



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia Amministrativa

RELAZIONE ILLUSTRATIVA SULLE QUESTIONI DEFERITE DAL PRESIDENTE DELLA SEZIONE VI
DEL CONSIGLIO DI STATO, CON NOTA DEL 17 MAGGIO 2022

Sommario: **1.** L'oggetto del quesito e la metodologia del lavoro; **2.1.** Le sanzioni sostanzialmente penali alla luce dei criteri Engel e della giurisprudenza sovranazionale; **2.2.** Le sanzioni in ambito edilizio e paesaggistico: le ordinanze di demolizione e di rimessione in pristino; **2.3.** Acquisizione coattiva del bene abusivo al patrimonio del Comune; **2.4.** L'ordinanza di demolizione come sanzione amministrativa a carattere ripristinatorio; **2.5.** L'ordinanza di acquisizione del bene al patrimonio del Comune ed il limitrofo istituto della confisca urbanistica; **2.6.** L'ordinanza di acquisizione del bene al patrimonio del Comune: necessità della sussistenza dell'elemento psicologico del proprietario; **2.7** Sanzioni edilizie e paesaggistiche, *ne bis in idem* e proporzionalità; **3.1.** Sulla natura giuridica del parere reso dalla Soprintendenza nell'ambito dei procedimenti di autorizzazione paesaggistica ex art. 146 D.lgs. n. 42/2004 e di accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 167 D.lgs. n. 42/2004; **3.2.** Sulla controversa applicabilità del silenzio assenso di cui all'art.17-*bis* della legge n. 241/1990 ai procedimenti per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica; **4.** Sulla sorte dell'ordine di demolizione in pendenza della domanda di condono e di sanatoria.

1. L'oggetto del quesito e la metodologia del lavoro.

La presente relazione, predisposta dall'Ufficio Studi, ha per oggetto le questioni deferite dal Presidente della Sezione VI del Consiglio di Stato, con nota del 17 maggio 2022, dove viene esposto che "ai sensi dell'art. 14 del Regolamento di organizzazione degli Uffici amministrativi della giustizia amministrativa, si rende utile un approfondimento dottrinario e giurisprudenziale dell'Ufficio Studi su talune questioni di diritto, afferenti alla materia dell'edilizia e del paesaggio, suscettibili di porsi con frequenza all'attenzione della Sezione, anche in relazione ai giudizi rientranti nel piano di smaltimento dell'arretrato rilevante ai fini del conseguimento degli obiettivi del P.N.R.R.".

Per l'adempimento del compito, il Coordinatore dell'Ufficio Studi ha predisposto, su indicazione del Direttore, un gruppo di lavoro composto dal Vice-Coordinatore ed altri tre Componenti dell'Ufficio stesso, i quali hanno proceduto all'elaborazione del testo finale, prima ripartendo al proprio interno le singole questioni e, successivamente, mediante confronto collegiale sui vari punti in discussione.

Molto sinteticamente, l'oggetto dei quesiti riguarda:

1. la natura giuridica delle sanzioni in ambito edilizio e paesaggistico.

2. la natura giuridica del parere reso dalla Soprintendenza nell'ambito dei procedimenti di autorizzazione paesaggistica ex art. 146 D.lgs. n. 42/2004 e di accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 167 D.lgs. n. 42/2004;

3. la sorte dell'ordine di demolizione in pendenza della domanda di condono e di sanatoria.

2.1. Le sanzioni sostanzialmente penali alla luce dei criteri Engel e della giurisprudenza sovranazionale.

Il Presidente della Sezione VI del Consiglio di Stato chiede un approfondimento dottrinale e giurisprudenziale in relazione alla natura giuridica delle sanzioni in ambito edilizio e paesaggistico, specie per scongiurare eventuali profili di incompatibilità delle stesse con i principi affermati nella CEDU.

Va premesso che la giurisprudenza della Corte Edu, a partire dalla nota sentenza dell'8 giugno 1976, Engel contro Paesi Bassi, ha delineato i seguenti criteri al fine di individuare una sanzione come sostanzialmente penale:

a) la qualificazione giuridica interna, secondo la quale “occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale, disciplinare o entrambi assieme”;

b) la natura dell'illecito e la funzione del conseguente provvedimento previsto, che deve essere applicabile in modo generale e avere scopo preventivo e repressivo;

c) la gravità della sanzione che deve essere particolarmente afflittiva.

In tale sentenza, che giudicava un procedimento disciplinare nei confronti di un militare, la Corte evidenziava che “in una società conformata al principio di legalità, appartengono alla sfera del diritto penale tutte le privazioni della libertà che siano applicate quali sanzioni, con l'eccezione di quelle che per natura, durata o modalità di esecuzione non siano significativamente afflittive [...]”. La giurisprudenza successiva della Corte Edu ha applicato tali principi con carattere di generalità e non limitato, quindi, al solo ambito militare, come si desume dalla giurisprudenza della stessa Corte a partire dalla sentenza Öztürk contro Germania del 21 febbraio 1984.

Tali principi sono poi stati confermati successivamente fino ad oggi, come è dimostrato dalla nota sentenza della Corte Edu, sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Grande Stevens contro Italia, che ha precisato come gli *Engel criteria* siano alternativi e non cumulativi: affinché “si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6 della Cedu, § 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale»”.

Tali criteri, quindi, sono alternativi e non cumulativi: basta il ricorrere di uno di questi per la configurabilità di una sanzione sostanzialmente penale con il connesso ordito di garanzie previste dalla Cedu per le norme penali.

La qualificazione formale che una data sanzione presenta nell'ordinamento nazionale non è, peraltro, completamente priva di rilievo. Tuttavia, essa è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia, nell'ambito di quella che è stata definita (fin dalla sentenza Engel) una autonomia a senso unico (*one-way autonomy*), solo per affermare ed estendere l'applicabilità degli artt. 6 e 7 CEDU. In altri termini, se una sanzione è penale nell'ordinamento nazionale, non sarà necessario accertare che siano integrati i requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo. Invece, la classificazione formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è in alcun modo dirimente per negare

l'applicabilità delle garanzie convenzionali. Basta che la misura sia penale per natura ovvero dotata di una significativa severità¹.

Sotto quest'ultimo profilo (gravità della sanzione), criterio particolarmente rilevante per le sanzioni in ambito edilizio e paesaggistico, la giurisprudenza della Corte Edu ha confermato in successive sentenze che la sanzione, per essere qualificata come sostanzialmente penale, non deve necessariamente essere privativa della libertà personale².

In questo dibattito si è innestato il tema della compatibilità (*id est*, cumulabilità) delle sanzioni qualificate come amministrative dall'ordinamento nazionale, ma sostanzialmente penali, con quelle formalmente e sostanzialmente penali, alla luce del principio del *ne bis in idem* che assume una duplice valenza, sostanziale e penale³.

Nella sua versione sostanziale, il principio è ispirato dall'esigenza di garantire la proporzionalità/equità del trattamento punitivo in relazione allo stesso fatto, e quindi evitare la duplicazione/moltiplicazione della sanzione per il medesimo fatto illecito addebitato allo stesso soggetto; nella concezione processuale, il principio è incentrato sulla necessità di evitare la duplicazione dei giudizi.

Nella sua accezione processuale il principio in argomento comporta il divieto di giudicare più volte la stessa persona in relazione al medesimo fatto illecito; nella dimensione sostanziale, invece, implica il divieto di punire più volte la stessa persona in relazione al medesimo fatto illecito.

Il principio, nella sua duplice accezione, è affermato sia nell'art. 50 della Carta di Nizza, sia nell'art. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione Europea, con norme, sostanzialmente sovrapponibili, che perentoriamente affermano il seguente principio che nessuno può essere perseguito (cioè processato più volte per lo stesso fatto "processuale") o condannato (cioè punito più volte per lo stesso fatto "sostanziale") per un reato per il quale è già stato assolto o condannato conformemente alla legge.

Inizialmente, la Corte europea propendeva per una visione processuale del principio, con un riferimento all' "idem legale": si ravvisava la violazione del divieto nei casi di instaurazione di plurimi procedimenti per lo stesso reato, e non per lo stesso fatto, nei confronti della medesima persona.

La svolta si è avuta nel 2009, con la sentenza Zolotukhin c. Russia, nella quale la Corte Edu ha definitivamente abbandonato il criterio dell'*idem legale* a favore dell'*idem factum*, per altro mutuandolo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sul principio del *ne bis in idem* transnazionale previsto dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen.

Per tale nuovo orientamento, il fatto va inteso in una accezione storico-naturalistica, e deve esserci corrispondenza empirica: la diversità sul piano della qualificazione giuridica non conta.

Per verificare la medesimezza del fatto, bisogna guardare alla condotta, all'evento e al nesso causale, ma ciò non basta. Occorre anche che siano riferibili allo stesso soggetto e che vi sia il medesimo contesto spazio temporale.

¹ A. Pisaneschi, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osserv. costituz.*, 2021, 4.

² CEDU, 15 novembre 2016, A e B contro Norvegia e 18 maggio 2017, Johannesson contro Islanda.

³ G. Prosperetti, *La problematica applicazione del ne bis in idem nell'ordinamento italiano*, in *Sito Corte costituzionale*.

La Corte Edu, nella nota sentenza A &B c. Norvegia, infatti, ridisegna il perimetro del principio, utilizzando come criterio quello della stretta connessione sostanziale e temporale tra i diversi procedimenti. È ammissibile l'instaurazione di più procedimenti nei confronti dello stesso soggetto per il medesimo fatto se tra tali procedimenti c'è una stretta connessione sostanziale e temporale; occorre, cioè, un collegamento tra le iniziative assunte sul fronte penale e sul fronte (che per il diritto interno è) amministrativo e occorre la necessaria proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente inflitto al soggetto autore del fatto illecito.

All'esito di tale percorso evolutivo, le condizioni poste dalla Corte EDU per ritenere non sussistente una violazione della garanzia del *ne bis in idem* sono, quindi, le seguenti:

a) la prevedibilità *ex ante* dei plurimi procedimenti, l'uno penale e l'altro (formalmente) amministrativo che conduce all'irrogazione, come detto, di una sanzione sostanzialmente penale, garantita da regole normative chiare e precise;

b) la funzione complementare delle sanzioni irrogate, nel procedimento penale e in quello amministrativo, che, però, devono essere connesse ad aspetti diversi della condotta illecita, in quanto l'una non deve essere la mera duplicazione dell'altra;

c) una connessione temporale tra i procedimenti, che debbono avere per lunghi tratti uno svolgimento parallelo;

d) la raccolta e la valutazione della prova nei due procedimenti in maniera coordinata e, quindi, in maniera sostanzialmente unitaria;

e) la proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo; proporzionalità che si assicura determinando l'una sanzione in ragione dell'altra che è stata già comminata, considerando, quindi, la sanzione già irrogata nel momento in cui si quantifica la sanzione da irrogare.

Il requisito della connessione spazio-temporale, sposata dalla recente giurisprudenza Edu, ha di fatto comportato un allargamento della garanzia del *ne bis in idem*: non è, infatti, frequente che i due procedimenti, penale e amministrativo, si svolgano in uno stesso spazio temporale.

Per sopperire a tale criticità, la Corte di giustizia U.E.⁴, si discosta parzialmente dalla Corte Edu, e sposa un orientamento volto a comprimere la portata applicativa della garanzia del *ne bis in idem*, valorizzando molto di più la dimensione sostanziale del principio rispetto al suo versante processuale.

La Corte di giustizia, nelle sentenze del marzo del 2018, scolora il requisito della connessione spaziale temporale richiedendo che la durata del procedimento amministrativo sia contenuta nei limiti della stretta necessità: occorre un mero coordinamento tra i due procedimenti che devono avere una durata strettamente necessaria all'accertamento, poi funzionale all'applicazione delle sanzioni.

Emergono, dunque, sfasature applicative in relazione al principio del *ne bis in idem*: la Corte Edu richiede una stretta connessione spazio-temporale tra i procedimenti, mentre la Corte di giustizia U.E. si limita a richiedere un coordinamento tra procedimenti, attribuendo maggiore rilievo al principio di proporzionalità.

La complessità dei criteri individuati dalle Corti sovranazionali per individuare una sanzione come sostanzialmente penale e per perimetrare il principio del *ne bis in idem* si ripercuote anche sulle sanzioni edilizie e paesaggistiche.

⁴ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci; C-537/16 Garlsson Real Estate e a.; C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca.

2.2. Le sanzioni in ambito edilizio e paesaggistico: le ordinanze di demolizione e di rimessione in pristino.

Le sanzioni in ambito edilizio e paesaggistico sono di vario tipo e di diverso grado di afflittività e possono concorrere con le sanzioni penali: il rischio, dunque, che la complessiva risposta sanzionatoria (penale e amministrativa) sia particolarmente afflittiva per il destinatario è concreto.

Centrale, nell'ottica del testo unico dell'edilizia e del codice dei beni culturali e del paesaggio, è la rimessione in pristino della situazione illegittimamente alterata che avviene attraverso l'ordinanza di demolizione dell'abuso, prevista dagli artt. 31 del t.u. edilizia e 167 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, nel caso sia accertata l'esecuzione di interventi in assenza di titoli abilitativi o in violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal titolo I del Codice. In ambito edilizio l'ordinanza è emessa nei confronti del proprietario e del responsabile dell'abuso, mentre il D.lgs. n. 42 del 2004 prevede che l'ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi è emessa nei confronti del trasgressore.

