'articolo 4» ed all'articolo 3 prevede

che siano soggette al procedimento autorizzatorio semplificato le opere di lieve entità elencate nell'Allegato «B».

Gli articoli 167 e 181 del D.lgs. n. 42/2004 recano - rispettivamente - le sanzioni amministrative e penali relative alle violazioni della disciplina della Parte Terza del Codice in tema di «Beni paesaggistici».

Orbene, con riguardo agli abusi sanabili in area sottoposta ad un vincolo paesaggistico la giurisprudenza ha chiarito che *«la sanatoria di cui all'art. 36, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, si fonda sul rilascio di un provvedimento abilitativo sanante da parte della competente Amministrazione, sempre possibile previo accertamento di conformità o di non contrasto delle opere abusive non assentite agli strumenti urbanistici vigenti nel momento della realizzazione e in quello della richiesta, previo accertamento di compatibilità paesaggistica nelle ipotesi in cui l'area sia assoggettata a vincolo paesaggistico e che è tassativamente limitato alle sole fattispecie contemplate dall'art. 167 comma 4, d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, come da ultimo sostituito per effetto dell'art. 27, d.lg. 24 marzo 2006, n. 157 [...]»* (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1874/2019).

In tema di reati urbanistici si è ricordato che *«la sanatoria degli abusi edilizi idonea ad estinguere il reato di cui all'art. 44 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, a precludere l'irrogazione dell'ordine di demolizione dell'opera abusiva previsto dall'art. 31, comma 9, del medesimo D.P.R. n. e a determinare, se eventualmente emanata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, la revoca di detto ordine, può essere solo quella rispondente alle condizioni espressamente indicate dall'art. 36 del decreto stesso citato, che richiede la doppia conformità delle opere alla disciplina urbanistica vigente, sia al momento della realizzazione del manufatto, sia al momento della presentazione della domanda di permesso in sanatoria, dovendo escludersi la possibilità che tali effetti possano essere attribuiti alla cd. "sanatoria giurisprudenziale" o "impropria", che consiste nel riconoscimento della legittimità di opere originariamente abusive che, solo dopo la loro realizzazione, siano divenute conformi alle norme edilizie ovvero agli strumenti di pianificazione urbanistica. [...]*

Inoltre, il titolo abilitativo rilasciato a seguito di accertamento di conformità (art. 36 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) estingue esclusivamente i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti; non estingue i reati paesaggistici previsti dal D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che sono soggetti ad una disciplina difforme e differenziata, legittimamente e costituzionalmente distinta, avente oggettività giuridica diversa, rispetto a quella che riguarda l'assetto del territorio sotto il profilo edilizio [...].

Va poi ricordato che, secondo la giurisprudenza [...] il rilascio postumo dell'autorizzazione paesaggistica al di fuori dei limiti in cui essa è consentita ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, non consente la sanatoria urbanistica ex art. 36 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e non produce alcun effetto estintivo dei reati edilizi né preclude l'emissione dell'ordine di rimessione in pristino dell'immobile abusivo edificato in zona vincolata.

Poiché l'autorizzazione paesaggistica, secondo l'art. 146, comma 4, del D.Lgs. n. 42 del 2004, costituisce un atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio, lo stesso permesso di costruire resta subordinato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica la quale, però, sempre secondo la norma richiamata, non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi, tranne nei casi dei cd. abusi minori, tassativamente individuati dall'art. 167, commi 4 e 5, D.Lgs. n. 42 del 2004.

Tale preclusione, considerato che l'autorizzazione paesaggistica è presupposto per il rilascio del permesso di costruire, impedisce di conseguenza anche la sanatoria urbanistica ai sensi dell'art. 36 D.P.R. n. 380 del 2001» (Cassazione penale, sez. III, n. 3258/2023).

20. *Compatibilità paesaggistica postuma: le ipotesi in cui è consentita*

L'articolo 167 del D.lgs. n. 42/2004 («*Ordine di remissione in pristino o di versamento di indennità pecuniaria*») al primo comma prevede che «*in caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della Parte terza, il trasgressore è sempre tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese, fatto salvo quanto previsto al comma 4*»: il richiamato comma quarto reca pertanto le ipotesi tassative in cui è possibile ottenere una cd. «*autorizzazione postuma*», stabilendo che «*l'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi*»:

- a) *per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati;*
- b) *per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica;*
- c) *per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380*».

Le medesime ipotesi sono inoltre menzionate dall'articolo 181 («*Opere eseguite in assenza di autorizzazione o in difformità da essa*») del D.lgs. n. 42/2004 al comma 1-ter, laddove si prevede che in tali casi, qualora l'autorità amministrativa competente accerti la compatibilità paesaggistica secondo le procedure di cui al comma 1-quater e ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 167, non si applica la disposizione di cui al comma 1, a mente della quale «*chiunque, senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, esegue lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici è punito con le pene previste dall'articolo 44, lettera c), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*».

