



Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa

Governo del territorio: dalla pianificazione urbanistica ai titoli edilizi

**Corso di formazione per i Referendari di T.a.r. di prima nomina,
organizzato dall'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa**

13 dicembre 2021

Relazione

Gli abusi edilizi e le misure di contrasto dell'ordinamento: ordinanza di sospensione, ordinanza di demolizione, acquisizione gratuita.

Le sanatorie edilizie: accertamento postumo di conformità; i condoni edilizi.

di Lorenzo Cordì, Referendario presso il T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano

Il programma dell'intervento assegnato investe due aree tematiche.

La prima riguarda le misure allestite dall'ordinamento per contrastare le ipotesi di abusi edilizi e si incentra in particolare su tre strumenti:

- i)* ordinanza di sospensione dei lavori;
- ii)* ordinanza di demolizione;
- iii)* acquisizione gratuita al patrimonio comunale nel caso di inottemperanza all'ordine di demolizione.

La seconda riguarda un fenomeno speculare alle "reazioni" dell'ordinamento appena indicate e, in particolare, concerne i casi in cui l'abuso non viene represso ma ricondotto a legalità per il tramite di appositi procedimenti amministrativi di portata generale ed ordinaria (come l'accertamento di conformità) o, al contrario, eccezionale (come i condoni).

La complessità delle tematiche *sub observatione* e la pluralità di aspetti involti nelle stesse impone di incentrare la disamina sugli aspetti principali e che, trattandosi di un corso per neo-magistrati amministrativi, statisticamente si presentano con maggior frequenza all'attenzione del Giudice.

Parte I

A. La sospensione dei lavori

1. Premessa

La disciplina dell'istituto in esame è racchiusa all'interno dell'art. 27, co. 3, TUE, che testualmente prevede: *" Ferma rimanendo l'ipotesi prevista dal precedente comma 2, qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali d'ufficio o su denuncia dei cittadini, l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità di cui al comma 1, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, ordina l'immediata sospensione dei lavori, che ha effetto fino all'adozione dei provvedimenti definitivi di cui ai successivi articoli, da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori. Entro i successivi quindici giorni dalla notifica il dirigente o il responsabile dell'ufficio, su ordinanza del sindaco, può procedere al sequestro del cantiere"*.

La previsione è inserita all'interno dell'art. 27 e, quindi, di una disposizione che detta regole di carattere generale in ordine alla "*Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia*" (come da rubrica dell'articolo).

L'antesignano della previsione in esame è costituito dal disposto dell'art. 32, co. 2, della L. 1150/1942, secondo il quale: *" Qualora sia constatata l'inosservanza delle dette norme [norme della presente legge e dei regolamenti, alle prescrizioni, del piano regolatore comunale: art. 32, co. 1], prescrizioni e modalità esecutive, il podestà ordina l'immediata sospensione dei lavori con riserva*

dei provvedimenti che risultano necessari per la modifica delle costruzioni o per la rimessa in pristino. L'ordine di sospensione cesserà di avere efficacia se entro un mese dalla notificazione di esso il podestà non abbia adottato e notificato i provvedimenti definitivi".

Le due previsioni si differenziano, sostanzialmente, solo in ordine alla durata temporale della previsione che, nel testo del 1942, è di trenta giorni, mentre nel T.U.E. è di quarantacinque.

Invero, già l'art. 4, co. 3, della L. 45/1985 prevede: *" Ferma restando l'ipotesi prevista dal precedente comma, qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali, l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità di cui al primo comma, il sindaco ordina l'immediata sospensione dei lavori, che ha effetto fino all'adozione dei provvedimenti definitivi di cui ai successivi articoli, da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori".*

In sostanza, già dall'entrata in vigore della L. del 1985 il termine è portato a quarantacinque giorni. La previsione in esame mutua, quindi, i tratti essenziali della regola introdotta nel 1985 differenziandosi per la possibilità di disporre il sequestro del cantiere; si tratta di una regola introdotta dall'art. 2, co. 341, della L. n. 244/2007.

2. Presupposti di operatività e natura della misura.

La previsione in esame si apre con una clausola di riserva espressa che fa salva la regola contenuta nel comma 2 che attiene ad interventi realizzati su aree assoggettate a vincoli di inedificabilità, ad opere realizzate su spazi pubblici o ad interventi di edilizia residenziale o, ancora, aree o immobili assoggettate a tutela (1).

¹ Il testo della previsione è il seguente: *" Il dirigente o il responsabile, quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi. Qualora si tratti di aree assoggettate alla tutela di cui al regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3267, o appartenenti ai beni disciplinati dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766, nonché delle aree di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, il dirigente provvede alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi, previa comunicazione alle amministrazioni*

La regola conferisce, quindi, un potere diverso ed ulteriore rispetto a quello imputato dal co. 2, nonché dal generale potere/dovere di vigilanza e repressione di cui al co. 1.

Nel delineare i presupposti di operatività occorre operare una dissezione della fattispecie in esame individuando:

- i) il titolare del potere;
- ii) le situazioni da cui insorge;
- iii) le condizioni oggettive di esercizio della misura;
- iv) la portata e gli effetti della misura;
- v) la durata temporale della stessa.

Procedendo nell'ordine delineato si nota come titolare del potere sia il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale. La previsione riproduce testualmente in *parte qua* la regola del co. 1.

Inoltre, tali soggetti sono abilitati all'esercizio del potere sia laddove constatino officiosamente la sussistenza delle illegittimità su cui dirà *infra* sia laddove tale constatazione derivi dall'accertamento avviato a seguito di segnalazione da parte di "cittadini", da intendersi – invero - come qualsiasi soggetto (persona fisica o anche giuridica; cittadino o no) che indichi all'Amministrazione possibili irregolarità.

Condizione necessaria per l'esercizio del potere è, inoltre, che vi sia una attività edificatoria *in itinere*; in mancanza di opere in corso non solo non vi sarebbe alcuna attività edilizia da

competenti le quali possono eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa. Per le opere abusivamente realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente importante ai sensi degli articoli 6 e 7 del decreto legislativo. 29 ottobre 1999, n.490, o su beni di interesse archeologico, nonché per le opere abusivamente realizzate su immobili soggetti a vincolo o di inedificabilità assoluta in applicazione delle disposizioni del titolo II del decreto legislativo. 29 ottobre 1999, n.490, il Soprintendente, su richiesta della regione, del comune o delle altre autorità preposte alla tutela, ovvero decorso il termine di 180 giorni dall'accertamento dell'illecito, procede alla demolizione, anche avvalendosi delle modalità operative di cui ai commi 55 e 56 dell' articolo 2 della legge 23 dicembre 1996, n.662" .

sospendere ma, inoltre e proprio per tale motivo, difetterebbe il rischio di danno edilizio-urbanistico che, come si esporrà, è quanto la misura in questione è volta ad evitare.

Le circostanze di carattere oggettivo che legittimano l'adozione della misura sono da individuarsi nella contrarietà dei lavori in corso alla inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità di cui al comma 1. In sostanza, il potere di sospensione è esercitabile ove si constatino inosservanze ad una pluralità di regole di differente natura:

- i) regole contenute nelle previsioni primarie (comprehensive delle leggi regionali stante la competenza concorrente in materia; art. 117, co. 2, Cost.);
- ii) regole dettate dai regolamenti comunali;
- iii) prescrizioni contenuti nei vari strumenti urbanistici variamente denominati ed operanti sui vari livelli;
- iv) modalità concrete di edificazione previste dai titoli abilitativi.

La misura consiste nella sospensione temporanea dei lavori per un tempo massimo di quarantacinque giorni finalizzato all'approfondimento da parte del Comune della fattispecie e all'adozione delle misure repressive previste. Si coglie, quindi, la finalità preventiva della misura che ha, quindi, *"natura cautelare, in quanto è tesa ad evitare che la prosecuzione dei lavori ritenuti abusivamente realizzati determini un aggravio del danno urbanistico, discendendo pertanto, dalla natura interinale e provvisoria del relativo provvedimento - volta ad evitare che il destinatario possa essere esposto sine die all'incertezza circa la sussistenza del proprio jus aedificandi - che, allo spirare del termine di 45 giorni dalla sua notificazione, l'ordine in questione perde ogni efficacia, trattandosi di un provvedimento eccezionale, con efficacia strettamente limitata nel tempo, avente il solo scopo (cautelare) di impedire il procedere della costruzione, in modo da consentire alla Pubblica amministrazione di potersi determinare con una misura sanzionatoria entro tale termine di efficacia della sospensione dei lavori (ex plurimis: Consiglio di Stato, sez. IV, 22 giugno 2016, n. 2758; TAR LAZIO, Sez. II bis, 19 aprile 2018 n. 4341; 9 febbraio 2018 n. 1600; 24 gennaio 2018 n. 895)"* (TAR Lazio – Roma n. 849/2019).

Duplici finalità quindi: da un lato evitare trasformazioni irreversibili del territorio e del patrimonio edilizio esistente; dall'altro dare all'Amministrazione un lasso temporale per

determinarsi in ordine all'applicazione delle misure sanzionatorie necessarie. Ne consegue che l'accertamento che sorregge l'ordine non deve essere completo e definitivo ma può avere carattere sommario. L'Amministrazione può, quindi, sospendere i lavori laddove – in base ad un accertamento anche sommario riscontri l'illegittimità dell'attività edificatoria. Un accertamento pur sommario (come detto) è, comunque, necessario non potendosi adottare la misura in presenza di meri dubbi sulla legittimità degli interventi. TAR Napoli parla di dubbi quanto meno ragionevoli in ordine all'illegittimità dell'intervento (sent. n. 1488/2021).

Insito nella natura cautelare del provvedimento è la durata temporanea dello stesso. Il legislatore bilancia le esigenze dell'Amministrazione (sopra indicate) con quelle del privato prevedendo un termine massimo di durata della misura. Simile termine ha natura di limite ultimo di efficacia della misura comportando, quindi, la perdita di effetti della misura ove il periodo trascorra. Inoltre, non si tratta di un termine *“dilatatorio, prima del quale è preclusa l'adozione di determinazioni in merito, essendo piuttosto previsto allo scopo di consentire all'amministrazione di acquisire tutti gli elementi necessari per applicare l'appropriata sanzione alle opere abusive realizzate”* (TAR Campania – Napoli n. 1154/2019). E', quindi, possibile che l'Amministrazione agisca prima della scadenza del termine; così come è possibile che l'Amministrazione indichi nel provvedimento un termine di sospensione inferiore a quello di legge perché ritenga non necessari accertamenti particolarmente complessi. In tal caso, ovviamente, la misura cesserà decorso il termine indicato dall'Amministrazione.

Un tema spesso affrontato dalla giurisprudenza è quello relativo alla omessa indicazione del termine. Sul punto si registrano due orientamenti: il primo ritiene illegittimo il provvedimento privo di indicazione del termine (cfr. CDS n. 2415/2015). Altra parte ritiene, invece, che la compressione a tempo indeterminato dello *ius eadificandi* non possa derivare dalla mancata indicazione del termine dovendosi dare diretta applicazione all'art. 27, co. 3; di conseguenza in caso di mancata indicazione il termine sarebbe comunque di 45 gg. Tale soluzione è affermata dalla giurisprudenza già in relazione all'art. 32 L. n. 1142/1950.

Dalla giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 32 si mutua un altro principio. Il riferimento è all'autonomia tra provvedimento di sospensione e provvedimenti repressivi. Osserva la giurisprudenza come la mancata impugnativa dell'ordinanza sindacale di sospensione dei lavori non comporti inammissibilità del ricorso avverso provvedimenti di annullamento del titolo: *"l'eventuale mancata impugnativa dell'ordinanza di sospensione dei lavori non potrebbe condurre all'inammissibilità del ricorso avverso il successivo provvedimento di annullamento d'ufficio della concessione edilizia (e conseguente demolizione delle opere abusivamente realizzate). Invero, il provvedimento di sospensione dei lavori ha carattere provvisorio, si fonda su un'istruttoria sommaria e produce una temporanea lesione della sfera giuridica del privato; mentre l'annullamento della concessione edilizia costituisce l'atto finale del relativo procedimento ed ha alla sua base un'adeguata istruttoria, con definitiva lesione della sfera del privato"* (Cds. n. 7746/2004).

Sul tema dell'autonomia del provvedimento in esame può segnalarsi anche TAR MI n. 2522/2018 che osserva: *"Infatti il permesso a costruire decade per l'inosservanza dei termini fissati per l'inizio e l'ultimazione dei lavori, eventualmente prorogati, o per l'entrata in vigore di nuove previsioni urbanistiche con le quali il provvedimento sia in contrasto, salvo che i relativi lavori siano stati iniziati e vengano completati entro il termine di tre anni dalla data di inizio. Invece nel caso di abusi edilizi l'art. 27 c. 3 del DPR 380/01 prevede la sospensione dei lavori alla quale segue il provvedimento di demolizione, per il caso in cui le opere abusive non siano state nel frattempo demolite, salva la possibilità di accertamento di conformità. La realizzazione di abusi edilizi non può quindi incidere sulla validità ed efficacia del titolo e, di conseguenza, non può essere causa di impedimento al rilascio del provvedimento di proroga dei termini, con conseguente decadenza del titolo. Nella stessa ottica la giurisprudenza ha chiarito che i procedimenti di verifica della legittimità del titolo edilizio rilasciato, da un lato, e di accertamento degli abusi edilizi senza titolo, dall'altro lato, hanno natura ed effetti diversi, il primo riconducibile all'attività di amministrativa attiva soggetta ai principi dell'autotutela; il secondo riconducibile all'attività sanzionatoria (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 17/10/2017 n° 8). Né d'altro canto si verificano vuoti di tutela in quanto i provvedimenti di sospensione e di demolizione impediscono che le opere abusive siano portate ad ulteriore esecuzione o che ne siano realizzate ulteriori"*.

3. Il procedimento di applicazione della misura ed il successivo provvedimento

In ordine al tema del procedimento di applicazione della misura ex art. 27, co. 3, TUE, occorre evidenziare come la giurisprudenza ritenga non necessaria la comunicazione di avvio per due ordine di motivi:

- i) si tratta di procedimento tipizzato e vincolato che presuppone un accertamento tecnico sull'illecito e sul pregiudizio che può derivare; invero, quest'ultima valutazione presuppone dei margini di apprezzamento della situazione fattuale e dell'idoneità dei lavori a determinare un danno urbanistico-edilizio (TAR Napoli n. 977/2015);
- ii) si tratta di provvedimento di natura cautelare e, pertanto, le particolari esigenze di celerità sottese all'emissione del provvedimento consentono di prescindere dalla previa adozione di una comunicazione di avvio del proc. (TAR Friuli n. 498/2012).

Una diversa soluzione si afferma con riguardo alla figura di cui all'art. 30, co. 7, TUE, secondo cui: *"Nel caso in cui il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale accerti l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai proprietari delle aree ed agli altri soggetti indicati nel comma 1 dell'articolo 29 [Il titolare del permesso di costruire, il committente e il costruttore], ne dispone la sospensione. Il provvedimento comporta l'immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atti tra vivi, e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari.*

In relazione alla fattispecie (omologa a quella in esame) contenuta nell'art. 18 L. 47/1985 la giurisprudenza afferma: *" non può essere affidato al mero riscontro del frazionamento o della vendita di un terreno, ma implica la ricostruzione di un quadro indiziario, sulla scorta degli elementi indicati nella norma, dalla quale sia possibile desumere in maniera non equivoca "la destinazione a scopo edificatorio" degli atti posti in essere dalle parti (C. Stato, V, 20.10.2004, n.6810).*

Alla luce di tale esigenza emergente dalla fattispecie in questione, il Collegio non condivide la tesi per la quale, a causa della natura sostanzialmente vincolata del provvedimento di sospensione cautelare in tema di lottizzazione abusiva, per la sua adozione non sarebbe necessario l'invio della comunicazione di avvio del relativo procedimento.

Infatti, l'accertamento in tema sia di lottizzazione materiale che negoziale in punto di fatto riguarda una pluralità di elementi, attraverso indagini la cui particolare complessità impone la partecipazione dei soggetti interessati.

La partecipazione del privato ai procedimenti amministrativi prevista dal Capo III della l.241 del 1990 è necessaria anche in relazione ad accertamenti che precedono provvedimenti vincolati, potendo sovente assumere rilievo, grazie all'apporto partecipativo del privato, circostanze e elementi tali da indurre l'amministrazione a recedere dalla emanazione dei provvedimenti restrittivi.

In presenza di atti vincolati, in fattispecie ad accertamento ad alta complessità, anche in presenza di esigui se non inesistenti margini di apprezzamento discrezionale per la pubblica amministrazione, la partecipazione, oltre che un valore in sé, è sempre utile, e quindi obbligatoria, in quanto può rilevare circostanze ed elementi tali da indurre l'amministrazione a recedere dalla emanazione di provvedimenti restrittivi.

Il procedimento di verifica degli elementi che caratterizzano la lottizzazione abusiva – sia finalizzato alla adozione della misura cautelare della sospensione della realizzazione delle opere di lottizzazione e degli atti di disposizione che, in un secondo momento, della acquisizione al patrimonio comunale delle aree lottizzate – lungi dall'aver uno sbocco necessitato, a parte la sua incisività e lesività, richiede un accertamento complesso di circostanze di fatto, non contraddistinte da significati unidirezionali, basato su molteplici elementi, al quale i soggetti interessati possono, con le loro osservazioni critiche e deduzioni in punto di fatto, utilmente cooperare, facendo eventualmente anche rilevare circostanze e elementi tali da indurre la p.a. stessa a orientarsi diversamente e a recedere dalla emanazione in questione (C. Stato, V, 23 febbraio 2000, n.948; V, 11 maggio 2004, n.2953; V, 29.1.2004, n.296).

Conseguentemente, ove tali procedimenti si siano svolti in mancanza dell'apporto cooperativo dei soggetti interessati, per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento stesso, esso va annullato.

Non è sufficiente addurre che si tratti di atto vincolato, ai fini della dimostrazione che il provvedimento, affetto dal vizio formale o procedimentale di difetto dell'avvio del procedimento, non sia annullabile ai sensi dell'art. 21 octies comma 2 della L. 241 del 1990, in quanto il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

Nella specie, infatti, il vincolo deriva da precisi presupposti di fatto, la cui ricorrenza è invece contestata dai motivi di gravame, proprio perché il deficit partecipativo – in tesi – non ha consentito di dimostrare la erroneità dei presupposti di fatto da cui muove l'amministrazione" (CDS n. 5500/2008).

Va però considerato come la giurisprudenza più recente, in continuità con l'orientamento generale che ritiene le garanzie partecipative tutele di natura sostanziale, ritenga che "non sussiste neanche l'illegittimità dell'atto per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, ove si consideri che le circostanze di fatto poste a fondamento del provvedimento non sono state contestate dal ricorrente, né questi ha dimostrato la concreta utilità della sua partecipazione procedimentale, essendosi limitato a sostenere, del tutto genericamente, che, se avesse ricevuto la comunicazione dell'avvio del procedimento, avrebbe fornito elementi utili in relazione alla propria posizione; va aggiunto che le stesse tesi difensive spese nel merito nella presente sede, in contraddittorio con l'amministrazione resistente, si sono dimostrate infondate, alla luce di quanto si è in precedenza detto, palesando in tal modo che il contenuto dell'atto non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Si può perciò concludere che nella vicenda in esame la comunicazione dell'avvio del procedimento sarebbe stata oggettivamente superflua, con conseguente applicabilità dell'art. 21-octies della Legge n. 241/1990 (TAR Napoli, n. 1497/2015).

Alcune considerazioni sul provvedimento:

- i)* in quanto limitativo della sfera giuridica del destinatario lo stesso soggiace alla regola di cui all'art. 21-bis L. 241/1990 con la conseguenza che l'atto ha natura recettizia e produce effetti dal momento della comunicazione al destinatario;
- ii)* in quanto strumentale all'adozione di provvedimenti repressivi è ritenuto idoneo a fungere anche da comunicazione di avvio del procedimento volto all'adozione di tale atti sebbene sia opportuno rammentare che la giurisprudenza ritenga la comunicazione di avvio comunque non necessaria (TAR Lazio n. 253/2015);
- iii)* il provvedimento deve indicare anche sommariamente le opere in corso di esecuzione e la tipologia di illecito che l'Amministrazione ritiene integrato;

- iv) nel caso di lottizzazione abusiva gli oneri istruttori e motivazioni sono maggiori sia per le ragioni già esposte in ordine al tema della comunicazione di avvio sia in considerazione delle conseguenze sanzionatorie che derivano dall'inottemperanza ⁽²⁾.

La sospensione dei lavori comporta l'impossibilità di procedere nell'attività edilizia, fatto salvo le opere di messa in sicurezza del cantiere e dell'area. L'inosservanza dell'ordine comporta: i) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 10328 a 103290 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione; ii) il possibile sequestro del cantiere (v. infra).

4. Profili processuali.

La durata temporalmente limitata della sospensione ha evidenti conseguenze sul piano processuale. Infatti, ove la decisione addivenga quanto il termine è decorso il ricorso sarà dichiarato improcedibile per s.c.i. alla decisione. Laddove l'impugnazione sia proposta dopo la scadenza del termine il ricorso sarà, invece, inammissibile.

Invero, l'interesse alla decisione potrebbe, comunque, sussistere nel primo caso laddove vi sia interesse a verificare la legittimità del provvedimento a fini risarcitori ex art. 34, co. 2, c.p.a.

Su questo aspetto va ricordato, più in generale, che, secondo costante orientamento giurisprudenziale, *"la dichiarazione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse*

² Art. 30, co. 7 e 8, TUE: *"7. Nel caso in cui il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale accerti l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare ai proprietari delle aree ed agli altri soggetti indicati nel comma 1 dell'[articolo 29](#), ne dispone la sospensione. Il provvedimento comporta l'immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atti tra vivi, e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari.*

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

presuppone che, per eventi successivi alla instaurazione del giudizio, debba essere esclusa l'utilità dell'atto impugnato, ancorché meramente strumentale o morale, ovvero che sia chiara e certa l'inutilità di una pronuncia di annullamento dell'atto impugnato" (cfr., da ultimo, C.G.A.R.S., 3.7.2020, n. 536). La sopravvenienza deve essere cioè tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per aver fatto venir meno per il ricorrente qualsiasi residua utilità della pronuncia del giudice, anche soltanto strumentale o morale (C.d.S., sez. II, 27.4.2020, n. 2707).

Inoltre, secondo un orientamento giurisprudenziale "*l'art. 34, comma 3 c.p.a., va applicato in via restrittiva, soltanto allorché la domanda risarcitoria sia stata proposta nello stesso giudizio, oppure quando la parte ricorrente dimostri che ha già incardinato un separato giudizio di risarcimento o che è in procinto di farlo, non essendo in proposito sufficienti manifestazioni generiche di interesse (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, 22 marzo 2019, n. 823, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 18 settembre 2018, n. 1034, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 15 marzo 2018, n. 731, id., sez. IV, 11 maggio 2018, n. 1256, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 28 giugno 2017, n. 1573; Consiglio di Stato, sez. IV, 18 agosto 2017, n. 4033; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 19 aprile 2019, n. 267, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quater, Sent. 15 maggio 2019, n. 6020, id., Sez. I Quater, 21 marzo 2019, n. 3791; T.A.R. Veneto, sez. III, 26 marzo 2018, n. 341)"* (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I, 27.3.2020, n. 3677).

Si segnala il caso esaminato da TAR MI n. 26/2021: "*Ritiene, invece, il Collegio che il perdurante interesse della decisione della vertenza discenda dall'assoluta peculiarità della controversia e dalle vicissitudini della vicenda sostanziale oggetto del giudizio. Si tratta, infatti, di un complesso intervento edilizio interessato da plurime ordinanze di demolizione emanate nel corso dei lavori assentiti dallo stesso Ente comunale (oggetto di altri giudizi il cui merito è trattato alla stessa udienza di discussione del presente ricorso: R.G. 1821/2017; R.G. 1944/2017; R.G. 2184/2017; R.G. 2189/2017; R.G. 2248/2017; R.G. 1036/2020; R.G. 1096/2020). Dall'accertamento contenuto in tali ordinanze e dalla denuncia comunale prende avvio anche un'indagine penale ed un successivo giudizio che vede coinvolti, ex aliis, i direttori dei lavori. Inoltre, dalle ordinanze comunali prende avvio una complessa (e, per certi versi, travagliata) attività di composizione delle ragioni del contendere tra le parti a cui fa riferimento anche l'ordinanza cautelare citata in epigrafe. La concessione della misura cautelare consente, infatti, alle parti di verificare le attività necessarie a quella che le stesse denominano una "conformizzazione" degli interventi (cfr.: retro, punto 6). Definizione che, invero, testimonia la singolarità*

della vicenda all'attenzione del Collegio ove, come si dirà più ampiamente nel prosieguo, la regolarizzazione delle situazioni ritenute non conformi al titolo avviene attraverso attività materiali di completamento/adequamento dei lavori in corso al momento di emanazione del provvedimento impugnato. Proprio la singolarità della vicenda e la pluralità delle situazioni involte non consente, quindi, di escludere ex se un interesse anche meramente morale o strumentale alla decisione della controversia che, al contrario, deve ritenersi ancora sussistente. Ritiene, infatti, il Collegio di non potersi limitare a prendere atto della mera perdita di effetti dell'ordinanza in ragione della successiva "conformizzazione" degli interventi atteso che l'interesse morale o strumentale non si salda esclusivamente sulla perdurante portata effettuale del provvedimento ma impone di ampliare lo spettro della verifica imposta dall'art. 100 c.p.c. (operante ex art. 39, co. 2, c.p.a.) verificando complessivamente il bisogno di tutela giurisdizionale delle parti (c.d. Rechtsschutzbedürfnis)".