La giurisprudenza amministrativa consolidata ritiene che l'ordinanza di demolizione (ma anche quella prevista dal codice dei beni culturali e del paesaggio) sia un provvedimento vincolato che deve essere adottato a seguito della sola verifica dell'abusività dell'intervento e non necessita di una particolare motivazione circa l'interesse pubblico sotteso a tale determinazione. Inoltre, il provvedimento di demolizione non deve essere motivato in ordine a un ipotetico interesse del privato alla permanenza in loco dell'*opus*⁵. In particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 9 del 2017, ha escluso che l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (pur se tardivamente adottata) debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata, non ponendosi, nel caso di specie, nemmeno un problema di affidamento, che presuppone una posizione favorevole all'intervento riconosciuta da un atto in tesi illegittimo poi successivamente oggetto di un provvedimento di autotutela.

Il tempo trascorso fra il momento della realizzazione dell'abuso e l'adozione dell'ordine di demolizione non determina l'insorgenza di uno stato di legittimo affidamento e non innesta in capo all'amministrazione uno specifico onere di motivazione, in quanto il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento. Né è pertinente il richiamo all'interesse pubblico *in re ipsa*, in quanto il carattere sanzionatorio e doveroso del provvedimento esclude la pertinenza del richiamo alla motivazione dell'interesse pubblico. Inoltre, la selezione e ponderazione dei sottesi interessi risulta compiuta 'a monte' dallo stesso legislatore, in tal modo esentando l'amministrazione dall'onere di svolgere – in modo esplicito o implicito – una siffatta ponderazione di interessi in sede di adozione dei propri provvedimenti.

Né il discorso muta qualora l'abuso non sia stato commesso dall'attuale proprietario, perché l'ordinanza di demolizione è una misura a carattere reale finalizzata al ripristino di valori di primario rilievo che devono essere perseguiti anche qualora il destinatario dell'ordinanza di demolizione, ancorché proprietario del bene, non sia l'effettivo responsabile. Ed infatti, precisa l'Adunanza plenaria, il carattere reale dell'abuso e la stretta doverosità delle sue conseguenze non consentono di valorizzare ai fini motivazionali la richiamata alterità soggettiva (la quale può – al contrario – rilevare a fini diversi da quelli della misura ripristinatoria, come nelle ipotesi del riparto delle responsabilità fra il responsabile dell'abuso e il suo avente causa), né rileva, per le ragioni già esposte, un eventuale affidamento serbato dal proprietario non responsabile dell'abuso.

2.3. L'acquisizione coattiva del bene abusivo al patrimonio del Comune.

⁵ In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2017, n. 1267.

Maggiormente problematico è l'istituto dell'acquisizione coattiva del bene abusivo al patrimonio disponibile del Comune, prevista, ad esempio, in caso di lottizzazione abusiva dall'art. 30, comma 8, o in caso di mancata ottemperanza all'ordinanza di demolizione⁶, dall'art. 31, comma 3 del testo unico dell'edilizia.

Come detto, il testo unico dell'edilizia, nell'articolare la risposta sanzionatoria agli abusi edilizi, prevede una concorrenza tra più sanzioni "amministrative" e sanzioni penali, come dimostra l'art. 44, comma 1, che prevede l'applicazione delle sanzioni penali, "ferme le sanzioni amministrative".

Il comma 2 dispone che la sentenza definitiva del giudice penale che accerta la lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite.

In questo quadro complessivo si pone anche la tutela civile, prevista dall'art. 46 D.P.R. n. 380 del 2001, che prevede la nullità degli atti giuridici tra vivi aventi ad oggetto immobili abusivi⁷.

Il complessivo sistema sanzionatorio è, dunque, particolarmente afflittivo per il proprietario del bene, al quale può essere ordinata la demolizione dell'opera abusiva, con conseguente eventuale acquisizione coattiva del bene da parte dell'amministrazione, oltre alle sanzioni penali.

La giurisprudenza amministrativa consolidata ritiene che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale prevista dall'art. 31, D.P.R. n. 380/2001 operi di diritto e automaticamente allo scadere del termine stabilito nell'ordinanza di demolizione, con la conseguenza che il formale accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione ha solo valenza di titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, cosicché la sua notifica all'interessato ha un'esclusiva funzione certificativa dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà. Peraltro, detto effetto acquisitivo di diritto è automatico per le opere abusive e la loro area di sedime, mentre richiede una specificazione, sulla base di adeguata motivazione, per quanto riguarda le aree ulteriori. Mentre per l'area di sedime l'automatismo dell'effetto acquisitivo rende superflua ogni motivazione sul punto, l'individuazione di un'area ulteriore da acquisire (oltre a dover essere precisata con apposite indicazioni relative all'estensione) deve essere giustificata dall'esplicitazione delle opere necessarie ai fini urbanistico - edilizi che siano destinate ad occupare l'intera zona di terreno che il Comune intende apprendere.

Come ha chiarito il Consiglio di Stato, l'istituto si connota per la duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti e di prevenire perduranti effetti dannosi di essi e dunque dà luogo ad acquisto a titolo originario da parte dell'ente competente ad esercitare detto potere. La fattispecie è assimilabile al perimento del bene, giacché l'immobile abusivo è destinato così al "perimento giuridico", normalmente conseguente alla demolizione, salva la eccezionale acquisizione al patrimonio comunale, che lo trasforma irreversibilmente in *res extra commercium* sotto il profilo dei diritti del debitore e dei terzi che vantano diritti reali limitati sul bene. Di conseguenza, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive è un atto dovuto senza alcun contenuto

⁶ L'art. 31, comma 3, dispone che: "Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita".

⁷ La norma dispone che: "Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù".

discrezionale ed è subordinato esclusivamente all'accertamento dell'inottemperanza e al decorso del termine di legge (novanta giorni) fissato per la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi⁸.

2.4. L'ordinanza di demolizione come sanzione amministrativa a carattere ripristinatorio.

Le coordinate ermeneutiche tracciate consentono di escludere la natura sostanzialmente penale dell'ordinanza di demolizione che sembra confinata nell'alveo delle sanzioni amministrative a carattere ripristinatorio e non sembra travalicare i confini delle stesse, in quanto integra un ordine con cui sostanzialmente si ripristina lo *status quo ante* l'illecito che ha avuto l'effetto proprio di modificare lo stato dei luoghi in modo illegittimo.

Anche la giurisprudenza consolidata delle sezioni unite penali della Corte di Cassazione è assestata su questa impostazione: "la demolizione configura una sanzione amministrativa specifica, che ha una funzione direttamente ripristinatoria del bene urbanistico offeso⁹.

La circostanza che l'ordine possa essere rivolto al proprietario non responsabile dell'illecito non pare modificare tale impostazione, in considerazione degli interessi pubblici preminenti tutelati, che non sono solo quelli al rispetto del territorio, ma anche quello di evitare facili aggiramenti delle norme edilizie. Del resto, l'abuso edilizio è facilmente riscontrabile ed accertabile, e nessun affidamento si può porre nei suoi confronti, come visto al paragrafo 2.2.

In questo senso è, peraltro, la giurisprudenza amministrativa consolidata, che ha ritenuto inapplicabile la l. 689/1981 alle sanzioni in materia di repressione degli abusi edilizi e paesaggistici che possono essere disposte in qualsiasi momento, trattandosi di misure a carattere reale (piuttosto che di vere e proprie sanzioni) che colpiscono illeciti permanenti, cessando questi ultimi o con la misura ripristinatoria o con quella pecuniaria alternativa, ossia misure oggettive in rapporto alle quali non può neppure essere invocato utilmente il principio d'estraneità dei proprietari all'effettuazione dell'abuso e, al più, tal eventuale estraneità assume rilievo sotto altri profili. Inoltre, "il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino o pecuniaria sostitutiva è non già l'accertamento di responsabilità nella commissione dell'illecito, ma l'esistenza d'una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia, per cui è inciso anche il proprietario non responsabile e colui che v'è succeduto a qualunque titolo (cfr. Cons. St., VI, 11 dicembre 2018 n. 6983), per cui, anche se è vera in linea di massima la non trasmissibilità della sanzione personale agli eredi del sanzionato, ciò non vale per le sanzioni reali (cfr. Cass. pen., III, 12 settembre 2019 n. 43125; id., 1° ottobre 2019 n. 45848; nonché Cons. St., IV, 19 novembre 2018 n. 6494; id., II, 12 settembre 2019 n. 6147; id., 5 novembre 2019 n. 7535)"¹⁰.

2.5. L'acquisizione del bene al patrimonio del Comune ed il limitrofo istituto della confisca urbanistica.

Diverso discorso deve essere fatto per l'ordinanza di acquisizione al patrimonio dello Stato che assume carattere esclusivamente sanzionatorio, preventivo e dissuasivo dell'abuso realizzato, come illustrato al paragrafo 2.3. La sanzione, infatti, scatta a valle di un abuso edilizio e in caso di mancato adeguamento all'ordine di ripristino dell'amministrazione che acquista il bene gratuitamente.

⁸ Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2020, n. 3686.

⁹ Per tutte, Cass. pen., sez. un., 24 luglio 1996, n. 15, Monterisi; Cass. pen., sez. un., 3 febbraio 1997, n. 714, Luongo.

¹⁰ Cons. Stato 21 dicembre 2020, n. 8171.

Tale meccanismo, non molto dissimile da una confisca che viene disposta in seguito alla realizzazione di abusi edilizi costituenti reato (c.d. confisca urbanistica), potrebbe integrare una sanzione sostanzialmente penale secondo i criteri Engel, in quanto realizza una perdita particolarmente grave (il diritto di proprietà è tutelato espressamente dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo¹¹) e che potrebbe anche risultare eccessivamente sproporzionata, specie in considerazione del complesso di sistema di sanzioni (penali e amministrative) che concorrono con l'acquisizione del bene al patrimonio disponibile dello Stato.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata più volte sul limitrofo istituto della confisca urbanistica, previsto dall'art. 44, comma 2, del testo unico dell'edilizia¹², affermandone la natura di sanzione sostanzialmente penale.

Fin dalle sentenze Sud Fondi s.r.l.¹³ la Corte Edu ha, infatti, ritenuto che la confisca sia una "pena" e che si renda, quindi, applicabile l'art. 7 della Convenzione. La Corte ha, in particolare, ritenuto che le modalità applicative della confisca fossero, nelle vicende allora al suo esame, in contrasto sia con l'art. 7 CEDU, perché la natura punitiva della stessa richiede che venga accertato dal giudice un grado di partecipazione almeno colposo per l'autore materiale del reato, sia con l'art. 1 Prot. addizionale CEDU, perché la portata generalizzata della confisca è stata considerata sproporzionata rispetto allo scopo da essa perseguito, connesso al ripristino della conformità dell'area alle prescrizioni urbanistiche, in quanto sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione¹⁴. Anche con la sentenza Varvara¹⁵ la Corte Edu ha ribadito che la confisca è una pena, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 49 del 2015, ha, invece, escluso la natura penale della confisca, pur ritenendo che la stessa possa essere irrogata solo se sia stata accertata la responsabilità del trasgressore «[s]ia che la misura colpisca l'imputato, sia che essa raggiunga il terzo acquirente di mala fede estraneo al reato, si rende perciò necessario che il giudice penale accerti la responsabilità delle persone che la subiscono, attenendosi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell'effettivo apprezzamento compiuto». La Corte ha, inoltre, specificato che la confisca può essere irrogata anche in caso di assoluzione per prescrizione del reato, purché sia accertata la responsabilità dell'imputato.

Su questa scia, l'art. 578 bis c.p.p. (Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione) ha previsto che quando è stata ordinata la confisca (in casi particolari) il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato.

La nuova disposizione, secondo quanto emerge dai lavori preparatori, è finalizzata a sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati, anche in caso di estinzione del reato e si presenta in continuità

¹¹ R. Nunun, *Osservazioni sulla tutela del diritto di proprietà nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991; L. Condorelli, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1970; M. L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; F. Buonomo, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.

¹² L'art. 44, comma 2, prevede che: "La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari".

¹³ CEDU, sez. II, 30 agosto 2007; *id.*, 20 gennaio 2009; *id.*, 10 maggio 2012.

¹⁴ CEDU 20 gennaio 2009, § 140.

¹⁵ CEDU, sez. II, 24 marzo 2014.

con l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, costituzionale e della Corte EDU, sulla “possibilità di disporre la confisca, anche di carattere sanzionatorio, allorché la declaratoria di prescrizione (...) si accompagni ad un compiuto accertamento del fatto-reato e della responsabilità (...)” (Corte Cost., sent. n. 49 del 2015).

Ne consegue, dunque, che allo stato per tutte le confische, dirette e di valore, è necessario sempre l'accertamento dell'elemento psicologico del proprietario, anche in caso di sentenza di assoluzione per prescrizione.

Quanto, poi, alla verifica della proporzionalità della confisca, si è ritenuto – innovando rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale – che il giudice possa limitare l'intervento ablativo alle sole aree e agli eventuali manufatti direttamente interessati dall'illegittima attività lottizzatoria¹⁶.

Lo stesso orientamento è stato ribadito da altra sentenza più recente della Corte costituzionale¹⁷, che ha confermato la natura amministrativa della sanzione in esame e la compatibilità con l'art. 7 CEDU, anche se previsto per le sanzioni di natura punitiva, considerato che ciò corrisponde alla necessità di salvaguardare l'effettività delle garanzie convenzionali e i connessi profili sostanziali di tutela, senza con questo sacrificare la discrezionalità del legislatore nel configurare gli illeciti amministrativi come autonomi dal diritto penale, nel rispetto del principio di sussidiarietà. Tale doppio binario garantisce che “il recepimento della CEDU nell'ordinamento giuridico si muov[a] nel segno dell'incremento delle libertà individuali, e mai del loro detrimento (sentenza n. 317 del 2009)”, così da consentire ad essa di operare “quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività”.