L'articolo 17 del D.P.R. n. 31/2017 – operando un «*Rinvio all'articolo 167 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*» - al primo comma prevede che «*nel caso di violazione degli obblighi previsti dal presente decreto, fermo restando quanto previsto dall'articolo 181 del Codice, si applica l'articolo 167 del Codice. In tali casi l'autorità preposta alla gestione del vincolo e il Soprintendente, nell'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 167, comma 4, del Codice, dispongono la rimessione in pristino solo quando non sia in alcun modo possibile dettare prescrizioni che consentano la compatibilità paesaggistica dell'intervento e delle opere*», mentre al secondo comma stabilisce che «*non può disporsi la rimessione in pristino nel caso di interventi e opere ricompresi nell'ambito di applicazione dell'articolo 2 del presente decreto e realizzati anteriormente alla data di entrata in vigore del presente regolamento non soggette ad altro titolo abilitativo all'infuori dell'autorizzazione paesaggistica*».

Tanto brevemente ricordato, merita di essere menzionata la sentenza con cui il Consiglio di Stato ha riconosciuto la cd. «*compatibilità paesaggistica speciale*»: dopo aver richiamato l'attenzione «*sul fatto che l'allegato "B" al D.P.R. n. 31/2017 contempla, tra le opere soggette a procedura semplificata di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, svariati interventi che, secondo la lettera dell'art. 167, comma 4, lett. a), sono esclusi dalla possibilità di accedere alla compatibilità paesaggistica*», si è sancito che «*per gli interventi rientranti nell'allegato B [...] la violazione di alcuna delle norme del Regolamento, in particolare la violazione della prescrizione che impone la preventiva acquisizione della autorizzazione paesaggistica in forma semplificata, rimane regolata dall'art. 17 del D.P.R. n. 31/2017, che rinvia all'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004, in tal modo ammettendo la possibilità di acquisire l'autorizzazione paesaggistica postuma (ovvero la compatibilità paesaggistica), anche se l'intervento si sia compendiato nella creazione di superfici utili o di nuova volumetria. Qui si apprezza un contrasto tra tale norma e l'art. 167, comma 4 [...] – che*

invece esclude dalla compatibilità paesaggistica qualsiasi intervento che si sia tradotto in un aumento di superficie o di volumetria utile – che può e deve essere risolto sulla base del principio di specialità».

È stato così statuito che «[...] l'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004, norma generale, deve quindi essere applicato in modo coordinato con le disposizioni speciali del D.P.R. n. 31/2017; pertanto non si può escludere a priori che interventi che si siano tradotti nell'aumento di volumi o di superficie utili siano soggetti all'applicazione dell'art. 17, comma 1, del D.P.R. n. 31/2017».

Con la pronuncia de qua si è peraltro precisato che «la valutazione di compatibilità paesaggistica compiuta ai fini dell'art. 17, comma 1, del D.P.R. n. 31/2017 coincide solo parzialmente con la valutazione di compatibilità paesaggistica “ordinaria”, disciplinata in via esclusiva dall'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004: ciò per la ragione [...] che l'art. 17 cit. esprime chiaramente l'intento di evitare la demolizione delle opere soggette al D.P.R. n. 31/2017, ove risulti possibile rendere le opere compatibili con il vincolo paesaggistico, mediante l'adozione di apposite misure», ritenendo di poter affermare «[...] che la valutazione richiesta dall'art. 17, comma 1, cit. comporta una verifica ulteriore rispetto a quella “ordinaria”, imponendo all'amministrazione la ricerca e l'individuazione di misure - ovviamente diverse dalla rimozione - idonee a rendere l'intervento compatibile con il vincolo, nell'ambito di uno sforzo finalizzato al mantenimento di un'opera che, per definizione, deve qualificarsi “di lieve entità”. L'art. 17, comma 1, del D.P.R. n. 31/2017, insomma, anche sul punto in esame deroga alla disciplina generale di cui all'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004, imponendo all'amministrazione competente di valutare la compatibilità paesaggistica in una prospettiva differente, cioè quella del tendenziale mantenimento dell'opera realizzata in assenza della autorizzazione paesaggistica semplificata» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4801/2023)¹⁵.

¹⁵ <https://www.brunobianchiepartners.it/2023/07/10/nota-professionale-consiglio-di-stato-sez-vi-sentenza-n-4801-del-2023-compatibilita-paesaggistica-speciale-profilo-di-ius-superveniens/>