Per una applicazione dell'art. 34 al caso di ordine di sospensione che ha esaurito i propri effetti cfr.: TAR Catanzaro n. 840/2012: *"La giurisprudenza amministrativa ha rilevato che la disciplina contenuta nella citata disciplina codicistica costituisce un principio generale nel sistema della giustizia amministrativa, volto sia ad inibire l'annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i loro effetti, sia a tutelare, in presenza dei necessari presupposti, l'interesse all'accertamento giudiziale dell'illegittimità dell'atto impugnato, laddove rilevi l'interesse a conseguire il risarcimento del danno discendente dall'atto medesimo (Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916). Peraltro, si è osservato, la norma in esame, in quanto eminentemente processuale, è di immediata applicazione, e va pertanto estesa anche ai procedimenti giudiziali proposti - come quello in esame - prima della sua entrata in vigore (Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2010 n. 8550 e Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916). Ciò premesso, la giurisprudenza ha affermato che l'art. 34, comma 3, c.p.a. introduce, in presenza dei presupposti ivi previsti, una sorta di conversione dell'azione di annullamento in azione di accertamento, resa possibile dalla circostanza che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel petitum di annullamento come un antecedente necessario (Cons. Stato, Sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916). Il giudice, quindi, limita d'ufficio la sua pronuncia a un contenuto di accertamento dell'illegittimità, in relazione alla pretesa risarcitoria, giacché pur mancando o essendo venuto meno l'interesse all'annullamento, sussiste l'interesse ad agire ai fini risarcitori (Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2011 n. 2817)".*

Sul danno risarcibile merita di ricordarsi quanto affermato dal TAR Milano secondo cui: *“ Secondo il TAR Milano, per provare il danno per fermo cantiere causato da un’ordinanza di sospensione lavori occorre il deposito della documentazione comprovante gli avvenuti pagamenti delle prestazioni inutilizzate e non semplicemente una relazione peritale che si limita a prendere in considerazione, in maniera astratta, i costi della mano d’opera desumibili dal bollettino prezzi informativi delle opere edili; né si può ritenere che a tale carenza probatoria possa ovviarsi attraverso la determinazione in via equitativa del danno ai sensi dell’art. 1226 cod. civ., che può essere applicata solo quando la parte interessata abbia quantomeno fornito la prova dell’esistenza del danno subito e non sia in grado, per ragioni oggettive, di provarne l’ammontare”* (**TAR Milano, Sezione Seconda, n. 2272 del 27 novembre 2017**).

5. Il sequestro del cantiere.

Come ricordato in precedenza l'articolo 2, comma 341, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 inserisce un periodo finale nel co. 3 dell’art. 27 tue che prevede: *“ Entro i successivi quindici giorni dalla notifica il dirigente o il responsabile dell’ufficio, su ordinanza del sindaco, può procedere al sequestro del cantiere”*.

La misura è strumentalmente legata all’ordine di sospensione dei lavori. Può, infatti, adottarsi solo ove l’ordine sia già emesso ed entro i successivi 15 giorni dalla notificazione del primo provvedimento.

La disposizione presenta alcuni aspetti problematici.

In primo luogo, la dottrina nota come il termine sia particolarmente ristretto anche tenuto conto della scansione procedimentale. Sarebbe stato forse preferibile consentire l’adozione della misura per tutta la durata dell’ordinanza di sospensione non potendosi escludere che elementi che suggeriscano l’imposizione del sequestro emergano anche dopo i 15 gg previsti dalla previsione.

In secondo luogo la norma detta un termine entro il quale può adottarsi la misura ma non un termine finale di efficacia della stessa. Sul punto si ritiene che la strumentalità della misura all’ordinanza di sospensione comporti l’operatività anche in tal caso del termine di 45 giorni. Diversamente opinando si giungerebbe all’esito – per certi versi paradossali – di consentire una ripresa dell’attività per decorso dei 45 gg mantenendo, tuttavia, il sequestro.

In terzo luogo, il procedimento è caratterizzato dall'impulso sindacale che avviene per il tramite di una ordinanza. Ora, il *nomen iuris* prescelto non pare appropriato rispetto ad un atto di carattere endoprocedimentale. Né si comprende la ragione per la quale rimettere ad un organo politico l'impulso all'adozione di una misura gestionale assegnato agli Uffici. In tal modo sembra colorarsi di un elemento politico la valutazione discrezionale che può condurre all'adozione della misura. Ciò impone di valutare con particolare attenzione motivi con i quali si deduca la violazione dei principi regolatori della funzione amministrativa dovendosi verificare se l'atto sia effettivamente adottato per rispondere alle esigenze proprie della misura o, al contrario, celi inammissibili distorsioni nell'uso del potere. Sul punto occorre anche chiarire il rapporto tra l'ordinanza sindacale ed il provvedimento dirigenziale. Proprio le esigenze di separazione tra potere di indirizzo politico e potere gestionale suggeriscono, invero, di ritenere l'atto dirigenziale non necessariamente dovuto ma, al contrario, suscettibile di adozione solo laddove l'organo amministrativo condivida – con autonoma e propria valutazione – le valutazioni dell'organo sindacale. E', inoltre, necessario che tale organo ritenga effettivamente sussistenti le rationes a fondamento della misura tenuto conto che la funzione della stessa è quella di garantire un'effettiva sospensione delle attività evitando che la sospensione dei lavori rimanga inattuata.

Il nesso strumentale tra ordinanza di sospensione e provvedimento di sequestro non è, comunque, tale da elidere l'automa portata lesiva di quest'ultima misura che, come visto, ha presupposti propri ed è l'esito di una valutazione discrezionale. Di conseguenza il provvedimento sarà impugnabile anche laddove non sia preventivamente impugnata l'ordinanza di sospensione.

6. Le ulteriori ipotesi di sospensione dei lavori.

Terminata l'esposizione della previsione generale contenuta all'interno dell'articolo 27 TUE occorre soffermare l'attenzione su altre disposizioni che condividono con quella esaminata identità funzionale.

6.1. Art. 21 quater L. 241/1990

La prima è quella contenuta nell'art. 21 quater, co. 2, della L. n. 241/1990 a mente della quale: *“ L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21-nonies”*.

Ora, questa disposizione ha portata generale e, come tale, risulta operante anche in ambito edilizio concorrendo, quindi, con il 27, co, 3, tue. L'ambito applicativo della regola è, tuttavia, differente. Mentre il 27, co, 3, tue riguarda ogni tipologia di attività edilizia quella in esame opera solo in caso in cui l'attività sia abilitata da un provvedimento amministrativo. Pertanto, anche in ragione della liberalizzazione dei titoli edilizi condotta dal legislatore e dell'emersione di figure come la scia o la cila, l'ambito di operatività della regola risulta ristretto. Lo evidenzia in tema di cila il Tar Latina (sent. 225/2020) secondo cui il provvedimento con cui il Comune sospende la Cila relativa a interventi di manutenzione straordinaria (nella specie, tesi al cambio di destinazione d'uso di un lastrico, messa in sicurezza dello stesso con posa in opera di ringhiera e altro) non costituisce una sospensione riconducibile all'art. 21 quater, l. 7 agosto 1990 n. 241 ma una "sospensione dei lavori" che, ai sensi dell'art. 27 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 consuma ex lege la sua efficacia trascorsi 45 giorni dalla sua emanazione oppure, una volta emesso l'ordine di demolizione, anche prima del decorso dei 45 giorni; ne consegue che la sua impugnazione, se proposta prima del decorso dei 45 giorni dalla sua notificazione, è destinata a divenire improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a motivo della postuma perdita di effetti, mentre, se proposta dopo il decorso dei 45 giorni, per le stesse ragioni va considerata inammissibile, per carenza originaria di interesse.

6.2. Lottizzazione abusiva.

L'altra ipotesi da esaminare è quella già accennata di cui all'art. 30, co. 7, TUE, secondo cui: *“ Nel caso in cui il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale accerti l'effettuazione di lottizzazione di terreni a scopo edificatorio senza la prescritta autorizzazione, con ordinanza da notificare*

ai proprietari delle aree ed agli altri soggetti indicati nel comma 1 dell'articolo 29 [Il titolare del permesso di costruire, il committente e il costruttore], ne dispone la sospensione. Il provvedimento comporta l'immediata interruzione delle opere in corso ed il divieto di disporre dei suoli e delle opere stesse con atti tra vivi, e deve essere trascritto a tal fine nei registri immobiliari.

In tal caso l'ordinanza comporta non solo la sospensione delle attività ma anche il divieto di alienazione dei suoli e delle opere con atti tra vivi. Per tali motivi e ai fini dell'opponibilità il provvedimento è trascritto nei registri immobiliari. La trascrizione è, inoltre, coerente con la previsione del co. 8 secondo cui: *" Trascorsi novanta giorni, ove non intervenga la revoca del provvedimento di cui al comma 7, le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio disponibile del comune il cui dirigente o responsabile del competente ufficio deve provvedere alla demolizione delle opere. In caso di inerzia si applicano le disposizioni concernenti i poteri sostitutivi di cui all'articolo 31, comma 8" .*

Il provvedimento in esame non ha una finalità cautelare come emerge dalla disamina delle disposizioni ma, al contrario, ha natura definitiva e sanzionatoria. Ne consegue che l'accertamento dei presupposti di operatività della fattispecie deve risultare particolarmente rigoroso e non meramente sommario.

6.3. Sospensione regionale

Ulteriore ipotesi da esaminare è quella prevista dall'art. 40 TUE che testualmente prevede:

"1. In caso di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire o in contrasto con questo o con le prescrizioni degli strumenti urbanistici o della normativa urbanistico-edilizia, qualora il comune non abbia provveduto entro i termini stabiliti, la regione può disporre la sospensione o la demolizione delle opere eseguite. Il provvedimento di demolizione è adottato entro cinque anni dalla dichiarazione di agibilità dell'intervento.

2. Il provvedimento di sospensione o di demolizione è notificato al titolare del permesso o, in mancanza di questo, al committente, al costruttore e al direttore dei lavori. Lo stesso provvedimento è comunicato inoltre al comune.

3. La sospensione non può avere una durata superiore a tre mesi dalla data della notifica entro i quali sono adottate le misure necessarie per eliminare le ragioni della difformità, ovvero, ove non sia possibile, per la rimessa in pristino.

4. Con il provvedimento che dispone la modifica dell'intervento, la rimessa in pristino o la demolizione delle opere è assegnato un termine entro il quale il responsabile dell'abuso è tenuto a procedere, a proprie spese e senza pregiudizio delle sanzioni penali, alla esecuzione del provvedimento stesso. Scaduto inutilmente tale termine, la regione dispone l'esecuzione in danno dei lavori.

4-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 22, comma 3, realizzati in assenza di segnalazione certificata di inizio attività' o in contrasto con questa o con le prescrizioni degli strumenti urbanistici o della normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della scadenza del termine di 30 giorni dalla presentazione della segnalazione certificata di inizio attività'".

Si tratta di sospensione strumentale all'annullamento del titolo da parte dell'Ente regionale e che ha i medesimi presupposti oggettivi prima indicati nell'esaminare l'art. 27, co. 3, TUE.

La distinzione da segnalare al termine di efficacia finale della misura che è pari a tre mesi dalla notifica in luogo dei 45 giorni previsti.

6.4. Sospensione da parte della Soprintendenza.

In ultimo occorre osservare come, per costante giurisprudenza, l'art. 27 del D.P.R. 380/2001, riconosca al Comune un potere di vigilanza sull'attività edilizia, anche con riguardo agli immobili vincolati, in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, conferendogli la competenza e imponendogli l'obbligo di provvedere alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi.

Ciò indipendentemente dall'applicazione di altre sanzioni previste dall'ordinamento e dalla riconosciuta concorrente competenza sanzionatoria della Soprintendenza, quale autorità preposta alla vigilanza sul vincolo storico e artistico, in base alle specifiche norme di settore (T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 05-08-2009, n. 4733; T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 05-08-2009, n. 4735; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, n. 2625 del 13 maggio 2009; T.A.R.

Campania Napoli, sez. IV, n. 7561/2006; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV n. 18670/2005).

In sostanza, il potere di sospensione volta ad evitare pregiudizi irreparabili per i valori, artistici, paesaggistici, culturali ed ambientali tutelati dal vincolo spetta anche alla Soprintendenza.

Tra le norme di settore vanno ricordati:

l'art. 26 del codice secondo il quale: " 1. Per i progetti da sottoporre a valutazione di impatto ambientale, il Ministero si esprime ai sensi della disciplina di cui agli articoli da 23 a 27-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. 2. Qualora prima dell'adozione del provvedimento di valutazione di impatto ambientale risulti che il progetto non e' in alcun modo compatibile con le esigenze di protezione dei beni culturali sui quali esso e' destinato ad incidere, il Ministero si pronuncia negativamente e, in tal caso, il procedimento di valutazione di impatto ambientale si conclude negativamente. 3. Qualora nel corso dei lavori di realizzazione del progetto risultino comportamenti contrastanti con l'autorizzazione di cui all'articolo 21 espressa nelle forme del provvedimento unico ambientale di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, ovvero della conclusione motivata della conferenza di servizi di cui all'articolo 27-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, tali da porre in pericolo l'integrita' dei beni culturali soggetti a tutela, il soprintendente ordina la sospensione dei lavori.».

l'art. 20 secondo cui: " 1. Il soprintendente può ordinare la sospensione di interventi iniziati contro il disposto degli articoli 20, 21, 25, 26 e 27 ovvero condotti in difformità dall'autorizzazione. 2. Al soprintendente spetta altresì la facoltà di ordinare l'inibizione o la sospensione di interventi relativi alle cose indicate nell'articolo 10, anche quando per esse non siano ancora intervenute la verifica di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13. 3. L'ordine di cui al comma 2 si intende revocato se, entro trenta giorni dalla ricezione del medesimo, non è comunicato, a cura del soprintendente, l'avvio del procedimento di verifica o di dichiarazione. 4. In caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, anche quando per esse non siano intervenute la verifica di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13, il soprintendente può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese del committente".

Con riferimento alla materia paesaggistica:

L'art. 150: *"Indipendentemente dall'avvenuta pubblicazione all'albo pretorio prevista dagli articoli 139 e 141, ovvero dall'avvenuta comunicazione prescritta dall'articolo 139, comma 3, la regione o il Ministero hanno facoltà di (1): a) inibire che si eseguano lavori senza autorizzazione o comunque capaci di recare pregiudizio al paesaggio (2); b) ordinare, anche quando non sia intervenuta la diffida prevista alla lettera a), la sospensione di lavori iniziati. 2. L'inibizione o sospensione dei lavori disposta ai sensi del comma 1 cessa di avere efficacia se entro il termine di novanta giorni non sia stata effettuata la pubblicazione all'albo pretorio della proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico [della commissione] di cui all'articolo 138 o [della proposta dell'organo ministeriale prevista] all'articolo 141, ovvero non sia stata ricevuta dagli interessati la comunicazione prevista dall'articolo 139, comma 3 (3). [3. Il provvedimento di inibizione o sospensione dei lavori incidenti su di un bene paesaggistico per il quale la il piano paesaggistico preveda misure o interventi di recupero o di riqualificazione cessa di avere efficacia se entro il termine di novanta giorni la regione non abbia comunicato agli interessati le prescrizioni alle quali attenersi, nella esecuzione dei lavori [, per non compromettere l'attuazione della pianificazione] (4).] (5) 4. I provvedimenti indicati ai commi precedenti sono comunicati anche al comune interessato".*

B. L'ordinanza di demolizione.

1. Premessa

Esaurita la trattazione della sospensione occorre incentrare l'attenzione sull'ordinanza di demolizione che, come visto, è il secondo degli argomenti della prima parte del programma.

La reazione dell'ordinamento in caso di illeciti edilizi è variamente articolata a seconda della tipologia di intervento e di illiceità riscontrata. Si distinguono:

- i)** Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali (art. 31-32);
- ii)** Interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità (art. 33);
- iii)** Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire (art. 34);

- iv) Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità (art. 37);
- v) Interventi eseguiti in base a permesso annullato (art. 38; su cui v. infra, sub par. A della Parte II).

Come evidente dall'elenco sopra indicato la fase repressiva investe plurime categorie tipologiche la cui disamina non può che effettuarsi in modo cursorio stante i tempi della presente relazione.

Consideriamo ora le varie ipotesi.

1. Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali (art. 31-32)

Nel disposto di cui all'art. 31 compaiono tre fattispecie: interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali.

La prima ipotesi è la più semplice: manca il titolo edilizio imposto (ove imposto) dalla normativa vigente. La verifica in tal caso attiene più che altro ad un aspetto prettamente giuridico e cioè la ricerca di una normativa che imponga il titolo a seconda anche dell'epoca di edificazione (ad es. post. 1967) o all'ambito di edificazione (es. comune di Milano titolo già dal 1930).

Punto di riferimento delle disposizioni sono le regole contenute nell'art. 10 che elenca le tipologie di opere soggette a permesso di costruire tra cui gli interventi di nuova costruzione; gli interventi di ristrutturazione urbanistica (quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso, mediante un insieme sistematico di interventi edilizi, anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale); gli interventi che comportino modificazioni della sagoma o della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti di immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. L'art. 10 contempla anche gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, nei casi in cui comportino anche modifiche della volumetria complessiva degli edifici ovvero che, limitatamente agli

immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso. Tuttavia, tali interventi non sono sottoposti al regime dell'art. 31 ma, come si vedrà, a quello dell'art. 33.

In relazione a tale ipotesi si rammenta l'insegnamento (che ha portata, comunque, generale) della Plenaria n. 9/2017 secondo la quale: *" Il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso neanche nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino" .*

In simili situazioni il decorso del tempo non consolida alcuna situazione di affidamento e, pertanto, non vi è da operare una comparazione tra interesse pubblico al ripristino della legittimità violata ed interesse del privato al mantenimento di una res priva di titolo. Inoltre, la sentenza evidenzia la natura reale della misura confermando l'orientamento secondo cui gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile (l'estraneità agli abusi assumendo comunque rilievo sotto altri profili), applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la res tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato.

Alla mancanza originaria del titolo è equiparata la fattispecie di decadenza del titolo con riferimento agli interventi eseguiti dopo il maturarsi della stessa. La realizzazione della parte dell'intervento non ultimata nel termine stabilito è, infatti, subordinata al rilascio di nuovo permesso per le opere ancora da eseguire, salvo che le stesse non rientrino tra quelle realizzabili mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'[articolo 22](#). Si procede altresì, ove necessario, al ricalcolo del contributo di costruzione (art. 15, co. 3, TUE).

Inoltre, la previsione dell'art. 31 opera anche laddove il permesso sia annullato e non ricorrano gli estremi per la sanatoria dell'art. 38 di cui si dirà infra. Nel caso in cui l'annullamento sia disposto dalla P.A. è necessario che simile provvedimento sia preventivamente emesso e che, solo dopo, si adotti, l'ordinanza. Invero, nella prassi si riscontrino casi in cui i poteri siano cumulati.

Es. Tar MI. 758/2018. "1. Oggetto del presente giudizio è il provvedimento del Comune di Milano n. 471836 del 21 settembre 2016, notificato al ricorrente in data 27 settembre 2016, recante *"Annullamento, ai sensi dell'art. 21 nonies della 241/90, del titolo edilizio formatosi con Denuncia di Inizio Attività in atti P.G. 622484/2008, progr. n. 6670/2008 del 31.07.2008 per intervento edilizio in VIA ZURETTI 60 - ORDINE DI RIMESSA IN PRISTINO"*, nonché ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto.

1.1. Come evidenziato nella stessa memoria di parte resistente del 5 febbraio 2018 (foglio n. 5), il provvedimento impugnato si compone di due parti distinte: la prima si riferisce alla dichiarazione di inizio attività 6670/2008 di cui dispone l'annullamento; la seconda concerne, invece, le opere effettivamente realizzate che risultano difformi rispetto alla dichiarazione di inizio attività.

1.2. Alla prima parte del provvedimento si riferisce il segmento di motivazione nel quale l'Amministrazione evidenzia che *"la rappresentazione dello stato della DIA 6670/2008 (preesistente alle opere) non è veritiera; sono stati riscontrati dislivelli strutturali di quota del piano di calpestio (non rappresentati nello stato di fatto)"*.

1.3. Afferiscono, al contrario, alla seconda parte del provvedimento i rimanenti accertamenti richiamati in motivazione in forza dei quali il Comune afferma che *"le opere realizzate risultano in totale difformità al progetto in atti in quanto sono state realizzate maggiori altezze del sottotetto tali da poter considerare detti spazi, come incremento volumetrico, con altezze regolamentari"*. Sul punto, il Comune specifica che:

- *"il nuovo piano retto in sopralzo misura in pianta 20,50x6,76 mt. circa (ciò in luogo di mt. 21,95x7,25 mt.) con antistante terrazzo di profondità mt. 4,15 mt. circa in luogo di mt. 3,80. Le misure planivolumetriche del corpo scala rilevate sono 2,75 mt. X 3,38 in luogo a mt. 2,75x2,95;*

- *la soletta di tipo strutturale prevista in progetto è stata realizzata con pavimento "ecosprint" di tipo galleggiante di altezza cm 33, rispetto alla soletta strutturale;*

- *le quote interne del sottotetto sono mt. 2,12 (minima) e mt. 2,53 (massima) con una h. media pari a mt. 2,33 circa, misure però stimate al netto dello spessore del pavimento in "ecoprint" e del ribassamento in cartongesso del soffitto inclinato (realizzato dopo l'erezione dei tavolati interni) mentre le hmp al lordo delle intercapedini è pari circa mt. 3,08;*

- *la ripartizione degli spazi interni non è conforme al progetto n. 6670/2008 mentre si approssima a quella prevista con DIA 5430/2010 cui la parte ha rinunciato in data 24/01/2011;*

- Il locale denominato "stenditoria" è anche dotato di rapporti aeroilluminanti verificati (1,76 mq vs 14,95 mq);
- è stata rilevata la presenza di "spazi morti" a tutta altezza di profondità 5 e 7 cm circa e di lunghezza 7,10 mt. e 5,56 mt. realizzati verosimilmente con lastre di cartongesso;
- presenza di servitù di veduta a carico del fondo finitimo (in atti vi sono patti convenzionali tra le parti)".

1.3. Il provvedimento impugnato costituisce, pertanto, esercizio di due autonomi poteri aventi presupposti giuridici differenti: il potere di annullamento ha, infatti, per presupposto l'accertata sussistenza di un vizio genetico del provvedimento; al contrario, il potere repressivo attinge alla riscontrata difformità tra le opere consentite dal titolo e non necessariamente si riverbera *ex se* sulla validità di questo.

2. Operata tale precisazione, si osserva che, nel caso di specie, parte ricorrente non contesta neppure la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere repressivo, incentrando, al contrario, l'intero ricorso sull'insussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di annullamento. L'oggetto esclusivo del ricorso è, quindi, la c.d. prima parte del provvedimento, relativa, come spiegato, all'illegittimità dell'annullamento della dichiarazione di inizio attività. Ne consegue, inoltre, l'estraneità alla portata decisoria della presente sentenza della parte del provvedimento relativa all'esercizio del distinto potere sanzionatorio che è, tra l'altro, oggetto di definizione sul piano sostanziale mediante la segnalazione certificata di inizio attività avente ad oggetto "*Demolizione di opere interne difformi rispetto alla DIA PG 622484/2008 progr. 6670/2008 e rettifica di lievi difformità dimensionali nella rappresentazione grafica di suddetta DIA*".

3. Individuato con esattezza l'oggetto del giudizio, il Collegio ritiene, in primo luogo, che il primo motivo e la prima parte del secondo motivo di ricorso siano meritevoli di accoglimento per le ragioni di seguito spiegate.

3.1. Come evidenziato al precedente punto 1, il provvedimento impugnato cumula i due poteri di annullamento e di sanzione per le difformità riscontrate. Richiamando precedenti specifici della Sezione, deve, tuttavia, osservarsi che l'annullamento in autotutela dei titoli edificatori richiede anzitutto l'evidenziazione dei relativi profili di illegittimità, la quale non può, di per sé, derivare dal ricorso a modalità esecutive non consentite. Infatti, l'illegittimità dell'atto può dipendere esclusivamente da un vizio genetico, da cui esso sia affetto sin dall'origine, e non può, invece, conseguire dall'eventuale ritenuta violazione delle disposizioni autorizzatorie contenute nel provvedimento ampliativo. Una siffatta violazione, infatti, ove effettivamente accertata, può dare luogo all'irrogazione delle sanzioni, ma giammai alla rimozione dell'atto, che – anzi – costituisce il necessario parametro alla stregua del quale valutare la conformità o la difformità dell'attività eseguita dal suo destinatario (TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 27 agosto 2014, n. 2264).

3.2. Coerentemente con le premesse esposte al precedente punto, la Sezione ha ritenuto *"intrinsecamente contraddittorio e non rispondente al paradigma normativo dell'articolo 21-nonies l'annullamento in autotutela disposto senza che sia espressamente accertata e dichiarata la sussistenza di un vizio genetico del provvedimento rimosso e, anzi, facendo espresso riferimento a una ritenuta totale difformità di quanto eseguito rispetto al titolo rilasciato"* (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 27 agosto 2014, n. 2264).

3.3. Il principio esposto non risulta smentito dalla successiva sentenza della sezione del 10 febbraio 2015, n. 510, evocata nella memoria del Comune del 5 febbraio 2018 e, invero, richiamata a sostegno della misura cautelare disposta con ordinanza n. 1689/2016.

3.4. In tale pronuncia, la Sezione ha, infatti, evidenziato che *"il simultaneo esercizio del potere di annullamento in autotutela e di quello repressivo per le difformità dal titolo non è consentito [...] rispetto alle stesse opere, ma non è invece escluso in linea di principio con riferimento a lavori diversi relativi alla realizzazione di un unico manufatto. Non può infatti escludersi che il privato, in possesso di un titolo già in sé illegittimo, se ne discosti altresì in sede esecutiva"*.

La pronuncia non opera, quindi, una sovrapposizione dei due poteri ma, al contrario, postula la sussistenza di una illegittimità propria del titolo. Lo conferma il successivo passaggio motivazionale nel quale la Sezione ha cura di precisare: *"Tuttavia, laddove l'Amministrazione ritenga che effettivamente sussista una siffatta ipotesi, essa è tenuta a precisare esattamente quali opere debbano considerarsi previste dal titolo, pur ritenuto illegittimo, e quali invece siano state eseguite in difformità rispetto alle precedenti denunce di inizio di attività. Ben diverso è infatti, come detto, il trattamento che l'ordinamento riserva alle due fattispecie, le quali (anche eventualmente nel contesto dello stesso provvedimento) devono essere distintamente trattate, in quanto soggette all'esercizio di poteri tra loro autonomi e fondati su presupposti del tutto differenti"*.