La Grande Camera, a sua volta, si è adeguata alla interpretazione della sentenza Varvara proposta dalla Corte costituzionale e ha stabilito che l'art. 7 “osta a che una sanzione penale sia inflitta su base individuale senza che sia stata accertata e dichiarata preventivamente la sua responsabilità penale personale”, anche a prescindere da una condanna formale¹⁸.

L'orientamento successivo del giudice penale si è uniformato a questo risultato, condiviso dalle Corti costituzionale e convenzionale¹⁹.

¹⁶ Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2008, n. 37472; *id.*, 15 aprile 2013, n. 17066.

¹⁷ C. cost. 8 luglio 2021, n. 146.

¹⁸ CEDU, 28 giugno 2018, n. 1828/2006, G.E.I.M. s.r.l. ed altri contro Italia. In tale pronuncia, la Corte EDU ha ritenuto che non fosse stato rispettato il principio di proporzionalità nella confisca urbanistica, perché al giudice nazionale – chiamato ad applicare in modo automatico la confisca per lottizzazione abusiva, con l'unica eccezione che questa riguardi i terzi in buona fede – non era stato consentito di valutare gli strumenti più adatti alle circostanze del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo perseguito dal legislatore con i diritti di coloro i quali sono colpiti dalla sanzione. Al fine di valutare la proporzionalità della confisca, la sentenza in esame per contro indica, quali elementi che possono essere presi in considerazione, “la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione delle opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che essa può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti, o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione” (paragrafo 301).

¹⁹ Cass. pen., sez. un., 30 aprile 2020, n. 13539 ha evidenziato che: “se infatti la pronuncia della Corte EDU 29/10/2013, Varvara c. Italia, aveva affermato l'incompatibilità con le garanzie previste dalla CEDU di un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza, potesse subire una “pena” (tale dovendo secondo la Corte essere considerata la confisca lottizzatoria), in contrasto con la previsione dell'art. 7 CEDU, successivamente, sia l'elaborazione della Corte costituzionale che la “rilettura” operata, in tempi più recenti, dalla Corte EDU, hanno offerto ulteriore fondamento all'indirizzo esegetico ricordato.” Ne consegue che “nella “lettura” data da questa Corte, l'art. 44 cit., là dove ricollega la confisca lottizzatoria all'accertamento del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna “formale” permettendo di fondare la “legittimità” del

In definitiva, la confisca è una sanzione penale secondo il diritto convenzionale, ma resta una sanzione amministrativa secondo il diritto nazionale: per infliggerla è, però, necessario accertare, oltre l'elemento oggettivo del reato di lottizzazione abusiva, anche l'elemento soggettivo o "intellettuale" (il dolo o la colpa).

Riguardo ai terzi acquirenti nella confisca urbanistica, questi, pur non avendo partecipato alle condotte lottizzatrici, sono considerati concorrenti nel reato, in quanto inseriscono "un determinante contributo causale alla concreta attuazione del disegno criminoso" dei lottizzanti: in tal caso non sono, quindi, considerati estranei al reato. Il nesso di causalità si interrompe soltanto se gli acquirenti sono in buona fede: soltanto in tal caso e per le sole opere di loro proprietà la confisca non può essere inflitta. La Corte costituzionale ha, peraltro, evidenziato che "nella considerazione sistematica della confisca urbanistica e della sua proporzionalità non può, infine, non essere evidenziato che ai terzi acquirenti destinatari della misura ablativa comunque applicata dal giudice resta aperta la strada, nei confronti dei responsabili diretti dell'illecito lottizzatorio, dell'azione risarcitoria²⁰. Così come, sempre sul piano della tutela civilistica degli acquirenti, non può non rilevarsi che gli atti di acquisto di beni oggetto di lottizzazione abusiva sono nulli, con tutte le conseguenze che da tale qualificazione discendono in termini di ripetizione dell'indebito oggettivo e dell'eventuale risarcimento del danno"²¹.

Coerente con l'impostazione illustrata, la Corte di giustizia UE, con sentenza 21 ottobre 2021, C-845/19 e C-863/19 ha ritenuto contraria al diritto eurounitario la normativa nazionale che consenta la confisca dei beni del terzo che non abbia la facoltà di intervenire nel relativo procedimento.

2.6. L'ordinanza di acquisizione del bene al patrimonio del Comune: necessità della sussistenza dell'elemento psicologico del proprietario.

La giurisprudenza amministrativa largamente consolidata ha escluso che le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza sulla confisca urbanistica possano estendersi al provvedimento di acquisizione coattiva del bene al patrimonio del Comune. Anche dopo la pubblicazione della sentenza G.I.E.M. della Corte Edu, il Consiglio di Stato ha sostenuto l'irrelevanza dell'elemento soggettivo dell'illecito sulla legittimità del provvedimento di acquisizione ed ha escluso che ciò che la Grande Camera ha stabilito a proposito della confisca possa essere esteso al provvedimento di acquisizione²².

La giurisprudenza amministrativa ha ribadito, quindi, la differenza sussistente tra confisca e acquisizione coattiva al patrimonio dello Stato e ha evidenziato che i principi espressi in relazione alla confisca urbanistica non possono essere estesi al fine dell'irrogazione della sanzione

provvedimento ablatorio su un accertamento del fatto che, pur assumendo le forme esteriori di una pronuncia di proscioglimento, equivale, in forza della sua necessaria latitudine (estesa alla verifica, oltre ce dell'elemento oggettivo, anche dell'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) e delle sue modalità di formazione (caratterizzate da un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati), ad una pronuncia di condanna come tale rispettosa ad un tempo dei principi del giusto processo e dei principi convenzionali, proprio come riconosciuto, da ultimo, anche dalla Corte EDU".

²⁰ Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2017, n. 3606.

²¹ C. cost. 8 luglio 2021, n. 146, § 3.5.

²² Cons. Stato, sez. II, 27 agosto 2021, n. 6060: nella lottizzazione abusiva "si può prescindere dallo stato soggettivo di buona o mala fede dei lottizzanti, giacché l'illecito si fonda sul dato oggettivo dell'intervenuta illegittima trasformazione urbanistica del territorio". Per quanto riguarda la giurisprudenza dei TT.AA.RR., da ultimo, nello stesso senso, T.A.R. Lazio, sez. II, 7 febbraio 2022, n. 1442.

amministrativa dell'acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio del Comune, contemplata dall'art. 30, comma 1 e 8, del D.P.R. n. 380 del 2001, in quanto atto vincolato²³.

In particolare si è evidenziato che “i principi costituzionali e comunitari di buona fede e di presunzione di non colpevolezza invocabili dai contravventori allo scopo di censurare un asserito deficit istruttorio e motivazionale consistente nell'omessa individuazione dell'elemento psicologico dell'illecito contestato possono al più utilizzare l'argomento al mero fine dell'applicazione della sanzione penale accessoria della confisca urbanistica contemplata dall'art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001 (reputata comunque compatibile con l'art. 7 CEDU dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: Grande Chambre, 28 giugno 2018, n. 1828), nel mentre l'argomento medesimo non è utilmente invocabile al fine dell'irrogazione della sanzione amministrativa dell'acquisizione coattiva dell'immobile al patrimonio disponibile del Comune, contemplata dall'art. 30, comma 8, del D.P.R. n. 380 del 2001, in quanto atto vincolato”²⁴.

Tale posizione si basa su due argomenti: la natura vincolata del provvedimento di acquisizione e il rilievo soltanto oggettivo dell'illecito di lottizzazione abusiva.

Autorevole dottrina ha contestato il citato orientamento del Consiglio di Stato, sostenendo che l'acquisizione al patrimonio disponibile e la confisca penale siano istituti sostanzialmente sovrapponibili, anche se caratterizzati da diversa disciplina; in particolare, è stato evidenziato “che l'acquisizione coattiva al patrimonio comunale di beni di proprietà altrui sia una “pena” secondo il diritto convenzionale non è da mettere in dubbio”²⁵.

Il primo argomento utilizzato dal Consiglio di Stato per distinguere i due istituti è considerato da tale dottrina “insignificante”, perché la rilevanza dell'elemento soggettivo attiene ai presupposti per l'adozione del provvedimento e non alla sua natura (vincolata o discrezionale). Il secondo argomento, in sé valido in relazione alle finalità del provvedimento, viene tuttavia a collidere con l'orientamento della giurisprudenza di Strasburgo e ormai anche di quella della Corte costituzionale²⁶ e della Cassazione penale.

Sembra raccogliere i suggerimenti della citata dottrina quella parte della giurisprudenza amministrativa che riconosce la specificità dell'acquisizione gratuita al patrimonio, richiedendo la sussistenza dell'elemento soggettivo (almeno colposo) del destinatario del provvedimento ed escludendo che lo stesso possa essere irrogata nei confronti dei terzi proprietari estranei all'abuso edilizio purché in buona fede.

In particolare il Consiglio di Stato, sezione VI, con sentenza del 4 novembre 2021, n. 5439, ha evidenziato che intendere l'acquisizione gratuita al patrimonio dello Stato come sanzione amministrativa non è incompatibile con i principi generali, di diritto interno e di diritto sovranazionale, in quanto anche la Corte Costituzionale, con sentenza 24 luglio 2009, n. 239 (riguardante la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2 del D.P.R. 380/2001, sollevata, in riferimento agli art. 3, 25, comma 2 e 27, comma 1, Cost., nonché ai principi dettati dalla CEDU, nella parte in cui la norma impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti), ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale anche sotto il profilo dell'omissione da

²³ Cons. Stato, sez. VI, n. 1878/2018; sez. II, n. 3196/2019; sez. II, n. 4320/2019, n. 4320.

²⁴ Cons. Stato, Sez. II, 27 agosto 2021, n. 6060.

²⁵ F.G. Scoca, *Osservazioni sulle sanzioni amministrative (a proposito della confisca urbanistica)*, nota 59, in sito Giustizia insieme, 23 marzo 2022.

²⁶ Corte cost. 30 luglio 2021, n. 182, che ha enunciato il principio per cui “non si può irrogare una pena senza il giudizio sulla sussistenza di una responsabilità personale”.

parte del giudice a quo della sperimentazione della possibilità di un'interpretazione conforme alla disposizione internazionale, quale interpretata dalla predetta Corte europea dei diritti dell'uomo, indicando come spetti “agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge”.

Il Consiglio di Stato, nella citata sentenza, ha quindi precisato che la norma in questione debba essere necessariamente interpretata in linea con i principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in relazione, in particolare, ai profili soggettivi di colpa e buona fede.

In particolare, ha evidenziato che “Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione o omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa, e va quindi interpretata non già nel senso dell'indifferenza in ordine alla sussistenza o meno di un comportamento colposo, bensì nel senso di porre una presunzione *iuris tantum*, di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso, riservando poi a quest'ultimo l'onere di dimostrare di aver agito senza colpa (Consiglio Stato, sez. VI, n. 1897/2011; n. 1809/2011)”.

Di rilievo è anche la differenza che la Sezione delinea tra misure meramente ripristinatorie e misura strettamente afflittiva: “la sanzione acquisitiva al patrimonio dell'ente, a differenza di quella demolitoria volta al ripristino dello stato dei luoghi, non può essere comminata nei confronti del proprietario del fondo incolpevole, perché rimasto del tutto estraneo, dell'abuso edilizio. Da ciò discende la necessità per l'applicazione delle sanzioni amministrative privative della proprietà del bene, che non si palesino meramente ripristinatorie rispetto all'abuso perpetrato, di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che subisce la sanzione. L'aspetto relativo alla necessità della sussistenza di un elemento soggettivo, quale indice di rimproverabilità, può recedere difatti solamente dinanzi ad una funzione concretamente ripristinatoria della sanzione che, in quest'ultimo caso ha l'attitudine di imporsi, per il suo carattere reale, anche nei confronti di soggetti in stato di incolpevole buona fede, in quanto misura necessaria al ripristino del bene. In base a tale interpretazione, che tiene conto del profilo soggettivo di responsabilità nella condotta, la sanzione acquisitiva di cui all'art. 30 (commi 1, 7 e 8) si palesa in linea con i principi espressi dalla Corte di Strasburgo ed, a quest'ultimo riguardo, il dovere di dare all'ordinamento interno una interpretazione conforme alla CEDU, come esplicitata dalla Corte di Strasburgo, deriva dall'art. 117 Cost., comma 1, ed è stato affermato in modo generale dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 e, con riferimento specifico al citato art. 44, comma 2, con la sentenza 24 luglio 2009, n. 239”.

Sembra pertanto che il giudice amministrativo vada uniformando il suo indirizzo ai principi stabiliti dalla Corte di Strasburgo.

La strada intrapresa da Cons. Stato, n. 5439/2021 sembra compatibile con il carattere particolarmente afflittivo della misura che comporta la sottrazione del diritto di proprietà, considerato nella CEDU come un diritto fondamentale della persona.

La particolare afflittività della misura sembra anche confermata da un confronto con altre “sanzioni” giudicate dalla Corte costituzionale come sostanzialmente penali, ma che in paragone con la misura dell'acquisizione coattiva del bene al patrimonio, sembrano decisamente meno afflittive.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021, che ha ritenuto penale la sanzione accessoria della revoca della patente di guida, prevista dall'art. 222 del codice della strada.

La stessa Corte EDU si è più volte espressa sulla natura penale, agli effetti della Convenzione, di misure quali il ritiro e la sospensione della patente, o il divieto di condurre veicoli a motore, disposte a seguito dell'accertamento di infrazioni connesse alla circolazione stradale. Da tali pronunce emerge un orientamento sostanzialmente univoco, alla luce del quale – ancorché le misure in discorso siano configurate nel diritto interno come misure amministrative finalizzate a preservare la sicurezza stradale – esse si connotano come di natura convenzionalmente penale quando l'inibizione alla guida si protragga per un lasso di tempo significativo, tanto più, poi, ove la loro applicazione consegua a una condanna penale²⁷: venendo, in tal caso, le misure stesse ad assumere, per il loro grado di severità, un carattere punitivo e dissuasivo²⁸.

In quest'ottica, si è ritenuto rientrare nella «materia penale» il ritiro della patente per la durata di diciotto mesi²⁹.

La Corte costituzionale ricorda che la Corte di Strasburgo ha ripetutamente qualificato come di natura penale, agli effetti della Convenzione, persino la misura della decurtazione dei punti della patente, in quanto idonea a determinare, alla fine, la perdita del titolo abilitativo alla guida. Al riguardo, i giudici europei hanno posto in evidenza come sia «incontestabile che il diritto di condurre un veicolo a motore si rivela di grande utilità per la vita corrente e l'esercizio di una attività professionale»: di modo che, «anche se la misura è considerata dal diritto interno comune come una misura amministrativa preventiva non appartenente alla materia penale, è giocoforza constatare il suo carattere punitivo e dissuasivo»³⁰.

La Corte costituzionale, nella pronuncia sopra evidenziata, ha ritenuto che, “in una prospettiva meramente “interna”, non può, peraltro, disconoscersi che ci si trovi al cospetto di una sanzione (quella di cui all'art. 222 del codice della strada) dalla carica afflittiva particolarmente elevata e dalla spiccata capacità dissuasiva. Non poter condurre veicoli a motore per cinque anni può rappresentare – specie per un soggetto che, come il ricorrente nel giudizio a quo, esercita l'attività di autotrasportatore – una sanzione, in concreto, più temibile della stessa pena principale di un anno e sei mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, che gli è stata inflitta per il reato commesso”.

Se, quindi, la Corte Edu e la Corte costituzionale sono giunte a ritenere come sostanzialmente penali misure di decurtazione, sospensione e revoca della patente di guida per il particolare carattere afflittivo delle stesse, è difficile ritenere che tanto non possa accadere con la misura acquisitiva del bene al patrimonio del Comune.

Inoltre, la Corte costituzionale, nella più volte citata sentenza n. 146 del 2021, ha ritenuto legittima la confisca urbanistica, anche se particolarmente afflittiva, perché la “lottizzazione abusiva è contrassegnata, nel sistema degli illeciti urbanistici, da un grado di offensività particolarmente elevato, in quanto attenta alla stessa funzione programmatica urbanistica e perché è idonea a dar luogo a un'alterazione strutturale (e in taluni casi irreversibile) delle caratteristiche morfologiche e funzionali del territorio, atteso che «mette [il Comune] di fronte al fatto compiuto di insediamenti disordinati e privi dei requisiti di vivibilità, ossia potenzialmente privi di servizi e delle infrastrutture necessarie al vivere civile» (Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 17 luglio 2020, n. 4604).

²⁷ CEDU, 4 gennaio 2017, Rivard contro Svizzera; *id.*, 17 febbraio 2015, Boman contro Finlandia; *id.*, 13 dicembre 2005, Nilsson contro Svezia.

²⁸ CEDU, 21 settembre 2006, Maszni contro Romania.

²⁹ CEDU, 13 dicembre 2005, Nilsson contro Svezia.

³⁰ CEDU, 5 ottobre 2017, Varadinov contro Bulgaria; *id.*, 23 settembre 1998, Malige contro Francia; analogamente, *id.*, 6 ottobre 2011, Wagner contro Lussemburgo.

Proprio queste caratteristiche si pongono a fondamento del complesso sistema sanzionatorio che circonda tale fattispecie e che vede il giudice intervenire in via tendenzialmente suppletiva, mediante l'adozione della misura ablatoria, solo laddove a tale esito non si sia giunti per effetto della previa adozione, da parte del Comune, dei provvedimenti previsti dall'art. 30, commi 7 e 8, del D.P.R. n. 380 del 2001 e delle altre, eventuali, determinazioni dell'autorità amministrativa".

La Corte, quindi, giustifica la legittimità della confisca urbanistica (e la sua tendenziale rigidità nel regime applicativo) anche in considerazione della *extrema ratio* che connota l'istituto e che si pone a valle di interventi amministrativi che per definizione devono rispettare il principio di proporzionalità.

Costruire, quindi, l'ordinanza di acquisizione al patrimonio dello Stato come strumento amministrativo che si applica in modo automatico e vincolato senza possibilità di valutare l'elemento soggettivo del proprietario e senza possibilità di calibrare la proporzionalità dell'intervento potrebbe comportare problemi di compatibilità con l'orientamento appena esposto della Corte costituzionale.

2.7 Sanzioni edilizie e paesaggistiche, *ne bis in idem* e proporzionalità.

Qualora si ritenessero le sanzioni in argomento di carattere sostanzialmente penale si porrebbe il problema del rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale; questione che si potrebbe porre, alla luce di quanto sopra esposto, solo in relazione al provvedimento di acquisizione coattiva del bene al patrimonio del Comune.

Aderendo all'impostazione della Corte Edu, la concorrenza di quest'ultima misura con le sanzioni penali (come l'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001) sarebbe possibile, ma solo in presenza di una connessione temporale tra i procedimenti, che debbono avere per lunghi tratti uno svolgimento parallelo e sempre che il concorso delle sanzioni rispetti il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo; proporzionalità che si assicura determinando l'una sanzione in ragione dell'altra che è stata già comminata, considerando, quindi, la sanzione già irrogata nel momento in cui si quantifica la sanzione da irrogare. La Corte di Cassazione³¹ ha ritenuto necessario tale previo vaglio di proporzionalità della misura ablatoria in forza di quanto statuito dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia: in quell'occasione i giudici europei avevano osservato che, al fine di valutare la proporzionalità della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti tre elementi: «[1] la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; [2] la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; [3] il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione» (§ 301 della sentenza). Si era dunque concluso che «[l]'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista – salvo che per i terzi in buona fede – dalla legge italiana è in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione» (§ 303 della sentenza).

Nel caso delle sanzioni edilizie e paesaggistiche, però, non sempre il criterio temporale è facilmente rispettato, in quanto il procedimento penale segue tempi e ritmi decisamente diversi da quello amministrativo.

³¹ Cass., Sez. III, sent. 20 novembre 2020 (dep. 1 febbraio 2021), n. 3727.

Questo già comporterebbe la violazione del principio in parola nella prospettiva della Corte Edu.

Seguendo, invece, l'orientamento della Corte di Giustizia UE, nelle sentenze del marzo 2018, (citato al paragrafo 2.1), che, come visto, sembrerebbe svalutare il requisito della connessione spaziale temporale, si dovrebbe, invece, valorizzare il principio di proporzionalità alla stregua del quale possono essere apportate limitazioni a diritti e libertà solo qualora siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

In forza di tale principio, il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale, non deve superare il limite di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti (v., in tal senso, sentenze del 25 febbraio 2010, Müller Fleisch, C-562/08, EU:C:2010:93, punto 43; del 9 marzo 2010, ERG e a., C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, punto 86, e del 19 ottobre 2016, EL-EM-2001, C-501/14, EU:C:2016:777, punti 37 e 39 nonché giurisprudenza ivi citata).

Sotto il parametro della violazione del principio di proporzionalità, la giurisprudenza interna³² ha, peraltro, sollevato questione di legittimità costituzionale – per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. add. n. 1 CEDU – dell'art. 44, comma 2, d.P.R. 380/2001 (t.u. edilizia), nella parte in cui consente di applicare una confisca di carattere sproporzionato, al metro dei parametri delineati dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 28.6.2018, G.I.E.M. e altri c. Italia.

La norma censurata – come visto – impone infatti al giudice penale di disporre la confisca (c.d. urbanistica) dei «terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite» quando pronunci «sentenza definitiva» che «accerta che vi è stata lottizzazione abusiva», ossia quando risultino integrati gli estremi del reato previsto e punito dall'art. 30 del medesimo t.u. edilizia.

Nella prospettazione della Corte rimettente, la violazione del principio di proporzionalità dipenderebbe dal fatto che la norma prescrive la confisca quale conseguenza necessaria e obbligatoria in caso di accertamento del reato, anziché consentire l'applicazione in via principale di una misura meno grave, quale quella dell'obbligo di procedere all'adeguamento parziale delle opere eseguite per renderle conformi alle prescrizioni della pianificazione urbanistica. La mancata previsione di misure meno afflittive impedisce – secondo i giudici a quibus – di rendere la risposta sanzionatoria all'illecito proporzionata alla condotta degli imputati, in particolare laddove la loro responsabilità si connota in concreto per un disvalore tenue, determinato da una condotta solo lievemente colpevole e da una destinazione d'uso delle opere solo parzialmente diversa da quella legittima.

La Corte cost., con sentenza n. 146/2021, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale, ha però evidenziato che applicare la confisca urbanistica in modo automatico e indifferente alle circostanze del caso di specie non sia più conforme al quadro costituzionale e convenzionale; ha, però, escluso che si possa attribuire al giudice uno strumento – come quello di cui il rimettente auspica l'introduzione – idoneo a trasformare alla radice la sanzione della confisca urbanistica e ad attenuarne la portata e gli effetti rispetto al reato di lottizzazione abusiva cui essa accede, sovvertendone così la funzione individuata dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, perché questo richiederebbe un intervento legislativo.

³² C. App. Bari, Sez. Il pen., ord. 18 maggio 2020

La Corte costituzionale, quindi, in linea con le Corti sovranazionali, riconosce un ruolo centrale al principio di proporzionalità nell'applicazione della confisca urbanistica, che non può essere più automatica, ma che, comunque, non consente al giudice, in assenza di una specifica norma, di attenuarne gli effetti.

Tali preclusioni però non dovrebbero, invece, sussistere per la p.a. che è istituzionalmente deputata a rispettare il principio di proporzionalità e quindi prima di applicare la più rigorosa misura dell'acquisizione del bene al patrimonio del Comune dovrebbe verificare la praticabilità di strade alternative e meno invasive per il proprietario³³.

Nell'ottica della complessiva risposta proporzionata all'illecito, alla luce del principio del *ne bis in idem*, è poi decisivo anche accertare gli scopi che le sanzioni perseguono: per consentire un doppio binario sanzionatorio è necessario che la *ratio* delle diverse sanzioni sia differente.

Come visto (paragrafo 2.3) la sanzione dell'acquisizione coattiva del bene, oltre a tutelare l'ordinato assetto del territorio, ha la duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti e prevenire perduranti effetti dannosi di essi: scopi che somigliano molto a quelli tipici della pena nel reato e che la dottrina penalistica qualifica come funzioni general-preventiva e special-preventiva della pena³⁴.

3.1. Sulla natura giuridica del parere reso dalla Soprintendenza nell'ambito dei procedimenti di autorizzazione paesaggistica ex art. 146 D.lgs. n. 42/2004 e di accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 167 D.lgs. n. 42/2004.

L'art. 146 del D.lgs. n. 42/2004 disciplina il procedimento di autorizzazione relativo ad interventi di trasformazione del territorio aventi l'attitudine ad incidere permanentemente sulla percezione dei valori paesaggistici e la cui rilevanza assume una valenza superiore a quella meramente estetica, tradizionalmente limitata alla visione panoramica e alla percezione visiva dell'intervento.

Rispetto alla normativa previgente (art. 7 della legge n. 1497/1939), il legislatore del 2004 ha inteso predisporre una forma di protezione più ampia, non riferibile ai soli singoli immobili dotati di particolare pregio o valore estetico, approntando una strumentazione giuridica finalizzata alla salvaguardia del complesso di valori che sono considerati manifestazione dell'identità di un territorio, derivanti da interventi antropici e naturali, nonché dalla interazione di questi, valori ai quali non si deve arrecare pregiudizio³⁵.

³³ Il principio di proporzionalità rientra tra i principi generali dell'ordinamento, ancorché non sia espressamente menzionato dall'art. 1, comma 1, legge n. 241/1990, che si limita a citare i principi di economicità ed efficacia, di imparzialità, pubblicità e trasparenza. Sul punto, si veda G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, p. 235, secondo cui il principio in argomento è "nella trama del diritto amministrativo europeo, quello che la nascita dei diritti fondamentali e dello Stato di diritto è nel processo di costituzionalizzazione del potere".

³⁴ G. Fiandaca-E.Musco, *Diritto penale – Parte generale*, 2002, p. 630, precisa che la "prevenzione generale" si fonda sull'assunto che la minaccia della pena serve a distogliere la generalità dei consociati dal compiere fatti socialmente dannosi; la "prevenzione speciale" fa leva, invece, sull'idea che l'inflizione della pena ad un determinato soggetto serve ad evitare che il medesimo compia in futuro altri reati.