4. I principi esposti, ai quali la Sezione ritiene di dare continuità, risultano operanti anche nel caso di specie atteso che il Comune si è limitato ad affermare che la *"rappresentazione dello stato della DIA 6670/2008 (preesistente alle opere) non è veritiera"*, essendo stati *"riscontrati dislivelli strutturali di quota del piano di calpestio (non rappresentati nello stato di fatto)"*.

In ultimo sono equiparati agli interventi senza titoli le opere eseguite su immobili abusivi. Secondo costante giur. i lavori su immobili abusivi non possono mai qualificarsi come manutenzione o ristrutturazione perché questi interventi presuppongono immobile conforme alle previsioni. In sostanza, in simili ipotesi gli interventi saranno considerati come opere eseguite senza acquisizione di un titolo.

Passiamo alla seconda ipotesi. Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planivolumetriche o di utilizzazione da quello

oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile.

Sono, inoltre, ritenuti interventi in difformità quelli di cui all'art. 32, u.c., TUE: *"Gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali"*.

Per quanto concerne, invece, la categoria delle variazioni essenziali va ricordata la previsione di cui all'art. 32 a mente della quale:

"1. Fermo restando quanto disposto dal comma 1 dell'articolo 31, le regioni stabiliscono quali siano le variazioni essenziali al progetto approvato, tenuto conto che l'essenzialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:

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

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

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

d) mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito;

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

2. Non possono ritenersi comunque variazioni essenziali quelle che incidono sulla entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative.

3. Gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli

effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali".

Un dato di particolare rilievo è costituito dai volumi tecnici sui quali si genera spesso contenzioso. Il Consiglio di Stato ricorda che: *«secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente i c.d. volumi tecnici sono quelli esclusivamente adibiti alla sistemazione di impianti aventi un rapporto di strumentalità necessaria con l'utilizzo della costruzione e che non possono essere ubicati all'interno della parte abitativa.*

In relazione a tale ultimo aspetto la Corte di Cassazione ha precisato che, ai fini della nozione di « volume tecnico », assumono valore tre ordini di parametri: il primo, positivo e funzionale, attiene al rapporto di strumentalità necessaria del manufatto con l'utilizzo della costruzione alla quale si connette; il secondo ed il terzo, negativi, consistono, da un lato, nell'impraticabilità di soluzioni progettuali diverse — nel senso che tali costruzioni non devono potere essere ubicate all'interno della parte abitativa — e dall'altro lato, in un rapporto di necessaria proporzionalità tra tali volumi e le esigenze effettivamente presenti.

Da ciò consegue che rientrano nella nozione in parola solo le opere edilizie completamente prive di una propria autonomia funzionale, anche potenziale, mentre non sono riconducibili alla stessa i locali, in specie laddove di ingombro rilevante, oggettivamente incidenti in modo significativo sui luoghi esterni. (ad es. Cass. penale n. 7217 del 2011).

In analogo prospettiva, la prevalente giurisprudenza amministrativa ha precisato che si definisce volume tecnico il volume non impiegabile né adattabile ad uso abitativo e comunque privo di qualsivoglia autonomia funzionale, anche solo potenziale, perché strettamente necessario per contenere, senza possibili alternative e comunque per una consistenza volumetrica del tutto contenuta, gli impianti tecnologici serventi una costruzione principale per essenziali esigenze tecnico-funzionali della medesima e non collocabili, per qualsiasi ragione, all'interno dell'edificio. (ad es. VI Sez. n. 175 del 2015).

*Come si vedrà meglio in seguito, l'importanza della qualificazione di un volume come "tecnico" sta nel fatto che i volumi tecnici – purchè in rapporto di funzionalità necessaria rispetto alla costruzione cui ineriscono – non vanno computati nel calcolo della volumetria massima consentita, in quanto per definizione essi non generano autonomo carico urbanistico». **Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 4358 del 7 luglio 2020.***

1.2. Procedimento di applicazione della misura.

Terminata l'esposizione delle figura che si ascrivono all'alveo della previsione occorre operare alcune considerazione sulla natura del potere e sul procedimento di applicazione della misura.

In primo luogo va ricordato come si tratti di un potere/dovere nel senso che l'Amministrazione ha l'obbligo di reprimere gli abusi. Lo conferma la previsione dell'art. 31, co. 8., che prevede potere sostitutivo regionale. In secondo luogo, va evidenziato come gli Uffici comunali difettino di discrezionalità; l'intervento repressivo è conseguenza necessario del riscontro del carattere abusivo della res. In ultimo va notato come l'intervento sia officioso (vi è un obbligo di vigilanza e conseguente accertamento e repressione). Possibile ovviamente che interventi abusivi siano denunciati da altri soggetti con richiesta di intervento all'Amministrazione e, in caso di inerzia, possibilità di attivare il rimedio del ricorso avverso il silenzio-inadempimento.

La doverosità dell'azione comunale incide, secondo la giurisprudenza, sul tema relativo alla necessità di anteporre l'adozione dell'atto alla comunicazione di avvio del procedimento. Invero, non mancano pronunce che sottolineano la portata generale della regola non rinvenendo una deroga nel caso di specie (CDS 5943/2013). Altre pronunce ritengono comunque applicabile la regola del 21 octies, co. 2, 241/1990 secondo la quale *"non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*. Come spiegato dal TAR Milano, le due previsioni racchiuse all'interno dell'articolo 21-octies, comma 2, della l. 241/1990 presentano elementi strutturali distinti che ne consentono la contestuale operatività ove si consideri che: a) la disposizione del secondo periodo contiene un elemento aggiuntivo rispetto a quella del primo periodo (consistente nella ricomprensione nella propria area operativa dei provvedimenti a natura non vincolata) e un elemento specializzante (consistente nel riferimento alla sola

violazione della regola sulla comunicazione di avvio del procedimento); *b*) sussiste, pertanto, una specialità unilaterale per aggiunta e per specificazione della disposizione del secondo periodo rispetto a quella contenuta nel primo periodo; *c*) le due fattispecie affidano, però, la declaratoria di non annullabilità a meccanismi distinti che le connotano in termini di specialità reciproca per aggiunta consistenti, nel primo caso, nell'evidenza della inidoneità dell'intervento dei soggetti ai quali è riconosciuto un interesse ad interferire sul contenuto del provvedimento, e, nel secondo caso, nella prova da parte dell'Amministrazione che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso anche in caso di intervento di detti interessati (cfr., Cassazione civile, Sezioni unite, 5 aprile 2012, n. 5445); *d*) la reciproca eterogeneità del meccanismo di non invalidazione del provvedimento comporta l'interferenza delle due previsioni rispetto ad un'unica fattispecie potendosi, quindi, non invalidare un provvedimento di natura discrezionale nel caso in cui l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato anche in caso di violazione delle norme sulla partecipazione al procedimento (T.A.R. per la Lombardia – sezione II, 30.11.2018, n. 2706; Id., 26 marzo 2019, n. 660; Id., 3.12.2019, n. 2566). La prevalente giurisprudenza, tuttavia, rimarcando il carattere doveroso dell'intervento ed il carattere vincolato dell'accertamento predica la non necessità della comunicazione avvio procedimento: *“ Il Consiglio di Stato ritiene legittima l'ordinanza di demolizione adottata in assenza dell'avviso di inizio procedimento in quanto, essendo la repressione dell'abuso un atto dovuto, il provvedimento adottato dall'Amministrazione non avrebbe potuto in ogni caso essere diverso; secondo il Consiglio di Stato, l'ordinanza di demolizione, costituendo un atto doveroso e vincolato emesso all'esito di un mero accertamento tecnico della consistenza delle opere realizzate e del carattere abusivo delle medesime, non deve quindi essere preceduta dall'avviso di avvio del relativo procedimento, considerando anche la sua conseguente intangibilità ai sensi dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990” (Consiglio di Stato, Sezione Quarta, n. 2086 del 29 marzo 2019).*

Un ruolo decisivo nell'accertamento degli abusi è svolto dalla polizia municipale a cui fa riferimento l'art. 27, co. 4, TUE secondo cui: “Gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, ove nei luoghi in cui vengono realizzate le opere non sia esibito il permesso di costruire,

ovvero non sia apposto il prescritto cartello, ovvero in tutti gli altri casi di presunta violazione urbanistico-edilizia, ne danno immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, al competente organo regionale e al dirigente del competente ufficio comunale, il quale verifica entro trenta giorni la regolarità delle opere e dispone gli atti conseguenti". Pol. mun. gioca un ruolo centrale nella vigilanza e nell'accertamento considerato anche che i verbali redatti dalla p.m. hanno efficacia dichiarativa qualificata ex art. 2700 c.c. di quanto constatato e delle attività ivi riportate.

Inoltre, deve evidenziarsi come il procedimento di irrogazione della sanzione comporti il solo obbligo della P.A. di accertare la ricorrenza dei presupposti per la immediata demolizione senza che occorra anche interrogarsi sulla sanabilità delle opere ex art. 36 o, come si vedrà, sulla possibilità di accedere a regimi sanzionatori alternativi.

Ancora, come evidenziato dalla Plenaria del CDS sopra ricordata non sussiste particolare onore motivazionale (rinvio: v. supra).

Aspetto diverso è quello della proporzionalità che talora ricorre nelle applicazioni giurisprudenziali sebbene in modo non sempre rigoroso. E' evidente come la proporzionalità non possa invocarsi per assentire il mantenimento di un'opera abusiva evocando il fattore temporale. Diverso è il caso in cui il provvedimento richieda interventi non strettamente necessari per ricondurre la situazione fattuale a legalità; nel qual caso è corretto affermare l'operatività del principio.

1.3. Contenuto del provvedimento.

In cosa consiste il provvedimento: in un ordine alla demolizione delle opere o alla rimessione in pristino da eseguirsi entro il termine non inferiore a giorni novanta di cui all'art. 31, co. 3, TUE. La giurisprudenza ritiene, tuttavia, che l'eventuale indicazione di un termine inferiore non si traduca in illegittimità dell'ordinanza ma comporti la necessità di attendere l'integrarsi del termine legale prima di procedere all'acquisizione.

Il provvedimento deve indicare necessariamente quali siano le opere abusive a pena di illegittimità per difetto di motivazione nonché di inesibilità di una condotta i cui elementi non siano analiticamente delineati. Non devono invece indicarsi le opere da eseguire e

neppure l'area oggetto di acquisizione. Sul punto va chiarito. Se il provvedimento indica l'area tale determinazione dovrà essere analitica e rispondente ai criteri di legge. Se invece l'acquisizione è solo preannunciata (quale conseguenza sanzionatoria derivante dall'inottemperanza) allora la determinazione concreta potrà essere rimessa al successivo provvedimento di acquisizione di cui si dirà *infra*.

1.4. Destinatari

Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, *" ai fini della legittimazione passiva del soggetto destinatario di un ordine di demolizione, l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, nell'individuare i soggetti colpiti dalle misure repressive nel proprietario e nel responsabile dell'abuso, considera evidentemente quale soggetto passivo della demolizione il soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso, potere che compete indubbiamente al proprietario, anche se non responsabile in via diretta, in quanto il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino non coincide con l'accertamento di responsabilità storiche nella commissione dell'illecito, ma è correlato all'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella codificata nella normativa urbanistico-edilizia, e all'individuazione di un soggetto il quale abbia la titolarità a eseguire l'ordine ripristinatorio, ossia il proprietario, in virtù del suo diritto dominicale"* (T.A.R. per l'Emilia-Romagna – sez. staccata Parma, sez. I, 26 marzo 2019, n. 72).

Del resto, l'ordinanza di demolizione costituisce una misura di carattere reale volta a reprimere un illecito di natura permanente e ciò legittima l'individuazione del proprietario tra i soggetti che simile illecito è onerato a rimuovere (cfr., per il principio, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 17 ottobre 2017, n. 9; cfr., inoltre, la giurisprudenza citata al punto 2 dell'ordinanza cautelare n. 510/2019 della Sezione). Il carattere reale e l'ambulatorietà del provvedimento demolitorio è, poi, precisato affermandosi che *" la misura repressiva della demolizione mira a colpire una situazione di fatto obiettivamente antiggiuridica, cioè l'avvenuta abusiva realizzazione di opere edilizie in contrasto con la disciplina urbanistica e ha lo scopo di ripristinare l'ordine urbanistico violato, attraverso la demolizione dell'opera stessa. Da tale natura ripristinatoria consegue che la sanzione demolitoria può essere legittimamente irrogata nei confronti del proprietario del bene, anche se diverso dal responsabile dell'abuso e anche se estraneo alla commissione dell'abuso stesso e ciò in quanto l'abusività dell'opera è una connotazione di natura reale: segue l'immobile*

anche nei successivi trasferimenti del medesimo, con l'effetto che la demolizione è, di regola, atto dovuto e prescinde dall'attuale possesso del bene e dalla coincidenza del proprietario con il realizzatore dell'abuso medesimo" (T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. II-bis, 5 settembre 2017 n. 9567).

L'ordine di natura reale è, quindi, correttamente rivolto, *ex aliis*, al proprietario a prescindere dalla responsabilità dello stesso nella realizzazione dell'illecito che investe il diverso tema relativo alla sanzione amministrativa (cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3391) o al provvedimento acquisitivo che, come spiegato in apertura, non sono oggetto del giudizio in quanto provvedimenti non ancora emessi dall'Amministrazione. Su questi aspetti, pertanto, è, persino, preclusa al Collegio la possibilità di pronuncia stante il divieto di cui all'articolo 34, comma 2, primo periodo, c.p.a.

Inoltre, correttamente l'Amministrazione individua quale destinatario dell'ordine il soggetto che ha la disponibilità dell'immobile al momento dell'accertamento. Infatti, *"precisata la natura reale e non personale dei provvedimenti repressivi degli abusi edilizi, che il Legislatore impropriamente definisce sanzioni"*, si ritiene che questi vadano *"adottati nei confronti di colui che detiene materialmente il bene e può assicurarne la rimozione, a prescindere dall'essere egli responsabile dell'abuso"* (T.A.R. per la Lombardia – sede di Brescia, Sez. I, 29 luglio 2018, n. 917). Lo conferma altra parte della giurisprudenza ritenendo che la previsione di cui all'articolo 31 del D.P.R. n. 380/2001, *"considera quale soggetto passivo della demolizione il soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso, potere che compete indubbiamente al proprietario, anche se non responsabile in via diretta; ciò perché nella nozione di responsabile dell'abuso rientra non solo chi ha posto in essere materialmente la violazione contestata, ma anche chi ha la disponibilità dell'immobile e che pertanto - quale detentore e utilizzatore - deve provvedere alla demolizione restaurando così l'ordine violato"* (cfr., *ex multis*, T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, sez. III, 19 giugno 2018, n. 4047). Ne consegue che, valutato il provvedimento secondo la situazione fattuale esistente al momento della sua adozione, lo stesso non può considerarsi illegittimo nella parte in cui si rivolge all'utilizzatore, all'epoca, del bene contrassegnato da opere abusive (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 4837).

1.5. Esigibilità della condotta nel caso di compendio sottoposto a misura di sequestro.

Sul tema si registrano opposti orientamenti.

V. la sintesi operata dal TAR MILANO N. 721/2021: " 3.2. *Il secondo motivo di ricorso, relativo all'invalidità dell'ordine di demolizione adottato in costanza di un provvedimento di sequestro preventivo sull'area, è parimenti infondato, ma con le precisazioni che seguono riguardo l'efficacia del provvedimento.*

La tesi della società ricorrente è basata sull'affermazione dell'invalidità genetica di un ordine di demolizione che imponga un obbligo di fare inesigibile, in quanto avente ad oggetto un immobile sottratto alla disponibilità del destinatario del comando per effetto di un sequestro penale.

In proposito, esistono due indirizzi contrapposti nella giurisprudenza amministrativa.

Secondo un primo orientamento, maggioritario, la pendenza di un sequestro penale sul manufatto abusivo è irrilevante ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione avente per oggetto il medesimo bene immobile (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VI, 7 luglio 2020 n. 4354; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 15 marzo 2021, n. 562 T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 6 maggio 2020 n.286, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 27 aprile 2020 n.814, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 31 gennaio 2020 n.31; C.G.A.R.S., Sez. giurisd., 20 dicembre 2019 n. 1074; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 4 settembre 2019 n.10739; Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2018, n. 4418; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 15 giugno 2018 n. 958; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 16 febbraio 2018 n. 1049; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 14 febbraio 2018, n. 275).

Secondo la tesi opposta, l'ordine di demolizione adottato in costanza di sequestro è invece nullo per mancanza di un elemento essenziale dell'atto, in quanto l'oggetto sarebbe impossibile (in questo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 16 aprile 2020, n. 2431; Cons. St., Sez. VI, 17 maggio 2017, n. 2337; C.G.A.R.S., 20 novembre 2014, n. 1175).

Il Collegio ritiene che, in generale, si debba escludere, nel rispetto delle strategie difensive evidenziate pure da Cons. Stato 2337/2017, un obbligo di richiedere il dissequestro dell'immobile per il destinatario dell'ordine e che, tuttavia, l'indisponibilità del bene per effetto del sequestro rileva solo sull'efficacia del provvedimento, non potendo il termine per l'ottemperanza decorrere fino a che la misura non sia venuta

meno: non si realizza infatti un'insuperabile e assoluta impossibilità di eseguire l'ordinanza di demolizione, ben potendo – in considerazione che il sequestro penale, quello conservativo e quello preventivo sono misure interinali – il privato tornare nella disponibilità dell'immobile e ottemperare all'ordine ricevuto (in questo senso, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2018, n. 4418: "in presenza di un sequestro penale e nella vigenza dello stesso, il termine per l'ottemperanza non decorre fino a che tale misura cautelare non sia venuta meno ed il bene ritornato nella disponibilità del privato. Deve, pertanto, ritenersi che l'ingiunzione comunque non possa produrre i suoi effetti nei confronti del privato fino alla restituzione del bene ad esso sottratto. Da tale momento cominciano, infatti, a decorrere i 90 giorni per l'ottemperanza e, pertanto, l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune si verifica solo ove non si sia data esecuzione all'ingiunzione entro tale nuovo termine. [...] Ciò posto sotto il profilo sostanziale, deve, peraltro, essere rilevato che l'inottemperanza all'ordine di demolizione nel suddetto termine di 90 giorni deve essere oggetto di un atto di accertamento, il quale ha pure esso natura dichiarativa e non dispositiva")".

2. Interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità (art. 33). Le peculiarità del regime sanzionatorio.

Tracciato il quadro generale della sanzione demolitoria disegnata dall'art. 31 TUE occorre evidenziare le peculiarità relative al regime sanzionatorio relativo agli interventi di cui all'art. 33. Difatti, mentre l'art. 31, d.P.R. n. 380/2001 sanziona interventi di "nuova costruzione" eseguiti in difetto di permesso di costruire o in totale difformità o con variazioni essenziali, mentre le sanzioni per le ristrutturazioni eseguite in difetto di permesso di costruire sono previste dall'art. 33 (che dispone la **demolizione delle opere abusive senza però prevedere quale conseguenza dell'inosservanza dell'ordine di demolizione l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale e la sanzione pecuniaria**) (TAR Campania, Napoli, sent. n. 3684/2021). Il differente regime si giustifica in quanto mentre la ristrutturazione edilizia si distingue dalla nuova costruzione perché mentre quest'ultima presuppone una trasformazione del territorio, la ristrutturazione è invece caratterizzata dalla preesistenza di un manufatto, in quanto tale trasformazione vi è in precedenza già stata (CdS, IV, 7 aprile 2015 n. 1763; Id. id., 12 maggio 2014 n. 2397; Id. id., 6 dicembre 2013 n. 5822; Id. id., 30 marzo 2013, n. 2972).

In sostanza, anche per tali fattispecie è doverosa l'adozione dell'ordinanza di demolizione con conseguente ordine di rimozione che, tuttavia, deve fissarsi da parte della P.A. tenendo conto della complessità degli interventi da eseguire e della specifica vicenda apprezzata nella sua interezza. Ciò in ragione del fatto che la ristrutturazione non comporta una trasformazione del territorio ma incide su qualcosa di esistente: il che può tradursi nella maggiore facilità di rimozione o, al contrario, in attività più complesse. Per questo spesso se aditi in sede cautelare si utilizza tecnica del remand laddove si ritenga che termine sia troppo esiguo.

Il legislatore prevede, altresì, una sanzione pecuniaria alternativa che, proprio in quanto alternativa, ha natura reale e ripristinatoria e non punitiva.

Inoltre, il legislatore disegna un peculiare procedimento ove l'ordinanza di demolizione è il primo momento. Afferma, sul punto, la giurisprudenza che:

- *"l'applicabilità della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 33, comma 2, del D.P.R. n. 380/2001, in deroga alla regola generale della demolizione, propria degli illeciti edilizi, presuppone la dimostrazione della oggettiva impossibilità di procedere alla demolizione delle parti difformi senza incidere, sul piano delle conseguenze materiali, sulla stabilità dell'intero edificio. Inoltre, l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico"* (CdS, VI, 10 gennaio 2020, n. 254); In passato si riteneva, invero, che tali valutazioni dovessero effettuarsi già in fase di adozione dell'atto (CDS 1055/2020 su art. 12 L. 47/1985). Ora prevale questo orientamento che posticipa la valutazione ad un momento successivo all'adozione dell'ordine di demolizione e antecedente, quindi, all'atto attuativo dell'ingiunzione ex art. 41 TUE ⁽³⁾

³ 1. In caso di mancato avvio delle procedure di demolizione entro il termine di centottanta giorni dall'accertamento dell'abuso, la competenza è trasferita all'ufficio del prefetto che provvede alla demolizione avvalendosi degli uffici del comune nel cui territorio ricade l'abuso edilizio da demolire, per ogni esigenza tecnico-progettuale. Per la materiale esecuzione dell'intervento, il prefetto può avvalersi del concorso del Genio militare, previa intesa con le competenti autorità militari e ferme restando le prioritarie esigenze istituzionali delle Forze armate.

- "la valutazione circa la possibilità di dare corso alla applicazione della sanzione pecuniaria a fronte di una opera abusiva in luogo di quella ripristinatoria costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla ingiunzione a demolire, con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive, dimodoché la verifica di cui all'art. 33, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 va compiuta su segnalazione della parte privata durante la fase esecutiva e non dall'Amministrazione procedente all'atto dell'adozione del provvedimento sanzionatorio" (CdS, II, 24 marzo 2021, n. 2493; Id., VI, 13 maggio 2021, n. 3783).

Tale verifica può rilevarsi d'ufficio da parte della P.A. ma anche su sollecitazione (come più spesso avviene) del privato cui spetta, in tal caso, fornire adeguata prova ed idonei elementi tecnici circa l'impossibilità di procedere al ripristino dell'opera. Se privato chiede applicazione della sanzione pecuniaria l'Amministrazione dovrà emettere preavviso di rigetto ove ritenga non condivisibili le deduzioni del privato (TAR Napoli n. 2137/2012).

Due ultimi aspetti:

1. I presupposti di operatività della misura sono oggettivi ed attengono esclusivamente al pregiudizio che sia arrecherebbe all'edificio; valutazione di tipo sociale o di eccessiva onerosità economica o materiale della misura sono ritenute estranee alla regola in esame e, inoltre, si trasformerebbe la misura in condoni mascherati;
2. la motivazione sul punto è doverosa in particolare nel caso in cui si ritenga operante il regime sostitutivo.

2.2. Interventi su immobili vincolati ed ubicati in zona "a".

Un regime e procedimento particolare vale per gli immobili indicati nel titolo del presente paragrafo. Si prevede, infatti, che:

-
2. Entro il termine di cui al comma 1, i responsabili del comune hanno l'obbligo di trasferire all'ufficio del prefetto tutte le informazioni relative agli abusi edilizi per provvedere alla loro demolizione.

" 3. Qualora le opere siano state eseguite su immobili vincolati ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, l'amministrazione competente a vigilare sull'osservanza del vincolo, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti, ordina la restituzione in pristino a cura e spese del responsabile dell'abuso, indicando criteri e modalità diretti a ricostituire l'originario organismo edilizio, ed irroga una sanzione pecuniaria da 516 a 5164 euro".

Secondo il successivo comma 2: *" Qualora le opere siano state eseguite su immobili, anche se non vincolati, compresi nelle zone omogenee A, di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, il dirigente o il responsabile dell'ufficio richiede all'amministrazione competente alla tutela dei beni culturali ed ambientali apposito parere vincolante circa la restituzione in pristino o la irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al precedente comma. Qualora il parere non venga reso entro novanta giorni dalla richiesta il dirigente o il responsabile provvede autonomamente".*

In ordine alla prima ipotesi si noti che:

- i) la sanzione demolitoria è sempre doverosa non essendo previsto regime sanzionatorio alternativo;
- ii) la competenza è dell'Autorità statale competente a vigilare sul vincolo che ordina sia la restituzione in pristino che, diversamente da quanto avviene in termini generali, le modalità per realizzare tali attività;
- iii) simile potere concorre con le ulteriori sanzioni previste dall'ordinamento;
- iv) oltre alla restituzione in pristino è prevista una sanzione pecuniaria aggiuntiva e non alternativa e, come tale, di natura sanzionatoria e non reale o ripristinatoria; inoltre, tale sanzione non è ragguagliata al valore delle opere (che avrebbe senso ove la misura avesse carattere reale o ripristinatorio) ma ad una forbice edittale.

In ordine alla seconda ipotesi va, invece, evidenziato che:

- i) l'iter procedimentale è differente da quelli esaminati occorrendo un parere dell'autorità competente alla tutela che dovrà pervenire entro 90 gg. dalla richiesta; in caso di mancata ricezione sarà l'Amministrazione ad effettuare le valutazioni richieste dal disposto normativo;

- ii) le valutazioni consistono nella verifica circa la restituzione in pristino o l'irrogazione della sanzione; pertanto, in tal caso, la possibilità di una sanzione sostitutiva è valutata prima dell'adozione dell'atto e non nella fase di esecuzione (come avviene nei casi di cui all'art. 33, co. 2, tue);
- iii) la sanzione è, quindi, sostitutiva (a differenza del co. 3) e, quindi, ha natura reale e ripristinatoria;
- iv) occorre che l'Amministrazione motivi con particolare analiticità le ragioni che la inducono a ritenere applicabile la sanzione sostitutiva;
- v) la previsione non detta criteri per la determinazione della sanzione; ritiene la dottrina che operino i principi fondamentali dell'agere amministrativo e, in particolare, il principio di proporzionalità.