³⁵ Sulla nozione di paesaggio e di beni paesaggistici di cui, rispettivamente, agli artt. 131 e 136 D.lgs. n. 42/2004, T.A.R. Lazio, sez. II, 1 aprile 2014, n. 3577; in dottrina, P. Carpentieri, *Interesse paesaggistico e procedimenti autorizzativi*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, 2, 219 ss., il quale evidenzia che "interrogarsi sull'interesse paesaggistico (ossia su quel "notevole interesse pubblico" attorno al quale è ordita l'intera trama normativa e amministrativa della Parte III del vigente Codice di settore) significa interrogarsi non solo e non tanto su che cosa è "paesaggio" in generale, ma anche e soprattutto su quali sono gli oggetti (discreti), gli episodi di vita concreti, i rapporti specifici, gli interventi e le attività determinanti, con i quali il potere funzionale autorizzativo si confronta in particolare (naturalmente, tra le due dimensioni — quella generale

Il procedimento autorizzativo regolato dal citato art.146 – come modificato prima dal decreto correttivo e integrativo n. 156 del 2006, poi dall’art. 4, comma 16, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, quindi dall’art. 25, comma 3, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 e prima della riforma del 2015 (che ha introdotto l’art. 17-*bis* della legge n. 241/1990³⁶) – può ricostruirsi sinteticamente nei seguenti termini:

- ai sensi del comma 1, i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione;

- ai sensi del successivo comma 2, i soggetti di cui al comma 1 hanno 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;

- sull’istanza di autorizzazione paesaggistica è competente la Regione³⁷, che deve previamente acquisire il parere vincolante del Soprintendente, il quale deve rendere il proprio parere sulla compatibilità paesaggistica entro il termine indicato dal comma 8 (quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti);

- l’amministrazione competente al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, successivamente alle verifiche di cui al comma 7, entro quaranta giorni dalla ricezione dell’istanza, effettua quindi gli accertamenti circa la conformità dell’intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al Soprintendente la documentazione presentata dall’interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, e dà comunicazione all’interessato dell’inizio del procedimento e dell’avvenuta trasmissione degli atti al Soprintendente;

- ai sensi del comma 8, il Soprintendente rende il parere limitatamente alla compatibilità paesaggistica dell’intervento progettato e alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti;

- sempre ai sensi del comma 8, entro venti giorni dalla ricezione del parere, l’amministrazione provvede in conformità;

- ai sensi del successivo comma 9, decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l’amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione.

Il meccanismo di silenzio devolutivo di cui al comma 9 subisce una considerevole deroga in tema di interventi sottoposti a procedura di autorizzazione paesaggistica semplificata, nel senso della formazione di una fattispecie tipizzata di silenzio assenso.

inerente il paesaggio e quella particolare inerente l’esercizio della funzione autorizzativa — opera un nesso dialettico, l’una essendo la sintesi della seconda, che ne costituisce l’analisi, un po’ come avviene, con le debite distinzioni e precisazioni, nel rapporto tra paesaggio e beni paesaggistici)”.
³⁶ La disposizione è stata introdotta dall’art. 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

³⁷ Ai sensi del comma 6 del medesimo art. 146, la Regione può delegare l’esercizio della funzione autorizzatoria in materia di paesaggio, per i rispettivi territori, a province, a forme associative e di cooperazione fra enti locali come definite dalle vigenti disposizioni sull’ordinamento degli enti locali, agli enti parco, ovvero a comuni, purché gli enti destinatari della delega dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia. Di regola, le Regioni hanno delegato l’esercizio della funzione in parola ai Comuni; in taluni ordinamenti, alle Province (es. Regione Calabria).

Infatti, il D.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31, al comma 9 dell'art. 11 ("Semplificazioni procedurali"), prevede espressamente che, "in caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica".

La formulazione dell'art. 146 rende, dunque, centrale il ruolo della Soprintendenza, l'ampiezza e l'importanza del cui intervento si coglie nel tenore del comma 8, che configura il parere dell'autorità tutoria come un atto a contenuto decisorio, avente ad oggetto un giudizio di merito tecnico-discrezionale.

Questo dato ha condotto la dottrina e parte della giurisprudenza a qualificare il parere soprintendenziale, in ragione della sua natura vincolante, come atto decisorio o "atto di co-decisione", che non può essere disatteso dall'amministrazione procedente³⁸, salvo che non sia stato reso sulla base di atti o fatti palesemente erronei o travisati³⁹.

La natura co-decisoria del parere dell'autorità tutoria risulta, in particolare, accentuata con la novella dell'art. 146 per effetto del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, con la quale si è chiarito che, in caso di parere negativo dell'autorità tutoria, il contraddittorio procedimentale, si instaura con la soprintendenza e non con il comune (art. 146, comma 8, D.lgs. 42/2004: "[...] il Soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art.10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]").

Come segnalato dal Presidente della Sezione VI del Consiglio di Stato, non vi è uniformità interpretativa su alcune questioni inerenti le funzioni della Soprintendenza e, segnatamente, sui seguenti profili:

- quali conseguenze abbia l'inerzia del Soprintendente sul prosieguo del procedimento autorizzatorio;
- se, in caso di parere reso oltre il termine assegnato all'autorità tutoria, detto parere conservi o meno efficacia e di quale tipo.

Quanto al primo profilo, si è parlato, sulla base del comma 9 dell'art. 146, di una fattispecie di "silenzio devolutivo", nel senso che, decorso inutilmente il termine senza che la Soprintendenza abbia comunicato il parere, l'autorità procedente ha il dovere funzionale di decidere da sola, procedendo agli approfondimenti istruttori richiesti dal caso di specie, e deve concludere il procedimento, provvedendo sulla domanda⁴⁰.

Qualora anche l'autorità procedente non provveda nel termine di cui al comma 9, non essendo tale fattispecie tipizzata né come silenzio-assenso né come silenzio-rigetto e non potendosi fare applicazione dell'art. 20 della legge n. 241/1990⁴¹, l'interessato può esperire il rimedio previsto per

³⁸ A. Berlucci, *Il parere tardivo espresso dalla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 D.lgs n. 2004/42: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 130: "l'atto autorizzatorio, in buona sostanza, viene deciso sostanzialmente nel suo contenuto dalla Soprintendenza, ma formalmente imputato all'ente subdelegato, solitamente il Comune".

³⁹ G. Delle Cave, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? Competenze procedurali e portata applicativa dell'art.17-bis l. n.241/1990 (nota Consiglio di Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)* in sito Giustizia Insieme, 6 luglio 2021.

⁴⁰ P. Carpentieri, *"Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?"*, in sito Giustizia amministrativa, 11 aprile 2022.

⁴¹ Art. 20, comma 4, l. 7 agosto 1990, n. 241: "Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui

ogni ipotesi di inerzia non significativa della p.a., ovvero di silenzio-inadempimento e, quindi, il rimedio di cui all'art. 117 c.p.a.⁴².

Quanto, invece, al secondo profilo, si sono manifestate diverse opzioni interpretative:

- in base ad un primo indirizzo ermeneutico, anche dopo la scadenza del termine assegnatole, la Soprintendenza conserverebbe il potere consultivo, cosicché il parere tardivo, intervenuto prima della conclusione del procedimento, avrebbe comunque natura vincolante (al contrario, il parere espresso dopo la conclusione del procedimento, pur se legittimo, sarebbe stato *inutiliter* dato), in quanto l'effetto della inerzia della Soprintendenza sarebbe solo quello di consentire all'amministrazione competente di concludere il procedimento senza dover attendere il parere⁴³;

- un secondo orientamento è, invece, nel senso che il parere tardivo non conserverebbe carattere vincolante, diventando autonomamente valutabile tra i materiali istruttori dall'amministrazione competente sull'autorizzazione; cosicché l'inerzia della Soprintendenza avrebbe un effetto devolutivo, comportando, quindi, l'assunzione del pieno potere decisorio sulla istanza di autorizzazione in capo alla regione o all'ente delegato⁴⁴;

- secondo un terzo indirizzo, il decorso del termine determinerebbe la consumazione del potere consultivo e l'eventuale parere tardivo sarebbe nullo per carenza di potere⁴⁵. Tale tesi, per come si vedrà oltre, ha trovato in seguito un appiglio normativo nella disposizione di cui all'art. 2, comma 8-*bis*, della legge n. 241/1990;

- infine, secondo un quarto orientamento, la mancanza del parere vincolante imporrebbe all'amministrazione competente di concludere il procedimento, dichiarando l'improcedibilità dell'istanza, con conseguente possibilità dell'interessato di ricorrere avverso l'inerzia e di chiedere il risarcimento del danno⁴⁶.

Il secondo degli orientamenti appena enunciati è quello che ha avuto maggior seguito nella giurisprudenza amministrativa, anche di prime cure⁴⁷, almeno prima della riforma dell'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990: una volta scaduto il termine previsto dalla norma, il parere reso dalla Soprintendenza (la quale, appunto, non perde il relativo potere per il decorso del termine assegnatole), è da considerarsi privo dell'efficacia vincolante attribuitagli dalla legge, degradando a parere obbligatorio non vincolante, che deve essere valutato dall'amministrazione procedente (senza vincolarla, appunto, nel contenuto)⁴⁸.

la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti".

⁴² P. Carpentieri, *op. cit.*

⁴³ Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 895; *id.* sez. VI, 04 ottobre 2013, n. 4914; T.A.R. Lazio, Latina, 21 settembre 2006, n. 669; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 aprile 2012, n. 382; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 febbraio 2014 n. 459.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 193; *id.*, 18 dicembre 2019, n. 8538; *id.*, 18 luglio 2016, n. 3179; *id.*, 13 maggio 2016, n. 1935; *id.*, 28 ottobre 2015, n. 4927; *id.*, 27 aprile 2015 n. 2136; *id.*, 15 marzo 2013, n. 1561.

⁴⁵ T.A.R. Veneto, sez. II, 14 novembre 2013, n. 1295.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2013, n. 4914.

⁴⁷ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 24 luglio 2013, n. 1739; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 22 aprile 2015, n. 2267; T.A.R. Sardegna, sez. II, 20 gennaio 2016, n. 41; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 20 settembre 2016, n. 1446.

⁴⁸ L'art. 16 della legge n. 241/1990, che detta una disciplina generale di semplificazione dei pareri (anche dei pareri obbligatori non resi nel termine previsto), esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione quelli resi da amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica.

3.2. Sulla controversa applicabilità del silenzio assenso di cui all'art.17-bis della legge n. 241/1990 ai procedimenti per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Un profilo di problematicità al quadro normativo appena delineato è rappresentato dall'introduzione nella legge n. 241/1990 dell'art.17-bis (rubricato "Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici" a seguito dell'intervento correttivo dell'art. 12, comma 1, lett. g), n. 1), da parte del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha sostituito le parole "Silenzio assenso" con le parole: "Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti")⁴⁹.

A seguito della novella in parola, si è posto, dunque, l'interrogativo se la nuova disposizione venga ad incidere sulla ricostruzione del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica "ordinaria", in precedenza delineato⁵⁰.

Come detto, l'art. 17-bis della legge n. 241/1990 prevede una particolare ipotesi di silenzio assenso, con riferimento alla "acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche", destinata ad operare solo laddove le disposizioni del diritto dell'Unione Europea non richiedano l'adozione di provvedimenti espressi.

La fattispecie è così strutturata:

- la P.A. procedente trasmette uno schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, alla P.A. deputata ad esprimere l'assenso, il concerto o il nulla osta;
- inutilmente decorsi trenta giorni dal ricevimento dello schema, si forma il silenzio assenso.

Ove alla P.A. diversa da quella procedente spetti fare una proposta, decorsi inutilmente trenta giorni dal ricevimento della richiesta, la P.A. richiedente può ugualmente procedere e, in quest'ultimo caso, lo schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, è trasmesso per acquisire l'assenso in via postuma, anche in forma tacita.

Secondo l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241/1990, l'atto negativo, eventualmente adottato dalla P.A. diversa da quella procedente dopo la scadenza dei termini, è inefficace, ferma la possibilità di procedere in annullamento del silenzio assenso, ai sensi dell'art. 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.

In forza del comma 3 dell'art. 17-bis, il silenzio assenso opera anche quando la P.A. che deve rendere l'assenso è preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, con previsione di un termine per il riscontro pari a novanta giorni, salvo il diverso termine previsto dalla normativa di settore.

Sempre come ricordato, l'art. 146 del D.lgs. n. 42/2004 prevede che, sull'istanza di autorizzazione paesaggistica, la Regione (o l'Ente locale da essa delegato) debba provvedere "in

⁴⁹ Ai sensi del comma 3 del testo vigente dell'art. 17-bis: "Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito".

⁵⁰ Per la procedura "semplificata" opera, infatti, il silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, D.P.R. n. 31/2017.

conformità” al parere vincolante della Soprintendenza, da rendersi entro quarantacinque giorni dalla ricezione di una proposta di provvedimento, corredata dalla documentazione pertinente e da una relazione tecnica illustrativa e che, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti senza che la Soprintendenza abbia reso il parere, l’amministrazione competente “provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”.

In merito all’applicabilità del meccanismo di cui all’art. 17-*bis* della legge n. 241/1990 alla fattispecie regolata dall’art. 146 del D.lgs. n. 42/2004, sussiste contrasto in giurisprudenza.

Punto di partenza comune delle opposte opinioni è che l’art. 17-*bis* si applica ai soli procedimenti c.d. “orizzontali”, ossia con fase decisoria pluri-strutturata.

La disposizione richiede, cioè, che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di un potere decisorio sostanziale.

Al contrario, nel caso in cui un’amministrazione abbia un ruolo meramente formale, nel senso che raccoglie e trasmette l’istanza all’altra amministrazione, unica decidente, la decisione risulta mono-strutturata ed il beneficiario del provvedimento va individuato nel solo soggetto privato (procedimento c.d. “orizzontale”).

Il filone negativo all’operatività del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica muove dal fatto che essa costituisce un provvedimento mono-strutturato, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte privata interessata e non della P.A. procedente. Il rapporto tra Regione/Ente locale e Soprintendenza è dunque meramente interno, ossia finalizzato a co-gestire non la fase decisoria, ma quella istruttoria.

E’ rimarcata, inoltre, l’estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di “ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi”, atteso che il parere è “atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica”, in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica “deve essere ... tecnico e proprio del caso concreto”.

Pertanto, il parere reso tardivamente non è inefficace, ma è non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici⁵¹.

Tanto, in applicazione del comma 9 dell’art. 146, in base al quale, “decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, senza che questi abbia reso il prescritto parere, l’amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”: norma non espressamente abrogata dall’art. 17-*bis* della legge n. 241/1990, la quale istituisce una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso.

Un originale orientamento di segno contrario, ma in realtà dotato di ricadute pratiche alquanto simili al 17-*bis*, è stato recentemente assunto dalla Sezione VI⁵².

Preliminarmente, la decisione in rassegna nega che esistano ragioni di natura sostanziali per negare che, sul parere soprintendentizio, si possa formare il silenzio assenso di cui all’art. 17-*bis*, non inferendosi ciò dal mero fatto che il procedimento “principale” sia avviato ad istanza di un privato ed anzi evidenziando «che la disciplina del rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, disegnata dall’art. 146 del D.lgs. 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso ex art. 17-*bis*».

L’ostacolo all’applicazione della norma semplificatoria è, viceversa, costituito dalla scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell’art. 146, secondo cui «l’amministrazione competente»,

⁵¹ Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; *id.*, 29 marzo 2021, n. 2640; *id.*, 7 aprile 2022, n. 2584.

⁵² Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098.

cioè la regione o l'ente delegato, "provvede comunque": "dal che si desume che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta ad adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato».

Ora, «se presupposto all'art. 146, comma 9, vi fosse la formazione di un silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-*bis*, la norma avrebbe dovuto prevedere, per coerenza, che anche in tal caso l'amministrazione procedente adottasse il provvedimento finale "in conformità": in tal caso, "in conformità" alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi».

Tanto, induce a ritenere che «il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità"».

Osserva, nondimeno, la Sezione che «dal punto di vista pratico cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso *ex art. 17-bis*, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5799 dell'11 dicembre 2017); l'amministrazione procedente, tuttavia, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un ripensamento e quindi potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo».

Pertanto, l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un "ripensamento" circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza.

Ulteriori considerazioni vengono espresse riguardo alla fattispecie di silenzio assenso per le opere minori, contenuta nell'art. 11, comma 9, del D.P.R. n. 31/2017.

A detta della Sezione, in tale ipotesi «la formazione del silenzio assenso "endoprocedimentale" [si verifica] solo nel caso in cui la Soprintendenza, ricevuta la proposta dalla "amministrazione procedente", rimanga assolutamente silente, omettendo di esprimersi in qualsiasi modo».

Di conseguenza, «il silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, del D.P.R. n. 31/2017 deve ritenersi impedito dal fatto che la Soprintendenza, prima che si formi il silenzio assenso (e quindi, prima che sia decorso il termine di 20 giorni dal ricevimento della proposta di accoglimento, da parte della Soprintendenza), notifichi motivi ostativi all'accoglimento ai sensi dell'art. 11, comma 7. Subentrerà, a quel punto, l'obbligo per il Soprintendente di emettere il provvedimento di conferma del diniego entro il termine indicato al medesimo comma 7 (venti giorni dal ricevimento delle osservazioni o dalla scadenza del termine a tal fine assegnato), termine dal cui rispetto dipende la natura vincolante, o meno, del parere reso dal Soprintendente. Pertanto:

(i) se il parere negativo definitivo del Soprintendente pervenga entro il termine indicato dall'art. 11, comma 7, sarà vincolante per l'amministrazione procedente;

(ii) se il parere negativo non sarà più emesso, o sarà emesso tardivamente, l'amministrazione procedente provvederà come ritiene, senza essere vincolata da alcun silenzio assenso, e quindi all'occorrenza anche potendo tenere conto dei rilievi ostativi della Soprintendenza, e a maggior ragione di un parere negativo tardivamente giunto.

(iii) il parere tardivo emesso dalla Soprintendenza, ai sensi dell'art. 11, comma 7, del D.P.R. n. 31/2017, non sarà illegittimo per contrasto con un silenzio assenso già formatosi, quando sia stato

preceduto dalla notifica dei motivi ostativi all'accoglimento, i quali – come precisato – impediscono la formazione del silenzio assenso di cui all'art. 11, comma 9, sempre che intervengano prima del termine indicato, dal combinato disposto dell'art. 11, comma 5 e 9, per la formazione del silenzio-assenso;

(iv) il termine indicato dall'art. 11, comma 7, per la trasmissione dei motivi ostativi all'accoglimento (10 giorni dal ricevimento della proposta) deve intendersi meramente sollecitatorio, consumandosi il potere del Soprintendente di notificare i motivi ostativi solo nel momento in cui si forma il silenzio assenso ex art. 17-*bis*».

Esiste, infine, un terzo orientamento, di segno positivo “senza condizioni” all'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso al parere della Soprintendenza, che muove dalla considerazione per cui tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluri-strutturato, in quanto la decisione dell'Amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione.

A tali pareri, si applica pertanto l'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17.

Dunque, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-*bis* consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso⁵³.

Altre sentenze, pur non affrontando il tema dell'operatività dell'art. 17-*bis*, definiscono il parere della Soprintendenza “espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico”⁵⁴, “nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza”⁵⁵.

A queste considerazioni se ne aggiungono altre⁵⁶, secondo cui la natura provvedimentoale e pluri-strutturata del parere vincolante si ricava altresì dai commi 7 e 8 dell'art. 146, dove:

- similmente all'art. 17-*bis*⁵⁷, si prevede che l'amministrazione precedente trasmetta alla Soprintendenza “la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa, nonché con una proposta di provvedimento” (comma 7);

- il conseguente parere è qualificato come “provvedimento”, atteso che, “in caso di parere negativo”, il Soprintendente è tenuto a comunicare agli interessati “il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241” (comma 8).

Inoltre, la carenza di una norma primaria che autorizzi il silenzio assenso in materia paesaggistica, potrebbe incidere sulla legittimità dell'art. 11, comma 9, del D.P.R. n. 31/2017, in tema di procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, con conseguente sua disapplicabilità, in base al principio di gerarchia tra le fonti del diritto.

⁵³ Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640 (reso su uno specifico quesito posto dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione); sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556; sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; *id.*, 18 marzo 2021, n. 2358; *id.*, 19 marzo 2021 n. 2390.

⁵⁵ Da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145.

⁵⁶ T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 23 giugno 2021, n. 1542.

⁵⁷ L'art. 17-*bis* parla di “uno schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione”.

Ancora, l'interpretazione favorevole all'applicabilità dell'art. 17-*bis* ai procedimenti di autorizzazione paesaggistica si trova avallata anche in importanti atti del Ministero per i beni e le attività culturali⁵⁸.

In tal senso, infine, si è generalmente pronunciata la più recente dottrina⁵⁹.

In caso di adesione alla tesi favorevole, un'altra questione riguarda l'applicabilità del silenzio assenso al **procedimento di accertamento della compatibilità paesaggistica** (c.d. autorizzazione paesaggistica "in sanatoria"), di cui all'art. 167 del D.lgs. n. 42/2004, in base al quale l'interessato presenta domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo, la quale si pronuncia, entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della Soprintendenza, da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni.

Sul punto, ad una posizione favorevole fondata sulle ragioni generali sopra esposte⁶⁰, se ne contrappone una contraria che, pur senza mettere in dubbio l'applicabilità del meccanismo alla fattispecie di cui all'art. 146, perviene a soluzioni opposte, sul rilievo che l'art. 167, comma 5, del D.lgs. n. 42/2004, diversamente dall'art. 146, comma 7, non prevede una proposta od uno schema di provvedimento, formulati dall'autorità procedente e rivolti alla Soprintendenza, come richiesto invece dall'art. 17-*bis* ai fini della formazione del silenzio assenso⁶¹.

Un ulteriore contrasto giurisprudenziale riguarda, tuttavia, gli effetti dell'eventuale parere "in sanatoria" tardivo che, secondo una tesi, conserva la propria natura vincolante⁶² e, secondo altra, è soggetto a valutazione da parte dell'autorità procedente, la quale deve farvi riferimento motivato nel provvedimento conclusivo⁶³.

Sempre in caso di adesione alla tesi favorevole, un'ulteriore questione riguarda l'applicabilità del silenzio assenso al **procedimento di condono**, tenuto conto che la norma generale (art. 32 della legge 28 febbraio 1985, n. 47), al comma 1 prevede che il rilascio del titolo in sanatoria per opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo è subordinato al parere favorevole dell'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo stesso. Qualora tale parere non sia formulato entro centottanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta, il richiedente può impugnare il silenzio rifiuto.

Secondo la giurisprudenza, il modulo provvedimentale di cui all'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990 non è esportabile al procedimento di condono edilizio, perché esso è connotato da tratti di assoluta specialità⁶⁴.

⁵⁸ Ci si riferisce alle direttive n. 27158 del 10 novembre 2015, n. 21892 del 20 luglio 2016 e n. 11688 dell'11 aprile 2017 (cfr. pag. 3, § b1) ed ai pareri n. 1293 del 19 gennaio 2017 e n. 23231 del 27 settembre 2018.

⁵⁹ S. Amorosino, *Autorizzazioni paesaggistiche: una sentenza "passatista" del Consiglio di Stato disattesa dal T.A.R. Salerno*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2021; A. Berlucchi, *Il parere tardivo espresso dalla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici ex art. 146 D.lgs n. 2004/42: spunti di riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 130; P. Carpentieri, *Silenzio assenso e termine a provvedere, anche con riferimento all'autorizzazione paesaggistica. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in sito Giustizia amministrativa, 11 aprile 2022; G. Delle Cave, *Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra P.A.: un connubio (im)possibile? competenze procedurali e portata applicativa dell'art. 17-bis l. n. 241/1990 (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)*, in sito Giustizia Insieme, 6 luglio 2021; M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, 16 e seg., in sito Giustizia amministrativa, 1 maggio 2022, secondo cui "il procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 configura un'ipotesi di co-gestione attiva del vincolo paesaggistico da parte di due amministrazioni e rientra, quindi, a pieno titolo tra le decisioni 'pluri-strutturate', nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l'amministrazione procedente deve, per legge, acquisire l'assenso vincolante di un'altra amministrazione".

⁶⁰ Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556; T.A.R. Napoli, sez. VI, 7 giugno 2019, n. 3099.

⁶¹ T.A.R. Toscana, sez. III, 12 novembre 2019, n. 1520.

⁶² Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2016, n. 1613.

⁶³ Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935; sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 895.

⁶⁴ T.A.R. Salerno, sez. II, 23 maggio 2022, n. 1394.

Inoltre, in mancanza di parere, non può neppure prodursi il diverso silenzio assenso di cui al comma 17, secondo cui, decorso il termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, quest'ultima si intende accolta, ove l'interessato provveda al pagamento di tutte le somme dovute ed alla presentazione all'ufficio tecnico erariale della documentazione necessaria all'accatastamento.

Ciò in quanto la formazione del silenzio assenso sul condono edilizio, per decorso del termine biennale dalla presentazione dell'istanza completa, postula indefettibilmente la previa acquisizione del parere favorevole dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo⁶⁵.

Contraria al silenzio assenso in materia di condono è anche la più recente dottrina⁶⁶.

Infine, qualche parola merita di essere spesa anche in merito alla possibilità che il silenzio assenso in materia paesaggistica possa formarsi **in sede di conferenza di servizi**, ai sensi degli artt. 14-*bis*, comma 4 e 14-*ter*, comma 7, della legge n. 241/1990, che rispettivamente recitano:

- “fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni”;

- “si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza”.

A tal proposito, infatti, si registrano opinioni giurisprudenziali di segno divergente, essendosi sostenuta per un verso la tesi favorevole, sul rilievo che trattasi di “assensi, concertati o nulla osta” comunque ricadenti nell'alveo applicativo dell'art. 17-*bis* della legge n. 241/1990⁶⁷ e, per altro verso, quella contraria, sul rilievo che il meccanismo del silenzio assenso tra Amministrazioni vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione procedente e quelle chiamate a rendere “assensi, concertati o nulla osta” e non anche nel rapporto “interno” fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi⁶⁸.

Per la prima tesi è la dottrina più recente⁶⁹.

4. Sulla sorte dell'ordine di demolizione in pendenza della domanda di condono e di sanatoria.

Riguardo alla sorte dell'ordine di demolizione a seguito della presentazione di domanda di condono o di sanatoria, il quesito posto dal Presidente della Sezione VI sollecita un approfondimento sulle *rationes* alla base del diverso trattamento giuridico delle istanze di sanatoria, sulla premessa che, per la giurisprudenza dominante, la domanda di condono edilizio renderebbe definitivamente inefficaci le ordinanze di demolizione in precedenza emanate e gli atti ad esse consequenziali, per l'effetto processuale di rendere improcedibili i ricorsi contro di essi pendenti, e che l'orientamento della Sezione VI è, viceversa, nel senso che l'istanza di accertamento di conformità *ex art. 36 D.P.R.*

⁶⁵ Cons. Stato, sez. II, 26 aprile 2021, n. 3342.

⁶⁶ P. Carpentieri, *op. cit.*

⁶⁷ Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640; sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255.

⁶⁸ Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640.

⁶⁹ P. Carpentieri, *op. cit.*

n. 380/01 determinerebbe la mera sospensione dell'efficacia dell'ordine di demolizione, destinato a riacquistare efficacia in caso di rigetto dell'istanza.