3. Interventi eseguiti in parziale difformità dal titolo. Regime sanzionatorio.

Un regime sostanzialmente omologo a quello esaminato in relazione alle fattispecie di ristrutturazione ex art. 33, co. 1 e 2, TUE, vale in relazione agli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire e regimi equiparati. Questi sono rimossi o demoliti a cura e spese dei responsabili dell'abuso entro il termine congruo fissato dalla relativa ordinanza del dirigente o del responsabile dell'ufficio. Decorso tale termine sono rimossi o demoliti a cura del comune e a spese dei medesimi responsabili dell'abuso.

Inoltre, quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392 [disposizione abrogata ma i cui criteri sono comunque operanti stante la natura materiale del rinvio], della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale.

Ora, anche in tal caso non è prevista la possibilità di acquisizione al patrimonio comunale in caso di inottemperanza. Inoltre, è possibile far operare una sanzione alternativa la cui

entità è parametrata al valore del bene (differenziato a seconda dell'uso residenziale o meno) e determinata in relazione al momento dell'accertamento della sanzione e non della realizzazione delle opere (come invece avviene per le ipotesi dell'art. 33).

Per il resto, il meccanismo è simile a quanto previsto dall'art. 33 e, pertanto, può rinviarsi a quanto ivi esposto evitando inutili duplicazioni.

4. Una fattispecie particolare: gli interventi abusivi eseguiti su suoli di proprietà dello Stato o di enti pubblici.

Prima di procedere a completare la rassegna occorre soffermare l'attenzione sulla figura di cui all'art. 35 del TUE che testualmente prevede:

" 1. Qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, previa diffida non rinnovabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo.

2. La demolizione è eseguita a cura del comune ed a spese del responsabile dell'abuso.

3. Resta fermo il potere di autotutela dello Stato e degli enti pubblici territoriali, nonché quello di altri enti pubblici, previsto dalla normativa vigente.

3-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, eseguiti in assenza di segnalazione certificata di inizio attività', ovvero in totale o parziale difformità dalla stessa".

Da segnalare sono le peculiarità della previsione che si riferisce ad un'attività edilizia realizzata su suoli pubblici. Ora, le situazioni ricomprese nella fattispecie possono dar vita ad una "doppia" illiceità: quella di una occupazione senza titolo e quella di una attività edilizia sui suoli. Sono due situazioni che ricevono autonomo regime sanzionatorio. All'attività edilizia illecita fa riferimento la previsione in esame che, quindi, ha una sua componente di autonomia e che fa sì che l'ordine di demolizione per difetto di titolo edilizio ricada nella competenza provvedimentale ed esecutiva dell'amministrazione

comunale. Potere che concorre con quelli assegnati ad altre amministrazione come rileva il co. 3 della previsione in commento. Inoltre, tale previsione, letta congiuntamente all'obbligo di comunicazione di cui al co. 1, è finalizzata ad un coordinamento tra i diversi poteri repressivi mirando ad evitare indebite sovrapposizioni e duplicazione.

Passando ad esaminare il regime sanzionatorio si nota come l'art. 35 ricomprende anche le parziali difformità a differenza dell'art. 31. Il regime è, quindi, persino più grave di quello dell'art. 31 e ciò in quanto anche parziali difformità possono determinare un pregiudizio irreparabile ai vari interessi pubblici alla base della repressione che valgono a fortiori laddove i suoli siano di proprietà pubblica. La maggior gravità del regime si coglie anche considerando che:

- i) l'intervento repressivo è doveroso e non vi è possibilità di dare applicazione alla previsione dell'art. 31, co. 5, in ordine alla possibilità di valutare il mantenimento delle opere per fini di pubblica utilità;
- ii) l'abuso non è sanabile ed è, pertanto, escluso persino l'obbligo di provvedere su tale istanza in quanto inammissibile (TAR Liguria n. 873/2014);
- iii) è esclusa dalla prevalente giurisprudenza la possibilità di richiedere l'accertamento della doppia conformità ex art. 36, nonostante qualche arresto di segno contrario (v. ad esempio TAR Lecce, n. 710/2014).

Soggetto passivo del provvedimento comunale è solo il responsabile dell'abuso e non anche il proprietario incolpevole dell'opera. La differenza si spiega ove si consideri che il regime dell'art. 31 è sorretto dalla ulteriore "sanzione" consistente nell'acquisizione al patrimonio comunale che, nel caso in esame, non ha ragion d'essere in quanto il suolo è già pubblico sebbene di soggetto anche diverso dal Comune.

Dal punto di vista procedimentale va segnalata la necessità di far precedere l'ordine da una diffida non rinnovabile che è presupposto di legittimità del successivo provvedimento. Tale diffida assolve alla funzione di comunicazione di avvio del procedimento ed è ritenuta atto impugnabile in quanto tesa ad ottenere la demolizione spontanea da parte del responsabile. La diffida è superata dal successivo provvedimento che è considerato atto di

conferma in senso proprio. Ne consegue che la mancata impugnazione della diffida non comporta l'inammissibilità dell'impugnazione dell'ordine a demolire in quanto si tratta, per l'appunto, di atto di conferma sorretto da apposita istruttoria e valutazione.

Il TAR Milano, con riferimento agli interventi abusivi su suolo pubblico, dopo aver ricordato che l'art. 35, comma 1, del D.P.R. n. 380 del 2001 stabilisce che *"qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, previa diffida non rinnovabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo"*, precisa che l'omissione della diffida, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, rende illegittimo l'atto di demolizione (**TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 783 del 11 maggio 2020**).

Va, inoltre, evidenziato come la norma non preveda un termine. Non si ritiene operante quello dell'art. 31, co. 3, in quanto connesso all'acquisizione. Il termine dovrà quindi essere stabilito dall'Amministrazione secondo le circostanze concrete del caso.

5. Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività' e accertamento di conformità

In relazione a queste tipologie di intervento la sanzione della demolizione o riduzione in pristino opera solo in ordine a casi peculiari indicati dai commi 2 e 3 dell'art. 37.

La prima ipotesi è la seguente: *"2. Quando le opere realizzate in assenza di segnalazione certificata di inizio attività' consistono in interventi di restauro e di risanamento conservativo, di cui alla lettera c) dell'articolo 3, eseguiti su immobili comunque vincolati in base a leggi statali e regionali, nonché dalle altre norme urbanistiche vigenti, l'autorità competente a vigilare sull'osservanza del vincolo, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti, può ordinare la restituzione in pristino a cura e spese del responsabile ed irroga una sanzione pecuniaria da 516 a 10329 euro"*.

Alcune considerazioni sulla previsione. Occorre evidenziare che:

- i) il potere dell'autorità competente a vigilare sull'osservanza del vincolo è ritenuto concorrente con quello comunale stante la differenza degli interessi tutelati dalle due amministrazioni; possibile, pertanto l'intervento di uno dei due organi con il solo limite del divieto di sovrapposizione delle misure;
- ii) la motivazione dei provvedimenti di ripristino deve essere particolarmente analitica in quanto la misura è eccezione alla regola della sanzione pecuniaria (TAR Napoli n. 18670/2005);
- iii) la sanzione pecuniaria – se irrogata insieme all'ordine di ripristino – è cumulativa

La seconda deroga riguarda gli interventi di cui al comma 2 (sopra esaminati) ed eseguiti su immobili, anche non vincolati, compresi nelle zone indicate nella lettera A dell'articolo 2 del decreto ministeriale 2 aprile 1968. In questo caso il dirigente o il responsabile dell'ufficio richiede al Ministero per i beni e le attività culturali apposito parere vincolante circa la restituzione in pristino o la irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 1. Se il parere non viene reso entro sessanta giorni dalla richiesta, il dirigente o il responsabile dell'ufficio provvede autonomamente. In tali casi non trova applicazione la sanzione pecuniaria da 516 a 10329 euro di cui al comma 2.

Qui la sanzione pecuniaria è alternativa a differenza del caso di cui all'art. 37, co. 2, tue. Inoltre, la previsione si differenzia dal co. 2 in quanto richiede il parere dell'organo statale. In difetto di tale parere si provvede autonomamente con valutazione che dovrà risultare congruamente motivata.

6. La sanzione pecuniaria dell'art. 31, co. 4 bis, TUE (cenni).

In precedenza abbiamo già accennato alla sanzione pecuniaria introdotta nel 2014. Questo il dato normativo:

"4-bis. L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti. La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, e' sempre irrogata nella misura massima. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento

sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

4-ter. I proventi delle sanzioni di cui al comma 4-bis spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico.

4-quater. Ferme restando le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, le regioni a statuto ordinario possono aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione".

Secondo la giurisprudenza la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4 bis, d.P.R. n. 380/2001 non è una conseguenza dell'abuso edilizio, risalente nel tempo, ma dell'inerzia mantenuta dagli autori di fronte ad un ordine di demolizione. Se, dunque, l'inerzia si è prolungata dopo l'entrata in vigore della norma sanzionatoria e dopo l'imposizione del vincolo paesistico, per un tempo sufficiente a coprire il termine di ottemperanza stabilito nell'ordine di demolizione, i soggetti rimasti inerti devono essere assoggettati alla sanzione pecuniaria e tale sanzione resta fissata nella misura massima prevista a tutela del vincolo paesistico (T.A.R. Brescia , sez. II , 07/06/2021 , n. 512).

In ordine al tema del diritto intertemporale la giurisprudenza precisa: il principio di legalità e di irretroattività delle sanzioni amministrative non comporta l'inapplicabilità tout court del disposto del comma 4 bis dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001 (che prevede l'irrogazione della sanzione pecuniaria amministrativa in caso di mancata ottemperanza all'ordine di demolizione di abusi edilizi) alle ordinanze di demolizione emesse prima della sua entrata in vigore, bensì esso è applicabile anche in riferimento alle ingiunzioni di demolizione notificate in data antecedente l'entrata in vigore della l. 11 novembre 2014 n. 164 , purché l'inottemperanza all'ingiunzione medesima, posta a base della sanzione, sia accertata decorso il termine di 90 giorni a decorrere dall'entrata in vigore della medesima l. 11 novembre 2014 (ovvero a decorrere dal 12 novembre 2014). Ciò in quanto la condotta

che la disposizione mira a sanzionare è quella di chi non abbia ottemperato all'ordine demolitorio nel termine assegnato di novanta giorni (TAR Napoli n. 5727/2021).

In ordine alla natura della sanzione la giurisprudenza precisa "con la sanzione pecuniaria in oggetto si intende infatti reagire al fenomeno dell'inosservanza all'ordine di demolizione impartito dalla P.A. e, dunque, reprimere una condotta diversa – seppur consequenziale – rispetto a quella dell'edificazione senza titolo, punita, appunto, con la demolizione e la sottrazione al proprietario della disponibilità del bene" (T.A.R. per la Sicilia – sede di Catania, Sez. III, 7.2.2019, n. 173). Inoltre, secondo il C.G.A.R.S., la "ratio" della norma è *"quella di rafforzare - colpendo con la comminatoria di una punizione di natura pecuniaria le inerzie dei destinatari sanzionati - i presidi normativi a garanzia dell'ottemperanza alle ingiunzioni a demolire: la sanzione pecuniaria di cui al comma 4-bis dell'art. 31 è stata introdotta, all'evidenza, proprio al fine di incentivare la compliance (ossia la spontanea attivazione) dei privati rispetto all'ordine di demolizione, attraverso una coazione indiretta rappresentata da una reazione punitiva dell'ordinamento, incidente sul patrimonio dei responsabili degli abusi eventualmente rimasti inerti a fronte di un dovere di esecuzione su di essi gravante; sicché ipotizzare che laddove si applichi la sanzione pecuniaria non si possa più far luogo all'acquisizione e alla demolizione sarebbe una conclusione abrogans e contrastante, non solo con la lettera della legge, ma anche con la stessa, riferita politica legislativa attuata con l'intervento normativo"* (C.G.A.R.S., Adunanza di Sezione del 17 marzo 2015, n. 322/2015). Va, quindi, respinta – ancorché seguita da un certo orientamento giurisprudenziale – la tesi secondo cui la "ratio" della sanzione pecuniaria in argomento sarebbe *"quella di tenere indenne l'Amministrazione comunale dalle spese di ripristino"*, atteso che, ad avviso della giurisprudenza, la sanzione di cui al comma 4-bis ha natura esclusivamente afflittiva, con l'unico scopo *"della retribuzione giuridica del responsabile, nonché della prevenzione generale e speciale"* e non costituisce affatto un'anticipazione a titolo risarcitorio delle spese necessarie al ripristino dello stato dei luoghi, a nulla rilevando la destinazione dei proventi delle sanzioni irrogate e riscosse (*cf.*, ancora, C.G.A.R.S., Adunanza di Sezione del 17 marzo 2015, n. 322/2015).

C. L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale nel caso di inottemperanza all'ordine di demolizione.

1. Premessa

La terza figura da esaminare è quella dell'acquisizione al patrimonio comunale in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione. Come visto si tratta di istituto operante nei casi più gravi con il quale il legislatore intende coartare indirettamente i soggetti destinatari dell'ordine alla esecuzione dello stesso. Una coercizione particolarmente importante viste le entità delle conseguenze che consistono in una misura a carattere ablatoria che comporta il trasferimento del diritto di proprietà al comune o alle amministrazioni che tutelano il vincolo nei casi dell'art. 31, co. 6. TUE (caso di Villa san carlo Borromeo – Tar Mi. n. 1896/2021).

La misura in esame vede il proprio antecedente normativo nell'omologo istituto previsto dall'art. 15 della L. 10/1977 che modifica l'art. 32 della L. n. 1150/1942 consentendo l'acquisizione al patrimonio indisponibile del Comune delle opere abusive e dell'area di insistenza. Con la legge 47/1985 si prevede, inoltre, la possibilità di acquisire un'area ulteriore necessaria alla realizzazione di opere analoghe. Tali previsioni sono sottoposte all'attenzione della Corte cost. che, tuttavia, rigetta le questioni ritenendo le regole conformi all'ordinamento (C.C. n. 82/1991; Id., 345/1991).

Tali previsioni sono poi mutate dal TUE che è, poi, interessato da un importante intervento normativo nel 2014 cui si deve l'inserzione delle seguenti previsioni:

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

4-ter. I proventi delle sanzioni di cui al comma 4-bis spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico.

4-quater. Ferme restando le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, le regioni a statuto ordinario possono aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione".

2. Natura giuridica della misura.

Sul punto occorre evidenziare come una risalente opinione ritiene la misura strumentale all'esecuzione della demolizione da parte della P.A. (TAR Napoli, ord. 406/1989 che rimette alla Corte Cost. – v. *supra*). Al contrario, la Corte Costituzionale ritiene che la misura abbia natura sanzionatoria e sia conseguente alla mancata ottemperanza all'ordine. In sostanza l'ordinamento reagisce ad una duplice illiceità del privato che prima realizza un'opera abusiva e successivamente non adempie all'ordine di demolizione (CDS n. 3834/2011). Invero, il meccanismo sanzionatorio non è legato anche all'abuso ma alla mancata ottemperanza all'ordine ed ha quindi portata autonoma. La sanzione non può quindi considerarsi accessoria all'ingiunzione di demolire (come avviene talvolta per la sanzione penale della confisca) né strumentale ad impedire l'ulteriore produzione del reato o l'utilizzazione dei proventi di questo (TAR Napoli n. 5336/2005).

3. Oggetto dell'acquisizione.

L'acquisizione riguarda "il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive".

Il bene. Si intendono le opere costruite senza permesso o titolo equiparato in parte nonché gli immobili con variazione essenziali o in totale difformità. Infatti, non vi sono ragioni per differenziare il regime tra le tre ipotesi che, al contrario, devono trattarsi unitariamente. In ogni caso deve trattarsi di opere che siano preventivamente indicate nell'ordinanza ingiunzione: non è infatti, possibile operare un'addizione facendo

riferimento ad ulteriori opere prive di titolo che siano riscontrate magari in sede di verifica dell'ottemperanza all'ordine (TAR. Lecce n. 184/2014).

L'area di sedime. Oggetto di trasferimento è anche l'area di sedime ove si trova il bene. La previsione detta una stretta connessione tra immobile ed area di sedime che è prima ancora logica o materiale che giuridica. Il trasferimento dell'area agevola, inoltre, le operazioni di demolizione. Inoltre, l'acquisizione dell'area non è un fatto autonomo ma è consequenziale all'abuso: se l'immobile non è demolito l'acquisizione è chiaramente illegittima; diversamente opinando sarebbe una forma di espropriazione senza titolo.

E' invece autonoma l'acquisizione delle aree pertinenziali. In questo caso si è dinanzi ad una valutazione discrezionale della P.A. condotta in base ai parametri indicati dalla norma.

La giurisprudenza ritiene illegittimi provvedimenti che si limitino ad indicare la superficie interessata dagli abusi e a moltiplicare tale dato per dieci individuando, in tal modo, la complessiva area oggetto di acquisizione. E', quindi, obbligo specifico dell'Amministrazione quello di *"esplicitare le modalità del calcolo (in relazione ai richiamati parametri urbanistici in astratto applicabili per la realizzazione di opere analoghe a quelle abusivamente realizzate) con cui l'ufficio tecnico dell'ente locale perviene alla individuazione di tale area ulteriore"* (T.A.R. per il Lazio – sede di Roma, II-quater, 30 agosto 2018, n. 9103). Infatti, *"la circostanza che il legislatore non abbia predeterminato l'ulteriore area acquisibile, ma si sia limitato a prevedere che tale area non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita, si giustifica per il fatto che l'ulteriore acquisto sia funzionale e strumentale rispetto all'acquisto del bene abusivo e della relativa area di sedime. In altri termini - non potendosi ritenere che la determinazione dell'ulteriore area acquisibile sia affidata al puro arbitrio dell'Amministrazione - la circostanza che sia stata predeterminata solo la superficie massima di tale area (comunque non superiore a dieci volte quella abusivamente costruita) può spiegarsi solo ipotizzando che l'ulteriore acquisto sia necessario al fine di consentire l'uso pubblico del bene abusivo acquisito al patrimonio comunale. Ne consegue che il nesso funzionale tra i due acquisti implica che l'Amministrazione sia tenuta a specificare, volta per volta, in motivazione le ragioni che rendono necessario disporre l'ulteriore acquisto, nonché ad indicare con precisione l'ulteriore area di cui viene disposta l'acquisizione"* (Consiglio di Stato, sez. IV,

5 aprile 2013, n. 1881; T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, sez. II, 25 marzo 2019, n. 646).

4. **Limiti oggettivi dell'acquisizione.**

Sul punto occorre ribadire come l'acquisizione sia conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di demolizione. Tale conseguenza deriva anche nel caso di rimozione solo parziale. Difatti, secondo la prevalente giurisprudenza un adempimento parziale non comporta l'impossibilità di adottare il provvedimento o, comunque, di parametrarlo alla sola rimanente parte dell'immobile non demolita.

Diverso è il caso in cui non si possa provvedere per caso fortuito e forza maggiore non potendosi ammettere l'acquisizione come conseguenza di un inadempimento non imputabile in ragione di principi generali dell'ordinamento. (Tar Lazio n. 15939/2010). Va, tuttavia, evidenziato come non vi sia univocità di vedute in ordine all'effetto interruttivo della causa di forza maggiore (o meramente sospensivo), né in relazione alla necessità di una istanza del privato e di un conseguente provvedimento della P.A. Invero, appare preferibile la tesi che onera il privato di tale istanza imputando allo stesso l'onere di indicare le ragioni oggettive che precludono l'adempimento nonché alla P.A. di adottare un provvedimento espresso sul punto. Inoltre, pare preferibile la tesi che ritiene l'impossibilità meramente temporanea e quindi causa di sospensione e non di interruzione del termine, destinato a riprendere a decorrere dopo la cessazione della causa. Non sono certamente ragioni ostative le difficoltà di carattere economico che non giustificano l'inadempimento ma, al massimo, possono legittimare una istanza di proroga.

Secondo TAR Milano: *“La generica indicazione di una esigenza abitativa della famiglia della ricorrente ... non consente di applicare il principio posto dalla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, V, 21 luglio 2016 (Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria), secondo la quale, a certe condizioni, l'ordine di demolizione dell'immobile abusivo che sia residenza familiare dell'interessato può violare l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Difatti, laddove l'ordinaria sanzione per le violazioni in ambito edilizio sia la demolizione, la stessa si giustifica in base all'art. 8, comma 2, della Convenzione, come ingerenza prevista dalla legge, rappresentando perciò «una misura che, in una società democratica, è*

necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui» (cfr. Corte europea diritti dell'uomo, II, 4 agosto 2020 - ric. n. 44817/18; T.A.R. Puglia, Lecce, I, 16 aprile 2019, n. 614; per un riferimento, Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 settembre 2020, n. 17). Ciò appare in linea con l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile di cui sia stata accertata l'abusività non contrasta affatto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di cui all'art. 8 della C.E.D.U., poiché da tale norma non può trarsi l'esistenza di un diritto assoluto ad occupare un immobile abusivo, solo perché casa familiare, non trattandosi nel caso in questione di proteggere il diritto individuale a vivere nel proprio legittimo domicilio, quanto della necessità di rimuovere la lesione di un bene costituzionalmente tutelato (il legittimo assetto del territorio) e di ripristinare l'equilibrio urbanistico-edilizio violato (Cass. penale, III, 6 maggio 2016, n. 18949; altresì, T.A.R. Lazio, Roma, II bis, 18 settembre 2020, n. 9607) (TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 239 del 26 gennaio 2021).

La sospensione del termine di novanta giorni può discendere anche dalla presentazione di un'istanza di accertamento in conformità ex art. 36 tue.

Sul punto si registrano due tesi. Secondo la prima «La presentazione di un'istanza di accertamento di conformità, quando è già stato instaurato un procedimento sanzionatorio, concretizzatosi nell'adozione di un'ingiunzione a demolire, ne comporta la perdita di efficacia solo temporaneamente, ossia per il tempo strettamente necessario alla definizione, anche solo tacita, della sanatoria. Di conseguenza, in caso di mancato accoglimento dell'istanza di accertamento di conformità, il provvedimento sanzionatorio riacquista efficacia senza la necessità, per l'Amministrazione, di riadottare l'atto demolitorio [...]» (Consiglio di Stato, II, 6 maggio 2021 n. 3545). Secondo altra tesi la *proposizione di una istanza di accertamento in conformità - successivamente all'ingiunzione di demolizione delle opere abusive – “produce l'effetto di rendere definitivamente inefficace il provvedimento sanzionatorio, essendo comunque tenuta l'Amministrazione all'adozione di un nuovo provvedimento, che sia di accoglimento o di rigetto della domanda di sanatoria, e in questo secondo caso all'emanazione di un'ulteriore misura sanzionatoria, con l'assegnazione di un nuovo termine per adempiere (v. sent. n. 2635 del 23*

novembre 2018)” (T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 27 marzo 2019, n. 665) (**TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 2172 del 13 novembre 2020**).

5. Limiti soggettivi.

In precedenza si è evidenziata la natura reale dell'ordine di demolizione. Un discorso diverso vale per l'acquisizione che ha natura sanzionatoria. Come evidenziato dal Consiglio di Stato: “ *In materia di abusi edilizi commessi da persona diversa dal proprietario, perché quest'ultimo possa andare esente dalla misura consistente nell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene (ai sensi dell' art. 31, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), occorre che risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone lo stesso venuto a conoscenza, si sia poi adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento. Il proprietario incolpevole, se è ancora pendente il termine fissato nella ordinanza di demolizione, deve dunque provare la intrapresa di iniziative idonee a ripristinare lo stato dei luoghi nei sensi e nei modi richiesti dall'autorità amministrativa. Tale assunto vale a maggior ragione nelle ipotesi in cui il nuovo proprietario sia subentrato iure hereditatis nella sfera giuridica del responsabile dell'abuso, continuandone la personalità”* (**Consiglio di Stato , sez. VI , 06/02/2018 , n. 755**).

6. Effetti del provvedimento

L'accertamento dell'inottemperanza ad un'ingiunzione di demolizione è normativamente configurato come atto ad efficacia meramente dichiarativa, il quale si limita a formalizzare l'effetto già verificatosi alla scadenza del termine assegnato con l'ingiunzione di demolizione, ossia l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere edilizie abusivamente realizzate. Tale acquisizione costituisce una misura di carattere sanzionatorio che consegue automaticamente all'inottemperanza dell'ordine di demolizione: posta la natura dichiarativa dell'accertamento dell'inottemperanza, dunque, la mancata indicazione dell'area nel provvedimento di demolizione può comunque essere colmata con l'indicazione della stessa nel successivo procedimento di acquisizione. (**Consiglio di Stato, sez. II , 13/11/2020 , n. 7008**).

Inoltre, l'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione postula la stesura di un verbale di verifica dello stato dei luoghi da parte della polizia municipale (alla

medesima stregua di quanto avviene in sede di accertamento del preteso abuso edilizio). Siffatto verbale ha valore chiaramente di atto endoprocedimentale, strumentale alle successive determinazioni dell'ente locale, ed ha efficacia meramente dichiarativa delle operazioni effettuate dalla polizia municipale, alla quale non è attribuita la competenza all'adozione di atti di amministrazione attiva, all'uopo occorrendo che la competente autorità amministrativa faccia proprio l'esito delle predette operazioni attraverso un formale atto di accertamento. In quanto tale, esso non può rivestire quella portata lesiva, avverso la quale si renda concreto ed attuale l'interesse ad ottenere tutela giurisdizionale; portata lesiva ravvisabile soltanto nel cennato atto formale di accertamento ex art. 31, comma 4, del d.P.R. n. 380/2001, con cui l'autorità amministrativa comunale recepisca gli esiti dei sopralluoghi effettuati dalla polizia municipale e formi, quindi, il titolo ricognitivo idoneo all'acquisizione gratuita dell'immobile al proprio patrimonio. Ne consegue l'autonoma inoppugnabilità di un simile atto, non essendo dal suo annullamento ritraibile alcuna utilità effettiva, stante la sua non lesività rispetto all'interesse al mantenimento della titolarità dell'immobile attinto dai contestati interventi edilizi abusivi (T.A.R. Salerno, (Campania) sez. II, 13/01/2020, n.53).