Vi si osserva, infatti, che “in relazione ai procedimenti di condono, il legislatore (artt. 38, 43 e 44 L. n. 47/85) prevede la sospensione del procedimento per sanzioni amministrative in attesa della decisione sulla istanza di parte (cfr. artt. 38, 43 e 44, della L. n. 47 del 1985, richiamati dalle successive normative di condono edilizio); il che sembrerebbe coerente con quanto statuito dalla giurisprudenza in materia di accertamento di conformità, in cui l'inefficacia delle pregresse sanzioni irrogate è intesa in termini di mera sospensione, con conseguente idoneità della demolizione a riacquistare la propria efficacia in caso di rigetto dell'istanza di parte”.

L'esame del dato normativo evidenzia la differente formulazione delle disposizioni in tema di regolarizzazione e, in particolare, il fatto che è soltanto la legislazione speciale sul condono edilizio (cfr. artt. 38, 43 e 44 della legge n. 47/1985, richiamati dalle successive leggi n. 724/1994, sul c.d. secondo condono, e n. 326/2003, sul c.d. terzo condono) a prevedere la sospensione dei procedimenti sanzionatori amministrativi e a disciplinare la sorte delle sanzioni amministrative e dei procedimenti di esecuzione delle medesime, mentre il Testo unico dell'edilizia tace sugli effetti della presentazione della domanda di accertamento di conformità.

Nello specifico, i commi 1, 2 e 4 dell'art. 38 (“Effetti della oblazione e della concessione in sanatoria”) della legge n. 45/1985 stabiliscono, per quanto qui interessa, che:

“1. La presentazione entro il termine perentorio della domanda di cui all'art. 31, accompagnata dalla attestazione del versamento della somma di cui al primo comma dell'art. 35, sospende il procedimento penale e quello per le sanzioni amministrative.

2. L'oblazione interamente corrisposta estingue i reati di cui all'art. 41 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni, e all'art. 17 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, come modificato dall'art. 20 della presente legge, nonché quelli di cui all'art. 221 del Testo unico delle leggi sanitarie, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, e agli artt. 13, primo comma, 14, 15, 16 e 17 della legge 5 novembre 1971, n. 1086. Essa estingue altresì i reati di cui all'art. 20 della legge 2 febbraio 1974, n. 64 nonché i procedimenti di esecuzione delle sanzioni amministrative. Qualora l'immobile appartenga a più proprietari, l'oblazione versata da uno di essi estingue il reato anche nei confronti degli altri comproprietari.

3. [...]

4. Concessa la sanatoria, non si applicano le sanzioni amministrative, ivi comprese le pene pecuniarie e le sovrattasse previste per le violazioni delle disposizioni in materia di imposte sui redditi relativamente ai fabbricati abusivamente eseguiti, sempre che le somme dovute a titolo di oblazione siano state corrisposte per intero [...].”

A propria volta, il primo comma del successivo art. 43 (“Procedimenti in corso”) stabilisce che “l'esistenza di provvedimenti sanzionatori non ancora eseguiti, ovvero ancora impugnabili o nei cui confronti pende l'impugnazione, non impedisce il conseguimento della sanatoria” (norma fatta oggetto di interpretazione autentica ad opera dell'art. 12-bis d.l. 12 gennaio 1988, n. 2, come convertito con l. 13 marzo 1988, n. 68), mentre l'art. 44 (“Sospensione dei procedimenti”), sempre al primo comma, prevede che “dalla data di entrata in vigore della presente legge e fino alla scadenza dei termini fissati dall'art. 35, sono sospesi i procedimenti amministrativi e giurisdizionali e la loro esecuzione quelli penali nonché quelli connessi all'applicazione dell'art. 15 della legge 6 agosto 1967, n. 765, attinenti al presente capo”.

Le suddette disposizioni si applicano, con termini conseguentemente adattati, anche al c.d. secondo condono, per il richiamo fattone nell'art. 39 della l. n. 724/1994 (che precisa, al comma 19,

che “per le opere abusive divenute sanabili in forza della presente legge, il proprietario che ha adempiuto agli oneri previsti per la sanatoria ha il diritto di ottenere l’annullamento delle acquisizioni al patrimonio comunale dell’area di sedime e delle opere sopra questa realizzate disposte in attuazione dell’art. 7, comma 3, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e la cancellazione delle relative trascrizioni nel pubblico registro immobiliare dietro esibizione di certificazione comunale attestante l’avvenuta presentazione della domanda di sanatoria [...]”) e al c.d. terzo condono, per il richiamo contenuto nell’art. 32, comma 25, della l. n. 326/2003.

Per ritrovare la compiuta esposizione delle ragioni per cui la legislazione sul condono edilizio, che discorre di sospensione dei procedimenti sanzionatori, comporterebbe che la semplice presentazione della domanda di condono edilizio basterebbe, da sola, a rendere definitivamente inefficaci le ordinanze di demolizione in precedenza emanate e gli atti ad esse consequenziali, costringendo l’amministrazione a reiterare l’ordine di demolizione in caso di rigetto della domanda di sanatoria, occorre guardare alla giurisprudenza più risalente, le cui tracce tendono a perdersi mano a mano che il consolidamento dell’indirizzo ha consentito agli estensori di richiamare semplicemente il principio ribadito nei precedenti più recenti.

Un attento e dettagliato percorso argomentativo lo si ritrova esposto, ad esempio, nel parere della Sezione II dell’11 luglio 2007, n. 624/2005, su un ricorso straordinario al Capo dello Stato contro un’ingiunzione di demolizione di opere abusive per le quali, successivamente, era stata presentata istanza di condono edilizio ai sensi della legge n. 326/2003, che ricostruisce la logica del sistema tracciato dalla disciplina sul condono⁷⁰ e, sul piano del diritto positivo, fa leva su quanto

⁷⁰ Nel concludere nel senso dell’improcedibilità del ricorso, il parere osserva che (grassetto e sottolineature già nel testo originale):

«Al fine di valutare l’incidenza della legge sul condono edilizio, vale ricordare che l’art. 38 della legge n. 47/1985, concernente appunto gli “effetti della oblazione e della concessione in sanatoria”, dispone che la tempestiva presentazione della domanda di condono cui all’art. 31, accompagnata dalla attestazione del versamento della somma di cui al primo comma dell’art. 35, sospende il procedimento penale e quello per le sanzioni amministrative. In base al comma 2, l’oblazione interamente corrisposta “estingue” i reati edilizi, nonché “i procedimenti di esecuzione delle sanzioni amministrative” eventualmente già irrogate. Specifica ancora il comma 4 che concessa la sanatoria, non si applicano le sanzioni amministrative, ivi comprese le pene pecuniarie e le sovrattasse previste per le violazioni delle disposizioni in materia di imposte sui redditi relativamente ai fabbricati abusivamente eseguiti.

Per quanto concerne invece gli effetti del diniego di sanatoria, il successivo art. 39 della legge n. 47 dispone che il pagamento dell’oblazione, qualora le opere non possano conseguire la sanatoria, estingue i reati contravvenzionali, di cui all’art. 38, mentre le sanzioni amministrative consistenti nel pagamento di una somma di danaro sono ridotte in misura corrispondente all’oblazione versata se l’interessato dichiara di rinunciare al rimborso.

Vale ricordare anche il disposto dell’art. 40 della stessa legge n. 47, a tenore del quale la mancata presentazione dell’istanza di condono nel termine prescritto per opere abusive realizzate in totale difformità o in assenza della licenza o concessione, ovvero di domanda presentata da ritenersi dolosamente infedele, per la rilevanza delle omissioni o delle inesattezze riscontrate, “si applicano” le sanzioni di cui al capo I (quali ad esempio, quelle di cui all’art. 7: ingiunzione a demolire). Il che sta a significare, ad avviso della Sezione, che la presentazione di una domanda infedele comporta l’applicazione, cioè l’irrogazione, di una nuova sanzione di natura edilizia; solo nel caso evidentemente di omessa domanda la sanzione precedentemente disposta e temporaneamente sospesa nella pendenza dei termini fissati per la domanda di condono torna ad avere vigore, non essendo intervenuti concreti eventi (al di là di quello legislativo) successivi all’originaria sanzione.

Le suddette conclusioni trovano conforto proprio in riferimento alle previsioni dell’art. 38 della legge n. 47, per il quale la Corte costituzionale ebbe ad affermare che il «condono edilizio», di cui agli artt. 31 e segg. della legge n. 47 del 1985, non può essere ricondotto ai tradizionali istituti di clemenza o, comunque, estintivi del reato, perché possiede una propria, particolare ragion d’essere e così una propria fisionomia: esso va pertanto studiato a sé.

In particolare, osservò la Corte, il legislatore del 1985, nel tentativo di porre ordine nell’intricata e farraginoso materia dell’edilizia (e del relativo contenzioso), preso atto dell’illegalità di massa registratasi in tale materia, ha inteso «chiudere» un passato illegale: ed ha ritenuto d’indurre (attraverso la previsione delle sanzioni di cui agli artt. 40 e del capo I) autori (e non) di violazioni edilizie a chiedere la concessione in sanatoria relativa ad opere realizzate abusivamente. La predetta domanda, costituente in certo modo «autodenuncia», è indubbiamente utile, almeno, data la precedente illegalità di massa, a fini di chiarezza catastale, tributaria ecc. Sarebbe contraddittorio, pertanto, «punire» coloro che

hanno proposto la predetta domanda: usando, dunque, della «punibilità» in maniera autonoma, svincolata dalle relazioni con il reato commesso, il legislatore del 1985 dispone l'«estinzione» dei reati di cui al secondo comma dell'art. 38 della legge in esame, in conseguenza degli atti e procedimenti di cui alla suddetta fattispecie estintiva. Finalità economico-finanziarie non sono certo estranee alle disposizioni in discussione, tenuto conto del predisposto meccanismo d'estinzione e del fatto che l'oblazione va corrisposta anche nelle ipotesi in cui le opere non sono sanabili: ma tali disposizioni vanno riguardate nella loro tutela di oggettivi valori.

A differenza dell'estinzione di cui all'art. 13, nella quale si profila una fattispecie estintiva che contiene in sé tutta intera la fattispecie costitutiva della sanatoria amministrativa ed insieme l'effetto (concessione della sanatoria), il fondamento sostanziale dell'estinzione di cui all'art. 38, secondo comma, della legge n. 47 del 1985, va ricercato nella valutazione «positiva» che l'ordinamento compie dei comportamenti del reo, successivi al reato («autodenuncia» attraverso la richiesta di sanatoria, pagamento dell'oblazione ecc.) che inducono a credere ad un sia pur parziale «ritorno», anche se non del tutto spontaneo, dell'agente alla «normalità», ad un suo «pentimento» seppure interessato. Tal fondamento molto s'avvicina a quello delle comuni cause sopravvenute di non punibilità.

Poiché, tuttavia, non può assumersi che sia concretamente sorta la punibilità, non risultando essa accertata né con sentenza né, almeno di regola, durante il procedimento penale, e neppure risultando accertati i presupposti extrapenalici del suo «sorgere», durante il procedimento per l'inflizione delle sanzioni amministrative (la domanda di sanatoria delle opere abusive, infatti, sospende entrambi i procedimenti) sembra dubbio poter dichiarare «estinta», appunto perché non trattasi di amnistia propria, una punibilità che ancora non è accertata sia concretamente sorta. Pertanto, fermo rimanendo il sostanziale fondamento al quale si è accennato, il condono penale in esame, dal punto di vista del suo meccanismo operativo, è un'ipotesi di «causa d'improcedibilità sopravvenuta» tenuto conto che il giudice penale, a seguito della verifica della fattispecie estintiva di cui all'articolo 38, è tenuto a concludere il processo con sentenza di «non doversi procedere» per estinzione del reato, essendogli inibito entrare in valutazioni di merito in ordine alla fattispecie estintiva «e tanto meno concludere il processo con sentenza di merito» (cfr. Corte cost., 31 marzo 1988, n. 369).

Analoghe considerazioni valgono per le sanzioni amministrative.

Se, come ha precisato la Corte costituzionale, con le leggi di condono edilizio il legislatore vuole definitivamente chiudere con il pregresso contenzioso, per una serie concorrente di finalità dalle quali non è esclusa neppure quella, deflativa, di porre fine ad un contenzioso diffuso e gravoso per l'apparato giudiziario, non può ritenersi compatibile con tale intento legislativo il mantenimento di quel contenzioso, mediante un'interpretazione meramente soprassessoria delle norme sul condono.

Al riguardo, i fautori di una tesi minimalista degli effetti del condono fanno leva sul disposto dell'articolo 44 della legge n. 47, secondo il quale dalla data di entrata in vigore delle leggi sul condono e sino alla scadenza dei termini per la presentazione delle domande i procedimenti amministrativi e giurisdizionali sono sospesi; tale sospensione viene meno («perde efficacia») se la domanda non viene presentata.

La norma non dice, tuttavia, che le eventuali sanzioni irrogate prima della presentazione delle domande di condono restano sospese sino alla scadenza del termine per la presentazione delle predette domande e, ove queste siano proposte e rigettate, riprendono vigore le vecchie sanzioni. Dice soltanto che ogni attività repressiva è sospesa sino al predetto termine di presentazione e solo ove la domanda di condono non sia presentata essa riprende a decorrere; mentre per tutte le altre ipotesi e per le sopravvenienze con esse implicate, occorrerà procedere ad una nuova valutazione degli abusi commessi in relazione alle modifiche che potrebbero essere state determinate dall'istanza di condono (ad es., una concessione in sanatoria parziale). Con la conseguenza che ove la domanda sia presentata, la sospensione dura sino al termine del periodo di 24 mesi prevista per il silenzio assenso ovvero sino all'emanazione del provvedimento di diniego, al quale, tuttavia e come già osservato, nessuna disposizione della legge ricollega l'effetto di una reviviscenza automatica dei vecchi provvedimenti sanzionatori.

Alla luce del complessivo disposto normativo, la sopravvenienza del difetto di interesse ad impugnare una sanzione edilizia per la quale sia stata presentata domanda di condono appare evidente.

Infatti, allorché viene presentata la domanda di sanatoria diventano inefficaci i precedenti atti sanzionatori; il comune è tenuto anzitutto ad esaminare ed eventualmente respingere la domanda di condono.

Qualora la domanda sia rigettata, il comune dovrà effettuare, come detto, una nuova valutazione della situazione e, se del caso, riadottare le sanzioni amministrative, confermando o modificando quelle precedenti: il tutto però sempre sulla base di una rinnovata valutazione degli effetti della domanda quale, ad esempio, una sanatoria parziale, una valutazione difforme da quanto precedentemente contestato, una presa d'atto dell'assoluta irrilevanza della domanda di condono sui pregressi abusi contestati, ecc..

Pertanto, la documentata presentazione di istanza di condono comporta la improcedibilità dei ricorsi avverso ordinanze di demolizione per carenza di interesse.

Per effetto di una cospicua, anche se non univoca giurisprudenza, deve dunque concludersi che la presentazione di istanza di sanatoria per opere edilizie con riguardo alle quali siano stati emanati provvedimenti sanzionatori, rende gli stessi inefficaci fino alla decisione sulle istanze di condono, la definizione delle quali non comporta la immediata riespansione dell'efficacia dei precedenti provvedimenti repressivi bensì abilita l'Amministrazione a riprovedere, tenuto conto della

previsto e desumibile dall'art. 40, comma 1, della l. 47/1985, che dimostrerebbe che l'effetto sospensivo puro dei procedimenti sanzionatori, in pendenza del termine per la presentazione della domanda di condono, si avrebbe solo quando la domanda di condono non risulta in concreto presentata⁷¹.

Dunque, alla base del diverso trattamento giuridico della domanda di condono e dell'istanza di accertamento di conformità vi sarebbe una precisa opzione legislativa, che nel condono si giustifica per l'eccezionalità dello strumento, risponde a uno scopo specifico e si rispecchia in una serie precisa di indici normativi, a differenza di quanto avviene per il rimedio ordinario di cui all'art. 36 T.U. edilizia.

Questi profili differenziali sembrano scolorire nella giurisprudenza che riconosce in ogni caso alla richiesta di rilascio di un titolo edilizio in sanatoria - si tratti di domanda di condono ovvero di accertamento di conformità - l'effetto di rendere definitivamente inefficace l'ordinanza di demolizione già adottata e, di conseguenza, onera l'amministrazione, se la richiesta è respinta, dell'eventuale rinnovazione dell'ordine di demolizione⁷².

La ragione a base dell'equiparazione tra i rimedi, infatti, è indicata nel fatto che anche nel caso dell'istanza *ex art. 36* la presentazione della domanda di sanatoria determina necessariamente la

situazione risultante dalla decisione interposta sulle istanze dei privati; al riguardo, infatti, o la P.A. accoglie la domanda e rilascia la concessione edilizia in sanatoria, oppure la respinge ed allora è tenuta, *ex art. 40 c. 1 L. n. 47/85* al completo riesame della fattispecie con conseguente cessazione di ogni efficacia lesiva dell'ordinanza impugnata (cfr., di questa Sezione, par. 18.4.2007, n. 1134/2007; *id.*, 7 giugno 2006 n. 8109/04; *id.*, par. 7 dicembre 2005, n. 4593/05; par. 29 marzo 2006, n. 756/06; cfr. anche, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2000, n. 4305; sez. V, 19 febbraio 1997, n. 165; T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 17 maggio 2005, n. 3886; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 28 gennaio 1999, n. 175; in senso contrario, Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2001 n. 5178; C.G.A.R.S. 23 aprile 2001, n. 183; *id.* 5 dicembre 2002, n. 651; T.A.R. Puglia, Bari, 20 giugno 2003, n. 4309; in senso contrario sembrerebbe anche Cons. Stato, sez. IV, n. 2218/2007). In altri termini, i precedenti provvedimenti repressivi non possono trovare esecuzione se ad essi sia stata interposta istanza di condono, secondo un principio di progressione temporale che impone la previa definizione del procedimento di sanatoria per consentire che la decisione sullo stesso intervenga rispetto a fattispecie materiali integre e non intaccate da precedenti attività provvedimentali repressive e per impedire, per converso, che queste ultime si riespandano come se nel frattempo nulla sia accaduto.

Un'obiezione che suole muoversi, anche da parte di autorevole dottrina, alle riportate conclusioni è quella di costringere l'amministrazione ad un'inutile ulteriore attività provvedimentale, in spregio al principio di celerità ed economicità dell'azione amministrativa. Si tratta, tuttavia, di una preoccupazione infondata, poiché comunque, dopo la definizione negativa del procedimento di condono, anche quando esso non abbia innovato sulla realtà preesistente l'amministrazione dovrà riprendere in mano la vecchia sanzione per valutarne la sua attuale vigenza e per disporre la eventuale conferma. D'altra parte, la citata obiezione trova smentita, almeno parziale, nella prassi amministrativa che vede le amministrazioni preferire, per evidenti motivi di chiarezza e certezza, la rinnovazione della sanzione edilizia.

La soluzione proposta appare, piuttosto, coerente con la finalità deflativa del contenzioso che si intende perseguire con il condono ed in linea con il principio di concentrazione e semplificazione processuale di cui al novellato art. 21 della legge n. 1034 del 1971, non costringendo il cittadino, nel caso di diniego di condono, a coltivare l'originario ricorso contro il primo provvedimento sanzionatorio ed a proporre quello contro il diniego e contro l'eventuale conseguente nuova sanzione che l'amministrazione abbia irrogato».

⁷¹ Per maggior chiarezza, si estrapola il passo e lo si riporta nuovamente:

«Vale ricordare anche il disposto dell'art. 40 della stessa legge n. 47, a tenore del quale la mancata presentazione dell'istanza di condono nel termine prescritto per opere abusive realizzate in totale difformità o in assenza della licenza o concessione, ovvero di domanda presentata da ritenersi dolosamente infedele, per la rilevanza delle omissioni o delle inesattezze riscontrate, "si applicano" le sanzioni di cui al capo I (quali ad esempio, quelle di cui all'art. 7: ingiunzione a demolire). Il che sta a significare, ad avviso della Sezione, che la presentazione di una domanda infedele comporta l'applicazione, cioè l'irrogazione, di una nuova sanzione di natura edilizia; solo nel caso evidentemente di omessa domanda la sanzione precedentemente disposta e temporaneamente sospesa nella pendenza dei termini fissati per la domanda di condono torna ad avere vigore, non essendo intervenuti concreti eventi (al di là di quello legislativo) successivi all'originaria sanzione».

⁷² tra le più recenti, Cons. Stato, sez. II, 10 agosto 2020, n. 4982; *id.*, 20 dicembre 2019, n. 8637; sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1540; *id.*, 15 aprile 2019, n. 2438; C.G.A.R.S. in s.g., sez. I, 15 maggio 2018, n. 271.

formazione di un nuovo provvedimento, esplicito o implicito, di accoglimento o di rigetto, il quale varrebbe, comunque, a superare il provvedimento sanzionatorio oggetto dell'originaria impugnazione⁷³.

Si è pure detto che l'interesse del responsabile dell'abuso si sposterebbe, in tal modo, dall'annullamento del provvedimento sanzionatorio già adottato, all'eventuale annullamento del provvedimento di rigetto della istanza di sanatoria, con la conseguenza del venir meno di ogni interesse a ottenere una decisione sugli atti originariamente impugnati, il cui annullamento non arrecherebbe alcun vantaggio reale⁷⁴.

Secondo un diverso indirizzo giurisprudenziale, invece, nel silenzio della legge, la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità determinerebbe soltanto la sospensione temporanea dell'efficacia dell'ordine di demolizione precedentemente adottato, i cui effetti sarebbero destinati a riespandersi nel caso di rigetto dell'istanza⁷⁵, ovvero ne precluderebbe l'adozione finché è pendente il relativo procedimento⁷⁶.

A fondamento della tesi per cui l'istanza di sanatoria per accertamento di conformità produrrebbe un arresto momentaneo degli effetti dell'ordine di demolizione talora sono evocate le norme della legislazione speciale in materia di condono edilizio che *expressis verbis* prevedono, come detto, la sospensione dei procedimenti sanzionatori, con quella sovrapposizione a cui si è in precedenza già accennato; altre volte, invece, sono svolte considerazioni di principio, come quando si afferma che la richiesta di sanatoria preclude l'adozione della sanzione edilizia prima della definizione del procedimento di regolarizzazione dell'abuso "in applicazione del principio di economicità e di buon andamento dell'azione amministrativa"⁷⁷ o si sostiene che "in presenza di istanza di sanatoria o di condono, l'amministrazione non può adottare provvedimenti repressivi, a pena della violazione del principio di economicità e coerenza dell'azione amministrativa, non potendosi previamente sanzionare ciò che potrebbe essere sanato"⁷⁸.

E ancora considerazioni di ordine generale, piuttosto che la valorizzazione della diversità della rispettiva base normativa, si rinvergono nella frequente obiezione secondo cui sostenere che l'amministrazione, a seguito del rigetto esplicito o implicito dell'istanza di accertamento di conformità, abbia l'obbligo di riadottare l'ordinanza di demolizione, "equivarrebbe a riconoscere in capo a un soggetto privato, destinatario di un provvedimento sanzionatorio, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale annullamento, quel medesimo provvedimento"⁷⁹.

⁷³ *Ex ceteris*, Cons. Stato, sez. I, 2 agosto 2018, n. 2004; sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2185.

⁷⁴ Cons. Stato, sez. I, 27 febbraio 2018, n. 502; sez. IV, 12 maggio 2010, n. 2844; sez. V, 21 novembre 2006, n. 6789.

⁷⁵ Ad es., Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2020, n. 1260; *id.*, 13 giugno 2019, n. 3954; sez. VI, 1° marzo 2019, n. 1435.

⁷⁶ *ex ceteris*, Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2021, n. 7448; *id.*, 2 aprile 2014, n. 1908; sez. IV, 6 luglio 2009, n. 4335 affermano che, una volta che l'*iter* avviato con l'istanza di sanatoria ordinaria si sia concluso negativamente, sussistono i presupposti per l'adozione dei provvedimenti repressivi degli abusi (tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 12 maggio 2020, n. 2980; *id.*, n. 1435/2019, cit.).

⁷⁷ Cons. Stato, sez. I, 1 marzo 2021, n. 288.

⁷⁸ Cons. Stato, sez. IV, n. 4335/2009, cit., precisando, tuttavia, che il principio varrebbe solo quando l'istanza di sanatoria è anteriore al provvedimento demolitorio e non già quando quest'ultimo è anteriore all'istanza, perché la legittimità degli atti va valutata sulla base della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della loro adozione e non pure in virtù di eventi successivi e sopravvenuti.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2018, n. 5854; *id.*, 27 febbraio 2018, n. 1171; *id.*, 4 aprile 2017, n. 1565, la quale aggiunge che «la ricostruzione dell'intero procedimento nei termini suddetti» - cioè che nell'ipotesi di rigetto dell'istanza di accertamento di conformità occorra un nuovo ordine di demolizione - «non può essere effettuata in via meramente interpretativa, ponendosi essa al di fuori di ogni concezione sull'esercizio del potere, e richiede un'esplicita scansione legislativa, allo stato assente, in ordine ai tempi e ai modi della partecipazione dei soggetti del rapporto» (Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2307)».

Ancora di recente, l'esistenza di evidenti ragioni di economicità e coerenza dell'azione amministrativa, da un lato, e l'insussistenza di validi motivi perché sia consentito al destinatario del provvedimento sanzionatorio di paralizzare quel medesimo provvedimento attraverso un suo sostanziale annullamento con una domanda finanche pretestuosa sono state addotte a sostegno della tesi secondo cui la presentazione della domanda di accertamento di conformità determinerebbe la sospensione solo temporanea dell'esecuzione dell'ordine di demolizione, osservando che la maggiore laconicità delle indicazioni del legislatore in materia di sanatoria ordinaria sottintenderebbe una scelta ben precisa e del tutto diversa da quella esplicitata in materia di condono, dove a imporre, per le due ipotesi, conclusioni divergenti starebbero la natura e l'incisività delle verifiche richieste in un caso e non nell'altro⁸⁰.

Studio redatto dal presidente di sezione di T.A.R. Nicola Durante, dal consigliere di Stato Francesco Guarracino, dal consigliere di T.A.R. Ida Raiola e dal consigliere di T.A.R. Maurizio Santise.

Il coordinatore dell'Ufficio Studi
Cons. Vincenzo Neri

⁸⁰ Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545, afferma segnatamente che, nel caso della domanda di condono «il tempo necessario alla definizione della pratica, che implica una effettiva valutazione dell'abuso sotto il profilo della rispondenza ai parametri, anche temporali, imposti dalla legge, rende necessario reiterare l'ingiunzione a demolire, che trova il proprio fondamento non più nella abusività originaria dell'opera, quanto piuttosto nella sua non condonabilità»; aggiunge l'arresto che «questa soluzione è pacifica per la sanatoria straordinaria, anche perché le leggi di condono sono chiare in tal senso».