In ultimo la giurisprudenza nota come l'ingiustificata inottemperanza all'ordine di demolizione comporti l'automatica acquisizione gratuita dell'immobile al patrimonio disponibile del Comune, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del TU Edilizia; in base al comma 4 della stessa disposizione, l'accertamento di tale inottemperanza è necessario unicamente per provvedere all'iscrizione nei registri immobiliari ed all'immissione nel possesso, per cui il relativo atto ricognitivo è normativamente configurato come un atto avente natura meramente dichiarativa, finalizzato al limitato scopo di esternare e formalizzare l'acquisto a titolo originario della proprietà in capo all'amministrazione, che si è già prodotto per il mero decorso del tempo, una volta che sia venuto a scadenza il termine previsto dalla legge e indicato nel provvedimento di demolizione (Consiglio di Stato , sez. IV , 16/01/2019 , n. 398).

Parte II

Le sanatorie edilizie: accertamento postumo di conformità; i condoni edilizi.

A. L'art. 38 TUE tra repressione e fiscalizzazione dell'abuso con effetti di sanatoria.

Prima di esaminare i temi oggetto della seconda parte occorre effettuare qualche riflessione su un istituto che si colloca sul crinale tra repressione e mantenimento della res abusiva. Il riferimento è alla fattispecie di cui all'art. 38 del TUE.

Partiamo, come sempre, dal dato normativo. Si prevede: " 1. *In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa.*

2. *L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'[articolo 36](#).*

2-bis. *Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo".*

Dalla lettura della previsione si comprendono le ragioni per cui si è, in precedenza, evidenziato come l'istituto stia sul crinale tra la repressione derivante dall'illegittimità del titolo e la possibilità di mantenimento della res attraverso un procedimento che, come espressamente prevede il co. 2, determina i medesimi effetti della sanatoria di cui all'art. 36 TUE. Quale è la peculiarità della fattispecie che suggerisce al legislatore di allestire un apposito meccanismo? Certamente l'affidamento maturato dal privato in ordine alla legittimità di un'opera in precedenza assentita mediante un titolo che è successivamente rimosso.

Va, tuttavia, evidenziato come *“la tutela dell'affidamento attraverso l'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38, d.P.R. n. 380/2001 non può giungere sino a consentire una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'Amministrazione, in deroga a qualsivoglia previsione urbanistica, ambientale o paesaggistica, pena l'inammissibile elusione del principio di programmazione e l'irreversibile compromissione del territorio, ma è piuttosto ragionevolmente limitata a vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che legittimamente ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto assentito”* (T.A.R. Napoli, (Campania) sez. VIII, 02/02/2021, n.699).

Lo chiarisce l'Adunanza plenaria del C.d.S. con un importante arresto su cui si incentrerà questa parte della relazione non potendosi operare una disamina *ab imis fundamentis* della pluralità di questioni involte dalla normativa in esame.

La Plenaria n. 17/2020 risolve il seguente dubbio esegetico: *“se dinanzi all'annullamento in sede giurisdizionale del permesso di costruire, a cagione della sussistenza di un vizio sostanziale non emendabile l'art. 38 del Testo Unico edilizia consenta, o meno, all'amministrazione di imporre la sola sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, con effetti equivalenti al conseguimento del permesso di costruire in sanatoria”*.

In giurisprudenza si registravano tre indirizzi.

Un primo orientamento, sostenuto dalla VI Sezione del Consiglio di Stato, secondo il quale la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile per ogni tipologia dell'abuso stesso, ossia a prescindere dal tipo, formale ovvero sostanziale, dei vizi che hanno portato all'annullamento dell'originario titolo, secondo una logica che considera l'istituto come un caso particolare di condono di una costruzione nella sostanza abusiva (C.d.S. sez. VI 19 luglio 2019 n. 5089, e in senso sostanzialmente conforme, fra le molte, C.d.S. sez. VI 28 novembre 2018 n. 6753, sez. VI 12 maggio 2014 n. 2398, da ultimo Sez. VI n. 2419/2020);

Un secondo orientamento, più risalente, formatosi sotto il vigore dell'art. 11 della legge n. 47/85 (recante un testo normativo identico), di carattere più restrittivo, secondo il quale la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile soltanto nel caso di vizi formali o procedurali emendabili, mentre in ogni altro caso l'amministrazione dovrebbe senz'altro procedere a

ordinare la rimessione in pristino, con esclusione della logica del condono (fra le molte [C.d.S.](#) sez. VI 11 febbraio 2013 n. 753, sez. V 22 maggio 2006 n. 2960 e 12 ottobre 2001 n. 5407, sez. IV 16 marzo 2010 n. 1535, e più di recente, anche la stessa sezione VI, 9 maggio 2016 n. 1861. In tal senso anche la [Corte costituzionale nella sentenza 11 giugno 2010 n. 209](#));

Un terzo orientamento, intermedio, che si discosta da quello restrittivo per ritenere possibile la fiscalizzazione, oltre che nei casi di vizio formale, anche nei casi di vizio sostanziale, però emendabile: anche in tal caso, non vi sarebbe la sanatoria di un abuso, perché esso verrebbe in concreto eliminato con le opportune modifiche del progetto prima del rilascio della sanatoria stessa, la quale si distinguerebbe dall'accertamento di conformità di cui all'art. 36 dello stesso T.U. 380/2001 per il fatto che qui non sarebbe richiesta la "doppia conformità" (In tal senso, sempre fra le molte, [C.d.S.](#) sez. VI 10 settembre 2015 n. 4221, sez. VI 8 maggio 2014 n. 2355 e sez. IV 17 settembre 2012 n. 4923).

La Plenaria osserva come *" il pacifico effetto della disposizione in commento è quello di tutelare, al ricorrere di determinati presupposti e condizioni, l'affidamento ingeneratosi in capo al titolare del permesso di costruire circa la legittimità della progettata e compiuta edificazione conseguente al rilascio del titolo, equiparando il pagamento della sanzione pecuniaria al rilascio del permesso in sanatoria". L'equiparazione è solo quoad effectum, costituendo un eccezionale temperamento al generale principio secondo il quale la costruzione abusiva deve essere sempre demolita; temperamento in ragione, non già della sostanziale conformità urbanistica (passata e presente) della stessa (oggetto del diversa fattispecie prevista dall'art. 36 cit.), ma della presenza di un permesso di costruire che ab origine ha giustificato l'edificazione e dato corpo all'affidamento del privato alla luce della generale presunzione di legittimità degli atti amministrativi. La composizione degli opposti interessi in rilievo - tutela del legittimo affidamento da una parte, tutela del corretto assetto urbanistico ed edilizio dall'altra - è realizzato dal legislatore per il tramite di una "compensazione" monetaria di valore pari "al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite" (cd fiscalizzazione dell'abuso).*

Proprio perché costituente eccezionale deroga al principio di necessaria repressione a mezzo demolizione degli abusi edilizi, la disposizione è presidiata da due condizioni:

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

Trattasi di due condizioni eterogenee poiché la prima attiene alla sfera dell'amministrazione e presuppone che l'attività di convalida del provvedimento amministrativo (sub specie del permesso di costruire), ex art. 21 nonies comma 2, mediante rimozione del vizio della relativa procedura, non sia oggettivamente possibile; la seconda attiene alla sfera del privato e concerne la concreta possibilità di procedere alla restituzione dei luoghi in pristino stato.

Entrambe le condizioni sono invero declinate in modo generico dal legislatore, non avendo quest'ultimo chiarito cosa debba intendersi per "vizi delle procedure amministrative" e per "impossibilità" di riduzione in pristino.

I quesiti posti dall'ordinanza di rimessione si concentrano sul primo aspetto, avendo la giurisprudenza in alcuni casi sostenuto che nei "vizi della procedura" possano sussumersi tutti quelli potenzialmente in grado di invalidare il provvedimento, siano essi relativi alla forma e al procedimento, siano essi invece relativi alla conformità del provvedimento finale rispetto alle previsioni edilizie e urbanistiche disciplinati l'edificazione ([C.d.S. sez. VI 19 luglio 2019 n. 5089](#), e in senso sostanzialmente conforme, fra le molte, [C.d.S. sez. VI 28 novembre 2018 n. 6753](#) e sez. VI 12 maggio 2014 n. 2398, da ultimo anche Sez. VI n. 2419/2020).

Secondo questo ormai nutrito filone giurisprudenziale, la fiscalizzazione dell'abuso prescinderebbe dalla tipologia del vizio (procedurale o sostanziale) avendo il legislatore affidato l'eccezionale percorribilità della sanatoria pecuniaria alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, in esecuzione di un potere che affonda le sue radici e la sua legittimazione nell'esigenza di tutelare l'affidamento del privato. In questa chiave di lettura è la "motivata valutazione" fornita dall'amministrazione l'unico elemento sul quale il sindacato del giudice amministrativo dovrebbe concentrarsi.

L'Adunanza plenaria è di diverso avviso, alla luce delle seguenti considerazioni d'ordine testuale e sistematico.

La disposizione in commento fa specifico riferimento ai vizi "delle procedure", avendo così cura di segmentare le cause di invalidità che possano giustificare l'operatività del temperamento più volte segnalato, in guisa da discernerele dagli altri vizi del provvedimento che, non attenendo al procedimento, coinvolgono profili di compatibilità della costruzione rispetto al quadro programmatico e regolamentare che disciplina l'andamento e il quomodo dell'attività edificatoria.

Non a caso il tenore della norma impone, sia pur per implicito, all'amministrazione l'obbligo di porre preliminarmente rimedio al vizio, rimuovendolo attraverso un'attività di secondo grado pacificamente suscumbibile nell'esercizio del potere di convalida contemplato in via generale dall'art. 21 nonies comma 2 della legge generale sul procedimento. La convalida per il tramite della rimozione del vizio implica necessariamente un'illegittimità di natura "procedurale", essendo evidente che ogni diverso vizio afferente alla sostanza regolatoria del rapporto amministrativo rispetto al quadro normativo vigente risulterebbe superabile solo attraverso una modifica di quest'ultimo; ius superveniens che, in quanto riguardante il contesto normativo generale, certamente esula da concetto di "rimozione del vizio" afferente la singola e concreta fattispecie provvedimentoale.

Il riferimento ad un vizio procedurale astrattamente convalidabile delimita operativamente il campo semantico della successiva e connessa proposizione normativa riferita all'impossibilità di rimozione, dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sul piano astratto sarebbe suscettibile di convalida, e che per le motivate valutazioni espressamente fatte dall'amministrazione, non risulta esserlo in concreto.

Diversamente da quanto sostenuto dall'orientamento giurisprudenziale "estensivo" del quale si è dato sopra atto, in casi siffatti il sindacato del giudice chiamato a vagliare la legittimità della operata fiscalizzazione dell'abuso deve avere ad oggetto proprio la natura

del vizio. La "motivata valutazione" dell'amministrazione infatti afferisce al preliminare vaglio amministrativo circa la rimovibilità (anche) in concreto del vizio, ex art. 21 nonies comma 2, e rileva non già rispetto al binomio fiscalizzazione/demolizione, quanto in relazione al diverso binomio convalida/applicazione dell'art. 38, costituente soglia di accesso per applicazione dell'intero impianto dell'art. 38 (e non solo dell'opzione della fiscalizzazione).

La descritta esegesi è confermata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Quest'ultima, nella sentenza 209/2010 ha avuto modo di chiarire, giudicando della legittimità di una norma di interpretazione autentica di una disposizione provinciale di tenore identico a quella nazionale che qui si discute (interpretazione autentica tesa ad estendere la fiscalizzazione ai vizi sostanziali), che "l'espressione "vizi delle procedure amministrative" non si presta ad una molteplicità di significati, tale da abbracciare i "vizi sostanziali", che esprimono invece un concetto ben distinto da quello di vizi procedurali e non in quest'ultimo potenzialmente contenuto".

Del resto depongono in tal senso anche considerazioni di carattere sistematico.

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

A ciò si aggiunge, nei casi in cui l'annullamento del titolo sia intervenuto in sede giurisdizionale su istanza di proprietario limitrofo o associazioni rappresentative di interessi diffusi (giòva sottolineare che l'art. 38 non si sofferma sulla natura giurisdizionale o amministrativa dell'annullamento), che la tutela dell'affidamento del costruttore, attraverso la fiscalizzazione dell'abuso anche in relazione a vizi sostanziali, di fatto

vanificherebbe la tutela del terzo ricorrente, il quale, all'esito di un costoso e defatigante giudizio, si troverebbe privato di qualsivoglia utilità, essendo la sanzione pecuniaria incamerata dall'erario.

Il punto di equilibrio sin qui individuato nel delicato bilanciamento fra tutela dell'affidamento, tutela del territorio e tutela del terzo non è, ad avviso della Adunanza plenaria, depotenziato dalla giurisprudenza della Corte EDU sul carattere fondamentale del diritto di abitazione e sul necessario rispetto del principio di proporzionalità nell'inflizione della sanzione demolitoria (si veda, da ultimo, Corte EDU, 21/4/2016 *Ivanova vs. Bulgaria*).

Nell'ordinamento interno, caduto il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi a seguito della nota sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/99, si è affermato, anche per via legislativa, che il "bene della vita" cui il privato aspira è meritevole di protezione piena a prescindere dalla qualificazione come diritto soggettivo o interesse legittimo della posizione giuridica al quale esso si correla. È quindi ben possibile che, a prescindere dalla qualificazione giuridica della posizione giuridica del costruttore che dinanzi all'annullamento in sede amministrativa o giurisdizionale del permesso di costruire reclaims il ristoro dei danni conseguenti al legittimo affidamento dal medesimo riposto circa la legittimità dell'edificazione realizzata (sul punto le Sezioni unite sono ferme nel ritenere che trattasi di diritto soggettivo: SSUU, 24 settembre 2018, n. 22435; 22 giugno 2017, n. 15640; 4 settembre 2015, n. 17586; 23 marzo 2011, n. 6596), l'illecito commesso dall'amministrazione comporti il sorgere di un'obbligazione all'integrale risarcimento, per equivalente, del danno provocato.

Obbligazione che interviene a ridare coerenza, ragionevolezza ed effettività al sistema delle tutele, ove la conservazione dell'immobile nella sua integrità si ponga in irrimediabile conflitto con i valori urbanistici e ambientali sopra ricordati.

B. L'accertamento in conformità.

1. Premessa

Terminata la pur cursoria esposizione dell'art. 38 (incentrato, come visto, sul recente intervento dell'Adunanza plenaria) può procedersi da esaminare l'istituto dell'accertamento in conformità ex art. 36 TUE.

Dato normativo:

"1. In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività ⁽²¹¹⁾ nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 01, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli [articoli 31](#), comma 3, [33](#), comma 1, [34](#), comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

2. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'[articolo 16](#). Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso.

3. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata".

In estrema sintesi l'istituto consente di rilasciare un titolo in sanatoria laddove l'intervento realizzato risulti conforme alla normativa urbanistico edilizia prevista all'epoca di realizzazione dell'intervento e all'epoca di presentazione della domanda di sanatoria. In tal modo si adegua la realtà fattuale alla realtà formale o, in altri termini, si conforma ed abilita un intervento privo del necessario titolo. La *ratio* su cui riposa la norma è quella di evitare la demolizione di un'opera sostanzialmente conforme alla disciplina ma solo priva del titolo edilizio. E' quindi una regola che risponde ad una esigenza di proporzionalità della reazione dell'ordinamento giuridico. Si coglie così una differenza essenziale rispetto ai condoni che, seppure variamente conformati nel corso del tempo da parte legislatore,

mirano a sanare un'opera non conforme alla normativa urbanistica – edilizia. Parimenti distinta è la sanatoria paesaggistica ex art. 167 del Codice dei beni culturali che attiene, appunto, al diverso illecito paesaggistico e, quindi, ad un aspetto differente rispetto a quello della conformità edilizia.

2. Origine ed evoluzione della figura. La c.d. sanatoria giurisprudenziale e la c.d. sanatoria con opere.

L'istituto in esame ha origine giurisprudenziale. Infatti, entrata in vigore la L. 1150/1942, la giurisprudenza ritiene legittima la prassi del rilascio di una licenza edilizia a posteriori (A.P. n. 5/1974). E ciò in ragione sia della mancanza di una norma che vieti simili prassi che della ritenuta necessità di dare applicazione ai principi di logicità e proporzionalità dell'azione amministrativa.

Tale soluzione è affermata anche dopo l'entrata in vigore della L. 10/1977 che prevede un'ipotesi di sanatoria per interventi in difformità parziale. Previsione ritenuta sintomatica di un principio più generale. Di diverso avviso la giurisprudenza maggioritaria che sottolinea la portata limitata della regola e la conseguente impossibilità di estrarre dalla stessa un principio di generale applicazione (TAR Piemonte n. 259/1979).

La soluzione cambia con l'entrata in vigore dell'art. 13 della L. 477/1985 che richiede il requisito della doppia al pari della normativa oggi vigente. tale requisito pone fine alla prassi che vedeva la realizzazione di opere abusive con la prospettiva di presentare una domanda di sanatoria una volta la disciplina urbanistica in senso favorevole all'edificazione. Situazione che dava luogo anche ad indebite pressioni nell'elaborazione degli strumenti urbanistici.

Invero, questo mutamento non è recepito con immediatezza ed uniformità da parte della giurisprudenza. Il riferimento è alla persistente invocazione dell'istituto della sanatoria impropria o giurisprudenziale e cioè alla possibilità che l'opera abusivamente realizzata sia sanata sulla base del solo riscontro della conformità agli strumenti urbanistici vigenti.

Invero, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, *"è legittimo il doveroso diniego della concessione in sanatoria di opere eseguite senza titolo abilitante, qualora le stesse non risultino*

conformi tanto alla normativa urbanistica vigente al momento della loro realizzazione quanto a quella vigente al momento della domanda di sanatoria" (T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, sez. II, 17 maggio 2018, n. 1298, che richiama Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2014, n. 1324; Id., sez. V, 11 giugno 2013, n. 3235; Id., sez. V, 17 settembre 2012, n. 4914; Id., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1126; Id., sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2306). Infatti, "solo il legislatore statale (con preclusione non solo per il potere giurisdizionale, ma anche per il legislatore regionale: Corte Cost., 29 maggio 2013, n. 101) può prevedere i casi in cui può essere rilasciato un titolo edilizio in sanatoria (avente anche una rilevanza estintiva del reato già commesso) e risulta del tutto ragionevole il divieto legale di rilasciare una concessione (o il permesso) in sanatoria, anche quando dopo la commissione dell'abuso vi sia una modifica favorevole dello strumento urbanistico" (così Consiglio di Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2755).

La c.d. "doppia conformità" costituisce, perciò, un requisito dal quale non può prescindere ai fini del rilascio della sanatoria di opere edilizie, mentre la c.d. "sanatoria giurisprudenziale" – consistente nel rilascio del titolo edilizio sulla base della sola conformità dell'opera abusiva rispetto alla pianificazione urbanistica vigente – finirebbe per dare luogo a "un atto atipico con effetti provvedimenti che si colloca al di fuori di qualsiasi previsione normativa e che pertanto non può ritenersi ammesso nel nostro ordinamento, contrassegnato dal principio di legalità dell'azione amministrativa e dal carattere tipico dei poteri esercitati dall'Amministrazione, alla stregua del principio di nominatività, poteri che non possono essere surrogati dal giudice, pena la violazione del principio di separazione dei poteri e l'invasione di sfere di attribuzioni riservate all'Amministrazione" (T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, sez. II, 17 maggio 2018, n. 1298; Consiglio di Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194). Del resto, secondo quanto rilevato dalla giurisprudenza, la ragionevolezza della regola posta dall'articolo 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 discende dall'esigenza, presa in considerazione dal legislatore, di evitare che il potere di pianificazione possa essere strumentalizzato al fine di rendere lecito *ex post* (e non punibile) ciò che risulta illecito (e punibile) e, inoltre, di dissuadere dall'intenzione di commettere abusi, poiché chi costruisce *sine titulo* è consapevole di essere tenuto alla demolizione, anche in presenza di una sopraggiunta modificazione favorevole dello

strumento urbanistico (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1324, e Id., n. 2755 del 2014, cit.).

In sostanza, come affermato anche dal Consiglio di Stato, *“secondo l’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale del Consiglio Stato (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 24 aprile 2018, n. 2496, e 20 febbraio 2018, n. 1087, con ulteriori richiami, comprensivi di arresti della Corte costituzionale), pienamente condiviso da questo Collegio, l’istituto della c.d. ‘sanatoria giurisprudenziale’ deve considerarsi normativamente superato, nonché recessivo rispetto al chiaro disposto normativo vigente e ai principi connessi al perseguimento dell’abusiva trasformazione del territorio, nel senso che il permesso in sanatoria è ottenibile soltanto in presenza dei presupposti espressamente delineati dall’art. 36 d.P.R. n. 380/2001, ossia a condizione che l’intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento sia della realizzazione del manufatto, sia della presentazione della domanda, mentre con la invocata ‘sanatoria giurisprudenziale’ verrebbe in rilievo un atto atipico con effetti provvedimenti praeter legem, i quali si collocherebbero al di fuori d’ogni previsione normativa. Tale istituto non trova, pertanto, fondamento alcuno nell’ordinamento positivo, contrassegnato invece dai principi di legalità dell’azione amministrativa e di tipicità e nominatività dei poteri esercitati dalla pubblica amministrazione, con la conseguenza che detti poteri, in assenza di espressa previsione legislativa, non possono essere creati in via giurisprudenziale, pena la violazione del principio di separazione dei poteri e l’invasione di sfere proprie di attribuzioni riservate alla pubblica amministrazione”* (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 settembre 2018, n. 5319). Tali rilievi precludono la possibilità di fondare l’applicazione dell’istituto su esigenze di ragionevolezza o proporzionalità atteso che simili principi non possono evertere quel canone di legalità i cui sentieri, per evocare una nota immagine dottrinale, non tollerano simili interruzioni.

Il particolare rigore che muove la condivisibile soluzione giurisprudenziale esposta si riscontra anche con riferimento al tema della c.d. sanatoria con opere. Ritiene, infatti, la giurisprudenza che: *“il permesso di costruire in sanatoria contenente prescrizioni è in contrasto con l’art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 poiché postulerebbe non già la cd. doppia conformità delle opere abusive pretesa dalla disposizione in parola, ma una sorta di conformità ex post, condizionata all’esecuzione delle prescrizioni e quindi non esistente al tempo della presentazione della domanda di sanatoria, ma, eventualmente, solo alla data futura ed incerta in cui la richiedente avrebbe ottemperato alle prescrizioni,*

*mentre sul punto la legge non prevede che un titolo edilizio possa essere **condizionato** al di fuori dei casi di espressa convenzione, né che il mancato adempimento delle prescrizioni possa comportare la decadenza dell'assenso dell'amministrazione"* (T.A.R. , Genova , sez. I , 15/01/2016 , n. 45). Dello stesso avviso la giurisprudenza penale secondo cui: "*è illegittimo, e non determina l'estinzione del reato edilizio di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 44, comma 1, lett. b), il rilascio di un permesso di costruire in sanatoria condizionato all'esecuzione di specifici interventi finalizzati a ricondurre il manufatto abusivo nell'alveo di conformità agli strumenti urbanistici, in quanto detta subordinazione contrasta ontologicamente con la ratio della sanatoria, collegabile alla già avvenuta esecuzione delle opere e alla loro integrale rispondenza alla disciplina urbanistica"* (ex multis, Sez. 3, n. 51013 del 05/11/2015, Rv. 266034).

3. Le opere sanabili.

In primo luogo occorre tracciare l'elenco degli interventi interessati dall'applicazione della previsione di cui all'art. 36 TUE. Sono tali:

- gli interventi privi di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali;
- gli interventi di cui al punto precedenti per i quali sia prevista una scia alternativa a p.d.c.;
- gli interventi di ristrutturazione di cui all'art. 33 TUE e gli interventi in parziale difformità ex art. 34 TUE.

L'operatività dell'art. 36 è, invece, esclusa in caso di illeciti che configurano una lottizzazione abusiva ex art. 30 TUE. Come evidenziato dalla giurisprudenza penale, "*la sanatoria delle violazioni edilizie che, ai sensi dell' art. 36 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 , determina l'estinzione del reato, non è applicabile alla lottizzazione abusiva in quanto essa presuppone la conformità delle opere eseguite alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione del manufatto, sia a quello della presentazione della domanda di sanatoria, mentre nel caso di lottizzazione abusiva, le opere non possono mai considerarsi conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente, al momento della loro costruzione"* (Cassazione penale , sez. III , 16/05/2018 , n. 28784).

In relazione agli interventi realizzati su suolo pubblici (art. 35 TUE; v. retro) si registra un contrasto giurisprudenziale. La tesi tradizionale nega la possibilità di assentire la sanatoria (TAR Liguria n. 873/2014). Un orientamento più recente ma, allo stato, minoritario, ammette, invece, simile opzione enfatizzando anche l'ampia portata del disposto dell'art. 36 (TAR Lecce n. 710/2014).

Una precisazione deve effettuarsi in ordine agli immobili ubicati su aree sottoposti a vincolo paesaggistico. In questo caso la sanatoria può operare solo laddove sia rilasciata anche l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria ex art. 167, co. 4, codice beni culturali, che ha presupposti di operatività molto rigorosi. Evidenzia la giurisprudenza: *"in caso di vincolo paesaggistico, è precluso il rilascio del permesso di costruire in sanatoria ex art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, stante il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma espressamente previsto dall' art. 146, d.lgs. n. 42/2004 . A tale principio fanno eccezione solo i limitatissimi casi previsti dal comma 4 dell' art. 167, del d.lgs. n. 42/2004 (e la realizzazione di una piscina non rientra tra tali ipotesi). La previsione dell' art. 167, d.lgs. n. 42/2004 , in un'ottica di apicale protezione dei valori paesaggistici, esclude dalla compatibilità paesaggistica interventi già realizzati, che abbiano comportato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati"* (TAR Napoli n. 268/2020).

Si registra, invece, un contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità di dare applicazione all'art. 36 in caso di immobili edificati su aree sottoposte a vincolo idrogeologico.

Secondo T.A.R., Bari , sez. III , 26/01/2012 , n. 246. *"Per le zone soggette al vincolo idrogeologico non è ammissibile l'accertamento di conformità ex art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, in quanto tale accertamento richiede la doppia conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione delle opere che al momento della presentazione della domanda"*.

Al contrario, secondo la giurisprudenza penale, la positiva conclusione della procedura di accertamento di conformità, finalizzata al rilascio del permesso di costruire in sanatoria con effetto estintivo dei reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti (artt. 36 e 45, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), è subordinata, in presenza di un

vincolo idrogeologico, al conseguimento dell'autorizzazione dell'autorità preposta alla tutela del medesimo (Cassazione penale, sez. III, 22/12/2010, n. 11960).

4. I presupposti oggettivi per il rilascio del titolo in sanatoria.

L'aspetto centrale del tema oggetto del paragrafo è costituito dalla c.d. doppia conformità. Come evidenziato già in precedenza, l'articolo 36 del D.P.R. n. 380/2001, nel disciplinare l'accertamento di conformità, ossia quello strumento attraverso cui si consente la sanatoria di opere realizzate in assenza di titolo edilizio, ma conformi alla normativa applicabile, richiede che gli interventi abusivi siano conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al tempo della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della istanza di sanatoria, non potendosi affatto accogliere l'istituto della c.d. sanatoria giurisprudenziale, la cui attuale praticabilità è stata da tempo esclusa dalla giurisprudenza medesima. Tale approdo, che richiede la verifica della 'doppia conformità', deve considerarsi principio fondamentale nella materia del governo del territorio, in quanto adempimento finalizzato a garantire l'assoluto rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia durante tutto l'arco temporale compreso tra la realizzazione dell'opera e la presentazione dell'istanza volta ad ottenere l'accertamento di conformità (Consiglio di Stato, sez. VI, 04/01/2021, n. 43).

Lo scrutinio circa la doppia conformità delle opere richiesto dall'art. 36 d.P.R. n. 380/2001 non può che essere complessivo nel caso in cui - come quello in esame - siano realizzate abusivamente più opere tutte funzionalmente collegate tra loro all'esercizio dell'attività imprenditoriale. Infatti, *"l'art. 36 d.P.R. n. 380/01, del resto, regola la sanatoria avuto riguardo all'intervento abusivo e non alla singola opera abusiva; sicché, risultando l'intervento, anche alla stregua delle tipologie di intervento definite dall'art. 3 DPR n. 380/01, il risultato edilizio di una singola opera o di plurime opere funzionalmente connesse, la sanatoria dell'intervento non può non avere ad oggetto il complesso delle opere in cui lo stesso si sostanzia"* (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2020, n. 1848; id., 4 febbraio 2019, n. 843).

L'accertamento operato dall'Amministrazione è privo di discrezionalità. Si tratta di una verifica oggettiva e vincolato che dà luogo ad un accertamento costitutivo vincolato. Ciò

non si traduce nella non necessità di motivazione che, al contrario, è espressamente richiesta e necessaria anche al fine di consentire il controllo giurisdizionale sull'operato della P.A.

Il rilascio del titolo è poi subordinato al versamento concreto dell'oblazione. L'art. 36, co. 3, TUE, prevede infatti: *" il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso"*.

5. Il procedimento.

Nell'indicare i tratti essenziali del procedimento ex art. 36 TUE deve osservarsi, in primo luogo, come lo stesso presupponga un'istanza di parte da parte dei soggetti legittimati. Sono tali non solo l'attuale proprietario dell'immobile ma anche il responsabile dell'abuso che potrebbe non avere una relazione giuridica qualificata con il bene ma è, comunque, ricompreso nel novero dei soggetti legittimati in quanto titolare dell'interesse alla rimozione degli effetti negativi derivanti dalla realizzazione di opere abusive.

I termini per la presentazione dell'istanza variano a seconda della tipologia di abuso commesso. L'art. 36, co. 1, TUE, prevede, infatti, che la richiesta possa presentarsi fino alla scadenza dei termini di cui agli articolo 31, comma 3 (i 90 gg. per l'esecuzione dell'ordinanza), 33, comma 1, 34, comma 1, (per entrambi il congruo termine previsto dal Dirigente) e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative. Sulla natura del termine si registra una opinione minoritaria secondo la quale i termini sarebbero perentori (Cds. n. 2755/2014). Di diverso avviso altra parte della giurisprudenza che nota come simile qualificazione non sia prevista dalla legge ritenendo, quindi, i termini meramente *"sollecitatori"*: l'istanza sarebbe, quindi, presentabile anche dopo la scadenza e fino all'esecuzione della sanzione (TAR Toscana n. 583/2014).

Sugli effetti della domanda rispetto ai provvedimenti demolitori adottati si rinvia a quanto esposto retro.

Pare opportuno evidenziare come, secondo la giurisprudenza, *"nel procedimento di accertamento di conformità ex art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, il vizio connesso alla mancata previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di sanatoria (dovuta in applicazione dell'art. 10 bis , l. n. 241 del 1990) risulta superabile ai sensi dell'art. 21 octies, l. n. 241 del 1990, posto che, trattandosi di attività doverosa e vincolata, il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto stabilito"* (T.A.R. Napoli , sez. II , 10/04/2013 , n. 1903).

Una notazione finale sulla previsione contenuta nel comma 3.

Il silenzio serbato dal Comune sull'istanza di accertamento di conformità urbanistica non ha valore di silenzio - inadempimento, ma di silenzio - rigetto, con la conseguenza che, una volta decorso il termine di 60 giorni previsto dall'art. 36, comma 3, d.P.R. n. 380/2001, non sussiste un obbligo di provvedere, dovendosi ritenere già perfezionato il provvedimento negativo da impugnare nel termine ordinario di decadenza (T.A.R. Napoli , sez. III , 02/08/2021 , n. 5388).

Inoltre, anche a seguito del formarsi del silenzio rigetto sulla domanda di accertamento di conformità, l'Amministrazione conserva il potere di provvedere in via esplicita in ordine alla conformità delle opere (a maggior ragione nel caso in cui la pronuncia espressa sia stata compulsata dal giudice, come nel caso di specie) e, in ipotesi di rigetto dell'istanza medesima, l'atto in quanto emesso a seguito di istruttoria e dotato di motivazione esplicita, non può intendersi come meramente confermativo del diniego formatosi in via tacita. Del resto, il provvedimento adottato dall'Amministrazione successivamente al silenzio rigetto formatosi sull'istanza di sanatoria, presentata ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380/2001, non può mai assumere le caratteristiche dell'atto meramente confermativo del precedente silenzio con valore legalmente tipico di diniego, ma costituisce atto di conferma in senso proprio a carattere rinnovativo, il quale - per la sua idoneità ad incidere sulla realtà giuridica, modificandola - non potrà che riaprire i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte di quanti ne vogliano contestare la legittimità (T.A.R. , Napoli , sez. VII , 11/05/2021 , n. 3127).

6. La sanatoria delle opere soggette a scia (art. 37, co. 4 e 5, TUE).

Un ultimo breve cenno deve effettuarsi in relazione alle previsioni in rubrica.

La prima concerne gli interventi in esecuzione. Si prevede che la segnalazione certificata di inizio attività spontaneamente effettuata quando l'intervento è in corso di esecuzione, comporta il pagamento, a titolo di sanzione, della somma di 516 euro. La disposizione opera ferma restando quanto previsto dall'art. 23, co. 6, TUE, secondo il quale: *" il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 1 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento e, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato, informa l'autorità giudiziaria e il consiglio dell'ordine di appartenenza. È comunque salva la facoltà di ripresentare la denuncia di inizio attività, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia" .*

Ove invece l'intervento sia realizzato opera l'art. 37, co. 4, TUE, secondo cui: *"Ove l'intervento realizzato risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'intervento, sia al momento della presentazione della domanda, il responsabile dell'abuso o il proprietario dell'immobile possono ottenere la sanatoria dell'intervento versando la somma, non superiore a 5164 euro e non inferiore a 516 euro , stabilita dal responsabile del procedimento in relazione all'aumento di valore dell'immobile valutato dall'agenzia del territorio"*. Siamo in sostanza dinanzi alla declinazione dei presupposti dell'art. 36 al caso di intervento realizzati mediante scia. Pertanto, può rinviarsi a quanto in precedenza esposto.

Va, tuttavia, segnalata una peculiarità dal punto di vista procedimentale. Secondo parte della giurisprudenza, *" l'eventuale silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza ex art. 37, d.P.R. n. 380/2001, presentata dal privato, lungi dal configurare un'ipotesi di silenzio accoglimento, assume piuttosto valore di silenzio rigetto. Attraverso una lettura sistematica degli artt. 36 e 37, d.P.R. n. 380/2001 e tenuto conto della formulazione letterale dell'ultimo comma dell'art. 37, che espressamente prevede che la mancata segnalazione certificata di inizio attività non comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 44 e che resta, comunque, salva, ove ne ricorrano i presupposti in relazione all'intervento realizzato, l'applicazione delle sanzioni di cui agli artt. 31, 33, 34, 35 e 44 e dell'accertamento di conformità di cui all'art. 36, il richiamo a tale ultima norma, per avere un senso, non può che intendersi quale richiamo alla disciplina di cui all'art. 36 per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati dal*

medesimo art. 37, e dunque anche come estensione del regime del silenzio rifiuto espressamente previsto per l'accertamento in conformità dall'ultimo comma dell'art. 36 del T.U.E.L. anche alla c.d. DIA in sanatoria. A tale conclusione non osta il rilievo che il procedimento ex art. 37, per come concepito dal legislatore, deve necessariamente concludersi con un provvedimento espresso che applichi le sanzioni previste, per il caso di accoglimento della DIA in sanatoria, perché ciò accade anche nel caso di accertamento in conformità ex art. 36, d.P.R. n. 380/2001 e trattandosi di DIA anomala che segue - e non invece precede, come accade invece nelle ipotesi ordinarie - la realizzazione dell'intervento da parte del privato" (T.A.R. Napoli, (Campania) sez. III, 18/05/2020, n.1824).

Dello stesso avviso TAR Lazio (sebbene sul punto vi sia espressa previsione contenuta nella L. regionale che supera la necessità di un'esegesi del disposto della legge statale nei termini indicati): *"Non può ravvisarsi nella fattispecie della sanatoria di cui all'art. 37, d.P.R. n. 380/2001 un'ipotesi di silenzio significativo in termini di accoglimento, dal momento che l'art. 37 non solo non prevede esplicitamente un'ipotesi di silenzio significativo, a differenza dell'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001, ma al contrario stabilisce che il procedimento si chiuda con un provvedimento espresso, con applicazione e relativa quantificazione della sanzione pecuniaria a cura del responsabile del procedimento. Dalla lettura della norma emerge che la definizione della procedura di sanatoria non può prescindere dall'intervento del responsabile del procedimento competente a determinare, in caso di esito favorevole, il quantum della somma dovuta sulla base della valutazione dell'aumento di valore dell'immobile compiuta dall'Agenzia del Territorio" (T.A.R. Roma , sez. II , 09/04/2020 , n. 3851).*

C. I condoni edilizi.

1. Premessa.

Il nomen "*condono edilizio*" designa un provvedimento legislativo che consente di regolarizzare una situazione urbanistica posta in essere dal privato *contra legem*. Si tratta, come già anticipato, di misure eccezionali o che tali dovrebbero essere in quanto volte a sanare una situazione di illiceità.

Invero, il legislatore introduce, in tre distinti momenti, legislazioni che consentono il condono di immobili abusivi.

Il primo testo normativo che si occupa della materia è la l. 28 febbraio 1985, n. 47, che rappresenta il modello per i provvedimenti successivi. Tale provvedimento legislativo inserisce il condono ha inserito l'istituto del condono all'interno del più ampio obiettivo di risposta all'abuso edilizio nonché di repressione e prevenzione degli illeciti urbanistici, già all'epoca estremamente diffusi. La ratio unitaria della legge summenzionata, infatti, è quella di riorganizzare sia le procedure che le sanzioni volte a contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, oltre ad instaurare un regime di maggiore rigore nei controlli e nelle sanzioni in materia. Infatti, la disciplina del condono edilizio (a cui è dedicato il Capo IV della legge) segue, nel corpo del testo legislativo, la parte dedicata al controllo dell'attività urbanistica ed edilizia, con le corrispondenti sanzioni penali ed amministrative, quella relativa allo snellimento delle procedure urbanistico-edilizie, ipotizzate dal legislatore al fine di razionalizzare l'utilizzazione del territorio migliorando il rapporto tra privati e P.A., nonché il capo rivolto al recupero urbanistico degli insediamenti abusivi.

I risultati immaginati dal legislatore non sono, tuttavia, conseguiti in ragione del mancato condizionamento del rilascio del permesso in sanatoria alla preventiva esecuzione dei piani di recupero. Non vi è, quindi, quel riordino del territorio che la legge intende pur se previsti dalla stessa legge del 1985, circostanza, quest'ultima, che ha inciso negativamente in termini di riordino del tessuto urbano.

Alla l. n. 47 del 1985 fanno seguito due ulteriori interventi legislativi:

- l'art. 39 della l. 23 dicembre 1994, n. 724 (legge finanziaria per l'anno 1995), che, di fatto, riapre i termini del condono del 1985, seppur limitando la tipologia degli edifici sanabili ed introducendo alcune differenze di disciplina,
- il d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con modif. in l. 24 novembre 2003, n. 326, che si limita ad introdurre alcune ulteriori restrizioni ed una modifica del procedimento .

In relazione a quest'ultimo dato normativo si osserva come, malgrado la titolazione dell'articolo 32 del d.l. 269 del 2003 sia *"Misure per la riqualificazione urbanistica, ambientale e paesaggistica, per l'incentivazione dell'attività di repressione dell'abusivismo edilizio, nonché per la definizione degli illeciti edilizi e delle occupazioni delle aree demaniali"*, l'oggetto fondamentale di tale disposizione è *"la previsione e la disciplina di un nuovo condono edilizio esteso all'intero territorio nazionale, di carattere temporaneo ed eccezionale rispetto all'istituto a carattere generale e permanente del "permesso di costruire in sanatoria", disciplinato dagli articoli 36 e 45 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), ancorato a presupposti in parte diversi e comunque sottoposto a condizioni assai più restrittive"* (Corte costituzionale, 24 giugno 204, n. 196). Come evidenziato dall'organo di legittimità costituzionale, *"si tratta, peraltro, di un condono che si ricollega sotto molteplici aspetti ai precedenti condoni edilizi che si sono succeduti dall'inizio degli anni ottanta: ciò è reso del tutto palese dai molteplici rinvii contenuti nell'art. 32 alle norme concernenti i precedenti condoni, ma soprattutto dal comma 25 dell'art. 32, il quale espressamente rinvia alle disposizioni dei "capi IV e V della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni e integrazioni, come ulteriormente modificate dall'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e successive modificazioni e integrazioni", disponendo che tale normativa, come ulteriormente modificata dal medesimo art. 32, si applica "alle opere abusive" cui la nuova legislazione appunto si riferisce"* (Corte costituzionale, 24 giugno 204, n. 196). In sostanza, *"attraverso questa tecnica normativa, consistente nel rinvio alle disposizioni dell'istituto del condono edilizio come configurato in precedenza, si ha una esplicita saldatura fra il nuovo condono ed il testo risultante dai due precedenti condoni edilizi di tipo straordinario, cui si apportano solo alcune limitate innovazioni"*.

Prima di procedere alla disamina della normativa occorre effettuare ancora alcune precisazioni preliminari.

La prima attiene al rapporto tra condono e sanatoria al quale si è già in precedenza accennato. La sanatoria è uno strumento diretto a sanare le opere formalmente abusive – in quanto realizzate in assenza del titolo prescritto per la loro esecuzione o in difformità totale o parziale dello stesso – a condizione che le stesse siano conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente, sia al momento della loro realizzazione, sia al momento della presentazione della domanda (c.d. doppia conformità). Il condono, diversamente, non richiede che l'opera abusivamente realizzata sia conforme agli strumenti urbanistici vigenti al momento del rilascio del provvedimento, né (almeno in linea di principio) tantomeno a quelli vigenti al momento della realizzazione; è, piuttosto, un provvedimento destinato a sanare fenomeni di abusivismo, previa autodenuncia e corresponsione di un'oblazione.

La Corte costituzionale evidenzia che mentre la sanatoria "*ordinaria*" presuppone l'accertamento della liceità delle opere e dell'intrinseca giustizia sostanziale delle opere stesse (da cui la formula del c.d. "*abuso formale*") e viene concessa a seguito dell'accertata inesistenza di un danno urbanistico (e quindi dell'assenza *ex tunc* dell'antigiuridicità sostanziale del fatto), il condono, come disciplinato nel capo IV della l. n. 47 del 1985, è un provvedimento di carattere eccezionale, e come tale è limitato nel tempo e può essere applicato a tutti o quasi tutti gli abusi edilizi con lo scopo di regolarizzare sotto il profilo formale e sostanziale le opere abusive. Mediante l'istituto del condono edilizio, pertanto, si consente la sanatoria in blocco di quegli abusi edilizi commessi entro una certa data a prescindere dalla conformità o meno alla disciplina urbanistica dei manufatti realizzati, senza che gli stessi siano in accordo, pertanto, alle leggi in materia urbanistica vigenti al momento della realizzazione dell'opera ovvero al momento della presentazione della domanda (Corte cost., 427 del 1995 e 370 del 1988).

La seconda notazione attiene alla natura giuridica del condono sul quale si registrano opinioni divergenti in dottrina: il condono sarebbe una forma di amnistia condizionata ⁽⁴⁾

⁴ Cfr. N. ASSINI, M. CICALA, E. FORTUNA, *Condono edilizio, recupero urbanistico e sanatoria*, Padova, 1985, 120; L. Bertolini, *La sanatoria dell'abusivismo progressivo come amnistia condizionata anomala*, in *Giur. merito*, vol. IV, 1985, 516.

o una forma di oblazione processuale ⁽⁵⁾ o, infine, un provvedimento di clemenza atipico rispetto alle fattispecie ordinarie.

Secondo la Corte costituzionale (sent. n. 369/1988) *"il condono edilizio non integra gli estremi dell'istituto dell'amnistia"* e non è nemmeno riconducibile ad un'oblazione anomala, in quanto *"non è l'oblazione, isolatamente, che ha tal virtù"* estintiva della pena. Né il condono può esser inquadrato fra le cause d'estinzione della pena: quest'ultima, in ragione della legge sul condono, *"non può essere concretamente irrogata; conseguentemente non può «estinguersi» ciò che non è sorto, cioè una pena non concretamente inflitta"*. Secondo la Corte il condono è *"una complessa fattispecie estintiva"* della *"punibilità"* della condotta illecita, che si compone della domanda di sanatoria e del pagamento della prima rata di oblazione (elementi che già sortiscono l'effetto della sospensione del processo penale e delle sanzioni amministrative), dell'intero procedimento amministrativo e, infine, del saldo dell'oblazione. La complessità della fattispecie estintiva della punibilità – si precisa – si coglie anche per il fatto che essa *"viene ad essere almeno di regola, costitutiva (di effetti amministrativi) ed estintiva (di effetti penali)"*. In ultimo la Corte nota come il condono *"costituisce senza dubbio «specie» d'una generale nozione di «misura di clemenza»"*, atteso che *"i vari «moderni» condoni non integrano [...] la tipica, tradizionale amnistia ma costituiscono alcune delle moderne forme d'esercizio della generale «potestà» di clemenza dello Stato"*. Per tale ragione, *"anche nei confronti dei condoni in discussione va posto il problema dei limiti costituzionali all'esercizio di tale potestà"*. Esaminando quest'ultimo aspetto la Corte evidenzia: *"il legislatore, con la legge citata, ha inteso chiudere un passato d'illegalità di massa, alla quale aveva anche contribuito la non sempre perfetta efficienza delle competenti autorità amministrative ed ha mirato a porre «sicure» basi normative per la repressione futura di fatti che violano fondamentali esigenze sottese al governo del territorio, come la sicurezza dell'esercizio dell'iniziativa economica privata, il suo coordinamento a fini sociali (art. 41, secondo e terzo comma, Cost.) la funzione sociale della proprietà (art. 42, secondo comma, Cost.) la tutela del paesaggio e del patrimonio storico ed artistico (art. 9, secondo*

⁵ Cfr. S. BELLOMIA, M.A. SANDULLI, *La nuova disciplina degli illeciti edilizi ed il recupero degli insediamenti e delle opere abusive alla luce della legge 28 febbraio 1985 n. 47 e successive modificazioni: aspetti amministrativi e penali*, in G. TORREGROSSA, M.A. SANDULLI, S. BELLOMIA, *Sanzioni Urbanistiche e recupero degli insediamenti e delle opere abusive*, Suppl. a *Riv. giur. ed.*, 1985, 127.

comma, Cost.) ecc. E questi beni, secondo la discrezionale, ed incensurabile in questa sede, valutazione del legislatore del 1985, non potevano esser validamente difesi per il futuro se non attraverso la "cancellazione" del notevole, ingombrante "carico pendente" relativo alle passate illegalità di massa".

2. Il primo condono edilizio.

2.1. Ambito applicativo.

In base all'art. 31 della l. n. 47 del 1985 possono essere oggetto di condono:

- le opere eseguite senza licenza, concessione o autorizzazione;
- le opere eseguite con licenza, concessione od autorizzazione che sia stata annullata, sia decaduta o comunque divenuta inefficace, ovvero per le quali sia in corso procedimento per l'annullamento o la decadenza;
- le opere eseguite in difformità della licenza della concessione o dell'autorizzazione.

Inoltre, l'istanza di condono deve riguardare costruzioni o opere ultimate entro il 1° ottobre 1983, previa presentazione della relativa domanda al comune interessato entro il 30 novembre 1985. Tale scadenza, in ogni caso, non trova applicazione relativamente alle opere per le quali la concessione o l'autorizzazione edilizia sia stata annullata o dichiarata decaduta: la domanda di condono, infatti, può riferirsi anche agli edifici in relazione ai quali sia in corso il procedimento di annullamento o di declaratoria di decadenza alla data di entrata in vigore della l. n. 47 del 1985. In quest'ultima ipotesi il termine di centoventi giorni per presentare l'istanza, ex art. 35, decorre dalla data della notifica o della comunicazione del provvedimento di annullamento o decadenza della concessione edilizia, fermo restando la perentorietà del termine del 1° ottobre 1983 per l'ultimazione dei lavori. Nell'ipotesi in cui l'opera sia stata in parte ultimata anteriormente al 1° ottobre 1983 ed in parte successivamente, non può essere chiesta la sanatoria per quanto realizzato successivamente al 1° ottobre 1983 (*cf.*: Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 1990, n. 5195).

Un tema di particolare interesse riguarda la nozione di edifici ultimati. L'art. 31, comma 3, infatti, prevede espressamente che *"ai fini delle disposizioni del comma precedente, si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e ultimata la copertura, ovvero, quanto alle opere*

interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando esse siano state completate funzionalmente". In merito ai nuovi edifici residenziali la nozione di ultimazione deve intendersi riferita ad una costruzione completa nelle sue strutture essenziali che la individuano, sotto il profilo tecnico, edilizio ed urbanistico, anche se la stessa non è funzionalmente idonea ad essere abitata. Oltre la copertura, pertanto, devono essere realizzati la muratura portante ed i tamponamenti esterni (anche senza le tramezzature interne) gli intonaci, le finiture ed i servizi.

Per ciò che concerne le opere interne e quelle non destinate a residenza, ai fini dell'applicazione della normativa sul condono edilizio, è stato utilizzato dal legislatore il concetto di "completamento funzionale", riferito alla realizzazione di un intervento di cui sia possibile riconoscere le caratteristiche tipologiche in quanto siano presenti gli aspetti essenziali che ne individuano la funzione e ne consentono l'utilizzo.

L'art. 33 indica i vincoli inderogabili, individuando conseguentemente le ipotesi in cui non può trovare applicazione la disciplina sul condono prevista dall'art. 31. Tali ipotesi sono connesse alla presenza di vincoli di inedificabilità assoluta ed impediscono di accedere al condono se posti precedentemente all'esecuzione dell'opera abusiva. Diversamente, qualora il vincolo di inedificabilità sia stato posto successivamente alla costruzione del manufatto, troverà applicazione l'art. 32.

In particolare, l'art. 33, comma 1, lettera *a)*, contempla, tra le fattispecie preclusive, ogni vincolo che comporti l'inedificabilità delle aree poste a tutela di interessi storici, artistici, architettonici, archeologici, paesistici, ambientali e idrogeologici, previsto da leggi statali o regionali.

L'art. 33, comma 1 lettera *d)*, prevede, inoltre, una clausola generale a carattere residuale, in base alla quale non è ammesso il condono in presenza di vincoli di inedificabilità dell'area.

Una categoria particolare di vincoli è quella riferita alla tutela sugli immobili di interesse storico e artistico, previsti nell'art. 33, comma 2. In tale ipotesi l'accesso alla sanatoria è condizionata dalla circostanza in base alla quale le opere non siano incompatibili con la

tutela medesima. Tale valutazione compete alla pubblica Amministrazione preposta alla tutela del vincolo *ex art.* 32.

Diverso, invece, è il regime previsto dall'art. 32 della legge in esame.

Infatti, l'art. 32 della l. n. 47 del 1985 prevede che, per il rilascio della concessione in sanatoria per le opere eseguite su aree sottoposte a vincolo, non possa essere seguito l'*iter* ordinario ma sia necessario acquisire previamente il parere favorevole dell'ente preposto alla tutela del vincolo stesso. Tale previsione concerne i vincoli relativi, che astrattamente non comportano l'inedificabilità dell'area e richiedono, a tutela dell'interesse pubblico sotteso all'apposizione del vincolo, un giudizio di compatibilità dell'opera. La conformità del manufatto al vincolo deve essere accertata nel momento in cui deve essere valutata la domanda di condono, a prescindere dall'epoca in cui è stato introdotto il vincolo stesso, dovendosi vagliare l'attuale compatibilità dell'opera con l'interesse pubblico protetto (Tar Puglia, Bari, Sez. III, 3 dicembre 2008, n. 2765; Cons. St., Sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 528; Cons. St., Ad. Plen., 22 luglio 1999, n. 20).

L'art. 32, co. 2, prevede espressamente che possano accedere al condono i manufatti insistenti sulle aree vincolate, purché siano rispettate le seguenti condizioni:

- in caso di opere realizzate in difformità alla normativa antisismica (l. 2 febbraio 1974, n. 64), sia, comunque, possibile il collaudo secondo il disposto dell'art. 35, co. 4 (in applicazione di tale disposizione è stato ritenuto non suscettibile di sanatoria il manufatto che superi i limiti massimi di altezza posti dalle norme antisismiche, in quanto non collaudabile; inoltre, la giurisprudenza, relativamente al mancato rispetto dei limiti di altezza, ha qualificato come inderogabili i vincoli di tutela del territorio dai rischi sismici, in quanto gli stessi sarebbero rivolti a tutelare non tanto l'integrità strutturale del manufatto, bensì, in caso di crollo, l'ambiente circostante l'edificio medesimo):

- in caso di contrasto con le *norme urbanistiche che prevedono la destinazione ad edifici pubblici od a spazi pubblici, purché non in contrasto con le previsioni delle varianti di recupero di cui al capo III*"; in tale ipotesi si preserva la variante di recupero degli insediamenti abusivi che impongono

vincoli finalizzati alla sanatoria degli insediamenti urbani, e che, pertanto, sono volti ad operare una riorganizzazione del territorio pregiudicato dagli abusi edilizi;

- in caso di opere realizzate in violazione delle norme poste a tutela del traffico, laddove sia in concreto accertato che le stesse non comportano minaccia per la sicurezza della circolazione.

Un ultimo riferimento deve farsi alla previsione dell'art. 32, co. 5, relativa alle opere abusive realizzate su suolo di proprietà degli enti pubblici territoriali, sottoposto a vincolo, ed in assenza di titolo che ammetta l'autore all'uso del suolo. La versione originaria dell'art. 32 riguarda anche gli abusi su aree di proprietà dello Stato: tale disciplina è successivamente incorporata nell'art. 32, comma 14 della l. n. 326 del 2003.

In tale ipotesi il condono è subordinato oltre che ai requisiti generali alla disponibilità dell'ente proprietario di concedere onerosamente l'utilizzo del suolo su cui insiste l'opera alle condizioni stabilite dalle rispettive leggi statali o regionali. Il valore dell'uso di detto suolo è normalmente fissato dall'Agenzia del demanio competente per territorio, salve diverse disposizioni previste dalle leggi regionali. L'atto di disponibilità deve intervenire entro sei mesi dal versamento del relativo importo, ed è regolato da un'apposita convenzione di cessione del diritto di superficie per una durata massima di sessant'anni. La disponibilità alla concessione in uso del suolo degli enti territoriali può essere rilasciata anche se questo risulti gravato da usi civici, diversamente da quanto previsto per le opere insistenti su area di proprietà dello Stato o facenti parte del demanio statale come prevede l'art. 32, comma 14, della l. n. 326 del 2003.

2.2. Soggetti legittimati alla presentazione dell'istanza.

L'art. 31, comma 1, della l. n. 47 del 1985 consente la presentazione dell'istanza ai "proprietari" degli immobili abusivi. Il successivo comma 4 prevede: *"alla richiesta di sanatoria ed agli adempimenti relativi possono altresì provvedere coloro che hanno titolo, ai sensi della legge 28 gennaio 1977, n. 10, a richiedere la concessione edilizia o l'autorizzazione nonché, salvo rivalsa nei confronti del proprietario, ogni altro soggetto interessato al conseguimento della sanatoria medesima"*. Pertanto, legittimati sono i proprietari e coloro che vantano un titolo di disposizione o di

godimento sull'immobile in oggetto, ovvero coloro che vi hanno interesse, e che, quindi, beneficerebbero del condono stesso, salva la possibilità di rivalsa sui proprietari.

2.3. Il procedimento

Il procedimento è a domanda di parte e prende avvio con la presentazione dell'istanza nei termini perentori previsti dalla legge e articolati a seconda del diversificarsi delle situazioni. Ora, l'art. 35 della l. n. 47 del 1985 disciplinava in maniera rigorosa i termini di presentazione di detta istanza, stabilendo che la stessa potesse essere inoltrata entro centoventi giorni dall'entrata in vigore delle leggi regionali di cui al successivo art. 37, commi 2 e 3, ovvero nel termine previsto dallo stesso art. 35, comma 4. Tale termine è stato più volte prorogato, e da ultimo fissato al 30 giugno 1987 dall'art. 1, d.l. 12 gennaio 1988, n. 2, convertito con modificazioni nella l. 13 marzo 1988, n. 68 (disposizione che ha previsto l'aumento del *"2 per cento della somma dovuta, a titolo di oblazione, per ciascun mese o frazione di mese dal 1° aprile 1986 al 30 settembre 1986 e del 3 per cento dal 1° ottobre 1986 al 30 giugno 1987"*). Nel caso in cui successivamente all'entrata in vigore della legge intervengano l'annullamento o dichiarazioni di decadenza o di inefficacia della concessione o licenza o autorizzazione relative a costruzioni o altre opere ultimate entro il 1° ottobre 1983, il termine è di 120 giorni dalla data in cui sono adottati detti provvedimenti.

La domanda deve essere completa dei documenti enumerati nell'art. 35, e accompagnata dalla prova dell'eseguito pagamento dell'oblazione, di importo pari a quello stabilito nella tabella prevista nella stessa l. n. 47 del 1985, ovvero del versamento della prima rata, pari ad un terzo dell'importo totale, come si descriverà meglio nel paragrafo successivo. La possibilità di rateizzare il quantum dovuto a titolo di oblazione rende recessiva l'eventualità di effettuare il versamento in un'unica soluzione, seppure tale ipotesi sia espressamente prevista.

Il procedimento può concludersi con un provvedimento espresso di accoglimento o di diniego, ovvero con un provvedimento tacito. Il sindaco, ovvero (oggi) il dirigente competente, esaminata la domanda ed invitato l'interessato a produrre eventuale documentazione – qualora lo ritenga necessario a completare l'istruttoria – determina in

via definitiva l'importo dovuto a titolo di oblazione e rilascia l'autorizzazione o la concessione in sanatoria, previa esibizione da parte dell'istante della ricevuta del versamento dell'importo richiesto.

Qualora l'Amministrazione non si pronunci entro ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, si forma il silenzio-assenso, condizionato, tuttavia, al pagamento da parte dell'interessato di tutte le somme dovute a conguaglio, se non ancora pagate, e alla presentazione della documentazione necessaria ai fini dell'accatastamento. Il diritto dell'amministrazione comunale all'eventuale conguaglio o rimborso delle somme previste si prescrive trascorsi trentasei mesi. Il termine di ventiquattro mesi per la formazione del silenzio-assenso non si applica nei casi previsti dagli artt. 32, 33 e 40 della l. n. 47 del 1985. Nel caso di opere costruite su aree sottoposte a vincoli, infatti, ai sensi dell'art. 32, il silenzio-assenso si forma decorsi i termini per l'emissione del parere da parte della Pubblica amministrazione competente alla tutela del vincolo. Non si ha concessione tacita in sanatoria, inoltre, nei casi in cui la domanda risulti dolosamente infedele, in base al disposto di cui all'art. 40, oltre che nei casi in cui si tratti di opere non suscettibili di sanatoria, come previsto dall'art. 33.

In base all'impianto legislativo della l. n. 47 del 1985, pertanto, ai fini della formazione del silenzio-assenso è necessario che la domanda di condono sia presentata nei termini perentoriamente stabiliti dalla legge, non sia dolosamente infedele, sia relativa ad opere non costruite su aree gravate da vincoli di inedificabilità assoluta, e venga accompagnata dalla prova del versamento dell'importo dovuto a titolo di oblazione. La previsione del perfezionamento della domanda di condono mediante l'istituto del silenzio-assenso solleva in dottrina ed in giurisprudenza diverse perplessità, dovute sia all'irragionevolezza della scelta operata dal legislatore a fronte dei doveri di controllo e vigilanza spettanti al Comune in materia urbanistica, sia alle difficoltà di interpretazione del dettato normativo, il quale pone diverse incertezze circa gli elementi necessari ai fini della formazione del silenzio-assenso. Va evidenziato che secondo consolidata giurisprudenza può formarsi il silenzio-assenso solo nell'ipotesi in cui siano stati integralmente assolti dall'interessato gli

oneri di documentazione relativi al tempo di ultimazione dei lavori, all'ubicazione, alla consistenza delle opere e sia stata pagata l'oblazione.

2.4. Effetti del condono.

In ultimo occorre, sinteticamente ricordare gli effetti del provvedimento di condono.

In primo luogo, il condono produce l'effetto di regolarizzare il manufatto sotto il profilo urbanistico, attribuendo allo stesso un regime giuridico identico a quello proprio della normale concessione. Una prima conseguenza, però, deriva anzitutto dalla presentazione della domanda di condono e dal pagamento della prima rata dell'oblazione, ed è la sospensione del procedimento per l'applicazione delle sanzioni amministrative. Tale effetto è temporaneo e si esaurisce con l'accoglimento o meno della domanda di condono: l'accoglimento della domanda di condono, infatti, comporta il conseguimento del titolo in sanatoria e l'estinzione dell'illecito amministrativo, con conseguente non applicazione delle relative sanzioni amministrative conseguenti all'abuso edilizio, a condizione che sia anche corrisposta l'intera somma a titolo di oblazione.

Un ulteriore effetto sotto il profilo amministrativo è costituito dall'obbligo per il comune di verificare l'agibilità dell'edificio condonato, ai fini del rilascio del relativo certificato. A tal fine è necessario che vi sia corrispondenza tra il manufatto realizzato ed il progetto edilizio assentito e che, comunque, vi sia effettività abitabilità dell'immobile.

Inoltre, in base alla previsione di cui all'art. 38 della l. n. 47 del 1985, la presentazione della domanda di condono, entro il termine perentorio stabilito dalla legge, con allegata l'attestazione dell'avvenuto pagamento della prima rata dell'oblazione, sospende il procedimento penale e quello previsto per le sanzioni amministrative. Il versamento dell'intero ammontare dell'oblazione, inoltre, estingue i reati previsti in materia di abuso edilizio, nonché i procedimenti di esecuzione delle sanzioni amministrative.

In merito all'estinzione dei reati va poi distinta l'ipotesi in cui il condono sia assentito con provvedimento espresso dal caso in cui il titolo si formi per silenzio assenso. Infatti, nel primo caso il Giudice penale si trova già dinanzi ad un provvedimento che ravvisa i presupposti del condono e provvede al sindacato dello stesso (secondo le invero diverse

teoriche formate sul tema). Nel secondo caso deve provvedere direttamente alla verifica sulla ricorrenza dei presupposti per la formazione del silenzio.

Un ulteriore effetto del condono edilizio è la commerciabilità dei manufatti abusivi, rendendo inapplicabili le limitazioni ed i divieti di cui all'art. 40, comma 2, l. n. 47 del 1985. In base a tale disposizione sono nulli gli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali, con esclusione di quelli di costituzione, modificazione od estinzione dei diritti di garanzia o di servitù, inerenti ad immobili o a loro parti. Gli atti di disposizione dei manufatti abusivi non possono essere rogati se da essi non risultano, per espressa dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza, della concessione ad edificare, o della concessione rilasciata in sanatoria *ex art. 31* della l. n. 31 del 1985, ovvero se agli atti non viene allegata copia per il richiedente della relativa domanda, munita dei riferimenti della relativa presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto pagamento delle prime due rate dell'oblazione di cui all'art. 35, comma 6, della L. n. 47 del 1985.

3. Il secondo e terzo condono edilizio.

Il secondo e terzo condono edilizio sono oggetto dell'ultimo segmento della programma.

4. Il secondo condono.

La disciplina del c.d. secondo condono è racchiusa all'interno dell'art. 39 della l. 22 dicembre 1994, n. 724, rubricato "*definizione agevolata delle violazioni edilizie*". La disciplina, introdotta con un articolo della legge finanziaria per il 1995, subisce numerose modificazioni (tra le quali si rammentano quelle di cui all'art. 2, commi 37-59, della l. 23 dicembre 1996, n. 662; degli artt. 49 della l. 27 dicembre 1997, n. 449; della l. n. 136 del 1999; 13 del d. l. 30 gennaio 1998, n. 6).

Il secondo condono edilizio si presenta come una sostanziale riapertura dei termini del precedente condono del 1985. Infatti il primo comma dell'art. 39 prevede che "*le disposizioni di cui ai capi IV e V della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e successive modificazioni e integrazioni, come ulteriormente modificate dal presente articolo, si applicano alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31 dicembre 1993*". Per "*edifici ultimati*" si intendono quelli completati "*al rustico*", ossia "*quegli edifici che, mancanti delle sole finiture, comprendano le tamponature esterne che*

realizzano in concreto i volumi rendendoli individuabili ed esattamente calcolabili" (Cons. St., Sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 1306). Al medesimo primo comma è previsto, altresì, che tutti i termini che le previsioni della l. n. 47 del 1985 riferiscono all'entrata in vigore di quella legge, quanto al secondo condono devono essere intesi come riferiti all'entrata in vigore della l. n. 724 del 1994. A tal proposito, il termine di valida presentazione della domanda di condono è individuato nel 31 marzo 1995.

La continuità tra il primo e secondo condono è testimoniata anche dalla circostanza che la tipologia degli abusi condonabili è individuata con rinvio alla l. n. 47 del 1985.

In caso di intervenuto diniego espresso di sanatoria già richiesta ai sensi della l. n. 47 del 1985, l'art. 39, comma 10-*bis*, della l. n. 724 del 1994 consente a chi ne è legittimato di richiedere la sanatoria sulla base della diversa disciplina di cui al medesimo art. 39. Il comma 11 consente anche il mutamento del titolo di richiesta della licenza o autorizzazione edilizia. In particolare, si prevede che i soggetti che presentano entro il 31 dicembre 1993 istanza di concessione ai sensi dell'art. 13 della l. n. 47 del 1985, ossia domanda in "accertamento di conformità", oggi disciplinato dall'art. 36 del TUE, possono chiedere che l'istanza sia considerata domanda di concessione in sanatoria.

Sulla legittimità costituzionale del secondo condono si pronuncia la Consulta che ritiene legittima la riapertura e l'estensione dei termini del condono, negando che in tal modo risulti vanificata "*di per sé l'azione di controllo e di repressione delle amministrazioni*", stante "*la diffusione tutt'altro che isolata del fenomeno dell'abusivismo edilizio e della persistenza delle relative costruzioni, compiute nel periodo successivo al 31 ottobre 1983*". Tale circostanza, ravvisò la Corte, era dovuta al "*difetto di una attività di polizia locale specializzata sul controllo del territorio*" nonché alla "*scarsa (o quasi nulla in talune regioni) incisività e tempestività dell'azione di controllo e di repressione degli enti locali e delle regioni*" (sentenza n. 416/1995).

La Corte non manca, tuttavia, di evidenziare come "*ben diversa sarebbe [...] la situazione in caso di altra reiterazione di una norma del genere, soprattutto con ulteriore e persistente spostamento dei termini temporali di riferimento del commesso abusivismo edilizio*", giacché in tal caso sarebbe da presumersi venuto "*meno il carattere contingente e del tutto eccezionale della norma (con le peculiari*

caratteristiche della singolarità ed ulteriore irripetibilità) in relazione ai valori in gioco, non solo sotto il profilo della esigenza di repressione dei comportamenti che il legislatore considera illegali e di cui mantiene la sanzionabilità in via amministrativa e penale, ma soprattutto sotto il profilo della tutela del territorio e del correlato ambiente in cui vive l'uomo". La Corte sottolinea che *"la gestione del territorio sulla base di una necessaria programmazione sarebbe certamente compromessa sul piano della ragionevolezza da una ciclica o ricorrente possibilità di condono-sanatoria con conseguente convinzione di impunità, tanto più che l'abusivismo edilizio comporta effetti permanenti (qualora non segua la demolizione o la rimessa in pristino), di modo che il semplice pagamento di oblazione non restaura mai l'ordine giuridico violato, qualora non comporti la perdita del bene abusivo o del suo equivalente almeno approssimativo sul piano patrimoniale"*. E ciò in ragione della peculiare caratteristica del secondo condono che mira più ad effetti di tipo economico (per le casse erariali) che non a costruire una sorta di ponte tra abusi del passato e riordino urbanistico come nel caso del primo condono. Si consideri, a tal proposito, che il "costo" della seconda sanatoria straordinaria aumenta consistentemente rispetto a quanto previsto dalla l. n. 47 del 1985: l'oblazione è raddoppiata per gli abusi commessi fino al 15 marzo 1985 e triplicata per quelli commessi fino al 31 dicembre 1993 (comma 3). La cifra è ulteriormente elevata della metà rispetto agli aumenti ora indicati nel caso in cui l'abuso è commesso in un comune con popolazione superiore ai centomila abitanti.

4.1. Le novità di maggior rilievo del secondo condono.

Rispetto alla disciplina del 1985, il legislatore del 1994 introduce una serie di modificazioni, che restringono la portata del provvedimento di clemenza. In particolare:

- è fissato un limite massimo di volumetria condonabile pari al 30% delle costruzioni originarie, ovvero, indipendentemente dalla volumetria iniziale o comunque assentita, un limite di ampliamento massimo pari a 750 metri cubi; del pari è indicato in 750 metri cubi il massimo volume condonabile per le nuove costruzioni; i limiti di cubatura non trovano applicazione solamente in caso di condono di una precedente concessione edilizia annullata: il limite di volumetria si applica alle costruzioni abusive di carattere residenziale e non a quelle destinate ad altri usi (i

- giurisprudenza si veda: Cons. St., Sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 1306; Cass. pen., Sez. III, 16 febbraio 2000, n. 750; Tar Abruzzo, l'Aquila, 6 aprile 2001, n. 333);
- il limite dei 750 mc vale "*per singola richiesta di concessione edilizia in sanatoria*"; si evita, in tal modo, una arbitraria partizione dell'abuso, finalizzata all'elusione dei limiti volumetrici imposti dalla legge ⁽⁶⁾.

4.2. Il procedimento.

Sul tema occorre segnalare le peculiarità del secondo condono rispetto alle previsioni della L. del 1985.

In primo luogo, la legittimazione alla presentazione dell'istanza è esclusa per la persona colpita da sentenza definitiva di condanna per uno dei delitti *ex artt. 416-bis, 648-bis e 648-ter* cod. pen. Il procedimento di sanatoria è sospeso fino alla sentenza definitiva in caso di

⁶ cfr. Corte Costituzionale n. 306/1996 che evidenzia come il valore massimo di cubatura di 750 metri cubi sia un limite assoluto ed inderogabile nel secondo condono, che costituisce "*norma di chiusura*" rispetto al generale limite di ampliamento del trenta per cento della volumetria originaria. Il limite di 750 metri cubi trova un temperamento solo per le nuove costruzioni, per le quali è prevista la possibilità, "*derogatoria e, come tale, di stretta interpretazione*", di calcolare la volumetria per singola richiesta di concessione edilizia in sanatoria. Tale scissione della domanda di sanatoria è legittima ed ammissibile solo in caso di "*suddivisione della costruzione o limitazione quantitativa del titolo che abilita la presentazione della domanda di sanatoria*". Sul punto la Corte ipotizza, in un elenco da non ritenersi esaustivo, i seguenti casi legittimanti la segmentazione dell'edificio e la pluralità di domande di sanatoria: "*proprietà di parte della costruzione a seguito di alienazione o di singole opere da sanare (art. 31, primo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47) o titolarità di diritto di usufrutto o di abitazione (ad es. limitata a singola porzione di immobile), titolarità di diritto personale di godimento, quando la legge o il contratto abiliti a fare le opere (art. 31, terzo comma, della legge n. 47 del 1985, in relazione all'art. 4 della legge 28 gennaio 1977, n. 10) o ogni altro soggetto interessato al conseguimento della sanatoria (art. 31, terzo comma, della legge n. 47 del 1985), come l'istituto di credito mutuario, con ipoteca su singola porzione di immobile, il locatario o altri aventi titolo a godere della porzione di immobile*". Nei casi ordinari, laddove una specifica norma non legittimi "*in maniera differenziata soggetti diversi dal costruttore*", la concessione edilizia deve essere necessariamente unica per tutte le opere riguardanti un edificio o un complesso unitario. Ne consegue che uno stesso soggetto legittimato non può utilizzare separate domande di sanatoria per aggirare il limite di volumetria previsto dall'art. 39, comma 1, della legge n. 724 del 1994, "*dovendosi, in tal caso, necessariamente unificare le richieste quando si tratti della medesima nuova costruzione da considerarsi in senso unitario*".

imputazione o condanna non definitiva per i medesimi reati. La legge prevede, altresì, che, ferma la possibilità per l'ente locale di procedere a verifiche per il tramite del casellario giudiziale, la domanda di condono deve essere corredata da dichiarazione del richiedente di non avere carichi pendenti in relazione ai delitti sopra menzionati (comma 1).

La disciplina in commento prevede che, per le opere oggetto degli abusi edilizi posti in essere dai soggetti colpevoli dei reati sopra indicati, la sentenza del giudice penale che irroga le sanzioni di cui all'art. 20 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, dispone la confisca e, per l'effetto, le opere sono acquisite di diritto e gratuitamente al patrimonio indisponibile del comune sul cui territorio insistono (comma 12). È comunque consentito all'amministratore dei beni immobili oggetto di sequestro o di confisca ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, presentare al giudice competente domanda di autorizzazione a chiedere il condono o la riattivazione del procedimento di sanatoria sospeso (comma 1-*bis*). Di conseguenza, il divieto di concessione in sanatoria non opera nei confronti dell'amministratore o del terzo acquirente.

Come accennato, l'art. 39 della l. n. 724 del 1994 prevede che la domanda di concessione o di autorizzazione in sanatoria, con la prova del pagamento dell'oblazione, sia presentata al comune competente, a pena di decadenza, entro il 31 marzo 1995 (comma 4).

Alla produzione della documentazione di cui all'articolo 35, terzo comma, della l. 28 febbraio 1985, n. 47, si fa luogo tramite apposita dichiarazione del richiedente, resa ai sensi dell'art. 4 della l. 4 gennaio 1968, n. 15. È necessario depositare anche la prescritta documentazione fotografica e, ove necessaria, la perizia giurata, la certificazione di cui alla lettera *b*) del predetto terzo comma, attestante l'idoneità statica delle opere eseguite, nonché il progetto di adeguamento statico di cui al quinto comma dello stesso articolo 35.

Inoltre, al pari di quanto previsto dalla L. n. 47 del 1985, anche la l. n. 724 del 1994 disciplina gli effetti del prolungato silenzio dell'ente locale competente al rilascio della sanatoria. È previsto, infatti, che il decorso del termine di un anno per i comuni che hanno meno di 500.000 abitanti e di due anni per i comuni maggiori dall'entrata in vigore della l.

n. 724 del 1994 senza l'adozione di un provvedimento negativo del comune "*equivale a concessione o ad autorizzazione edilizia in sanatoria*" (comma 4).

Affinché maturi il c.d. "silenzio-assenso", il richiedente deve aver ottemperato ai seguenti oneri: *i)* pagamento dell'oblazione (o dell'integrazione della parte non pagata per le domande di cui alla l. n. 47 del 1985); *ii)* pagamento degli oneri concessori; *iii)* denuncia dell'abuso al catasto, ai sensi dell'art. 52, comma 2, della l. n. 47 del 1985 (comma 4).

Se nei termini previsti l'oblazione dovuta non è stata interamente corrisposta o è stata determinata in modo non veritiero e palesemente doloso, le costruzioni realizzate senza licenza o concessione edilizia sono assoggettate alle sanzioni richiamate agli articoli 40 e 45 della l. n. 47 del 1985.

In ultimo, si prevede che la mancata presentazione dei documenti previsti per legge entro il termine di tre mesi dalla espressa richiesta di integrazione notificata dal comune comporti l'improcedibilità della domanda e il conseguente diniego della concessione o autorizzazione in sanatoria per carenza di documentazione. La richiesta di integrazione documentale deve essere espressa, ossia indicativa di specifiche lacune documentali, e motivata. L'interessato può contestare la pertinenza o necessità della documentazione richiesta dal Comune, dimostrando la completezza della domanda già presentata.

La l. n. 724 del 1994 consente a chi ha presentato domanda in sanatoria ai sensi della l. n. 47 del 1985 (e ai loro aventi causa), senza aver interamente corrisposto l'oblazione originariamente dovuta, di versare il triplo della somma residua entro il 31 marzo 1996. Il mancato versamento di tale somma comporta l'improcedibilità della domanda originaria (comma 6). L'obbligo di tale versamento, però, non si applica nel caso in cui, a seguito del pagamento dell'intera oblazione, rimanga comunque dovuto il conguaglio, purché sia stato richiesto nei termini di cui all'art. 35 della l. n. 47 del 1985.

L'oblazione deve essere corrisposta tramite un privo versamento entro il 31 marzo 1995 e, per il rimanente, in quattro rate di pari importo da liquidare rispettivamente il 15 aprile 1995, il 15 luglio 1995, il 15 settembre 1995 ed il 15 dicembre 1995 (comma 5, che prevede anche ulteriori scansioni temporali per il versamento dell'oblazione).

La l. n. 724 del 1994 introduce anche la fattispecie del c.d. "abusivismo di necessità", specificando che, "per le opere realizzate al fine di ovviare a situazioni di estremo disagio abitativo, la misura dell'oblazione è ridotta percentualmente in relazione ai limiti, alla tipologia del reddito ed all'ubicazione delle stesse opere secondo quanto previsto dalla tabella D", allegata alla medesima legge (comma 13).

Per l'applicazione della riduzione dell'oblazione è in ogni caso richiesto che l'opera abusiva risulti effettivamente adibita a "abitazione principale" del proprietario, o del possessore in caso di proprietario residente all'estero, oppure "di altro componente del nucleo familiare in relazione di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo grado, e che vi sia convivenza da almeno due anni" (comma 14). Affinché si benefici della riduzione è necessario anche che le opere abusive risultino di consistenza non superiore a quella indicata al comma 1 dell'art. 39 in commento e che il medesimo soggetto non abbia presentato altre richieste di sanatoria.

La giurisprudenza osserva come la categoria di "estremo disagio abitativo" esprima la sostanziale difficoltà di soddisfare diversamente dalla perpetuazione dell'abuso edilizio (ad esempio mediante ricorso al mercato delle locazioni o utilizzazione delle possibilità legali di edificazione) le necessità abitative del richiedente la concessione in sanatoria (Tar Puglia, Lecce Sez. III, 25 marzo 2006, n. 1744).

Quanto agli oneri concessori, il comma 9 dell'articolo in esame impone al richiedente di allegare alla domanda di sanatoria la ricevuta del pagamento dell'anticipazione degli oneri concessori (ove dovuti), nella misura indicata nella tabella C in calce alla medesima l. n. 724 del 1994. L'anticipo degli oneri concessori è rateizzabile nelle stesse forme dell'oblazione. È prevista la possibilità dello "scorporo" degli oneri concessori a favore di chi, in proprio o in forme consortili, abbia eseguito o intenda eseguire parte delle opere di organizzazione primaria secondo le direttive degli uffici comunali.

Nel caso di integrazione dell'oblazione per le domande di sanatoria di cui alla l. n. 47 del 1985, il comma 10 dell'art. 39 prevede il versamento del 70 per cento degli oneri concessori o all'intero ammontare degli stessi. Qualora gli oneri concessori siano determinati ai sensi

della legge 28 gennaio 1977, n. 10, dalla legislazione regionale e dagli eventuali conseguenti provvedimenti attuativi, gli importi dovuti devono essere pari, in deroga alla disciplina generale, all'intera somma calcolata, in applicazione dei parametri in vigore alla data del 30 giugno 1989.

Un'ultima notazione va dedicata al tema degli immobili su aree vincolate.

L'ottavo comma dell'articolo in esame specifica che, nel caso di interventi edilizi nelle zone e fabbricati sottoposti a vincolo ai sensi delle leggi 1° giugno 1939, n. 1089; 29 giugno 1939, n. 1497, e del d.l. 27 giugno 1985, n. 312, il rilascio della concessione edilizia o della autorizzazione in sanatoria è subordinato al conseguimento delle autorizzazioni delle Amministrazioni preposte alla tutela del vincolo.

Il conseguimento della sanatoria amministrativa comporta anche l'estinzione del reato concernente la violazione del vincolo stesso. Rimane, invece, dovuta, l'indennità risarcitoria per costruzioni in aree soggette a vincolo paesistico.

Ai sensi dell'art. 32 della l. n. 47 del 1985, il silenzio protratto oltre 180 giorni dalla domanda di parere comporta il rigetto della medesima.

Per gli interventi eseguiti su aree vincolate, il dies a quo per il calcolo dei termini di formazione del silenzio-assenso è quello del rilascio del parere favorevole dell'Amministrazione di tutela del vincolo.

Il comma 20 dell'articolo in esame, poi, specifica che, ai fini della condonabilità, i vincoli di inedificabilità richiamati dall'articolo 33 della l. n. 47 del 1985, non comprendono il divieto transitorio di edificare previsto dall'art. 1-quinquies del d.l. n. 312 del 1985.

5. Il terzo condono edilizio.

Rimane da esaminare la disciplina del terzo condono introdotto nell'ordinamento con l'emanazione e la successiva conversione in legge del d.l. 30 settembre 2003, n. 269. Anche in questo caso, il legislatore prende le mosse dalla disciplina delle precedenti sanatorie, estendendo alle opere ultimate entro il 31 marzo 2003 la disciplina della l. n. 47 del 1985, come modificata dalle disposizioni sul secondo condono e ulteriormente riformata

proprio dall'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003. Del pari, è previsto che i termini che la precedente disciplina prevedeva come decorrenti dall'entrata in vigore della l. n. 47 del 1985 o della l. n. 724 del 1994, per il terzo condono dovevano essere computati facendo riferimento all'entrata in vigore del d.l. n. 269 del 2003 (cfr. comma 28).

L'introduzione di un nuovo condono a pochi anni di distanza da quello del 2004 solleva dubbi di legittimità costituzionale. Dubbi che riguardano anche il tema del sacrificio ad interessi di pregio costituzionale quali la tutela del paesaggio e del patrimonio ambientale e che sembrano a molti suscettibili di condivisione da parte della Consulta alla luce dei moniti al legislatore contenute nelle sentenze nn. 416 e 427 del 1995.

Al contrario, con la sentenza n. 196/2004 la Corte esprime l'avvio che la nuova normativa contenga un quadro di ragionevole tenuta del sistema e di bilanciamento dei diversi interessi in conflitto, affermando, in primo luogo, che i *"primari valori"* sanciti nell'art. 9 Cost. possano trovare migliore e adeguata garanzia anzitutto attraverso la tutela di *"tutti i soggetti istituzionali cui la Costituzione affida poteri legislativi ed amministrativi siano chiamati a contribuire al bilanciamento dei diversi valori in gioco"*, sicché già l'intervento di ripristino dell'ambito di competenze regionali operato con la medesima sentenza *"contribuisce senza dubbio a rafforzare la più attenta e specifica considerazione di quegli interessi pubblici, come la tutela dell'ambiente e del paesaggio, che sono - per loro natura - i più esposti a rischio di compromissione da parte delle legislazioni sui condoni edilizi"*.

La Corte ricorda, inoltre, come nella precedente giurisprudenza in tema di condono edilizio si sia messo in evidenza che il fondamento giustificativo di tale misura di clemenza è rinvenuto nella *"necessità di «chiudere un passato illegale» in attesa di poter infine giungere ad una repressione efficace dell'abusivismo edilizio"*, accompagnata da ulteriori *"ragioni contingenti e straordinarie di natura finanziaria"*.

Le medesime condizioni, ad avviso della Consulta, sussisteva anche nel 2003, in quanto:
a) la legislazione statale negli anni precedenti è profondamente mutata, con la sedimentazione del *corpus* normativo in materia di urbanistica ed edilizia avvenuta con l'emanazione del TUE;

b) l'entrata in vigore del nuovo Titolo V della seconda Parte della Costituzione aveva attribuisce alle Regioni e agli enti locali *"la politica di gestione del territorio"*.

La giustificazione del terzo condono ora riportata è apparsa a molti commentatori particolarmente fragile anche considerando la "virata" dell'orientamento della Corte, rispetto al severo monito già rivolto al legislatore con le decisioni sul secondo condono.

5.1. Presupposti e condizioni di operatività del terzo condono.

Al pari del secondo condono sono fissati limiti di volumetria condonabile. Possono, infatti, essere sanati gli ampliamenti del manufatto esistente non superiori al 30 per cento della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, non superiori a 750 mc. Sono altresì condonabili le nuove costruzioni residenziali, purché non superino la volumetria massima di 750 mc per singola richiesta di titolo abilitativo edilizio in sanatoria e comunque a condizione che la nuova costruzione non superi complessivamente i 3.000 metri cubi.

Non è riproposta la previsione della deroga, in punto di volumetria condonabile, per i manufatti eseguiti sulla base di titoli edilizi poi annullati, già consentita ai sensi della legge sul secondo condono. Sul punto l'Adunanza plenaria esclude che la clausola della l. n. 724 del 1994 sulla sanatoria per le opere assentite da titoli annullati possa essere applicabile al terzo condono, in forza dei rinvii alle precedenti discipline (Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2009, n. 4). In particolare, il Consiglio di Stato affermato che l'affidamento insorto nel privato che abbia costruito sulla base di un titolo poi annullato possa essere, astrattamente, meritevole di tutela, ma che la sanabilità di tale fattispecie è comunque rimessa alla discrezionalità del legislatore. Di conseguenza, in mancanza di una espressa indicazione in tal senso da parte del legislatore del 2003, *"il principio di tassatività delle ipotesi di condono e la delicatezza"* della questione (essendo possibile anche il sovvertimento di un giudicato di annullamento del titolo edificatorio) impediscono al giudice *"di elevare l'affidamento del privato a vero e proprio vincolo per il legislatore"*.

Diversamente dal modello normativo adottato nei precedenti condoni, l'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 impiega le tipologie di abusi elencate nell'Allegato 1 al decreto legge non per

illustrare i criteri di calcolo dell'oblazione, bensì per disciplinare partitamente le stesse tipologie di abusi. L'Allegato stesso acquista, quindi, "valore definitorio sostanziale".

Nell'originario intento del legislatore:

- gli abusi descritti ai numeri da 1 a 3 dell'elenco ⁽⁷⁾ sarebbero dovuti essere condonabili nell'ambito dell'intero territorio nazionale (purché non realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente rilevante ai sensi degli artt. 6 e 7 del d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490), così come gli abusi di cui ai numeri 4, 5 e 6 ⁽⁸⁾ nell'ambito degli immobili soggetti a vincolo di cui all'art. 32 della l. 28 febbraio 1985, n. 47;

b) gli abusi di cui ai numeri 4, 5 e 6 nelle aree non soggette ai vincoli di cui all'art. 32 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, invece, sarebbero dovuti essere condonabili solo in attuazione di legge regionale, da emanarsi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del medesimo d.l. n. 296 del 2003, chiamata a determinare " *la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissibilità a sanatoria di tali tipologie di abuso edilizio*".

Il comma 27 elenca una lunga serie di categorie di manufatti non condonabili. Si tratta delle opere:

⁷ Le opere contemplate dall'Allegato 1 sono le seguenti. Tipologia 1: " *Opere realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici*"; tipologia 2: " *Opere realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio, ma conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici alla data di entrata in vigore del presente provvedimento*"; tipologia 3: " *Opere di ristrutturazione edilizia come definite dall'articolo 3, comma 1, lettera d) del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 realizzate in assenza o in difformità dal titolo abilitativo edilizio*".

⁸ Tipologia 4: " *Opere di restauro e risanamento conservativo come definite dall'articolo 3, comma 1, lettera c) del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, realizzate in assenza o in difformità dal titolo abilitativo edilizio, nelle zone omogenee A di cui all'articolo 2 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444*"; tipologia 5: " *Opere di restauro e risanamento conservativo come definite dall'articolo 3, comma 1, lettera c) del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, realizzate in assenza o in difformità dal titolo abilitativo edilizio*"; tipologia 6: " *Opere di manutenzione straordinaria, come definite all'articolo 3, comma 1, lettera b) del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, realizzate in assenza o in difformità dal titolo abilitativo edilizio; opere o modalità di esecuzione non valutabili in termini di superficie o di volume*".

a) " eseguite dal proprietario o avente causa condannato con sentenza definitiva, per i delitti di cui agli artt. 416-bis, 648-bis e 648-ter del codice penale o da terzi per suo conto";

b) insuscettibili di essere *oggetto* di adeguamento antisismico in ossequio all'ord. del P.d.C.M. 20 marzo 2003, n. 3274;

c) realizzate su immobili soggetti a vincoli idrogeologici, ambientali e paesistici, nonché nell'ambito dei parchi e delle aree protette, qualora istituiti prima della loro esecuzione, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici;

d) realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente rilevante ai sensi degli artt. 6 e 7 del d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490;

e) realizzate su aree boscate o su pascolo, i cui soprassuoli siano stati percorsi dal fuoco;

f) realizzate nei porti e nelle aree appartenenti al demanio marittimo, lacuale e fluviale, nonché nei terreni gravati da diritti di uso civico.

È, invece, ammissibile la sanatoria delle opere interne, anche se in contrasto con gli strumenti urbanistici e realizzate in zone sottoposte a vincolo paesaggistico. Sono egualmente sanabili gli interventi di restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria.

5.2. Il procedimento.

I commi 29 e 30 dell'art. 32 sottopongono il terzo condono alla disciplina già vigente per la precedente sanatoria straordinaria concernente l'ambito di applicazione soggettiva del condono. È, infatti, nuovamente esclusa dal provvedimento di clemenza la persona colpita da sentenza definitiva di condanna per uno dei delitti ex artt 416-bis, 648-bis e 648-ter cod. pen. Il procedimento di sanatoria è sospeso fino alla sentenza definitiva in caso di imputazione o condanna non definitiva per i medesimi reati. La legge prevede, altresì, che, ferma la possibilità per l'ente locale di procedere a verifiche per il tramite del casellario

giudiziale, la domanda sia corredata da dichiarazione del richiedente di non avere carichi pendenti in relazione ai delitti sopra menzionati (comma 29).

È comunque consentito all'amministratore dei beni immobili oggetto di sequestro o di confisca ai sensi della legge 31 maggio 1965, n. 575, presentare al giudice competente domanda di autorizzazione a chiedere il condono o la riattivazione del procedimento di sanatoria sospeso. Di conseguenza, non opera nei confronti dell'amministratore o del terzo acquirente il divieto di concessione in sanatoria sopra indicato.

La domanda di condono può presentarsi dall'11 novembre 2004 fino al 10 dicembre 2004 (comma 32).

La domanda, ai sensi dei commi 32 e 35 deve essere corredata da:

- attestazione del pagamento dell'oblazione e dell'anticipazione degli oneri concessori;
- autocertificazione, con allegata documentazione fotografica, dalla quale risulti la descrizione delle opere per le quali si chiede il titolo abilitativo edilizio in sanatoria e lo stato dei lavori relativo;
- qualora l'opera abusiva supera i 450 metri cubi, una perizia giurata sulle dimensioni e sullo stato delle opere e una certificazione redatta da un tecnico abilitato all'esercizio della professione, attestante l'idoneità statica delle opere eseguite;
- ogni ulteriore documentazione eventualmente prescritta con norma regionale;
- autodichiarazione sull'esclusione delle condizioni ostative al rilascio della sanatoria, concernenti i carichi pendenti per i delitti *ex artt. 416-bis, 648-bis e 648-ter* cod. pen.

Il comma 36 regola il silenzio della pubblica Amministrazione, prescrivendo che *"la presentazione nei termini della domanda di definizione dell'illecito edilizio, l'oblazione interamente corrisposta nonché il decorso di trentasei mesi dalla data da cui risulta il suddetto pagamento"* comportano l'estinzione della punibilità per i reati di cui all'art. 38, comma 2, della l. n 47 del 1985, nonché dei procedimenti di esecuzione delle sanzioni amministrative. Il medesimo comma specifica che, *" trascorso il suddetto periodo di trentasei mesi si prescrive il diritto al conguaglio o al rimborso spettante"*. Sul punto si deve registrare l'intervento della Corte

costituzionale (sent. n. 70 del 2008) che rileva l'irragionevolezza della disposizione, affermando che l'effetto estintivo deve poter verificarsi anche prima del decorso dei 36 mesi dal pagamento integrale dell'oblazione, ai sensi dell'art. 32, comma 36, del d.l. n. 269 del 2003. Nel disegno del legislatore, infatti, quel termine segna sia il limite per l'esercizio della potestà accertativa dell'ente locale sull'obbligo di versare l'oblazione, sia il *dies* in cui matura l'effetto estintivo della punibilità a favore del privato: l'estinzione, dunque, si produce solo contestualmente alla decadenza del potere di accertamento del comune. Tale meccanismo, è, secondo la Consulta, manifestamente irragionevole, nella misura in cui impedisce che il giudice possa *"tener conto degli accertamenti effettuati dall'amministrazione anteriormente alla scadenza del suddetto termine"*. A seguito della sent. n. 70 del 2008, dunque, può *"essere dichiarato estinto il reato"* anche quando *"il comune abbia accertato che l'oblazione versata corrisponde a quella effettivamente dovuta, ove tale accertamento sia avvenuto prima del decorso del suddetto termine"*.

Per il versante amministrativo, ai sensi del comma 37, affinché si possa ritenere rilasciato il permesso in sanatoria in forza del silenzio-assenso dell'Amministrazione, è necessario il decorso di 24 mesi dal 31 ottobre 2005 senza l'adozione di un provvedimento negativo, sempre che il richiedente, oltre alla presentazione della domanda, abbia provveduto a:

- versare l'oblazione;
- pagare gli oneri di concessione;
- presentare la documentazione di corredo alla domanda, sopra ricordata;
- denunciare l'opera abusiva in catasto e all'ente locale competente ai fini dell'applicazione dell'imposta comunale sugli immobili, della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani e, ove rilevi, della tassa per l'occupazione del suolo pubblico, entro il 31 ottobre 2005.

Il medesimo comma specifica che, se nei termini previsti l'oblazione dovuta non è stata interamente corrisposta o è stata determinata in forma dolosamente inesatta, le costruzioni realizzate senza titolo abilitativo edilizio sono assoggettate alle sanzioni di cui all'art. 40 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, e all'art. 48 del Testo unico dell'edilizia.

La giurisprudenza precisato che l'omessa presentazione della documentazione prescritta per la domanda di condono edilizio impedisce anche il decorso del termine di trentasei mesi per la prescrizione di eventuali crediti a rimborso o a conguaglio dell'oblazione versata. Più in generale, la giurisprudenza ritiene che per la formazione del silenzio-assenso devono necessariamente presentarsi tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi a cui è subordinata l'ammissione del condono (Tar Veneto, Sez. II, 27 maggio 2009, n. 1626; Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 26260. Il silenzio-assenso non si verifica nemmeno in caso di domanda dolosamente infedele, per le rilevanti omissioni o inesattezze: cfr. Tar Sardegna, Sez. II, 26 giugno 2007, n. 1348; Tar Lazio, Roma, Sez II, 17 gennaio 2007, n. 298).

Per converso, il provvedimento di diniego della sanatoria deve essere motivato e deve essere preceduto dall'acquisizione del parere della Commissione edilizia comunale, in ossequio allo schema procedimentale previsto per il provvedimento di rilascio⁹, nonché dal preavviso di diniego ai sensi dell'art. 10-*bis* della l. n. 241 del 1990.

Una particolare attenzione è dedicata dal legislatore al tema degli immobili su aree vincolate. Il comma 43 dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 riscrive l'art. 32 della l. n. 47 del 1985, prescrivendo quanto segue:

a) è fatto salvo il regime di non sanabilità delle opere edificate su aree sottoposte a vincolo che comporti inedificabilità assoluta;

b) negli altri casi, il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso;

c) ai fini dell'acquisizione del parere si applica l'art. 20, comma 6, del TUE, ovvero si procede con la convocazione di una conferenza di servizi; l'inerzia per 18 mesi dell'amministrazione di tutela del vincolo costituisce silenzio-rifiuto, impugnabile da parte dell'interessato;

d) il rilascio del titolo in sanatoria estingue il reato di violazione del vincolo;

⁹ Cfr. Tar Umbria, 1° settembre 2003, n. 711.

e) il parere non è richiesto quando si tratti di violazioni riguardanti l'altezza, i distacchi, la cubatura o la superficie coperta che non eccedano il 2 per cento delle misure prescritte;

f) sono suscettibili di sanatoria le opere insistenti su aree vincolate dopo la loro esecuzione, purché: i) ove realizzate in difformità dalle prescrizioni anti-sismiche di cui alla l. 2 febbraio 1974, n. 64, e in difformità dalle prescrizioni del TUE, possano essere collaudate secondo il disposto del quarto comma dell'articolo 35 della l. n. 47 del 1985; ii) se in contrasto con le norme urbanistiche che prevedono la destinazione ad edifici pubblici od a spazi pubblici, purché non siano in contrasto con le previsioni delle varianti agli strumenti urbanistici dedicate al recupero urbanistico degli insediamenti abusivi, disciplinate dagli artt. 29 e 30 della l. n. 47 del 1985; iii) se in contrasto con le norme del d.m. 1° aprile 1968, n. 1404, purché le opere stesse non costituiscano minaccia alla sicurezza del traffico. Nel caso in cui le condizioni sopra indicate non si verificano, il vincolo comporta l'insanabilità dell'opera;

g) per le opere eseguite da terzi su aree di proprietà di enti pubblici territoriali, in assenza di un titolo che abiliti al godimento del suolo, il rilascio della concessione o dell'autorizzazione in sanatoria è subordinato anche alla disponibilità dell'ente proprietario a concedere onerosamente, alle condizioni previste dalle leggi statali o regionali vigenti, l'uso del suolo su cui insiste la costruzione;

h) per le costruzioni che ricadono in aree che, per effetto della esecuzione di un piano particolareggiato cessino di far parte del suolo pubblico (art. 21, l. n. 1150 del 1942), il rilascio della concessione o della autorizzazione in sanatoria è subordinato alla acquisizione della proprietà dell'area stessa;

i) per le opere non suscettibili di sanatoria perché eseguite su aree vincolate o di proprietà pubblica si applicano le sanzioni previste dal TUE.

La novellazione dell'art. 32 della l. n. 47 del 1985 elimina ogni riferimento all'eventuale anteriorità dell'opera abusiva rispetto alla data di imposizione del vincolo, sicché per le domande di sanatoria presentate successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 269 del

2003 è sempre necessaria l'adozione del parere favorevole dell'ente gestore del vincolo, anche se imposto successivamente all'edificazione da condonare.

5.3. **Rapporti tra Stato e Regione nell'attuazione della terzo condono.**

A differenza dei precedenti, il terzo condono edilizio interviene a seguito della riforma del Titolo V della seconda Parte della Costituzione. Nel rinnovato contesto regionalista, la disciplina del terzo condono detta una serie di misure di raccordo con la legislazione regionale:

- in via generale, il legislatore statale disciplina il terzo condono come misura straordinaria *"disposta nelle more dell'adeguamento della disciplina regionale ai principi contenuti nel testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380"* (comma 2);
- sono salvaguardate *"le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano"* (comma 3);
- è rinviata alla legge regionale, da adottarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del d.l. n. 269 del 2003, l'approvazione della disciplina concernente la possibilità, le condizioni e le modalità per l'ammissibilità a sanatoria delle tipologie di illecito di cui all'allegato 1, numeri 4, 5 e 6, sopra menzionate, nelle aree non vincolate (comma 26);
- si consente alle regioni di approvare, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 269 del 2003, *"norme per la definizione del procedimento amministrativo relativo al rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria"* (comma 33);
- si consente alle Regioni di disporre un incremento dell'oblazione fino ad un massimo del 10 per cento della misura fissata dal legislatore statale (comma 33);
- si demanda alla legge regionale l'adozione della disciplina di attuazione delle norme relative alla realizzazione delle opere di urbanizzazione da parte dei richiedenti il permesso di costruire in sanatoria (comma 34).

Va evidenziato come, dopo l'emanazione del d.l. n. 269/2003, si assista ad un vasto contenzioso tra lo Stato e le Regioni.

Tra le varie pronunce della Consulta vanno ricordate le coeve sentt. nn. 196, 198 e 199 del 28 giugno 2004, con cui la Corte si pronuncia sulla legittimità dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003, delle leggi regionali n. 55 del 2003 della Toscana, n. 22 del 2003 del Friuli-Venezia Giulia, n. 29 del 2003 delle Marche e n. 1 del 2004 dell'Emilia-Romagna, oltreché della delibera della Giunta regionale della Campania, n. 2827 del 30 settembre 2003.

Con la sent. n. 196 del 2004 la Corte costituzionale ammette che il condono edilizio possa essere disposto per decretazione d'urgenza e, anzi, ravvisato ragioni che giustificerebbero proprio l'impiego di questa fonte nelle esigenze di immediata sospensione dei processi penali e dei procedimenti sanzionatori in corso.

In secondo luogo la Corte è chiamata a verificare il riparto di competenze tra Stato e Regioni. Sul punto la Corte afferma che la disciplina del condono edilizio interviene in due diversi ambiti materiali: quello della sanzione penale della condotta illegittima, afferente all'"ordinamento penale", ex art. 117, comma 2, lett. o), Cost., e quello del "governo del territorio", ex art. 117, comma 3, Cost., nel quale confluiscono i "settori dell'urbanistica e dell'edilizia". Sul primo punto la Corte osserva che *"solo il legislatore statale può incidere sulla sanzionabilità penale e che esso, specie in occasione di sanatorie amministrative, dispone di assoluta discrezionalità in materia «di estinzione del reato o della pena, o di non procedibilità»*. In ordine al secondo aspetto la Corte evidenzia che *"solo alcuni limitati contenuti di principio di questa legislazione possono ritenersi sottratti alla disponibilità dei legislatori regionali"* e, al contrario, rientra nel dominio del legislatore regionale:

- a) la fissazione di limiti volumetrici massimi condonabili, inferiori a quelli indicati dal legislatore statale;
- b) la prescrizione delle possibilità, delle condizioni e delle modalità per l'ammissibilità a sanatoria di tutte le tipologie di abuso indicate dal legislatore statale (dunque non solo quelle di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'Allegato al d.l. n. 269 del 2003);
- c) la disciplina del procedimento amministrativo e, in particolare, gli effetti del prolungato silenzio dell'Amministrazione procedente, sicché è consentito al legislatore statale anche abbandonare il meccanismo del silenzio-assenso sopra descritto;

d) la misura dell'anticipazione degli oneri concessori e le modalità del versamento.

La Corte dichiara, inoltre, l'illegittimità costituzionale dell'art. 32 del d. l. n. 269 del 2003, *"nella parte in cui non prevede che la legge regionale di cui al comma 26 debba essere emanata entro un congruo termine da stabilirsi dalla legge statale"*. Questo termine è poi fissato in quattro mesi, decorrenti dall'entrata in vigore del d.l. 12 luglio 2004, n. 168, conv. con modif. dall'art. 1 della l. 30 luglio 2004, n. 191. Con questo decreto il legislatore prevede, inoltre, che le domande di definizione degli abusi edilizi presentate fino alla data di pubblicazione della decisione della Corte Costituzionale (7 luglio 2004) siano salve a tutti gli effetti, mentre le domande presentate dalla data di pubblicazione del decreto-legge sino alla data di entrata in vigore della relativa legge di conversione (31 luglio 2004) siano salve solo agli effetti penali, salvo il caso che il legislatore regionale, nelle successive disposizioni di attuazione, non le ritenga valide anche per quanto concerne gli effetti amministrativi. In caso di approvazione di una legge regionale di attuazione della disciplina statale del condono, è riconosciuta la facoltà di presentare domande di sanatoria in ossequio alle nuove determinazioni delle Regioni entro un mese a decorrere dal termine assegnato alle Regioni per l'approvazione della disciplina regionale di specificazione della normativa statale (ovverosia nel periodo intercorrente tra l'11 novembre 2004 e l'11 dicembre 2004).

Lorenzo Cordì

Referendario presso il T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano.