



**PAUSANIA**  
Rivista di Diritto Urbanistico

**21/2024**

*Articoli pubblicati a dicembre 2023, gennaio e febbraio 2024*

# SOMMARIO

<b>URBANISTICA</b> .....	4
Le sopravvenienze normative in caso di procedimenti in itinere, <i>di Fabio Cusano</i> .....	4
<b>EDILIZIA</b> .....	9
Inammissibile la q.l.c. sulla formazione del silenzio rigetto sulla domanda del permesso in sanatoria, <i>di Fabio Cusano</i> .....	9
I titoli abilitativi per i campi da padel, <i>di Paolo Urbani</i> .....	14
Le eccezioni all'onerosità del permesso di costruire, <i>di Paolo Urbani</i> .....	17
Sull'accatastamento e sul certificato di abitabilità, <i>di Fabio Cusano</i> .....	18
Sui soggetti destinatari dell'ordine di demolizione, <i>di Fabio Cusano</i> .....	20
Gli effetti dell'istanza di condono sull'ordine di demolizione, <i>di Fabio Cusano</i> .....	22
Sulla fiscalizzazione dell'abuso edilizio, <i>di Paolo Urbani</i> .....	24
Sulla nozione di manufatto precario, <i>di Fabio Cusano</i> .....	28
Sulla doppia conformità e sulla fiscalizzazione dell'abuso edilizio, <i>di Paolo Urbani</i> .....	30
L'irrilevanza del titolo necessario in caso di abusi in zona paesaggistica, <i>di Fabio Cusano</i> .....	33
Sugli abusi con variazioni essenziali in zona paesaggistica, <i>di Paolo Urbani</i> .....	35
La responsabilità della PA in caso di omessa demolizione, <i>di Fabio Cusano</i> .....	38
Sull'inammissibilità della sanatoria condizionata, <i>di Fabio Cusano</i> .....	43
In caso di edilizia residenziale pubblica non si applica l'art. 35 TUED, <i>di Paolo Urbani</i> .....	46
L'annullamento del permesso di costruire per errore del progettista, <i>di Paolo Urbani</i> .....	55
Sulla configurabilità del silenzio-assenso in caso di permesso di costruire in zona vincolata, <i>di Fabio Cusano</i> .....	57
Sull'autotutela doverosa, <i>di Fabio Cusano</i> .....	60
Il Consiglio di Stato ha ribadito che l'ordine di demolizione costituisce atto dovuto, <i>di Paolo Urbani</i> .....	70
Le condizioni per il perfezionamento della SCIA, <i>di Fabio Cusano</i> .....	72
Il silenzio sull'istanza di sanatoria vale come rigetto, <i>di Fabio Cusano</i> ....	74

Sui poteri di vigilanza del Comune sulla CILA, <i>di Fabio Cusano</i> .....	77
Sul mutamento di destinazione d'uso di locale tecnico, <i>di Paolo Urbani</i> ..	79
Sui legittimati a richiedere il permesso di costruire e l'autorizzazione paesaggistica, <i>di Fabio Cusano</i> .....	90
Sui destinatari dell'ordine di demolizione, <i>di Fabio Cusano</i> .....	91
Illegittimo l'affidamento del privato in caso di abusi edilizi, <i>di Paolo Urbani</i> .....	92
Sull'annullamento del permesso di costruire, <i>di Paolo Urbani</i> .....	93
L'ordine di demolizione deve essere eseguito sull'immobile considerato nella sua interezza, <i>di Paolo Urbani</i> .....	94
Sugli interventi di demolizione successivi alla richiesta di sanatoria, <i>di Fabio Cusano</i> .....	95
Rilevanza delle strutture accessorie per la disciplina delle distanze, <i>di Fabio Cusano</i> .....	96
La distinzione tra ristrutturazione e nuova costruzione, <i>di Fabio Cusano</i>	97
Sul termine d'impugnazione del titolo in sanatoria, <i>di Fabio Cusano</i> .....	98
Il cambio di destinazione d'uso e il mutamento del carico urbanistico, <i>di Fabio Cusano</i> .....	99
<b>DISCIPLINE PARALLELE</b> .....	100
La vittoria di Pirro delle Sezioni Unite di annullamento della sentenza n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato sulle concessioni balneari, <i>di Fabio Cusano</i> .....	100
La circolare MIT della discordia, <i>di Fabio Cusano</i> .....	101
Il Consiglio di Stato ribadisce che le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara, <i>di Fabio Cusano</i> .....	102
Sulla legittimazione all'installazione di un ascensore condominiale per eliminare le barriere architettoniche su beni culturali, <i>di Fabio Cusano</i> .	106
Il vincolo di tutela paesaggistica interessa tutto il Centro Storico di Roma, <i>di Fabio Cusano</i> .....	111
La maggiorazione del canone della licenza demaniale non costituisce un tributo, <i>di Fabio Cusano</i> .....	119
Questo termovalorizzatore a Santa Palomba s'ha da fare, <i>di Fabio Cusano</i> .....	124
Il TAR Roma suffraga il rigassificatore di Piombino, <i>di Fabio Cusano</i> ....	126



## URBANISTICA

### **Le sopravvenienze normative in caso di procedimenti in itinere, di *Fabio Cusano***

Con sentenza del 5 dicembre 2023, n. 348, il TAR Emilia-Romagna, Parma, sez. I, ha ribadito che il piano urbanistico attuativo e lo schema di convenzione ad esso allegato costituiscono atti distinti ma giuridicamente connessi, che formano oggetto di un unico atto di approvazione, mentre la convenzione propriamente detta (cioè il contratto ad oggetto pubblico successivamente stipulato) costituisce certamente un atto negoziale autonomo, nel senso di essere giuridicamente distinto dal provvedimento – atto unilaterale di approvazione; tuttavia si tratta pur sempre di segmenti di un unico iter procedimentale volto a dare attuazione alla pianificazione urbanistica, quale espressione diretta del governo del territorio. Trattasi, in definitiva, di unico procedimento complesso, attraverso il quale si realizza uno dei modelli di esercizio consensuale della potestà amministrativa, consacrato dall'art. 11 della L. 241/1990, nella forma della pianificazione urbanistica concertata. Nel caso in cui tale procedimento complesso sia in itinere, deve trovare applicazione il principio del *tempus regit actum*, in ragione del quale la sopravvenienza normativa, intervenuta nel corso del procedimento, prima della conclusione dello stesso, deve necessariamente essere rispettata.

I ricorrenti presentavano al Comune il Piano Urbanistico Attuativo (in seguito PUA) di iniziativa privata relativo alla “Scheda Norma D2 – Cornocchio Sud”. Con Deliberazione del Consiglio Comunale venivano adottate le varianti al Piano Operativo Comunale (in seguito POC) e al Regolamento Urbanistico Edilizio (in seguito RUE) connesse all’attuazione del PUA; con la medesima Delibera veniva adottato il PUA in questione. Con successiva Deliberazione del Consiglio Comunale veniva disposta l’approvazione delle varianti al POC e al RUE connesse all’attuazione del PUA, l’approvazione del PUA e dello schema di convenzione urbanistica. Nella citata delibera si specificava, ulteriormente, che “la stipula della convenzione urbanistica, ai sensi dell’art. 4 comma 5 della L.R. 24/2017, dovrà avvenire entro il termine perentorio del 01/01/2024 e che trascorso tale termine il PUA perderà la sua efficacia (...)”. Con successiva comunicazione, il Dirigente del Settore Pianificazione e Sviluppo del Territorio del Comune, dando atto della pubblicazione della Deliberazione del Consiglio Comunale, invitava i ricorrenti a prendere contatti con un notaio per la stipula della convenzione urbanistica modificativa. Successivamente a tale comunicazione,

nonostante fossero intervenute diverse interlocuzioni tra i proponenti e l'Amministrazione, non si giungeva alla sottoscrizione della convenzione attuativa in questione.

Nelle more, l'art. 4, comma 5, della Legge Regionale dell'Emilia-Romagna 21 dicembre 2017 n. 24 veniva sostituito dall'art. 6 della Legge Regionale 28 dicembre 2021 n. 19. Per effetto di tale modifica, la nuova formulazione letterale dell'art. 4, comma 5, prevedeva che "Per gli strumenti urbanistici attuativi il cui iter amministrativo sia stato avviato prima della data di entrata in vigore della presente legge, l'approvazione e la stipula della relativa convenzione urbanistica devono avvenire entro il termine perentorio di cinque anni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Trascorsi i termini indicati nel primo e nel secondo periodo del presente comma, gli strumenti urbanistici ivi richiamati perdono la loro efficacia". Preso atto della novella legislativa, con successiva comunicazione il Dirigente del Settore Pianificazione e Sviluppo del Territorio del Comune informava i proponenti che, per effetto della modifica dell'art. 4, comma 5, della Legge Regionale dell'Emilia-Romagna 21 dicembre 2017 n. 24, la sottoscrizione della convenzione urbanistica sarebbe dovuta intervenire "nel termine di 5 anni dalla data di entrata in vigore della L.R. 24/2017 (1/01/2018) e quindi entro il 01/01/2023".

Avverso tale comunicazione i ricorrenti hanno proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Parte ricorrente replicava alla comunicazione ricevuta dal Dirigente del Settore Pianificazione e Sviluppo del Territorio del Comune, ritenendo che il termine per la sottoscrizione della convenzione non fosse quello indicato dall'Amministrazione, bensì quello previsto dalla stessa deliberazione del Consiglio Comunale con cui era stato approvato il PUA, vale a dire la data del 1 gennaio 2024. Con successiva nota avente ad oggetto il "PUA di iniziativa privata relativo alla Scheda Norma D2 – Cornocchio Sud. Comunicazione in merito ai termini per la sottoscrizione della convenzione urbanistica", il Dirigente del Settore Pianificazione e Sviluppo del Territorio del Comune confermava la precedente comunicazione, comunicando che "si conferma che la stipula della convenzione urbanistica sarebbe dovuta intervenire nel termine di 5 anni dalla data di entrata in vigore della L.R. 24/2017 (01.01.2018) e quindi entro il 01.01.2023", con ciò di fatto attestando l'avvenuta decorrenza del termine utile entro cui addivenire alla stipula della citata convenzione.

I ricorrenti hanno impugnato la comunicazione del Dirigente del Settore Pianificazione e Sviluppo del Territorio del Comune di Parma, con richiesta di misura cautelare sospensiva.

Il gravame è affidato a due motivi di ricorso. Con il primo motivo si deducono la violazione ed erronea applicazione della legge con riguardo specifico al principio di irretroattività delle leggi. Prospetta parte ricorrente che, nella fattispecie in questione, il Comune avrebbe violato il principio di irretroattività delle leggi, disponendo l'applicazione con efficacia retroattiva dello *ius superveniens*, che peraltro avrebbe determinato una retroattività in *malam partem*, con gravi effetti esiziali per gli interessi dei proponenti. Sostiene, in particolare, come al momento dell'approvazione del PUA di iniziativa privata relativo alla "Scheda Norma D2 – Cornocchio Sud" fosse in vigore l'originaria formulazione dell'art. 4, comma 5, della Legge Regionale dell'Emilia-Romagna 21 dicembre 2017 n. 24; ragion per cui, in applicazione di tale originaria previsione, il termine per la stipula della convenzione urbanistica debba necessariamente intendersi quello del 1 gennaio 2024, e non quello imposto dal Comune (1 gennaio 2023) nell'illegittima applicazione retroattiva dello *ius superveniens*.

Ad avviso del TAR, il motivo è privo di pregio. Giova preliminarmente chiarire che, in tema di programmazione e governo del territorio, i piani urbanistici attuativi e le convenzioni urbanistiche ad essi connesse non possono essere valutati atomisticamente, integrando gli stessi una fattispecie a formazione progressiva che, partendo dall'approvazione della pianificazione attuativa di iniziativa privata, si conclude proprio con la sottoscrizione della convenzione urbanistica. È vero che il piano urbanistico attuativo e lo schema di convenzione ad esso allegato costituiscono atti distinti ma giuridicamente connessi, che formano oggetto di un unico atto di approvazione, mentre la convenzione propriamente detta (cioè il contratto ad oggetto pubblico successivamente stipulato) costituisce certamente un atto negoziale autonomo, nel senso di essere giuridicamente distinto dal provvedimento – atto unilaterale di approvazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6955); tuttavia si tratta pur sempre di segmenti di un unico iter procedimentale volto a dare attuazione alla pianificazione urbanistica, quale espressione diretta del governo del territorio. Trattasi, in definitiva, di unico procedimento complesso, attraverso il quale si realizza uno dei modelli di esercizio consensuale della potestà amministrativa, consacrato dall'art. 11 della Legge 7 agosto 1990 n. 241, nella forma della pianificazione urbanistica concertata. Nel caso in cui tale procedimento complesso sia in itinere, deve trovare applicazione il principio del *tempus regit actum*, in ragione del quale la sopravvenienza normativa, intervenuta nel corso del procedimento, prima della conclusione dello stesso, deve necessariamente essere rispettata. Al riguardo, è utile rammentare che, nei procedimenti amministrativi, la corretta applicazione del principio *tempus*

regit actum comporta che devono essere considerate anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendosi considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio (T.A.R. Lombardia (Milano), Sez. III, 6 settembre 2021, n. 1969, Consiglio di Stato, sez. VI, 27 agosto 2020, n. 5260).

Detto altrimenti, per regola generale, lo ius superveniens trova immediata applicazione nei confronti dei procedimenti ancora in itinere alla data dell'entrata in vigore, in quanto la conclusione degli stessi deve uniformarsi alle norme giuridiche vigenti nel momento in cui sono adottati gli atti provvedimentali finali o sono conclusi gli accordi riconducibili alla categoria generale di cui all'art. 11 della Legge 7 agosto 1990 n. 241. Ebbene, nella fattispecie de qua agitur, dopo l'approvazione del PUA non si era ancora addivenuti, nonostante le sollecitazioni dell'Amministrazione, alla stipula della convenzione urbanistica, con ciò profilandosi un procedimento in itinere, cui deve necessariamente trovare applicazione lo ius superveniens. Tali principi generali sono, peraltro, declinati nello stesso articolo 4, comma 5, della Legge Regionale dell'Emilia-Romagna 21 dicembre 2017 n. 24, per come modificato dall'art. 6 della Legge Regionale 28 dicembre 2021 n. 19, a mente del quale "Per gli strumenti urbanistici attuativi il cui iter amministrativo sia stato avviato prima della data di entrata in vigore della presente legge, l'approvazione e la stipula della relativa convenzione urbanistica devono avvenire entro il termine perentorio di cinque anni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Trascorsi i termini indicati nel primo e nel secondo periodo del presente comma, gli strumenti urbanistici ivi richiamati perdono la loro efficacia". Di talché deve ritenersi infondata la censura articolata nel primo motivo di ricorso.

Con il secondo motivo di ricorso si prospettano la violazione del principio dell'affidamento e il vizio di incompetenza. Si deduce, in particolare, che l'operato del Comune avrebbe leso il legittimo affidamento dei ricorrenti, confidando gli stessi, in ragione del contenuto dispositivo della deliberazione del Consiglio Comunale n. 106 del 27 dicembre 2021, nella possibilità di addivenire alla stipula della convenzione entro la data del 1 gennaio 2024.

Il motivo è infondato. Quanto al primo profilo di censura articolato dalla parte ricorrente, osserva il Collegio che non può ritenersi sussistente alcuna lesione dell'invocato legittimo affidamento della parte privata, dal momento che il Comune, da un lato, prima della novella normativa, aveva più volte sollecitato i ricorrenti alla stipula della convenzione urbanistica, e dall'altro, dopo l'intervenuta modifica normativa, rilevata la perdurante inerzia degli stessi, aveva formalmente comunicato il nuovo termine per la sottoscrizione



della convenzione. In via generale, poi, vale il principio per cui, proprio perché la corretta applicazione del canone tempus regit actum comporta che la pubblica Amministrazione deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, ne consegue che, fintantoché l'Amministrazione non ha concluso in senso a lui favorevole il procedimento, il privato richiedente non è titolare di una situazione sostanziale consolidata meritevole di tutela sotto il profilo del legittimo affidamento, ma di una mera aspettativa al conseguimento dell'utilità agognata (ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2019, n. 2768). Quanto alla censura relativa al dedotto vizio di incompetenza, come già osservato nello scrutinio delle questioni pregiudiziali, la stessa è infondata. Alla luce di quanto sopra, il ricorso è stato rigettato.

<https://www.pausania.it/le-sopravvenienze-normative-in-caso-di-procedimenti-in-itinere-di-fabio-cusano/>

## EDILIZIA

### **Inammissibile la q.l.c. sulla formazione del silenzio rigetto sulla domanda del permesso in sanatoria, di Fabio Cusano**

Con la sentenza n. 42 del 16 marzo 2023 è dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 24, 97, c. 2, e 113 Cost., dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, nella parte in cui prevede la formazione del silenzio-rigetto sulla domanda di titolo edilizio in sanatoria decorsi sessanta giorni dalla sua presentazione.

Il TAR Lazio, sez. II bis, dubita, in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, nella parte in cui prevede la formazione del silenzio-rigetto sulla domanda di titolo edilizio in sanatoria decorsi sessanta giorni dalla sua presentazione («la richiesta si intende rifiutata»).

Le sollevate questioni sono inammissibili.

Il rimettente non si è soffermato sulla natura del potere di sanatoria e sulla ratio del silenzio-rigetto, né si è confrontato con gli orientamenti giurisprudenziali sulla relativa tutela: ciò ha compromesso l'iter logico-argomentativo posto a fondamento della valutazione di non manifesta infondatezza (tra le tante, sentenze n. 114 e n. 61 del 2021; ordinanze n. 229 del 2020 e n. 59 del 2019).

Per meglio comprendere l'inadeguatezza della ricostruzione offerta dal giudice rimettente è, dunque, necessario un breve inquadramento del permesso in sanatoria, limitatamente agli aspetti interessati dalle questioni. L'art. 36 t.u. edilizia disciplina l'accertamento di conformità, vale a dire il permesso in sanatoria ottenibile per interventi realizzati in difetto del, o in difformità dal, titolo edilizio, alla condizione che le opere siano rispondenti alla disciplina urbanistico-edilizia vigente tanto al momento di realizzazione dell'opera, quanto al momento dell'istanza.

Il legislatore, dunque, consente in via generale la regolarizzazione postuma di abusi difettosi nella forma, ma non nella sostanza, in quanto privi di danno urbanistico.

L'istituto si distingue nettamente dalle ipotesi del condono edilizio in cui la legge, in via straordinaria e con regole ad hoc, consente di sanare situazioni di abuso, perpetrate sino ad una certa data, di natura sostanziale, in quanto difformi dalla disciplina urbanistico-edilizia (tra le altre, sentenze n. 68 del 2018, n. 232 e n. 50 del 2017).

Contrariamente al presupposto da cui muove il giudice rimettente, che assume la natura discrezionale del potere di sanatoria, secondo la

giurisprudenza amministrativa largamente prevalente (ex plurimis e da ultimo, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 15 settembre 2022, n. 7993) il relativo provvedimento ha natura vincolata: con esso l'amministrazione comunale non compie apprezzamenti discrezionali, ma si limita a riscontrare la doppia conformità dell'opera alle prescrizioni urbanistico-edilizie.

Secondo altro e meno seguito orientamento, il potere sanante ha natura «solo tendenzialmente vincolata» o natura tecnico-discrezionale, in ragione delle valutazioni richieste nell'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla legge e dagli atti di pianificazione urbanistica (in relazione al permesso di costruire, di recente, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 4 novembre 2022, n. 9664 e, in relazione al permesso in sanatoria, Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, sentenza 17 maggio 2022, n. 1270).

Il legislatore prevede un procedimento a iniziativa di parte in cui l'onere di dimostrare la c.d. doppia conformità delle opere è a carico del richiedente (tra le altre, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 2 maggio 2022, n. 3437; sezione sesta, sentenza 9 marzo 2016, n. 936). L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta «si intende rifiutata».

La formula normativa è interpretata dalla giurisprudenza amministrativa – nel tempo divenuta sostanzialmente unanime e condivisa anche dalla Corte (sentenza n. 232 del 2017) – come previsione di una fattispecie di silenzio con valore legale di diniego della proposta istanza (cosiddetto silenzio-rigetto) e non come mera inerzia nel provvedere (cosiddetto silenzio inadempimento).

La ratio del silenzio-rigetto viene rinvenuta in plurimi elementi.

In primo luogo, la previsione è ritenuta rispondente alla necessità della difesa del corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per l'amministrazione (artt. 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001).

Il legislatore impone all'autorità comunale di ordinare la demolizione delle opere abusive, senza gravarla della previa verifica della loro sanabilità (da ultimo, Consiglio di Stato, sezione settima, sentenza 12 dicembre 2022, n. 10897), e, piuttosto, pone in capo al privato – che, violando la legge, ha ommesso di chiedere preventivamente il necessario titolo edilizio e si è, così, sottratto al previo controllo di conformità alla pianificazione urbanistica – l'onere di proporre l'istanza di sanatoria e quello di impugnare il suo eventuale diniego, anche tacito.

A ciò si deve aggiungere la considerazione che in molti casi, come accaduto nella vicenda oggetto del giudizio a quo, la domanda di conformità è presentata a seguito dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione nella quale l'amministrazione ha già esplicitato i caratteri dell'abuso (Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 3 aprile 2006, n. 1710).

In secondo luogo, la definizione del procedimento di sanatoria con i tempi certi del silenzio-rigetto si coordina con la disposizione dell'art. 45 t.u. edilizia relativa alla persecuzione penale degli abusi edilizi: questa prevede la sospensione del procedimento penale sino alla decisione amministrativa sull'istanza di titolo in sanatoria, in ragione dell'effetto estintivo dei reati contravvenzionali derivante dal suo accoglimento; ma, al contempo, tale sospensione richiede un contenimento temporale non potendo il processo penale arrestarsi sine die (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenze 21 novembre 2019-16 marzo 2020, n. 10083, 16 gennaio 2020-25 maggio 2020, n. 15752 e 18 gennaio 2006-23 marzo 2006, n. 10205).

Infine, la previsione del silenzio significativo è anche nell'interesse del privato, cui è in tal modo consentita una sollecita tutela giurisdizionale (per tutte, nella giurisprudenza amministrativa, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 2 ottobre 2017, n. 4574, oltre alla sopra richiamata giurisprudenza penale).

Quanto al piano processuale, dalla qualificazione del silenzio sull'istanza di sanatoria in termini di rigetto discendono importanti conseguenze.

Ne deriva, infatti, che il privato, con l'impugnazione del provvedimento tacito, non può far valere difetti di motivazione o lacune nel procedimento, attesa l'incompatibilità logica di tali vizi con la fattispecie del silenzio significativo, dovendo, piuttosto, dolersi del suo contenuto sostanziale di rigetto (Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 19 novembre 2018, n. 6506), vale a dire della tacita valutazione di insussistenza della conformità. In sostanza, con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'onere probatorio del privato è diversamente modulato a seconda che si qualifichi il potere di sanatoria in termini vincolati o tecnico-discrezionali: dalla prima, prevalente impostazione è richiesto al ricorrente di fornire prova piena della doppia conformità; dal secondo indirizzo è richiesto al ricorrente di fornire la prova della non implausibilità della doppia conformità, in termini idonei a sconfiggere la negativa definizione del procedimento.

Dall'assolvimento del richiesto onere probatorio, discende l'annullamento del silenzio-rigetto, con il conseguente obbligo dell'amministrazione a

provvedere espressamente sull'istanza in termini conformati a seconda all'accertamento compiuto in sentenza.

Nella riedizione del potere, l'amministrazione sarà, quindi, o totalmente vincolata dal compiuto riscontro giudiziale della doppia conformità o fortemente condizionata dalle indicazioni giudiziali sui necessari riscontri istruttori o, infine, continuerà a vantare margini di valutazione tecnico-discrezionali.

Dell'illustrato quadro normativo e giurisprudenziale il giudice a quo non ha adeguatamente tenuto conto.

Quanto agli aspetti sostanziali, il TAR del Lazio non ha considerato la ratio del silenzio-rigetto e la peculiare posizione del richiedente la sanatoria, soprattutto nel caso in cui sia stata già ordinata la demolizione.

Il Tribunale avrebbe dovuto, invece, dar conto del complessivo rapporto amministrativo in cui si inseriscono l'istanza di sanatoria e il suo rigetto tacito e, conseguentemente, fornire adeguata motivazione sulle ragioni per cui, nonostante le peculiarità di quel rapporto e del suo sviluppo, ritenesse ancora distonica la norma sul silenzio significativo rispetto alle garanzie costituzionali del giusto procedimento (e ai relativi limiti).

Ancora, il giudice a quo non ha compiutamente evidenziato le ragioni che consentono la comparazione tra l'ordinario istituto dell'accertamento di conformità e le eccezionali fattispecie del condono edilizio. Ciò inficia la prospettazione di violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevole differente trattamento delle fattispecie di silenzio poste a confronto.

Quanto agli aspetti processuali, il rimettente denuncia la compromissione del diritto di difesa e la violazione del principio di separazione dei poteri tra giudice e amministrazione, senza analizzare la natura del potere di sanatoria e senza confrontarsi con gli orientamenti del giudice amministrativo sulla tutela riconosciuta in caso di rigetto tacito.

Il TAR Lazio, da un lato, non illustra le ragioni del suo dissenso rispetto all'orientamento che presuppone la natura vincolata del potere di sanatoria e che riconosce margini per l'accertamento della doppia conformità nel rispetto delle previsioni codicistiche, e, dall'altro, della non praticabilità della soluzione proposta da altra giurisprudenza che, sul presupposto della natura discrezionale (peraltro di tipo tecnico) del potere, annulla il silenzio-rigetto con rimessione del potere di sanatoria alla pubblica amministrazione, da esercitare secondo gli ordinari obblighi conformativi.

In conclusione, le questioni sono inammissibili per la non compiuta ricostruzione della cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento che si riverbera in difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza delle questioni sollevate.

<https://www.pausania.it/inammissibile-la-q-l-c-sulla-formazione-del-silenzio-rigetto-sulla-domanda-del-permesso-in-sanatoria-di-fabio-cusano/>

## **I titoli abilitativi per i campi da padel, di Paolo Urbani**

Con sentenza 20 novembre 2023, n. 1286, il TAR Lecce, sez. I, ha ribadito che le opere di copertura di campi da padel non rientrano nell'attività edilizia libera ai sensi dell'art. 6, D.P.R. 380/2001, comma 1, lett. e-bis). Ed infatti tali opere non possono qualificarsi come opere precarie ad uso transitorio per l'evidente rilievo che le stesse, in considerazione della loro funzionalizzazione a soddisfare esigenze stabili – campi da padel – sono realizzate non già per un uso per fini temporanei e contingenti bensì per un utilizzo destinato a protrarsi nel tempo.

La società ha agito dinanzi al TAR per l'annullamento del provvedimento con cui il Comune ha ordinato la demolizione delle opere abusive ivi individuate e descritte ed il ripristino dello stato dei luoghi in conformità a quanto originariamente assentito.

Il ricorso -è infondato e deve essere respinto.

È innegabile che la realizzazione di un modulo con dimensioni diverse e ulteriori rispetto a quello originariamente assentito, incrementandone la volumetria, costituisce un intervento di nuova costruzione necessitante del rilascio di un apposito titolo edilizio. Allo stesso modo la realizzazione di opere ulteriori e diverse rispetto a quelle originariamente assentite necessita di un titolo abilitativo in variante.

Le opere descritte sono tutte opere che, in relazione alla loro consistenza modificativa e trasformativa dell'assetto del territorio, rientrano nel novero degli interventi di nuova costruzione per i quali è necessario il rilascio di un preventivo titolo edilizio che, nella specie, è mancato.

Va da sé la legittimità della gravata ordinanza nella misura in cui ordina la rimessione in pristino delle opere in conformità a quanto originariamente assentito.

Con riferimento alle opere di copertura dei tre campi da padel, per condivisa giurisprudenza "In ordine ai requisiti che deve avere un'opera edilizia per essere considerata precaria, possono essere ipotizzati in astratto due criteri discretivi: 1) criterio strutturale, in virtù del quale è precario ciò che non è stabilmente infisso al suolo; 2) il criterio funzionale, in virtù del quale è precario ciò che è destinato a soddisfare un'esigenza temporanea. La giurisprudenza è concorde nel senso che per individuare la natura precaria di un'opera si debba seguire non il criterio strutturale, ma il criterio funzionale, per cui un'opera può anche non essere stabilmente infissa al suolo, ma se essa presenta la caratteristica di essere realizzata per soddisfare esigenze non temporanee, non può beneficiare del regime delle

opere precarie” (così Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1776, Cons. Stato Sez. VII, 12 dicembre 2022, n. 10847).

Nello stesso solco: “La precarietà dell’opera, che esonera dall’obbligo del possesso del permesso di costruire, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lettera e.5, D.P.R. n. 380 del 2001, postula infatti un uso specifico e temporalmente delimitato del bene e non ammette che lo stesso possa essere finalizzato al soddisfacimento di esigenze (non eccezionali e contingenti, ma) permanenti nel tempo. Non possono, infatti, essere considerati manufatti destinati a soddisfare esigenze meramente temporanee quelli destinati a un’utilizzazione perdurante nel tempo, di talché l’alterazione del territorio non può essere considerata temporanea, precaria o irrilevante (in tal senso: Cons. Stato, VI, 3 giugno 2014, n. 2842)” (Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4116; v. anche: Id., 1° aprile 2016, n. 1291).

Ciò reca con sé la conclusione che la natura “precaria” di un manufatto, non può essere desunta dalla temporaneità della destinazione soggettivamente data all’opera dal costruttore, ma deve ricollegarsi all’intrinseca destinazione materiale di essa a un uso realmente precario e temporaneo, per fini specifici, contingenti e limitati nel tempo, non essendo sufficiente che si tratti eventualmente di un manufatto smontabile e/o non infisso al suolo (Cons. Stato, Sez. VII; 12 dicembre 2022, n. 10847).

Nel caso in esame le coperture di cui trattasi non possono certamente qualificarsi come opere precarie ad uso transitorio per l’evidente rilievo che le stesse, in considerazione della loro funzionalizzazione a soddisfare esigenze stabili – campi da padel-, sono state realizzate non già per un uso per fini temporanei e contingenti bensì per un utilizzo destinato a protrarsi nel tempo.

Per pacifica e costante insegnamento giurisprudenziale: “la presentazione di un’istanza di accertamento di conformità — a differenza della presentazione di un’istanza di condono — non toglie efficacia alla precedente ordinanza di demolizione né priva il Comune del potere di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi fino alla definizione della domanda, ma comporta la mera sospensione dell’efficacia del provvedimento di demolizione fino alla definizione — anche tacita — dell’istanza” (C.d.S, VI, 10.3.2023, n. 2567).

La presentazione di una istanza di sanatoria, in considerazione dei richiamati principi giurisprudenziali, non produce alcuna illegittimità dell’ordinanza di demolizione.

Per pacifica giurisprudenza amministrativa dalla quale il Collegio ritiene di non doversi discostare: “L’ordinanza di demolizione va emanata senza indugio e, in quanto tale, non deve essere preceduta da comunicazione di



avvio del procedimento, trattandosi di una misura sanzionatoria per l'accertamento dell'inosservanza di disposizioni urbanistiche, secondo un procedimento di natura vincolata tipizzato dal legislatore e rigidamente disciplinato, che si ricollega ad un preciso presupposto di fatto, cioè l'abuso, di cui peraltro l'interessato non può non essere a conoscenza, rientrando direttamente nella sua sfera di controllo" (TAR Napoli, VII, 7.11.2022, n. 6909).

È evidente, pertanto, come trattandosi di un procedimento vincolato all'accertamento delle violazioni urbanistiche edilizie in nessun caso l'apporto collaborativo del privato avrebbe potuto cambiare l'esito del giudizio.

Per le considerazioni tutte che precedono il ricorso è infondato ed è stato, pertanto, rigettato.

<https://www.pausania.it/i-titoli-abilitativi-per-i-campi-da-padel-di-paolo-urbani/>

## **Le eccezioni all'onerosità del permesso di costruire, di Paolo Urbani**

Con sentenza 24 ottobre 2023, n. 15730, il TAR Roma, sez. Il quater, ha ribadito che le ipotesi di concessione edilizia gratuita hanno carattere eccezionale e derogatorio, a fronte del principio generale che è, invece, quello della sua onerosità, cosicché l'esenzione dal contributo concessorio riguarda ipotesi tassative e da interpretare in senso restrittivo. Ne consegue che facendo riferimento la dizione della lett. a) del comma 3 dell'art. 17 del D.P.R. 380/2001 alle zone interamente agricole e, quindi, solo alle zone E, e trattandosi di norma eccezionale rispetto a quella generale che prevede il pagamento dell'onere di costruzione, la stessa non è suscettibile di essere applicata a zone diversamente classificate. L'esenzione non è dunque applicabile a costruzioni da realizzarsi al di fuori di zone espressamente qualificate come agricole dal vigente strumento urbanistico.

Deve preliminarmente rammentarsi che la giurisprudenza ha da sempre rimarcato il carattere eccezionale e derogatorio delle ipotesi di concessione edilizia gratuita, a fronte del principio generale che è, invece, quello della sua onerosità, cosicché l'esenzione dal contributo concessorio riguarda ipotesi tassative e da interpretare in senso restrittivo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 17 maggio 2023, n. 4907).

Ne consegue che facendo riferimento la dizione della lett. a) del terzo comma dell'art. 17 del D.P.R. 380/2001 alle zone interamente agricole e, quindi, solo alle zone E, e trattandosi di norma eccezionale rispetto a quella generale che prevede il pagamento dell'onere di costruzione, la stessa non è suscettibile di essere applicata a zone diversamente classificate (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 6 febbraio 2023, n. 1248).

Nel caso in esame, il Comune resistente ha eccepito che la zona su cui sono state effettuate le opere di cui alla D.I.A., ricade, secondo la Variante Stralcio al P.R.G, non già in zona agricola, ma in zona residenziale extraurbana tipo "B" – sottozona "B2" e tale circostanza è di per sé idonea a giustificare il rigetto del ricorso.

Per le ragioni che precedono, il ricorso è stato rigettato.

<https://www.pausania.it/le-eccezioni-allonerosita-del-permesso-di-costruire-di-paolo-urbani/>

## **Sull'accatastamento e sul certificato di abitabilità, di Fabio Cusano**

Con sentenza 20 novembre 2023, n. 17270, il TAR Roma, sez. Il stralcio, ha ribadito che ai fini della regolarità edilizia e urbanistica, le risultanze catastali ed il certificato di abitabilità sono privi di rilievo dovendosi avere considerazione, al riguardo, esclusivamente per la verifica della corrispondenza tra lo stato di fatto ed il progetto presente presso gli archivi comunali. Ed infatti, da un lato, l'accatastamento rappresenta una classificazione di ordine tributario, che fa stato a quegli specifici fini, senza assurgere a strumento idoneo (al di là di un mero valore indiziario) per evidenziare la reale destinazione d'uso di singole porzioni immobiliari e della relativa regolarità urbanistico edilizia. D'altro lato, il rilascio del certificato di abitabilità previsto dall'art. 221 del R.D. 27/07/1934, n. 1265, presuppone l'accertamento dell'inesistenza di cause di insalubrità dell'edificio senza alcun collegamento col conseguimento di fini di carattere edilizio-urbanistico; pertanto, il rilascio di tale certificato non incide sul potere di reprimere gli abusi edilizi eventualmente commessi nella realizzazione del fabbricato dichiarato abitabile.

Quanto alla dichiarazione di abitabilità del fabbricato al cui interno è situato l'appartamento di proprietà della ricorrente e all'accatastamento dello stesso – asseritamente ritenuti conformi, dalla ricorrente, allo stato attuale dei luoghi – deve convenirsi con il comune resistente laddove esso sostiene che, ai fini della conformità urbanistica ed edilizia di un immobile, le risultanze catastali ed il certificato di abitabilità sono privi di rilievo dovendosi avere considerazione, al riguardo, esclusivamente per la verifica della corrispondenza tra lo stato di fatto ed il progetto presente presso gli archivi comunali, coerentemente del reso con il consolidato indirizzo pretorio sul punto (cfr. Cons. St., sez. VI, n. 177 del 21.1.2015: “L'accatastamento rappresenta una classificazione di ordine tributario, che fa stato a quegli specifici fini, senza assurgere a strumento idoneo (al di là di un mero valore indiziario) per evidenziare la reale destinazione d'uso di singole porzioni immobiliari e della relativa regolarità urbanistico-edilizia”; ed inoltre, Cons. St., sez. VI, n. 8811 del 17.10.2022: “Il rilascio del certificato di abitabilità previsto dall'art. 221 del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, presuppone l'accertamento dell'inesistenza di cause di insalubrità dell'edificio senza alcun collegamento col conseguimento di fini di carattere edilizio-urbanistico; pertanto, il rilascio di tale certificato non incide sul potere di reprimere gli abusi edilizi eventualmente commessi nella realizzazione del fabbricato dichiarato abitabile”).

Quanto sopra vale anche al fine di disattendere la domanda istruttoria avanzata, posto che nessuna incertezza meritevole di ulteriore approfondimento tecnico può sussistere sullo stato legittimo dei luoghi allorché, come sostenuto da parte ricorrente, ad indicare tale stato di perplessità venga dedotta solamente una situazione dell'immobile differente da quella desumibile dalle risultanze catastali o dal certificato di abitabilità, la cui valenza al fine di comprovare la legittima preesistenza dei locali è da escludersi per le ragioni anzidette.

Per quanto concerne, invece, l'estraneità della ricorrente dall'abuso commesso, anch'essa non dispiega alcuna incidenza in ordine alla legittimità del divieto di apportare modificazioni allo stato dell'immobile impartito con il provvedimento avverso, essendo noto che, in materia di abusi edilizi, i provvedimenti sanzionatori a contenuto ripristinatorio/demolitorio riferiti ad opere abusive hanno carattere reale e costituiscono illeciti permanenti, non essendo previsto l'accertamento del dolo o della colpa del soggetto cui si imputa la trasgressione, con la conseguenza che la loro adozione prescinde dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile, applicandosi gli stessi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la res, come la sua materiale disponibilità, tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato (cfr., ex pluribus, T.A.R. Sicilia – Catania, sez. II, n. 2467 del 5.8.2023).

In definitiva, quindi, il ricorso proposto è stato respinto.

<https://www.pausania.it/sullaccatastamento-e-sul-certificato-di-abitabilita-di-fabio-cusano/>

## **Sui soggetti destinatari dell'ordine di demolizione, di Fabio Cusano**

Con la sentenza 16 ottobre 2023, n. 9014, il Consiglio di Stato, sez. IV, ha ribadito che il mero possessore o gestore di un bene immobile altrui, interessato da opere edilizie abusive, non può essere destinatario dell'ingiunzione di demolizione, quando non sia accertato che l'abuso sia a lui ascrivibile. In proposito si deve considerare, da una parte, che la mera utilizzazione di un'opera edilizia abusiva non costituisce in sé illecito punibile, anche se vi sia consapevolezza della natura abusiva dell'opera; dall'altra che il mero gestore di un bene, di regola, non ha titolo per disporre. Il fatto di utilizzare un'opera edilizia abusiva non può pertanto considerarsi sufficiente a fondare il titolo di responsabilità e, conseguentemente, la legittimazione passiva all'ingiunzione di demolizione, ben potendo essere l'utilizzatore un terzo completamente estraneo alla realizzazione dell'opera abusiva ed alla relativa proprietà.

Il Comune ha constatato che in una struttura adibita a rifugio erano stati eseguiti lavori abusivi. Il Comune ha, quindi, adottato l'ordinanza con la quale ha ingiunto la demolizione delle opere contestate.

Ritenendo il provvedimento illegittimo, il ricorrente lo ha impugnato con ricorso la TAR. L'adito Tribunale ha respinto il gravame.

Avverso la sentenza hanno proposto appello gli eredi dell'originario ricorrente.

Occorre premettere che, come recentemente affermato dal Consiglio, il mero possessore o gestore di un bene immobile altrui, interessato da opere edilizie abusive, non può essere destinatario dell'ingiunzione di demolizione, quando non sia accertato che l'abuso sia a lui ascrivibile (Cons. Stato, Sez. VI, 9/6/2023, n. 5707).

Si deve, invero, considerare, da una parte, che la mera utilizzazione di un'opera edilizia abusiva non costituisce in sé illecito punibile, anche se vi sia consapevolezza della natura abusiva dell'opera; dall'altra che il mero gestore di un bene, di regola, non ha titolo per disporre, mentre il fatto di indirizzare l'ingiunzione di demolizione al mero possessore o detentore, sul mero presupposto che ha la disponibilità materiale dell'immobile su cui insistono gli abusi e che perciò ne trae vantaggio, significa, in pratica, rendere l'utilizzatore responsabile per un fatto a lui non ascrivibile. L'art. 31, comma 1, del D.P.R. 6/6/2001, n. n. 380, del resto, stabilisce che l'ingiunzione di demolizione va indirizzata al proprietario o al responsabile: e se il legislatore avesse voluto porre in posizione di garanzia qualsiasi utilizzatore di un'opera edilizia abusiva, ancorché non proprietario né responsabile, l'avrebbe esplicitato in altro modo. In tal senso, la

giurisprudenza si è recentemente pronunciata ritenendo che ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001, "la demolizione o la rimozione dell'opera abusiva va ingiunta al proprietario e al responsabile dell'abuso" e che "il fatto di utilizzare un'opera edilizia abusiva non può considerarsi sufficiente a fondare il titolo di responsabilità e, conseguentemente, la legittimazione passiva all'ingiunzione di demolizione, ben potendo essere l'utilizzatore un terzo completamente estraneo alla realizzazione dell'opera abusiva ed alla relativa proprietà" (Consiglio di Stato, sez. VI, 20/6/2022, n. 5031).

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

Erroneamente, pertanto, il giudice di prime cure ha addossato sul ricorrente l'onere di provare di non essere lui l'autore dell'illecito, incombendo, invece, sull'amministrazione, giusta quanto più sopra rilevato, il dovere di accertare che l'illecito fosse al medesimo imputabile.

Al fine di verificare se un tale accertamento fosse stato condotto, il Consiglio ha ordinato al Comune appellato di depositare il verbale di sopralluogo su cui si basa l'ordinanza di demolizione, ma l'incombente è rimasto ineseguito, avendo il Comune depositato un verbale differente da quello richiesto e, comunque, da cui non si trae alcuna prova che l'illecito fosse ascrivibile al ricorrente.

D'altra parte, il ricorrente si è limitato a riconoscere di aver eseguito interventi di miglioramento igienico-sanitario e di sicurezza, i quali, contrariamente a quanto affermato nella gravata sentenza, non sono, di per sé, idonei a determinare il ravvisato mutamento di destinazione d'uso.

L'appello è stato, pertanto, accolto.

<https://www.pausania.it/sui-soggetti-destinatari-dellordine-di-demolizione-di-fabio-cusano-2/>

## **Gli effetti dell'istanza di condono sull'ordine di demolizione, di Fabio Cusano**

Con sentenza 17 ottobre 2023, n. 9025, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che ai sensi degli artt. 38 e 44, L. 47/1985, la presentazione dell'istanza di condono determina la sospensione dei procedimenti sanzionatori; trattasi di sospensione del tutto automatica, che incide su tutti i provvedimenti amministrativi adottati ed adottandi aventi ad oggetto sanzioni per abusi edilizi, e ciò fino alla definizione delle domande di condono edilizio eventualmente presentate. Ne consegue che non appare ammissibile una valutazione prognostica da parte del Giudice relativamente all'esito dell'istanza di condono, prima che su di essa si sia determinata l'amministrazione competente. Ed infatti, la presentazione di un'istanza di condono edilizio successivamente all'emanazione delle ordinanze di demolizione e di eventuali atti repressivi consequenziali rileva sul piano processuale, quale conseguenza dei suoi effetti sostanziali, e rende inefficace tali provvedimenti e, quindi, improcedibile l'impugnazione proposta avverso gli stessi per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione: e ciò in quanto una nuova valutazione provocata dall'istanza di condono comporterà comunque la necessaria formazione di un nuovo provvedimento di accoglimento o di rigetto che varrà in ogni caso a superare il provvedimento oggetto di impugnativa, in tal modo spostandosi l'interesse del responsabile dell'abuso edilizio dall'annullamento del provvedimento già adottato all'eventuale annullamento del provvedimento di reiezione dell'istanza di sanatoria.

Con ricorso proposto innanzi al Tar la ricorrente ha impugnato la determina dirigenziale con la quale era stata disposta la demolizione di opere eseguite in un appartamento. Il Tar ha respinto il ricorso.

Avverso tale pronuncia la ricorrente ha proposto appello.

Nel caso in esame, devono ritenersi applicabili le disposizioni di cui agli artt. 38 e 44 della l. 47/85 – richiamati anche dalle successive leggi sul condono – che prevedono la sospensione dei procedimenti sanzionatori.

Secondo la giurisprudenza, trattasi di sospensione del tutto automatica, che incide su tutti i provvedimenti amministrativi adottati e adottandi aventi ad oggetto sanzioni per abusi edilizi, e ciò fino alla definizione delle domande di condono edilizio eventualmente presentate (cfr. Cons. St. n. 4934/2014); ne consegue che non appare ammissibile una valutazione prognostica da parte del Giudice relativamente all'esito dell'istanza di condono, prima che su di essa si sia determinata l'amministrazione competente (cfr. anche art. 34, comma 2, c.p.a.).

Tale conclusione risulta conforme alla giurisprudenza attualmente dominante secondo cui “la presentazione di un’istanza di condono edilizio successivamente all’emanazione delle ordinanze di demolizione e di eventuali atti repressivi consequenziali rileva sul piano processuale, quale conseguenza dei suoi effetti sostanziali, e rende inefficace tali provvedimenti e, quindi, improcedibile l’impugnazione proposta avverso gli stessi per sopravvenuto difetto di interesse alla sua decisione: e ciò in quanto una nuova valutazione provocata dall’istanza di condono comporterà comunque la necessaria formazione di un nuovo provvedimento di accoglimento o di rigetto che varrà in ogni caso a superare il provvedimento oggetto di impugnativa, in tal modo spostandosi l’interesse del responsabile dell’abuso edilizio dall’annullamento del provvedimento già adottato all’eventuale annullamento del provvedimento di reiezione dell’istanza di sanatoria” (Cons. St. 3124/2021; cfr. Cons. St. 6162/2019, Cons. St. 340/2020).

Deve precisarsi che la soluzione innanzi profilata deve ritenersi valevole anche per le opere de quibus.

Per le ragioni esposte, l’appello ha trovato accoglimento.

<https://www.pausania.it/gli-effetti-dellistanza-di-condono-sullordine-di-demolizione-di-fabio-cusano/>



## **Sulla fiscalizzazione dell'abuso edilizio, di Paolo Urbani**

Con la sentenza 19 ottobre 2023, n. 9095, il Consiglio di Stato, sez. II, ha ribadito che in tema di fiscalizzazione dell'abuso edilizio, i vizi cui fa riferimento l'art. 38, D.P.R. 380/2001 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione, mentre l'istituto non può estendersi alle ipotesi in cui il titolo edilizio sia stato annullato per vizi sostanziali, in quanto si tradurrebbe in una sorta di condono affidato alla valutazione dell'Amministrazione in deroga alla disciplina urbanistica, ambientale o paesaggistica.

Il ricorrente impugna la sentenza con cui il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado proposto per l'annullamento del provvedimento di fiscalizzazione dell'abuso di cui all'art. 38 del DPR n. 380 del 2001, emesso rispetto a un immobile con destinazione abitativa oggetto di ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione.

In punto di fatto si rileva che il fabbricato in questione era stato demolito dai proprietari, i quali avevano poi avviato i lavori per la sua ricostruzione, senza chiedere e ottenere il necessario il titolo edilizio.

In seguito, su istanza dei titolari, il Comune ha rilasciato: il permesso di costruire per la sanatoria delle opere di demolizione del fabbricato civile esistente; il permesso di costruire per la sua riedificazione.

Ritenendo che fosse in contrasto con lo strumento urbanistico, l'odierno ricorrente ha impugnato il permesso di costruire (ossia il titolo che aveva legittimato la ricostruzione) dinanzi al TAR.

Il Tribunale ha disatteso le censure, sostenendo che il Comune non potesse distinguere e assoggettare a diverso regime interventi che il legislatore aveva accomunato nell'ambito della nozione unitaria di "ristrutturazione" e che il "progetto unitario" richiesto dal Piano particolareggiato dovesse essere riferito al singolo edificio, in modo da evitare un "frazionamento" di interventi sullo stesso fabbricato, e non all'intera unità disciplinata dalla scheda.

Il ricorrente ha quindi proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato che ha accolto il gravame, ritenendo che la prevalenza delle definizioni degli interventi recate dall'art. 3 del DPR n. 380 del 2001 sugli strumenti urbanistici generali e sui regolamenti edilizi non implica affatto che i Comuni non possano disciplinare le attività concretamente assentibili in specifiche zone, esercitando l'autonomia statutaria e normativa riconosciuta loro dall'art. 2 del medesimo decreto; nella specie, l'intervento è stato quindi ritenuto in contrasto con le NTA del Piano particolareggiato.

In seguito, il Comune, dovendo dare esecuzione alla pronuncia, ha presentato ricorso al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità dell'ottemperanza.

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile, in quanto il Consiglio ha ritenuto che esso si risolvesse nella richiesta di una sorta di preventivo, irrituale, "parere" circa la possibilità di una sanatoria ex art. 38 d.P.R. n. 380/2001, che profila un'anomala devoluzione di potere amministrativo all'ambito cognitorio dell'ottemperanza.

Il Comune, premettendo che il giudizio aveva avuto a oggetto il solo titolo legittimante la ricostruzione e non anche quello che aveva sanato la demolizione, ha quindi avviato il procedimento per l'annullamento in autotutela del permesso di costruire.

L'Ente ha infine applicato nei confronti dei precedenti proprietari dell'immobile – già destinatari dei titoli caducati – la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 del DPR n. 380 del 2001, così producendo i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'art. 36 del medesimo decreto.

Il vicino, già ricorrente nel precedente giudizio, ha impugnato il provvedimento dinanzi al TAR.

Il Tribunale ha dichiarato inammissibile il ricorso. Avverso la pronuncia l'interessato ha proposto appello.

L'appellante sostiene che la motivazione del provvedimento emanato dal Comune sia illogica e comunque non sussistano i presupposti di cui all'art. 38 del DPR n. 380 del 2001, perché da un lato il titolo che legittimava la costruzione è stato annullato per vizi sostanziali, dall'altro la demolizione non può dirsi impossibile, come dimostrato proprio dall'avvenuta demolizione dell'edificio preesistente; sul piano procedurale, inoltre, l'appellante denuncia che il Comune non ne abbia acquisito il "parere" prima di assumere le proprie determinazioni su come dare esecuzione al giudicato di annullamento.

In questa parte l'appello è infondato.

La c.d. "fiscalizzazione dell'abuso" disciplinata dall'art. 38 del DPR n. 380 del 2001 è applicabile rispetto a interventi edilizi eseguiti in base a un permesso di costruire che sia stato poi annullato e consente di ottenere i medesimi effetti della sanatoria di cui all'art. 36 mediante integrale corresponsione di una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere, come stimato dall'Agenzia del territorio (poi incorporata nell'Agenzia delle entrate), qualora ricorra uno dei seguenti presupposti: non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative; oppure non sia possibile la restituzione in pristino. Come

affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'effetto della disposizione «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» (sent. n. 17 del 2020).

Con riferimento alla prima condizione – ossia la motivata valutazione circa l'impossibilità della rimozione dei vizi delle procedure amministrative – sempre l'Adunanza Plenaria ha precisato che «i vizi cui fa riferimento l'art. 38 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione», mentre l'istituto non può estendersi alle ipotesi in cui il titolo edilizio sia stato annullato per vizi sostanziali, in quanto si tradurrebbe in una sorta di condono affidato alla valutazione dell'Amministrazione in deroga alla disciplina urbanistica, ambientale o paesaggistica.

Nel caso di specie, a ben vedere, i vizi che inficiavano i titoli che legittimavano le opere eseguite hanno natura procedurale e non sostanziale.

Occorre altresì osservare che nella specie ricorre anche la condizione dell'impossibilità della restituzione in pristino. Sul punto il Consiglio ritiene di aderire all'orientamento che – alla luce della logica che ispira l'art. 38 del DPR n. 380 del 2001, ossia tutelare l'affidamento del privato che abbia confidato nella validità del permesso di costruire rilasciatogli – intende il concetto d'impossibilità di ripristino non solo come impossibilità tecnica (com'è nell'art. 34, co. 2, del medesimo decreto, laddove si richiede di valutare se la demolizione della parte abusiva dell'immobile possa eseguirsi «senza pregiudizio della parte eseguita in conformità») ma, interpretando la norma alla luce dei principi generali di ragionevolezza e proporzionalità cui deve conformarsi l'azione amministrativa, lo ritiene riferibile anche nei casi in cui l'intervento, pur tecnicamente possibile, comporti un onere palesemente sproporzionato e irragionevole, rispetto allo scopo di ripristinare la legalità violata, per il soggetto gravato (in questi termini, si v. Cons. St., sez. VI, sent. n. 7508 del 2019).

Nel caso di specie si deve rammentare che l'intervento abusivo, di cui si dovrebbero eliminare le conseguenze, è consistito nella demolizione e ricostruzione di un fabbricato: pertanto, la restituzione in pristino non dovrebbe comportare puramente e semplicemente la demolizione del manufatto esistente, ma anche la riedificazione di quello precedente (meglio, di un immobile con caratteristiche analoghe a quello che vi era

prima), circostanza che, pur non comportando il difetto d'interesse dell'appellante-ricorrente all'annullamento del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 38 (essendo questi intenzionato a contestare l'immobile nella sua attuale configurazione), rileva ai fini della valutazione dell'impossibilità – intesa anche come ragionevolezza e proporzionalità – del ripristino quale presupposto dell'atto censurato.

Pertanto, il ripristino dello stato dei luoghi precedente all'intervento di demolizione e ricostruzione, pur tecnicamente eseguibile, è invero "impossibile", in quanto palesemente sproporzionato e irragionevole, perché condurrebbe alla riedificazione di un fabbricato con caratteristiche analoghe a quello attualmente esistente.

In conclusione, sussistono entrambe le condizioni alternative in presenza delle quali l'art. 38 del DPR n. 380 del 2001 consente la "fiscalizzazione dell'abuso" e di questo dà adeguato conto il provvedimento impugnato che, anche sotto il profilo della motivazione, è immune dalle censure dedotte dal ricorrente.

Il ricorso di primo grado è dichiarato quindi ammissibile, ma deve essere respinto nel merito.

<https://www.pausania.it/sulla-fiscalizzazione-dellabuso-edilizio-di-paolo-urbani-2/>

## **Sulla nozione di manufatto precario, di Fabio Cusano**

Con sentenza 23 ottobre 2023, n. 9167, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che la natura precaria di un manufatto non può essere desunta dalla temporaneità della destinazione soggettivamente data all'opera dal costruttore, ma deve ricollegarsi all'intrinseca destinazione materiale di essa a un uso realmente precario e temporaneo, per fini specifici, contingenti e limitati nel tempo, non essendo sufficiente che si tratti eventualmente di un manufatto smontabile e/o non infisso al suolo. La precarietà dell'opera, che esonera dall'obbligo del possesso del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 3, D.P.R. 380/2001, comma 1, lett. e.5), postula infatti un uso specifico e temporalmente delimitato del bene e non ammette che lo stesso possa essere finalizzato al soddisfacimento di esigenze (non eccezionali e contingenti, ma) permanenti nel tempo.

La Società, concessionaria di un tratto di lido costiero del Comune ove è stata autorizzata a realizzare uno stabilimento balneare e una discoteca, impugnava innanzi al Tar l'ordinanza con la quale il Comune concedente aveva ordinato la demolizione di diversi manufatti realizzati all'interno del perimetro della concessione su un'area demaniale, compresa nei trecento metri dalla linea di costa, come tale soggetta al vincolo paesaggistico di cui all'art. 142 del d.lgs. n. 42/2004.

A sostegno del ricorso di primo grado, la Società lamentava in particolare che le opere contestate sarebbero amovibili, alcune assentite con permesso di costruire e dotate di autorizzazione paesaggistica, altre prive d'impatto visivo che non potrebbero essere considerate opere edilizie ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 380/2001, in quanto meri elementi d'arredo, altre ancora già smantellate, in quanto adibite a ricovero invernale degli arredi estivi e altre, infine, necessarie per la raccolta differenziata dei rifiuti o per consentire ai disabili di fruire della struttura.

Il Tar con la sentenza impugnata respingeva il ricorso.

La sentenza veniva appellata dalla Società innanzi al Consiglio di Stato.

L'appello è infondato.

La lett. e.5) dell'art. 3 DPR 380/2001, nell'elencare tutte le opere definibili quali "nuove costruzioni", testualmente recita "[sono comunque da considerarsi tali] l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere, quali roulotte, campers, case mobili, imbarcazioni, che siano utilizzati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, ad eccezione di quelli che siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee o siano ricompresi in strutture ricettive all'aperto per la sosta e il soggiorno dei turisti, previamente

autorizzate sotto il profilo urbanistico, edilizio e, ove previsto, paesaggistico, in conformità alle normative regionali di settore”.

Come affermato dalla giurisprudenza, “la natura precaria di un manufatto, non può essere desunta dalla temporaneità della destinazione soggettivamente data all’opera dal costruttore, ma deve ricollegarsi all’intrinseca destinazione materiale di essa a un uso realmente precario e temporaneo, per fini specifici, contingenti e limitati nel tempo, non essendo sufficiente che si tratti eventualmente di un manufatto smontabile e/o non infisso al suolo”. Nello stesso senso, viene chiarito che “la precarietà dell’opera, che esonera dall’obbligo del possesso del permesso di costruire, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lettera e, 5, D.P.R. n. 380 del 2001, postula infatti un uso specifico e temporalmente delimitato del bene e non ammette che lo stesso possa essere finalizzato al soddisfacimento di esigenze (non eccezionali e contingenti, ma) permanenti nel tempo. Non possono, infatti, essere considerati manufatti destinati a soddisfare esigenze meramente temporanee quelli destinati a un’utilizzazione perdurante nel tempo, di talché l’alterazione del territorio non può essere considerata temporanea, precaria o irrilevante (in tal senso: Consiglio di Stato, VI, 3 giugno 2014, n. 2842)” (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2022 n. 9389).

Nel caso di specie non può dirsi che i manufatti in questione siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee, posto che, nel periodo invernale, per stessa ammissione dell’appellante, il loro uso veniva convertito in ricovero attrezzi e quindi prolungato nel tempo.

Rientrando quindi nel concetto di nuova ingombro realizzato in area soggetta a vincolo paesaggistico, era necessario il previo rilascio del permesso di costruire.

In linea di diritto, occorre ribadire che in caso di vincolo paesaggistico sull’area, qualsiasi intervento edilizio che risulti idoneo ad alterare il pregresso stato dei luoghi deve essere preceduto da autorizzazione paesaggistica, in sua assenza della quale è soggetto a sanzione demolitoria (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 08/11/2021, n. 7426), quale che sia la consistenza edilizia.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha respinto l’appello.

<https://www.pausania.it/sulla-nozione-di-manufatto-precario-di-fabio-cusano/>

## **Sulla doppia conformità e sulla fiscalizzazione dell'abuso edilizio, di Paolo Urbani**

Con sentenza 25 ottobre 2023, n. 9243, il Consiglio di Stato, sez. II, ha ribadito che il rinvio effettuato dall'art. 38 del D.P.R. 380/2001 – concernente l'abuso dovuto all'annullamento, in via amministrativa o giurisdizionale, del permesso di costruire – all'art. 36 del D.P.R. 380/2001 è solo quoad effectum. Pertanto, non può esigersi, ai fini della c.d. fiscalizzazione dell'abuso, la c.d. doppia conformità prevista per la diversa fattispecie del permesso di costruire in sanatoria di cui al citato art. 36. Inoltre, il principio dell'one shot temperato, volto ad evitare che l'amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale, trova applicazione nei casi in cui, a seguito di giudicato di annullamento di un primo provvedimento sfavorevole, l'amministrazione adotti un nuovo provvedimento di identico contenuto. Il principio invece non si applica nel caso in cui, in ottemperanza al giudicato di annullamento del titolo edilizio, l'amministrazione adotti il diverso e succedaneo provvedimento di irrogazione della sanzione pecuniaria in alternativa all'ordine di demolizione.

Gli odierni appellanti chiedono la riforma della sentenza del TAR che ha respinto i ricorsi proposti avverso i provvedimenti con cui il Comune di Parma ha irrogato la sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria ai condomini di due edifici confinanti e alla ditta costruttrice.

Nel merito l'appello è infondato.

Nell'esercizio della propria discrezionalità, l'ente ha disposto l'applicazione della sanzione pecuniaria che, ai sensi dell'art. 38 d.p.r. 380/2001, si pone come alternativa a quella demolitoria, al ricorrere dei presupposti ivi indicati, condividendone il carattere reale e ripristinatorio dell'ordine giuridico violato (cfr. Cons. Stato, sez. II 5 novembre 2019 n. 7535).

La giurisprudenza ha, altresì, chiarito che “Alla base della possibilità, comunque rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione operante, di emendare l'atto dal vizio che lo affligge, si colloca l'esigenza di tutelare l'affidamento del privato che ha realizzato un'opera nella convinzione di averne la prevista legittimazione, essendo peraltro indifferente che il vizio sia stato individuato in via di autotutela, ovvero rilevato all'esito di apposito giudizio” (Cons. Stato, sez. II, n. 8032 del 15 dicembre 2020; tra le più recenti cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 04/01/2023, n. 136).

È stato, inoltre, precisato che esiste un'ontologica diversità – non sul piano oggettivo ma sul piano soggettivo – tra la condizione del privato che

costruisce senza alcun titolo abilitativo, o in difformità rispetto a quest'ultimo, e quella del privato che edifica un manufatto in conformità ad un titolo che, poi, venga riconosciuto illegittimo (Cons. Stato sez. IV 5 novembre 2018 n. 6246).

L'applicazione dell'art. 38 anche ai casi di annullamento giurisdizionale è conforme, quindi, sia al dato positivo che all'interpretazione giurisprudenziale.

Inoltre, l'equiparazione della fattispecie in esame al permesso di costruire in sanatoria – in forza del rinvio contenuto nel comma 2 del citato art. 38 all'art. 36 del medesimo decreto – è solo *quoad effectum*, costituendo un eccezionale temperamento al generale principio secondo il quale la costruzione abusiva deve essere sempre demolita. Si tratta di un temperamento che, come chiarito dall'Adunanza Plenaria n. 17/2020, si determina in ragione, non già della sostanziale conformità urbanistica (passata e presente) della stessa (oggetto della 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.

Giova ribadire che il rinvio è solo *quoad effectum* e non consente alcuna sovrapposizione tra la c.d. "fiscalizzazione" dell'abuso consentita dall'art. 38 e il permesso di costruire in sanatoria disciplinato dall'art. 36.

Le due fattispecie sopra citate, infatti, si diversificano completamente nei presupposti e nella finalità, potendo coincidere (esclusivamente) per gli effetti nel solo caso in cui l'Amministrazione non convalidi il titolo edilizio viziato e non sia possibile addivenire alla demolizione dell'opera. Le differenze ontologiche tra i due istituti sono ravvisabili perfino nella diversità delle relative conseguenze economiche, stante che nel primo caso (l'accertamento di conformità) è previsto il 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 predeterminata dalla medesima normativa; nel secondo, invece, 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, come accaduto nel caso di specie (Cons. Stato 8031/2020).

Del pari infondata è la censura afferente alla violazione del principio di *one shot temperato*, già respinta in primo grado e reiterata in grado di appello dagli appellanti. Tale principio è volto ad evitare che l'amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale; tanto comporta che è dovere della stessa pubblica



amministrazione riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato (Cons. Stato sez. VI, 04/05/2022 n.3480). Il principio trova applicazione nei casi in cui, a seguito di giudicato di annullamento di un primo provvedimento sfavorevole, l'amministrazione adotti un nuovo provvedimento di identico contenuto.

Esso non si attaglia, invece, al caso di specie ove non si verte in tema di "rinnovazione" dello stesso provvedimento annullato in sede giurisdizionale, bensì dell'ottemperanza al giudicato di annullamento del titolo edilizio mediante l'adozione del diverso e succedaneo provvedimento di irrogazione della sanzione pecuniaria in alternativa all'ordine di demolizione.

L'art. 38 d.p.r. 380/2001 non trova applicazione nel solo caso di impossibilità di rimozione dei vizi delle procedure amministrative, ma anche nel caso di impossibilità di riduzione in pristino del bene, laddove il titolo edilizio sia stato annullato non per vizi formali o procedurali, bensì sostanziali. Si tratta, infatti, 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 in pristino dello stato dei luoghi (Ad. Plen. 17/2020 che si è occupata unicamente della prima delle due condizioni).

Da ultimo, la già citata Adunanza Plenaria n. 17/2020 ha pacificamente sancito che l'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. 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).

In conclusione, l'appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/sulla-doppia-conformita-e-sulla-fiscalizzazione-dellabuso-edilizio-di-paolo-urbani/>

## **L'irrelevanza del titolo necessario in caso di abusi in zona paesaggistica, di Fabio Cusano**

Con sentenza 6 novembre 2023, n. 9557, il Consiglio di Stato, sez. VII, ha ribadito che l'art. 27, D.P.R. 380/2001 impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico. Infatti, per le opere abusive eseguite in assenza di titolo edilizio e di autorizzazione paesaggistica in aree vincolate, vige un principio di indifferenza del titolo necessario all'esecuzione di interventi in dette zone, essendo legittimo l'esercizio del potere repressivo in ogni caso, a prescindere, appunto, dal titolo edilizio ritenuto più idoneo e corretto per realizzare l'intervento edilizio nella zona vincolata; ciò che rileva, ai fini dell'irrogazione della sanzione ripristinatoria, è il fatto che lo stesso è stato posto in essere in zona vincolata e in assoluta carenza di titolo abilitativo, sia sotto il profilo paesaggistico che urbanistico. Il Comune ingiungeva la demolizione ai sensi dell'art. 27 DPR n. 380 del 6 giugno 2001 di alcune opere edili realizzate dall'appellante in assenza di titolo abilitativo. Impugnato il provvedimento, il TAR adito, con la sentenza appellata, dichiarava infondato il ricorso.

Da ultimo la sentenza di Corte Costituzionale n. 42/2023, depositata in data 16 marzo 2023, ha confermato il valore di tacito diniego all'accertamento di conformità, trascorsi sessanta giorni dall'istanza senza pronuncia con adeguata motivazione del Comune.

Il silenzio da parte del Comune diviene significativo di rigetto dell'istanza, e assume piena efficacia di provvedimento esplicito di rifiuto, concretizzando un vero e proprio provvedimento tacito di diniego (Cons. di Stato n. 2704/2023, n. 3396/2022, n. 3417/2018, n. 410/2017).

Il TAR ha correttamente osservato che, all'interno di un territorio protetto (DM 9.9.1952), anche opere astrattamente riconducibili al concetto di pertinenza – se realizzate senza titolo – debbono comunque sottostare a misure ripristinatorie e di reintegro ambientale (Consiglio di Stato, 2114/2017). Laddove gli illeciti edilizi ricadano in zona assoggettata a vincolo paesaggistico, stante l'alterazione dell'aspetto esteriore, gli stessi risultano soggetti alla previa acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica, con la conseguenza che, quand'anche si ritenessero le opere pertinenziali o precarie e, quindi, assentibili con mera DIA, l'applicazione della sanzione demolitoria è, comunque, doverosa ove non sia stata ottenuta alcuna autorizzazione paesistica. Invero, continua condivisibilmente la sentenza "l'art. 27, d.P.R. n. 380/2001 impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite senza titolo

in aree sottoposte a vincolo paesistico”. “Infatti, per le opere abusive eseguite in assenza di titolo edilizio e di autorizzazione paesaggistica in aree vincolate, vige un principio di indifferenza del titolo necessario all’esecuzione di interventi in dette zone, essendo legittimo l’esercizio del potere repressivo in ogni caso, a prescindere, appunto, dal titolo edilizio ritenuto più idoneo e corretto per realizzare l’intervento edilizio nella zona vincolata; ciò che rileva, ai fini dell’irrogazione della sanzione ripristinatoria, è il fatto che lo stesso è stato posto in essere in zona vincolata e in assoluta carenza di titolo abilitativo, sia sotto il profilo paesaggistico che urbanistico”. L’appello è stato pertanto respinto.

<https://www.pausania.it/lirrilevanza-del-titolo-necessario-in-caso-di-abusi-in-zona-paesaggistica-di-fabio-cusano/>

## **Sugli abusi con variazioni essenziali in zona paesaggistica, di Paolo Urbani**

Con sentenza 7 novembre 2023, n. 9572, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che tutti gli interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire, o con variazioni essenziali, che comportano aumenti di cubatura in area vincolata, sono inderogabilmente soggetti a demolizione, ex art. 31, comma 2, del D.P.R. 380/2001, rimanendo priva di rilevanza ogni valutazione relativa alla consistenza dell'incremento volumetrico realizzato. In tali casi non si applica la c.d. fiscalizzazione dell'abuso di cui all'art. 34, comma 2, del D.P.R. 380/2001.

Il Comune, rilevato che i ricorrenti avevano realizzato abusi in area soggetta a vincolo paesaggistico (ex art. 142, comma 1, lett. c, del D.Lgs. 22/1/2004, n. 42), ne ha ingiunto la demolizione.

L'adito Tribunale ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo del giudizio e ha respinto i motivi aggiunti.

Avverso la sentenza hanno proposto appello i ricorrenti.

In base a una consolidata giurisprudenza, l'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica ex artt. 146, comma 3, e 167, comma 4, lett. a), del D. Lgs. n. 42/2004, è consentito esclusivamente in relazione a quei lavori che non abbiano determinato "creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati". In presenza di incrementi di superficie o di cubatura, anche di modesta entità o di natura accessoria, la norma impedisce tassativamente il rilascio della sanatoria paesaggistica, per cui la reiezione della relativa istanza assume carattere vincolato, indipendentemente da qualunque ulteriore valutazione del comune, anche di tipo urbanistico-edilizio, che, laddove pure compiuta, risulterebbe ininfluenza (Cons. Stato, Sez. VI, 19/10/2020, n.6300; 1/9/2022, n. 7625; 19/7/2023, n. 7092).

Inoltre, esattamente il Comune ha osservato che l'insanabilità paesaggistica precludeva la possibilità di accogliere la domanda di fiscalizzazione. Invero, l'art. 32, comma 3, del D.P.R. n. 380/2001, espressamente richiamato dall'amministrazione comunale, dispone che: "Gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali".

Nella fattispecie, non era, quindi, ammessa la fiscalizzazione dell'abuso, in quanto il citato art. 32, comma 3, rende, comunque, inconfigurabile la "parziale difformità dal permesso di costruire", presupposto per l'applicabilità dell'art. 34, comma 2.

Tutti gli interventi, eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire, o con variazioni essenziali – che, come quello di specie, comportano aumenti di cubatura in area vincolata – sono, infatti, inderogabilmente soggetti a demolizione, ex art. 31, comma 2, del citato D.P.R. n. 380/2001, il che, diversamente da quanto sostiene l'appellante, priva di rilevanza ogni valutazione relativa alla consistenza dell'incremento volumetrico realizzato. Infatti, il menzionato art. 34, è disposizione che ha valore eccezionale e derogatorio e dev'essere intesa nel senso che non compete all'amministrazione precedente valutare, prima dell'emissione dell'ordine di demolizione dell'abuso o prima di negare la fiscalizzazione, se la misura repressiva possa essere applicata, incombendo, piuttosto, sul privato interessato, dimostrare, in modo rigoroso e nella fase esecutiva, l'obiettivo impossibilità di demolire la parte illecita senza pregiudizio per quella conforme (ex plurimis Cons. Stato, Sez. VI, 25/5/2022, n. 4171).

Occorre, a questo punto, esaminare la domanda impugnatoria rivolta contro le ordinanze di demolizione.

La presentazione di una richiesta di sanatoria non comporta né la sopravvenuta inefficacia dei provvedimenti sanzionatori pregressi, né l'illegittimità di quelli sopravvenuti, determinando, unicamente, la temporanea sospensione della loro concreta esecuzione (Cons. Stato, Sez. VI, 18/1/2022, n. 8848; 16/2/2021, n. 1432 18/8/2021, n. 5922; 22/01/2021, n. 666; 15/1/2021, n. 488; 28/9/2020, n. 5669; 4/1/2021, n. 43; 6/6/2018, n. 3417; Sez. II, 6/5/2021, n. 3545). L'accoglimento della censura comporta, però, unicamente la correzione della motivazione della sentenza, senza poter condurre alla sua riforma.

Gli abusi edilizi hanno natura di illeciti permanenti, per cui, in conformità al principio *tempus regit actum*, il provvedimento repressivo è sempre regolato dalla normativa in vigore al momento della sua adozione (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VI, 20/1/2022, n. 372; 19/7/2021, n. 5439).

Diversamente da quanto gli appellanti sostengono, l'interesse pubblico alla rimozione delle opere abusive è sempre in re ipsa, per cui sul punto non occorre specifica motivazione, né è necessario comparare tale interesse con quello del privato alla conservazione della situazione di fatto illecita, non essendo al riguardo configurabili affidamenti tutelabili (Cons. Stato, A.P. 17/10/2017, n. 9, Sez. VI, 10/7/2020, n. 4425; 22/4/2020, n. 2557; 4/10/2019, n. 6720; 8/4/2019, n. 2292; 5/11/2018, n. 6233; 26/3/2018, n.

1893; 23/11/2017, n. 5472 e 5/1/2015, n. 13; Sez. II, 19/6/2019, n. 4184; Sez. IV, 11/12/2017, n. 5788).

Da ultimo, occorre rilevare che il requisito motivazionale delle ordinanze di demolizione è soddisfatto con l'indicazione, come nella fattispecie, dell'abuso contestato e dell'illiceità riscontrata.

L'appello è stato, in definitiva, respinto.

<https://www.pausania.it/sugli-abusi-con-variazioni-essenziali-in-zona-paesaggistica-di-paolo-urbani/>

## **La responsabilità della PA in caso di omessa demolizione, di Fabio Cusano**

Con sentenza 7 novembre 2023, n. 9583, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che deve ritenersi illegittima la condotta omissiva dell'amministrazione che, in assenza di giustificati motivi, non dia seguito al procedimento di demolizione di un immobile abusivo, quantunque esecutivo e definitivo. L'elemento psicologico della colpa della P.A. va individuato nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ossia in negligenze, omissioni d'attività o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell'interesse protetto di colui che ha un contatto qualificato con la P.A. stessa.

Con sentenza non definitiva il TAR accoglieva in parte il ricorso accertando l'obbligo del Comune di stabilire in modo espresso entro trenta giorni il termine di conclusione del procedimento di cui all'ingiunzione di demolizione e messa in pristino, disponendo la prosecuzione del giudizio con il rito ordinario per la decisione sull'istanza risarcitoria. Con la sentenza definitiva il TAR rigettava la richiesta di risarcimento danni, ritenendo che le odierne appellanti non avessero fornito sufficienti elementi al fine di provare: 1) il nesso causale tra la condotta omissiva del Comune ed il pregiudizio subito e 2) la quantificazione del danno.

L'appello è fondato.

La giurisprudenza di questo Consiglio è costante nel ritenere che "L'esercizio della funzione pubblica, manifestatosi tanto con l'emanazione di atti illegittimi quanto con un'inerzia colpevole, può essere fonte di responsabilità aquiliana, sulla base del principio generale del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.). Il rapporto amministrativo si caratterizza, infatti, per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale ed in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, ad ingenerare la responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione" (Cons. Stato, sez. VI, 22/11/2022, n. 10269; id., sez. IV, 12/11/2015, n. 5143: "La domanda di risarcimento del danno da ritardo, azionata ex art. 2043, può essere accolta dal giudice, solo se l'istante — su cui, ex art. 2697 c.c., incombe l'onere di provare gli elementi costitutivi della fattispecie illecita — dimostri, tra l'altro, che la mancata adozione del provvedimento dovuto, ha provocato nel suo patrimonio pregiudizi che non si sarebbero verificati ove l'atto fosse stato tempestivamente emanato").

La risarcibilità del danno dipende dunque dall'esistenza di tutti gli elementi dell'illecito aquiliano, che possono ritenersi sussistenti nel caso di specie, nei seguenti termini.

Data in premessa la titolarità in capo agli appellanti di una situazione soggettiva meritevole di tutela, tale essendo il loro diritto di proprietà la cui lesione è derivata dagli abusi edilizi commessi dal vicino odierno controinteressato e per la cui tutela abbisognava dell'intervento della pubblica amministrazione (da qui una componente anche pretensiva), accertata l'inerzia e con essa l'illegittimità del comportamento omissivo del Comune alla luce della sentenza del TAR, sul piano causale, seguendo il canone di giudizio del "più probabile che non", è verosimile ritenere che, se l'Amministrazione avesse agito legittimamente nei termini della legge le appellanti avrebbero ottenuto il "bene della vita" anche ai fini economici.

Il TAR ha tuttavia negato il risarcimento del danno patrimoniale ritenendo che non era stata fornita la prova del nesso causale tra la condotta omissiva del Comune ed il pregiudizio subito e non era stata dettagliata la quantificazione del danno.

La prospettiva non può essere condivisa.

L'illiceità della condotta dell'amministrazione può ritenersi accertata alla luce della sentenza non definitiva del TAR, che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza delle odierne appellanti. Più in generale, deve ritenersi illegittima la condotta omissiva dell'amministrazione che, in assenza di giustificati motivi, non dia seguito al procedimento di demolizione di un immobile abusivo, quantunque esecutivo e definitivo.

Tale condotta deve inoltre ritenersi colpevole alla luce della costante giurisprudenza di questo Consiglio, secondo la quale "l'elemento psicologico della colpa della P.A. va individuato nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ossia in negligenze, omissioni d'attività o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell'interesse protetto di colui che ha un contatto qualificato con la P.A. stessa" (Cons. Stato, sez. VI, 08/09/2020, n. 5409). Invero, l'inerzia del Comune non appare giustificabile alla luce dei canoni sopra elencati.

Il danno evento consiste, nel caso di specie, nell'impossibilità per le appellanti di godere dell'immobile di loro proprietà e, di conseguenza, nella lesione delle loro prerogative proprietarie.

Quanto al nesso causale, la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che "Ai fini della sussistenza del nesso di causalità tra la condotta dell'Amministrazione e l'evento dannoso, si deve muovere dall'applicazione dei principi penalistici, di cui agli artt. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della conditio sine qua non). Il rigore del principio dell'equivalenza



delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, comma 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto" (Cons. Stato, sez. VI, 19/01/2023, n. 674).

In particolare, trattandosi di causalità omissiva, "In tema di responsabilità civile (sia essa legata alle conseguenze dell'inadempimento di obbligazioni o di un fatto illecito aquiliano), la verifica del nesso causale tra la condotta omissiva e il fatto dannoso si sostanzia nell'accertamento della probabilità (positiva o negativa) del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa, da compiersi mediante un giudizio contro fattuale, che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto. Tale giudizio deve essere effettuato sulla scorta del criterio del "più probabile che non", conformandosi a uno standard di certezza probabilistica, che, in materia civile, non può essere ancorato alla determinazione quantitativa -statistica delle frequenze di classi di eventi (c. d. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)" (Cassazione civile, sez. III, 14/03/2022, n. 8114).

Nel caso di specie è evidente che la condotta negligente del Comune costituisca una condicio sine qua non dell'evento dannoso, unitamente alla condotta dei responsabili dell'abuso. Invero, l'esecuzione dell'ordine di demolizione, con il conseguente ripristino dello stato (e della sicurezza) dei luoghi, avrebbe consentito la rimozione dei sigilli apposti sull'immobile delle ricorrenti e, di conseguenza, la possibilità per le stesse di tornare ad abitare nell'immobile de quo. Di contro, l'inerzia dell'amministrazione, unitamente al comportamento omissivo dei destinatari dell'ordine di demolizione, ha prodotto una situazione di stallo complessivo che ha impedito alle stesse di godere dell'immobile.

Passando, infine, al quantum risarcitorio, "il fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità, andata perduta, di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto, mediante concessione a terzi dietro corrispettivo, restando,

invece, non risarcibile il venir meno della mera facoltà di non uso, quale manifestazione del contenuto del diritto sul piano astratto, suscettibile di reintegrazione attraverso la sola tutela reale” (Cassazione Civile, Sez. Unite, 15/11/2022, n. 33645).

Secondo la giurisprudenza civile, in tema di risarcimento del danno da impossibilità di godere di un bene immobile, il proprietario è tenuto ad allegare, quanto al danno emergente, la concreta possibilità di godimento perduta e, quanto al lucro cessante, lo specifico pregiudizio subito (sotto il profilo della perdita di occasioni di vendere o locare il bene a un prezzo o a un canone superiore a quello di mercato), di cui, a fronte della specifica contestazione del convenuto, è chiamato a fornire la prova anche mediante presunzioni o il richiamo alle nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza. L'allegazione che l'attore faccia della concreta possibilità di godimento perduta può essere specificatamente contestata dal convenuto costituito. A fronte di tale allegazione, il convenuto ha l'onere di opporre che il proprietario non avrebbe esercitato il diritto di godimento. La contestazione al riguardo non può essere generica, ma deve essere specifica, nel rigoroso rispetto del requisito di specificità previsto dall'art. 115 c.p.c., comma 1. In presenza di una specifica contestazione sorge per l'attore l'onere della prova dello specifico godimento perso, onere che può naturalmente essere assolto anche mediante le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115, comma 2, c.p.c.) o mediante presunzioni semplici. Nel caso della presunzione l'attore ha l'onere di allegare, e provare se specificatamente contestato, il fatto secondario da cui inferire il fatto costitutivo rappresentato dalla possibilità di godimento persa. Sia nel caso di godimento diretto, che in quello di godimento indiretto, il danno può essere valutato equitativamente ai sensi dell'art. 1226 c.c., attingendo al parametro del canone locativo di mercato quale valore economico del godimento nell'ambito di un contratto tipizzato dalla legge, come la locazione, che fa proprio del canone il valore del godimento della cosa (Cassazione civile, Sez. Unite, 15/11/2022, n. 33645).

Nel caso di specie le appellanti hanno allegato l'impossibilità di abitare nell'immobile a causa dello sgombero e dell'apposizione dei sigilli (sgombero determinato, si intende, dalla condotta abusiva del vicino), e tale circostanza non è mai stata specificatamente contestata dal Comune, il quale, in primo grado, si è limitato a difendere la legittimità del proprio operato e a chiedere il respingimento della domanda risarcitoria in quanto infondata e generica, e in secondo grado ha aderito alle considerazioni del TAR secondo le quali non vi sarebbe prova del nesso causale fra condotta ed evento né del quantum risarcibile. In altre parole, il Comune non ha mai

contestato l'affermazione secondo la quale, in assenza della propria condotta antigiuridica, legata a quella del controinteressato, le appellanti avrebbero abitato nell'immobile de quo, sicché tale circostanza deve ritenersi sufficientemente provata in quanto oggetto di puntuale allegazione da parte delle odierne appellanti e non contestata da controparte.

Sebbene il quantum invocato dalle appellanti non sia circostanziato da elementi di maggiore o specifico dettaglio, corrisponde ad un dato di comune (e ovvia) conoscenza il fatto che dalla fruibilità del bene le parti appellate avrebbero in tutti questi anni ricavato un vantaggio economico sicuramente apprezzabile, ovvero non avrebbero dovuto sostenere delle spese. Ciò detto sull'an della pretesa, in ordine al quantum del danno patrimoniale, sulla base di un equo apprezzamento delle circostanze del caso concreto (art. 2056 c.c.) l'importo è logicamente proporzionato alla durata dell'illecito e all'importanza del bene leso.

Il risarcimento dei danni derivanti dall'impossibilità di abitare nell'immobile, derivante dall'ordine di sgombero e dall'apposizione dei sigilli, può dunque essere liquidato in via equitativa.

In definitiva, l'appello è stato accolto.

<https://www.pausania.it/la-responsabilita-della-pa-in-caso-di-omessa-demolizione-di-fabio-cusano/>

## **Sull'inammissibilità della sanatoria condizionata, di Fabio Cusano**

Con sentenza 15 novembre 2023, n. 9776, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che l'accertamento di conformità non può essere subordinato alla realizzazione di ulteriori interventi edilizi che rendano l'abuso conforme agli strumenti urbanistici. Questa conformità deve infatti già sussistere precedentemente e non all'esito di una futura ed ulteriore attività da parte del richiedente. La cosiddetta "sanatoria condizionata", caratterizzata dal fatto che i suoi effetti vengono subordinati all'esecuzione di specifici interventi aventi lo scopo di far acquisire alle opere il requisito della conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia che non posseggono, non è infatti prevista dall'assetto normativo di cui al Testo unico, in quanto l'art. 36 del D.P.R. 380/2001 si riferisce esplicitamente ad interventi già ultimati.

Per potersi considerare come tale, la tettoia deve essere realizzata in struttura leggera di legno o altro materiale di minimo peso, risultare facilmente amovibile e fungere da sostegno per piante rampicanti, attraverso le quali realizzare riparo e/o ombreggiatura di superfici, ma di modeste dimensioni. La realizzazione di una tettoia va invece configurata dal punto di vista urbanistico come intervento di nuova costruzione – necessitante di permesso di costruire – ogni qual volta integri un manufatto non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità e immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione e collegamento fisso ad un corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell'opera. Al proprietario e all'utilizzatore di un complesso immobiliare era stata notificata l'ordinanza di demolizione per aver ivi realizzato opere abusive.

Avverso tale provvedimento veniva proposto ricorso avanti al TAR.

Il TAR adito accoglieva parzialmente il ricorso ed annullava gli atti del Comune.

Avverso la sentenza il Comune ha proposto appello.

L'appello è fondato.

Secondo la consolidata giurisprudenza del Consiglio sull'istituto dell'accertamento di conformità, il medesimo non può essere subordinato alla realizzazione di ulteriori interventi edilizi che rendano l'abuso conforme agli strumenti urbanistici. Questa conformità deve infatti già sussistere precedentemente e non all'esito di una futura ed ulteriore attività da parte del richiedente. La c.d. "sanatoria condizionata", caratterizzata dal fatto che i suoi effetti vengono subordinati all'esecuzione di specifici interventi aventi lo scopo di far acquisire alle opere il requisito della conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia che non posseggono, non è prevista dall'assetto

normativo di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, in quanto l'art. 36 si riferisce esplicitamente ad interventi già ultimati. La disciplina stabilisce che la "doppia conformità" debba sussistere sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda di sanatoria. Un eventuale permesso di costruire in sanatoria contenente prescrizioni sarebbe in contrasto con tale disciplina normativa in quanto postulerebbe non la "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 (in termini Cons. Stato, sez. VI, n. 8713/2022 e n. 10317/2022; id., sez. VII, n. 8985/2023). Al contrario, "la sanatoria di cui all'art. 36, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, si fonda sul rilascio di un provvedimento abilitativo sanante da parte della competente Amministrazione, sempre possibile previo accertamento di conformità o di non contrasto delle opere abusive non assentite agli strumenti urbanistici vigenti nel momento della realizzazione e in quello della richiesta, previo accertamento di compatibilità paesaggistica nelle ipotesi in cui l'area sia assoggettata a vincolo paesaggistico e che è tassativamente limitato alle sole fattispecie contemplate dall'art. 167 comma 4 del d.lgs. 42/ 2004" (Cons. Stato, Sez. IV, n. 1874/2019). Inoltre, il Consiglio ha già accertato più volte che per potersi considerare come tale la tettoia deve essere realizzata in struttura leggera di legno o altro materiale di minimo peso, risultare facilmente amovibile e fungere da sostegno per piante rampicanti, attraverso le quali realizzare riparo e/o ombreggiatura di superfici, ma di modeste dimensioni (Cons. Stato, Sez. VI, n. 2134/2015).

La realizzazione di una tettoia che abbia le dimensioni e le caratteristiche tecniche come nel caso di specie va configurato dal punto di vista urbanistico come intervento di nuova costruzione ogni qual volta integri un manufatto "non completamente interrato che abbia i caratteri della solidità, stabilità e immobilizzazione al suolo, anche mediante appoggio, incorporazione e collegamento fisso ad un corpo di fabbrica preesistente o contestualmente realizzato, indipendentemente dal livello di posa e di elevazione dell'opera" (Cons. Stato, sez. VI, n. 4181/2022). La tettoia, per le rilevanti dimensioni e le caratteristiche strutturali (chiusura su tre lati) determina una innovazione del preesistente manufatto, sia dal punto di vista morfologico che funzionale, consistendo in una chiara variazione volumetrica ed architettonica, con la conseguenza che si rendeva necessario il preventivo rilascio del permesso di costruire (in termini Cons.

Stato, sez. VI, n. 2627/2023). Contrariamente a quanto sostenuto dal TAR, la tettoia di cui trattasi, se trasformata in pergolato, manterrebbe comunque dimensioni e struttura (stabilmente ancorata al suolo con solidi pali di sostegno e travi in legno) tali da non incidere, modificandola, sulla natura del manufatto. Si deve sottolineare che si tratterebbe sempre di una costruzione con un notevole impatto urbanistico, soggetta al rispetto della disciplina in materia di distanze dal confine prevista dalle NTA del PRG, con conseguente preclusione della sua sanatoria. In definitiva il ricorso in appello è stato accolto.

<https://www.pausania.it/sullinammissibilita-della-sanatoria-condizionata-di-fabio-cusano/>

## **In caso di edilizia residenziale pubblica non si applica l'art. 35 TUED, di Paolo Urbani**

Con sentenza 15 novembre 2023, n. 9799, il Consiglio di Stato, sez. II, ha ribadito che Nel caso in cui vi sia una proprietà superficaria privata al di sopra della nuda proprietà pubblica, come avviene tipicamente per gli interventi di edilizia residenziale pubblica, se, da un lato, si rafforza la necessità che il Comune presidi l'avvio dell'operazione, fino all'assegnazione delle unità immobiliari abitabili ai singoli aventi titolo; dall'altro, una volta effettuate le assegnazioni, si riverberano sui singoli assegnatari tutti gli obblighi propter rem, quale quello demolitorio.

Gli appellanti sono assegnatari di alloggi di edilizia residenziale pubblica. Unitamente agli altri assegnatari si sono visti recapitare un'ingiunzione a demolire opere interne realizzate in parziale difformità dai richiamati titoli edilizi.

Pur accomunati da identità di situazione fattuale, i vari condòmini hanno avuto sorti diversificate, anche sul piano processuale, avendo tutti gli altri avanzato istanza di fiscalizzazione dell'abuso, quale alternativa all'accertamento di conformità, mentre gli attuali appellanti si sono limitati a chiedere la sanatoria, ritenendo di esclusiva spettanza del Comune la valutazione della sussistenza degli estremi per l'irrogazione della sola sanzione pecuniaria.

Il primo giudice ha respinto nel merito il ricorso, avuto riguardo ai tre ricorrenti che non hanno chiesto la fiscalizzazione. Avverso detta sentenza, i ricorrenti hanno propugnato appello.

Il Collegio ritiene l'appello fondato.

La oggettiva difficoltà di inquadramento della vicenda consegue alla sovrapposizione che nei fatti è venuta a verificarsi tra due segmenti procedurali ontologicamente distinti, ovvero la fase sanzionatoria e quella esecutiva, a valle della quale si colloca di regola la possibile fiscalizzazione dell'abuso. La circostanza, infatti, che in corso di causa sia emerso l'avvenuto accertamento dell'impossibilità di eseguire coattivamente tutte le ingiunzioni al ripristino non implica ex se la caducazione dell'atto impugnato nel giudizio di tipo demolitorio. Rileva il Collegio come essa renda, caso mai, poco comprensibile l'approccio di ambedue le parti, stante che da un lato gli appellanti sembrano concentrare il proprio petitum sulla doverosa commutazione dell'atto demolitorio in atto ingiuntivo di sanzione pecuniaria, di fatto inutile stante che alla stessa dovrà comunque addivenirsi in fase esecutiva, salvo mettere in discussione il fondamento motivazionale posto a supporto dell'analogia scelta adottata per tutti gli altri assegnatari, a parità

di condizioni; dall'altro, per la medesima ragione e in senso speculare, l'impossibilità oggettiva di procedere d'ufficio, ormai acquisita agli atti, rende a dir poco ultronea, se non addirittura pretestuosa oltre che infondata, l'insistenza del Comune per l'inoltro di un'istanza formale volta alla fiscalizzazione anche da parte degli "ostinati" appellanti.

Ciò detto, il Consiglio ritiene che il motivo di appello legato alla fiscalizzazione non possa essere accolto.

Il regime sanzionatorio declinato per il caso di parziale difformità, in quanto illecito connotato da minor disvalore giusta la sostanziale coincidenza delle opere realizzate con il modello progettuale, è evidentemente caratterizzato, per esplicita scelta legislativa, dal minor rigore delle conseguenze. A prescindere, pertanto, dall'eventuale riconducibilità dello stesso alla fattispecie di cui all'art. 44, comma 1, lett. a) del medesimo Testo unico il suo accertamento implica l'intimazione di ripristino dello stato dei luoghi ovvero, in alternativa, una sanzione pecuniaria pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della sola parte dell'opera realizzata in difformità, quantomeno laddove, come nel caso di specie, l'immobile sia ad uso abitativo.

Trattasi di una delle ipotesi comunemente denominate "fiscalizzazione" dell'abuso, termine funzionale ad evidenziare sinteticamente e già a livello definitorio la sua sostanziale monetizzazione, quale rimedio alternativo eccezionalmente concesso in luogo della demolizione. In particolare, si può accedere alla fiscalizzazione dell'abuso sia in caso di totale difformità o variazione essenziale dal titolo nell'ambito di una ristrutturazione edilizia (art.33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001); sia, come nella fattispecie che ci occupa, a fronte di accertata difformità solo parziale (art. 34, comma 2, e 2-bis, che ne ha esteso l'applicabilità anche agli interventi soggetti a S.c.i.a. alternativa al permesso di costruire di cui all'art. 23, comma 01); sia infine all'esito di un annullamento, giudiziale o in autotutela, del titolo stesso (art.38).

La differenza sostanziale tra le varie ipotesi di "monetizzazione" degli abusi va ravvisata negli effetti della stessa sulla regolarità dell'opera, sanata nel caso da ultimo citato (cui parte della dottrina accomuna le "monetizzazioni" pure alternative alla demolizione di cui agli artt. 36-37 del T.u.e.), solo "tollerata" negli altri. La fiscalizzazione dell'abuso che consegue all'annullamento del titolo edilizio (su cui v. Cons. Stato, A.p., 7 settembre 2020, n. 17) postergata alla rilevata impossibilità, «in base a motivata valutazione», di rimuovere i vizi delle procedure amministrative, infatti, «produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36» (art. 38, comma 2). Nelle rimanenti ipotesi invece, in



assenza di analoga indicazione da parte del legislatore, dopo non poche oscillazioni interpretative, la giurisprudenza pare attestata nell'escludere la portata sanante del pagamento della sanzione, ravvisandovi piuttosto una sorta di tolleranza formalizzata di una situazione non conforme ad ordinamento.

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

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

Alla natura eccezionale e derogatoria della monetizzazione dell'abuso consegue anche la necessità che vi si acceda su istanza della parte privata interessata ad evitare le conseguenze del prospettato ripristino ed in reazione allo stesso. Se tale è il modello procedurale generalmente applicabile, tuttavia, esso non implica certo che in singoli casi, nei quali l'impossibilità di esecuzione, assoluta o commisurata alla parte lecita dell'opera, già risulti perché per varie ragioni accertata ex officio, il Comune non possa attivarsi autonomamente, sol perché non è stato cioè compulsato dalla proprietà. In altre parole, seppure non possa configurarsi, come preteso dagli appellanti, un vero e proprio obbligo di adoperarsi preventivamente per le necessarie verifiche a carico della p.a. procedente, niente vieta che ove le stesse ci sono state, obiettive esigenze di economia procedimentale inducano a tradurne le risultanze negli atti consequenziali. L'impossibilità esecutiva, infatti, oltre e prima che presupposto giuridico per accedere alla fiscalizzazione, integra un fattore materiale impeditivo dell'esecuzione in fatto, sicché a fronte dello stesso l'unico rimedio residuo a disposizione dell'ordinamento per reagire in maniera mirata alla situazione di accertata illegalità non può che essere la sanzione pecuniaria. Quanto

detto trova del resto riscontro in talune pronunce, in particolare di prime cure, che al fine di non vanificare le risultanze di accertamenti già nella disponibilità del Comune, hanno affermato la legittimità dell'immediata irrogazione della sanzione pecuniaria, non preceduta cioè da ingiunzione a demolire, in quanto quest'ultima si rivelerebbe sostanzialmente superflua, giusta l'acquisita impossibilità della sua successiva attuazione (sul punto, si veda Cons. Stato, sez. II, ordinanza 6 dicembre 2022, n. 5710).

Nel caso di specie, tuttavia, l'impossibilità di procedere all'esecuzione della demolizione è stata accertata, per esplicita ammissione degli appellanti, in epoca successiva all'adozione della relativa ingiunzione. A ciò consegue che essa non può in alcun modo inficiarne la validità, facendo apparire come doveroso un accertamento d'ufficio dell'impossibilità demolitoria prima di ingiungere il ripristino, laddove lo stesso doveroso non è.

Gli appellanti contestano più in generale il fondamento giuridico dell'ordinanza impugnata, sia in quanto li individua quali destinatari (esclusivi) della stessa, pur essendone conosciuta la estraneità ai fatti, sia perché non tiene conto del ruolo del Comune nell'intera vicenda.

L'affermazione, che il Collegio ritiene di condividere, necessita tuttavia di precisazioni.

In generale, dunque, vale per le sanzioni in materia urbanistico-edilizia il principio in forza del quale esse colpiscono il bene realizzato o modificato in assenza del giusto titolo e non il comportamento che vi ha dato origine. In quest'ottica, esse possono essere irrogate anche nei confronti del proprietario non responsabile, in quanto si trova in una relazione qualificata con l'immobile, che lo identifica come il solo soggetto legittimato ad intervenire, eliminando l'abuso. Inoltre, il suo coinvolgimento trova giustificazione nel fatto che diversamente egli comunque verrebbe ad estendere il suo diritto di proprietà sull'opera abusivamente realizzata, beneficiandone, a prescindere da chi ne sia l'autore materiale.

Tali principi subiscono tuttavia talune mitigazioni – recte, adattamenti – per esplicita scelta del legislatore in relazione a specifiche ipotesi, tra le quali, almeno entro certi limiti, figura anche quella di cui all'art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001. La norma, infatti, per il caso di parziale difformità dal titolo non replica il modello contenuto nell'art. 31 del medesimo Testo unico con riferimento agli abusi più gravi, individuando quali destinatari esclusivi dell'ingiunzione demolitoria/ripristinatoria i soli responsabili dell'abuso, senza menzionare in alcun modo anche i proprietari. A differenza, dunque, di quanto accade per i rimanenti abusi edilizi commessi in aree di proprietà privata, dove la sanzione demolitoria può, come detto, essere irrogata

anche al proprietario non responsabile, il caso di specie parrebbe presupporre l'imputabilità dell'opera abusiva al destinatario della sanzione. Va al riguardo ulteriormente ricordato come non a caso l'atto impugnatosi concluda con una mera minaccia dei «provvedimenti amministrativi consequenziali di legge», senza in alcun modo specificarne il contenuto. Ad avviso del Collegio, la genericità della stessa costituisce ulteriore conferma del minor rigore della scelta sanzionatoria individuata dal legislatore per l'illecito de quo, in quanto discende dalla mancanza di qualsivoglia previsione in ordine alla conseguenza attribuita all'inottemperanza. Essa, infatti, non determina l'avvio di quel procedimento di secondo livello declinato all'art. 31, comma 3, per i casi di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, totale difformità o variazione essenziale, destinato a sfociare nell'ablazione della proprietà. L'ingiunzione al ripristino dello stato dei luoghi, pertanto, diviene esclusivamente il presupposto legittimante la successiva esecuzione in danno, quale esemplificazione normativamente prevista della esecutorietà degli atti amministrativi contenenti un obbligo di fare che l'art. 21-ter della l. n. 241 del 1990 declina in termini di esecuzione coattiva dell'adempimento imposto nei confronti di una p.a.

Non privi di pregio si palesano poi gli ulteriori rilievi, con i quali gli appellanti valorizzano il contesto specifico nel quale si colloca l'avvenuta consumazione degli abusi di cui è causa. Le loro abitazioni fanno infatti parte di un compendio immobiliare realizzato nell'ambito di un'operazione di edilizia residenziale pubblica.

L'espressione "edilizia residenziale pubblica" è stata introdotta con la legge 22 ottobre 1971, n. 865, in contrapposizione alla precedente definizione di "edilizia economico-popolare" utilizzata nel Testo unico 28 aprile 1938, n. 1165. In linea di massima, in un'accezione estensiva della relativa dizione, con essa si intendono tutti quegli interventi "pensati" dalle amministrazioni pubbliche in funzione del soddisfacimento delle esigenze abitative dei propri cittadini appartenenti a classi sociali meno abbienti e come tali non in grado autonomamente e secondo le normali regole di mercato di accedere ad un bene primario e costituzionalmente garantito, quale la casa di abitazione. In maniera necessariamente schematica, si riconducono alla stessa sia la c.d. edilizia "sovvenzionata", svolta direttamente dagli enti pubblici, ma accedendo a risorse erariali specifiche, che quella "agevolata", demandata ad operatori privati che tuttavia godono di contributi statali, quali mutui di favore, finalizzati essenzialmente al riscatto della locazione, a norma degli artt. 8 e 9 della legge n. 179 del 1992, sia infine quella "convenzionata", in forza della quale la realizzazione dell'opera viene affidata ad un privato, che si vincola anche in relazione ai futuri canoni di locazione o prezzi di vendita

da praticare in relazione alle singole unità abitative con un apposito accordo siglato con il Comune.

Nel tempo la richiamata terminologia è stata estesa fino a ricomprendere qualsivoglia ipotesi di regolamentazione pattizia dei rapporti tra privato e amministrazione, per lo più a corredo di piani attuativi, quali quelli di lottizzazione (c.d. edilizia “convenzionata” in senso ampio, su cui v. Cons. Stato, sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579, nonché id., 28 ottobre 2021, n. 7237 e 19 aprile 2022, n. 2953).

L’edilizia convenzionata nella più ristretta accezione originaria individua interventi localizzati preventivamente in un piano di zona: in tal senso già con la legge 18 aprile 1962, n. 167 è stato introdotto il c.d. Piano per l’edilizia economia e popolare (P.E.E.P.), strumento urbanistico esecutivo che identifica le aree oggetto di futuro intervento, individuandole fra quelle residenziali previste dal piano regolatore generale, e le assoggetta, dopo l’approvazione, all’esproprio obbligatorio.

L’art. 35 della l. 22 ottobre 1971, n. 865 costituisce dunque a tutt’oggi, seppure nella versione variamente interpolata dalle numerose novelle intervenute, l’intelaiatura portante della disciplina di settore. Il sistema ivi delineato è basato su tre passaggi fondamentali: l’acquisizione dell’area edificabile al patrimonio indisponibile del Comune, la cessione (in superficie o in proprietà) della stessa al soggetto privato attuatore dell’intervento edilizio ed infine l’amministrazione degli alloggi costruiti (con vincoli volti ad evitare indebite speculazioni). La disciplina di tali vincoli è stata nel tempo variamente modificata, in un’ottica di maggiore liberalizzazione delle possibilità circolatorie del bene. In particolare, con legge 17 febbraio 1992, n. 179, sono stati abrogati i commi che fissavano i vincoli di inalienabilità per un lasso di tempo normativamente predeterminato, ancorandone la decorrenza non all’assegnazione individuale del bene, ma all’avvenuto conseguimento della licenza di abitabilità.

Tale richiamo costituiva (e *mutatis mutandis* costituisce ancora oggi) la cerniera tra la finalità non esclusivamente urbanistico-edilizia, ma anche sociale-solidaristica dell’operazione immobiliare e la sua attuazione per il tramite di soggetti privati: ritiene cioè il Collegio che intanto si può parlare di edilizia residenziale “pubblica” in quanto è la p.a. a governarne il processo, fino al momento in cui, con l’assegnazione degli alloggi, l’obiettivo sotteso alla stessa non sia stato oggettivamente conseguito. Per quanto, quindi, estraneo (diversamente da quanto accade nel modello “sovvenzionato”) alla fase dell’assegnazione degli alloggi, demandata, giusta apposita clausola convenzionale, interamente alla cooperativa edilizia, il Comune resta il promotore e il garante dell’operazione, in alcun modo assimilabile

ad una mera operazione di tipo imprenditoriale, non foss'altro che per gli stringenti requisiti soggettivi, per lo più commisurati al reddito, richiesti ai soci aspiranti assegnatari. Il venir meno, quindi, dell'espresso richiamo alla abitabilità del bene quale suggello finale impresso dalla p.a. alla regolarità dell'operazione effettuata non ne ha certo comportato l'eliminazione dal procedimento, essendo esso dovuto al solo mutamento del regime dei vincoli post assegnazione, e non a quello dei controlli in vista della stessa. Va in proposito ricordato come la disciplina della c.d. abitabilità era originariamente riconducibile alle previsioni contenute nell'art. 220 del r.d. 27 luglio 1935, n. 1267, T.U.LL.SS., indi oggetto di apposito Regolamento, d.P.R.22 aprile 1994, n. 425, che imponeva al direttore dei lavori l'attestazione della «conformità rispetto al progetto approvato» dell'opera realizzata (sull'evoluzione della nozione di abitabilità in quella di agibilità, di cui all'art. 24 del d.P.R. n. 380 del 2001, oggi assentibile tramite s.c.i.a., v. Cons. Stato, sez. II, 17 maggio 2021, n.3836). Seppure quindi nessuna norma preveda, anche in relazione al genus dell'edilizia residenziale pubblica, uno specifico obbligo di verifica in loco della regolarità dei lavori effettuati, la necessità che gli alloggi assegnati siano anche abitabili o agibili, secondo l'accezione più moderna del relativo concetto, ovvero conformi alla normativa urbanistico-edilizia, salubri e sicuri, non può che far capo (anche) al Comune, seppure evidentemente sulla base delle certificazioni fornite dal privato delegato, in particolare il direttore dei lavori. Il mancato riscontro alle richieste di abitabilità avanzate individualmente dagli assegnatari, anche in senso negativo, creano dunque un insanabile quanto incomprensibile iato tra apparente accettazione della situazione di fatto come regolare all'epoca e contestazioni di illecito sopravvenute ad oltre trent'anni di distanza.

La tolleranza di fatto di insediamenti residenziali in unità immobiliari prive di abitabilità, infatti, protrattasi per tutti questi anni stride con i principi di buon andamento della pubblica amministrazione, e sarebbe stato compito del Comune scongiurarne la configurabilità con un'adeguata istruttoria e motivazione degli atti di causa, giusta la riconducibilità dell'intera operazione ad una progettualità residenziale "pubblica".

Da ultimo, gli appellanti invocano l'applicabilità dell'art. 35 del d.P.R. n. 380 del 2001, che egualmente richiede la imputabilità dell'illecito per poter essere destinatari dell'ingiunzione a demolire. Il Collegio ritiene tuttavia che, a prescindere dai profili di inammissibilità del richiamo, in quanto estraneo ai motivi di censura presentati in primo grado, e dunque introdotto in violazione del divieto dei nova, il rilievo non colga nel segno. Dall'analisi comparatistica, tuttavia, del diverso contesto evidentemente sotteso alla

formulazione delle due (identiche) norme, possono ricavarsi ulteriori spunti di riflessione.

In caso di abuso realizzato su suolo di proprietà pubblica, dunque, operando la regola dell'accessione, neppure si pone un'esigenza di coinvolgimento di chi ha la materiale disponibilità del bene, che in alcun modo può ostacolare il ripristino dello stato di un luogo che non gli appartiene; al contrario, se l'abuso è stato realizzato su proprietà privata, e il responsabile dello stesso non è reperibile, in quanto ad esempio neppure più in vita, ovvero, più banalmente, è venuto meno ogni suo rapporto con il bene, il coinvolgimento del proprietario è indispensabile per accedere allo stesso, consentendogli anche, in via preferenziale, di demolire spontaneamente, ove preferisca evitare l'esecuzione d'ufficio.

Quanto detto può verificarsi tipicamente in caso di edilizia convenzionata, nei quali la controparte negoziale del Comune è un soggetto giuridico per così dire "di scopo" – che in genere assume la veste di una cooperativa, come previsto dal legislatore – ovvero costituito al precipuo fine di garantire un'interlocuzione unica in chiave tipicamente mutualistica rispetto ai singoli soci per il limitato periodo di tempo necessario a realizzare l'obiettivo edificatorio. L'intimazione demolitoria al proprietario incolpevole, dunque, che nel caso di cui all'art. 35 è nozione concettualmente inconfigurabile, assume nell'ipotesi in esame una più spiccata coloritura informativa e partecipativa, strumentale al (comunque doveroso) ripristino, e la richiesta di fiscalizzazione che in tale contesto può conseguirne, proprio perché proveniente da un soggetto privo di ogni responsabilità, lungi dall'integrare, come immaginato dalla difesa civica, una sorta di confessione stragiudiziale dell'abuso, cristallizza piuttosto la volontà e l'interesse al mantenimento dello status quo, che in quanto oggettivamente illegittimo deve essere ammesso "a tolleranza" dall'ordinamento. Le evidenziate difficoltà pratiche, prima ancora che giuridiche, di reperire il responsabile, seppure individuato, non esimono il Comune dall'indirizzare allo stesso l'atto demolitorio, laddove l'indicazione del proprietario, consentita anche in caso di parziale difformità seppure non prevista dalla norma, risponde all'esigenza di assicurarsi preventivamente l'esecutorietà dell'atto, al pari di quanto accade ogni qual volta allo scopo è necessario interagire con la proprietà privata, secondo il modello declinato in termini generali dall'art. 21-ter della l. n. 241 del 1990, che al di fuori dei casi previsti dal legislatore, richiede comunque una diffida preventiva. Il solo responsabile, infatti – e ciò anche nel modello di cui all'art. 31, ove l'imputabilità è recuperata solo a tale scopo – è tenuto a rimborsare al Comune i costi dell'operazione eseguita in danno.

L'art. 35 del T.u.e., dunque, utilizzando lo stesso riferimento al solo "responsabile" dell'abuso, ha chiaramente a mente la situazione in cui questi non possa in alcun modo divenire proprietario, in quanto, appunto, ha costruito su suolo pubblico. Da qui la piana soluzione interpretativa secondo la quale «nella particolare ipotesi relativa alla sanzione degli abusi realizzati sul demanio e sui beni appartenenti al patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il proprietario è esonerato totalmente dal coinvolgimento nel procedimento sanzionatorio. In questi casi specifici le sanzioni demolitorie possono essere legittimamente irrogate unicamente nei confronti del responsabile dell'abuso» (Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2211).

Per contro, nel caso di specie l'esistenza di una proprietà superficaria privata al di sopra della nuda proprietà pubblica, quale "stratificazione" tipica del modello di edilizia residenziale pubblica, quanto meno nella fase "iniziale" (per la verità destinata a durare, secondo il paradigma "normale", 99 anni), seda un lato rafforza la necessità del Comune di presidiare l'avvio dell'operazione, dall'altro, una volta effettuate le assegnazioni, riverbera sui singoli assegnatari tutti gli obblighi propter rem, quale quello demolitorio. Diversamente opinando, il Comune si vedrebbe intestata una responsabilità per posizione assai più grave di quella normalmente ascritta al proprietario del suolo, che risponde di un abuso solo nella misura in cui era consapevole della sua avvenuta realizzazione ancorché da parte di terzi.

Per tutto quanto sopra detto, l'appello è stato accolto.

<https://www.pausania.it/in-caso-di-edilizia-residenziale-pubblica-non-si-applica-lart-35-tued-di-paolo-urbani/>

## **L'annullamento del permesso di costruire per errore del progettista, di Paolo Urbani**

Con sentenza 17 novembre 2023, n. 9879, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che sussiste la responsabilità risarcitoria del Comune che annulla in autotutela un permesso di costruire che non poteva essere rilasciato, ancorché ridotta ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., qualora per un verso il Comune con colpevole negligenza non si avveda di un vincolo autostradale che risultava dagli atti; e per altro verso la parte privata, per mezzo del proprio progettista, attesti erroneamente l'inesistenza di vincoli. I ricorrenti hanno ottenuto dal Comune il permesso di costruire con il quale è stata, tra l'altro, assentita l'installazione di un manufatto in legno su un'area confinante con un tratto autostradale. Successivamente, però il Comune ha adottato il provvedimento con il quale – vista la nota di Autostrade per l'Italia s.p.a. in cui aveva comunicato il proprio contrario avviso in ordine all'installazione del manufatto, in quanto ubicato all'interno della fascia di rispetto autostradale – ha disposto l'annullamento del titolo edilizio in precedenza accordato, limitatamente al medesimo manufatto e ne ha contestualmente ingiunto la demolizione.

Ritenendo l'atto illegittimo, i ricorrenti lo hanno impugnato. L'adito Tribunale ha respinto il ricorso.

Avverso la sentenza hanno proposto appello i ricorrenti.

Ad avviso del Consiglio, l'appello merita parziale accoglimento.

Deve ritenersi che il Tribunale, dopo aver rilevato “un'obiettivo negligenza degli uffici”, nel non avvedersi del vincolo autostradale gravante sull'area degli appellanti, abbia, correttamente, ravvisato una corresponsabilità di costoro nell'indurre in errore il comune circa l'esistenza del detto vincolo.

E invero, da una parte il comune non poteva ignorare l'esistenza del vincolo, e anzi sicuramente non la ignorava, tenuto conto che con delibera aveva stabilito di procedere alla correzione degli elaborati grafici allegati allo strumento urbanistico che, per l'appunto, classificavano erroneamente il tratto autostradale confinante con il lotto d'intervento, per cui è indubbio il grave difetto di istruttoria sulla base del quale è stato rilasciato il permesso di costruire, circostanza, questa, che, tenuto conto dell'inescusabilità dell'errore commesso, induce il Collegio a ritenere integrato l'elemento psicologico della colpa (Cons. Stato, Sez. VI, 8/9/2020, n. 5409; Sez. IV, 4/2/2020, n. 909).

Dall'altra parte, la richiesta di permesso di costruire reca l'asseverazione del progettista incaricato in ordine alla conformità del manufatto alla normativa edilizia urbanistica in vigore, comprendente, nello specifico,



anche la dichiarazione di assenza di vincoli impeditivi dell'edificazione, il che, per l'appunto, determina il rilevato concorso di responsabilità nel provocare l'errore che ha portato al rilascio del titolo edilizio.

Il giudice di prime cure, tuttavia, non ha tratto dalle proprie affermazioni le dovute conseguenze sul piano giuridico.

Nel descritto contesto, infatti, avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 1227, comma 1, del cod. civ., in base al quale: "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate".

Alla luce di quanto più sopra esposto in punto di fatto, e in considerazione del principio espresso dalla trascritta norma del codice civile (che è ripresa e sviluppata dall'art. 30, comma 3, c.p.a., in particolare attraverso la precisazione secondo cui "Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti"), deve ritenersi che la condotta della parte privata e quella del Comune abbiano avuto la medesima incidenza causale nel determinare il rilascio del titolo edilizio illegittimo successivamente annullato.

Conseguentemente il Comune dev'essere condannato, ex art. 1227, comma 1, cod. civ., a risarcire la metà del danno subito dai ricorrenti.

Costoro, in linea con la natura precontrattuale della responsabilità configurabile nella fattispecie, hanno chiesto la liquidazione delle spese sostenute per costruire il manufatto e di quelle necessarie per la sua demolizione e per la rimessione in pristino (c.d. interesse negativo).

Le spese sostenute successivamente a tale data non possono, infatti, essere rimborsate ai sensi dell'art. 1227, comma 2, del cod. civ. secondo cui "Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

Ugualmente non possono essere riconosciute le spese di demolizione, atteso che, dalle non smentite affermazioni dell'amministrazione comunale, la struttura è, tuttora, esistente, non essendo stata demolita.

È, infine, da risarcire quanto speso per oneri di urbanizzazione e costo di costruzione.

L'appello è stato, pertanto, parzialmente accolto.

<https://www.pausania.it/lannullamento-del-permesso-di-costruire-per-errore-del-progettista-di-paolo-urbani/>

## **Sulla configurabilità del silenzio-assenso in caso di permesso di costruire in zona vincolata, di Fabio Cusano**

Con sentenza 21 novembre 2023, n. 9969, il Consiglio di Stato, sez. IV, ha affermato che a fronte del previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, il diniego di attestazione del decorso dei termini per il rilascio del permesso di costruire emesso dal Comune sull'assunto della assoluta inconfigurabilità del silenzio-assenso in zona vincolata rappresenta una errata applicazione del comma 8 dell'art. 20 del D.P.R. 380/2001 ed una illegittima limitazione dell'operatività dell'istituto del silenzio-assenso. Sono infatti così frustrate le finalità di semplificazione e di accelerazione dell'agire amministrativo alla base della stessa disposizione normativa, nonché le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche all'origine delle più recenti modifiche apportate ad essa ed alla L. n. 241 del 1990.

Secondo l'appellante, con l'art. 20 comma 8 del d.P.R. n. 380 del 2001, il legislatore avrebbe escluso in radice, in presenza di vincoli paesaggistici, idrogeologici, ambientali o culturali, qualsiasi operatività del silenzio-assenso per la formazione del permesso di costruire, stabilendo l'assoluta impossibilità di integrazione del titolo per silentium anche in caso di avvenuto conseguimento dell'autorizzazione paesaggistica da parte del richiedente e di apparente "superfluità" della conferenza di servizi – da intendersi, a suo dire, come semplice modulo procedimentale non in grado di influire in alcun modo, nonostante la sua specifica funzione, sull'interpretazione della disciplina in esame.

Alla base dell'esclusione della possibilità stessa di formazione del permesso di costruire per silenzio-assenso nella fattispecie in questione ci sarebbe la necessità, imposta dal legislatore in tutte le ipotesi di area soggetta a uno dei vincoli predetti, di conclusione del procedimento attraverso un provvedimento espresso, a garanzia di una adeguata "consapevolezza" dell'Amministrazione nella determinazione da assumere.

Proprio in base alla suddetta ratio, la regola così stabilita non potrebbe trovare alcuna deroga in materia di rilascio di permesso di costruire – a differenza di quanto espressamente previsto in tema di condono edilizio dai commi 19 e 20 dell'art. 35 della l.n. 47 del 1985 (che ammettono, a certe condizioni, la formazione del titolo abilitativo per silentium anche in zona vincolata, dettando, però, non a caso, una disciplina speciale al riguardo, comprensiva della decorrenza del relativo dies a quo dal conseguimento dell'autorizzazione paesaggistica).

Il Comune ha, poi, sostenuto l'esistenza, nella fattispecie in questione, di un altro insormontabile ostacolo alla formazione del silenzio-assenso, che non

sarebbe stato in alcun modo considerato dal TAR nella sentenza impugnata, costituito dalla mancanza della conformità urbanistico-edilizia dell'intervento progettato.

Il requisito della conformità urbanistico-edilizia, che avrebbe dovuto essere specificamente provato dal soggetto richiedente, non solo non sarebbe stato mai concretamente allegato dall'appellato nella sua istanza, ma sarebbe risultato del tutto carente nel progetto presentato, come rilevato dall'Amministrazione stessa nel preavviso di diniego – documento non prodotto agli atti del giudizio di primo grado a causa della mancata costituzione del Comune dinanzi al TAR – con conseguente erroneità, anche sotto tale profilo, della sentenza appellata.

Ad avviso del Consiglio, tali censure risultano in parte infondate.

Nella fattispecie in questione il richiedente il permesso di costruire in variante, facendo uso di una specifica facoltà messa a sua disposizione dalla legislazione regionale, aveva già ottenuto l'autorizzazione paesaggistica, rilasciatagli direttamente dal medesimo Comune, che in essa aveva attestato la compatibilità ambientale e paesaggistica dell'intervento, come modificato, con l'unico vincolo gravante sull'area.

L'odierno appellato aveva, quindi, allegato l'autorizzazione stessa alla propria istanza, la cui pratica si presentava dunque, a quel momento, "completa" dal punto di vista dell'acquisizione dei nulla osta, pareri e assensi necessari e dunque della rappresentazione di tutti gli interessi pubblici da salvaguardare, ai fini della decisione dell'Amministrazione comunale.

Dinanzi alle peculiarità del caso così descritte, il diniego di attestazione emesso dal Comune sull'assunto della assoluta inconfigurabilità del silenzio-assenso per il solo fatto della pertinenza dell'intervento ad area soggetta a vincolo rappresenta, come già rilevato dal TAR, una errata applicazione del comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001 ed una illegittima limitazione dell'operatività dell'istituto del silenzio-assenso, che producono l'effetto abnorme di frustrare le finalità di semplificazione e di accelerazione dell'agire amministrativo alla base della stessa disposizione normativa citata, nonché le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche all'origine delle più recenti modifiche apportate ad essa ed alla legge n. 241 del 1990.

Né a diverse conclusioni può giungersi attraverso il confronto con la disciplina speciale dettata dalla legge n. 47 del 1985 in materia di condono, come tale dotata di una propria autonoma ratio, o attraverso la dequotazione del significato e della funzione della conferenza di servizi richiamata dall'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001, utilizzata

dall'Amministrazione comunale anche nel provvedimento di conferma del diniego di attestazione e poi nelle difese articolate in appello a giustificazione dell'esclusione dell'operatività del silenzio-assenso. Tale modulo procedimentale trova, infatti, la sua ragion d'essere nella concreta necessità di acquisire assensi e nulla osta di altri enti affidatari di interessi pubblici coinvolti nell'azione amministrativa, e dunque di un'esigenza che, nell'ipotesi in questione, risultava ab origine superata, così da trasformare il più complesso iter prospettato nella risposta del Comune in un irragionevole aggravio del procedimento. In conclusione, l'appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/sulla-configurabilita-del-silenzio-assenso-in-caso-di-permesso-di-costruire-in-zona-vincolata-di-fabio-cusano/>

## **Sull'autotutela doverosa, di Fabio Cusano**

Con sentenza 2 novembre 2023, n. 9415, il Consiglio di Stato, sez. II, ha sancito che il Comune è tenuto a riscontrare l'istanza di autotutela di terzi, che risulterà doverosa solamente nel caso di mendacio accertato con giudicato penale, tanto procedendo all'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi basati su false attestazioni, quanto motivandone la mancata effettuazione. Alla base della controversia si pongono una serie di interventi realizzati su un fabbricato, costruito in adiacenza a quello della controinteressata, tali da comportarne la sopraelevazione. L'intervento, che in quanto comportante aumento di volumetria e superficie, oltre che modifica di sagoma e prospetti, avrebbe dovuto essere ascritto al concetto di "nuova costruzione", è stato invece inquadrato dal Comune, da ultimo anche con sanatoria, come ristrutturazione edilizia.

Il Consiglio ritiene necessario un, sia pur sintetico, richiamo a ciò che la dottrina e la giurisprudenza riconducono al concetto di "autotutela doverosa". Con tale espressione si intende far riferimento a quelle situazioni in presenza delle quali il potere di riesame dei propri atti da parte della pubblica amministrazione è, appunto, dovuto, tassativamente individuate dal legislatore, ovvero declinate in maniera altrettanto precisa in via pretoria. I casi di autotutela doverosa normativamente previsti sono stati via via eliminati dall'ordinamento, riducendosi ormai a singole e sporadiche ipotesi: si pensi alla disciplina dei controlli in materia di s.c.i.a., che ove travalichino la tempistica assegnata in via per così dire "ordinaria" (sessanta o trenta giorni, a seconda che si tratti o meno di materia edilizia), impone (non facoltizza) l'adozione dei provvedimenti conformativi, sospensivi o inibitori «in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-novies», e dunque in primo luogo nel rispetto del limite temporale (oggi) di dodici mesi (sul concetto di "autotutela doverosa" in materia di s.c.i.a., comunque limitata all'an e non estesa al quomodo, v. Cons. Stato, sez. II, 7 marzo 2023, n. 2371; sez. VI, 8 luglio 2021, n. 5208).

Accanto ai casi di autotutela doverosa "totale", la dottrina più accorta teorizza la sussistenza di un'autonoma categoria di "autotutela doverosa parziale", consistente nella mera dequotazione del termine ragionevole per procedere all'annullamento d'ufficio, come noto, pari ormai a dodici mesi per i casi di autorizzazioni o atti che accordano benefici economici. Ciò può avvenire stabilendone in via autonoma uno diverso (quale quello di dieci anni accordato alla Regione dall'art. 39 del T.u.e. per l'annullamento di deliberazioni e provvedimenti autorizzatori comunali) ovvero

semplicemente prescindendone. A tale seconda categoria è sicuramente da ricondurre il caso in esame per come declinato dal legislatore.

La giurisprudenza ha poi individuato casi nei quali l'autotutela diviene strumento di garanzia di supremi valori ed interessi dell'ordinamento contro la consolidazione degli effetti d'un atto illegittimo ed ingiusto, seppure non tempestivamente revocato o annullato, in verità riconducendo allo stesso anche la fattispecie oggi in esame.

Come già detto, il Collegio ritiene che l'art. 21-novies, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990 declini sicuramente un caso di autotutela doverosa parziale, nell'accezione sopra chiarita, ovvero nel senso di consentire all'Amministrazione il suo esercizio anche oltre i termini fissati dal legislatore.

L'uso lessicale del verbo servile potere («possono essere annullati»), anziché dell'indicativo presente del verbo essere («sono annullati»), pare inequivoco nel rendere l'accertamento penale irrevocabile del falso insufficiente ad imporre l'annullamento dell'atto, dovendo essere effettuate comunque anche le ulteriori verifiche previste dalla norma, fermo restando che nel caso di specie non si porranno esigenze di tutela dell'affidamento del dichiarante il falso o del diretto (e consapevole) beneficiario dello stesso. Ciò a maggior ragione ove si consideri che presumibilmente il giudicato di condanna interverrà dopo un lasso di tempo consistente dall'adozione dell'atto ampliativo, sicché l'Amministrazione non potrà esimersi dal valutare l'incidenza del fattore temporale sulla decisione relativa all'annullamento d'ufficio, tornando ad espandersi anche, si ritiene, l'operatività della ragionevolezza del termine. E tuttavia la scelta del legislatore di derogare al limite temporale di esercizio dell'autotutela non può rimanere priva di conseguenze sul piano della doverosità dell'attivazione delle necessarie verifiche. La possibilità, cioè, che si riediti il proprio potere anche a distanza di molto tempo, come tipicamente avviene nel caso del giudicato penale di falso, implica necessariamente che una valutazione delle conseguenze dello stesso sulla (eventuale) conservazione del titolo venga effettuata, seppure a potenziale discapito delle esigenze di certezza delle posizioni giuridiche ormai consolidate nel tempo. Da qui la correttezza, ritiene il Collegio, dell'utilizzo del termine «autotutela doverosa», essendo essa tale anche a distanza di anni nell'accezione di imporre il riesame e conseguentemente riscontrare la relativa richiesta avanzata dal terzo interessato in tal senso, senza vincolarne gli esiti.

È evidente peraltro come la scelta di caducare l'atto sarà comunque più semplice da un punto di vista motivazionale, stante che, come precisato

dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, l'erronea prospettazione, da parte del privato, delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare una sua posizione di affidamento, con la conseguenza che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte (Cons. Stato, A.P. 17 ottobre 2017, n. 8). «L'interesse pubblico all'eliminazione, ai sensi dell' art. 21-novies l. n. 241 del 1990 , di un titolo abilitativo illegittimo è in re ipsa, a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione, dolosa o colposa, della realtà da parte dell'interessato, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento ampliativo, non potendo l'interessato vantare il proprio legittimo affidamento nella persistenza di un titolo ottenuto attraverso l'induzione in errore dell'amministrazione precedente» (così T.A.R. , Salerno , sez. II , 05 gennaio 2021, n. 18, richiamata da Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2023, n. 6615). Principi questi che possono – recte, devono – evidentemente orientare la scelta dell'Amministrazione, ma non imporla, giusta l'incidenza del tempo trascorso, ad esempio, sull'attuale titolarità del bene.

L'equivoco di fondo nel quale incorre il primo giudice poggia in primo luogo sulla dilatazione della portata applicativa dell'art. 75 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, ricompreso tra le "sanzioni" di cui al Capo VI del Testo unico, e come tale richiamato espressamente dall'art. 21-novies, comma 2-bis della l. n. 241 del 1990. A tale norma è stata infatti riconosciuta la natura di «regola generalissima per sanzionare l'ottenimento d'un beneficio (di qualunque natura, foss'anche solo ampliativo del jus aedificandi) solo grazie ad una non veritiera rappresentazione dei presupposti di fatto su cui esso si basa ed altrimenti non dovuto» (Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920). Ne sono peraltro conseguite letture ancor più rigorose a discapito del privato, che da un lato hanno esteso il concetto di «rappresentazione di fatti», riconducendovi anche le omissioni dichiarative, dall'altro hanno consentito l'annullamento a prescindere dalla previa cristallizzazione del falso in un giudicato penale.

Siffatta lettura, che il Collegio non condivide, non tiene conto delle differenze contenutistiche, comunque, ravvisabili nel coacervo delle norme – oggettivamente mal coordinate tra di loro – nelle quali il legislatore si è occupato dell'impatto delle dichiarazioni menzognere o comunque non veritiere sul procedimento amministrativo. Laddove, infatti, il rinvio all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 rendesse sempre e comunque applicabile l'annullamento d'ufficio, lo stesso si risolverebbe in una sostanziale interpretatio abrogans del comma 2-bis dell'art. 21-novies, derubricandolo

a mero richiamo a un meccanismo sanzionatorio rinvenibile aliunde, del tutto incompatibile con il ricordato utilizzo del verbo “potere” quale ribadita affermazione del permanere di un seppur minimo margine di discrezionalità amministrativa. Al contrario, la clausola di salvaguardia «fatta salva l'applicazione [...] delle sanzioni previste dal Capo VI del testo unico» evoca caso mai un cumulo di sanzioni/conseguenze della declaratoria falsa, non la radicale sovrapposizione delle due ipotesi, con assorbimento dell'una (quella “meno” rigorosa) nell'altra.

L'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000 fa riferimento alla decadenza da «benefici», dicitura che può sicuramente essere sovrapposta a quella di «provvedimenti di attribuzione di benefici economici» contenuta nell'art. 21-novies, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, ma che la giurisprudenza ha inteso allargare condivisibilmente anche a quelli di autorizzazione, fra i quali rientrano i titoli edilizi.

Tale ampliamento trova del resto riscontro nelle affermazioni dell'Adunanza plenaria (Cons. Stato, A.P., 11 settembre 2020, n. 18), che ha fatto riferimento ad una vicenda pubblicistica estintiva, ex tunc, di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio), lato sensu intesa. In tal caso, peraltro, la ravvisata configurazione, ricondotta ad una precisa scelta del legislatore, ha consentito di evidenziarne i tratti comuni col più ampio genus dell'autotutela, dal quale tuttavia essa «deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi specificatamente: a) per l'espressa e specifica previsione, da parte della legge, non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale quale quelle prevista dall'art. 21- nonies della legge 241/90 che ne disciplini presupposti, condizioni ed effetti; b) per la tipologia del vizio, more solito individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto; c) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti».

La decadenza di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, invece, pare rientrare nel novero delle vere e proprie sanzioni, stante che in quanto tale è richiamato dall'art. 21-novies, comma 2-bis della l. n. 241 del 1990. E tuttavia condivide con la vicenda pubblicistica estintiva menzionata dall'Adunanza plenaria il mancato rilievo dato all'elemento psicologico della condotta. Peraltro, solo “stralciandola” dal novero delle sanzioni – e così facendo venire meno l'operatività del rinvio alle stesse – possono trovare piena giustificazione gli approcci che prescindono, ai fini dell'integrazione dei suoi presupposti, dalla sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o



della colpa e si comprende appieno il limite dell'effetto ablatorio prodotto, al massimo coincidente con l'utilità innanzi concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale la decadenza viene ad incidere. Lo stesso concetto di "decadenza", d'altro canto, evoca per regola una caducazione sanzionatoria, ovvero conseguente alla presa d'atto della carenza dei presupposti per fruire di determinati benefici. Ad ogni buon conto, vuoi che si tratti di una sanzione, vuoi che sia più corretto parlare di meccanismo pubblicistico conseguente alle dichiarazioni false, non ne pare plausibile l'identificazione nell'annullamento d'ufficio, col quale piuttosto coesiste, salvo dar luogo ad un unico atto, coincidente contenutisticamente. Il Collegio ritiene utile a confortare la ricostruzione fornita anche il richiamo alle modifiche all'art.75 sopra richiamato da ultimo apportate dall'art. 264, comma 2, lett. a), del d.l. 19 maggio 2020, n. 34. Esse si collocano in un più generalizzato contesto di valorizzazione dell'utilizzo delle dichiarazioni dei privati, al fine di agevolare l'accesso a benefici economici, in un momento di particolare crisi economica quale quello connesso alla pandemia. A fronte, quindi, dell'incremento delle possibilità di utilizzo delle due forme tipiche di dichiarazioni sostitutive (quella in luogo di certificazione e quella di atto notorio) il legislatore ha inteso rafforzare il sistema dei controlli e inasprire le sanzioni, in una logica di centralità del principio di autoresponsabilità, che implica anche assunzione delle conseguenze della erroneità delle proprie affermazioni. Nell'inserire nell'art. 75 del comma 1-bis, relativo al recupero dei benefici già erogati, nonché al successivo divieto di percepirne per un certo lasso di tempo, ci si riferisce chiaramente a quelli di natura economica, esemplificati nominativamente come «contributi, finanziamenti e agevolazioni». E tuttavia si rafforza l'idea della finalità di "punizione", lato sensu intesa, della violazione del rapporto fiduciario che l'Amministrazione ha inteso instaurare per velocizzare i procedimenti e semplificarne la definizione, attenuando gli oneri gravanti sul privato. La norma, cioè, si inserisce in un contesto in cui alla dichiarazione sullo status o sul possesso di determinati requisiti è attribuita funzione probatoria, da cui il dovere del dichiarante di affermare il vero. Ne consegue che la dichiarazione "non veritiera" da un lato gli preclude il raggiungimento dello scopo cui era indirizzata la dichiarazione, dall'altro ne comporta la decadenza, appunto, dall'utilitas conseguita per effetto del mendacio, restituendo anche quanto indebitamente già percepito, ove si tratti di benefici economici, a prescindere dall'elemento soggettivo che ha connotato la condotta, ovvero il dolo o la colpa del dichiarante. Quanto detto consente infine di evidenziare come l'art. 21-novies e l'art. 75 si sovrappongono solo in parte con riferimento all'oggetto della

dichiarazione. Il primo, infatti, distingue chiaramente le «false rappresentazioni», dizione ad ampia valenza contenutistica nella quale sicuramente rientra la descrizione dello stato dei luoghi ove si va ad inserire un intervento edilizio, dalle «dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci», ovvero quella specifica e tipica tipologia di dichiarazioni disciplinate dagli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000, in relazione alle quali l'art. 75 irroga la decadenza quale conseguenza del mendacio. A tutto concedere, quindi, alla lettura rigorista che vuole far prevalere sempre e comunque la decadenza sull'annullamento d'ufficio, ciò deve essere limitato ai casi in cui il mendacio sia contenuto in una dichiarazione sostitutiva di certificazione (i cui oggetti sono analiticamente elencati all'art. 46 del d.P.R. n. 445/2000) ovvero di "atto notorio", vale a dire quello stato di fatto la cui conoscenza è di comune dominio ("notoria", appunto) che il privato è autorizzato a formalizzare in un documento a sua firma. Nei casi, invece, di «rappresentazioni di fatto» non veritiere non rientranti in tali tipologie, ovvero rese da soggetti cui l'ordinamento attribuisce una specifica qualifica soggettiva, l'art. 75 non rileva, vuoi che lo si ritenga un rimedio (sanzionatorio o meno) aggiuntivo all'autotutela, vuoi che, per quanto sopra detto, lo si assorba nella stessa, piuttosto che identificarla con essa.

Anche per tale strada, tuttavia, la sostanziale ritenuta operatività, ancorché limitata a specifici casi, del solo art. 75 finisce per vanificare la decantata svolta garantista che il legislatore ha inteso imprimere con la novella del 2015, sottraendo alla valutazione della singola amministrazione la valenza inficiante della declaratoria falsa e pretendendone l'accertamento definitivo da parte di un giudice penale.

In definitiva, il Collegio ritiene che l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 21-novies della l. n. 241 del 1990, aggiunto dalla legge n. 164 del 2014, rappresenti una sorta di "clausola di salvaguardia", che finisce effettivamente per limitare l'ampia discrezionalità attribuita, in via generale, all'amministrazione, ma non fino al punto di renderla doverosa. Essa, cioè, pone tra gli elementi di valutazione di cui la P.A. deve tenere conto nel decidere se e come pronunciarsi sulla legittimità dei propri provvedimenti, la necessità di evitare effetti pregiudizievoli per la stessa amministrazione, fermo restando che gli stessi già possono conseguire all'avvenuta adozione dell'atto illegittimo. Più precisamente, il precetto in questione più che prevenire le conseguenze negative per l'apparato pubblico che si verificerebbero qualora l'autorità agente fosse chiamata a rispondere dei danni provocati dalle violazioni da essa commesse nell'attuazione della

legge, eliminate o meno, in via di autotutela, mira a prevenire in generale comportamenti negligenti nell'esercizio della funzione pubblica.

Né il vincolo contenutistico dell'autotutela può trovare fondamento nell'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001. La richiesta di attivazione dei controlli, infatti, si colloca o a valle dell'avvenuto esercizio dell'autotutela, avendo l'eventuale annullamento del titolo reso illegittimo un intervento che originariamente non lo era, ovvero del tutto al di fuori della stessa, per verificare, cioè, altri profili di illiceità che si collocano comunque al di fuori della copertura del titolo di legittimazione.

Va detto che la distinzione tra controllo del territorio e controllo sulla legittimità dei titoli che ne consentono le modifiche, chiara a livello teorico, finisce per debordare in molteplici ambiti chiaroscurali di non agevole collocazione dogmatica. In astratto, dunque, il primo, quale strumento conferito per dare effettività alle scelte di pianificazione urbanistica rimesse all'Ente locale, attiene alla verifica, effettuabile senza limiti di tempo, della conformità degli interventi al regime di edificabilità dei suoli per come cristallizzati nei titoli edilizi, ove rilasciati, ovvero all'illecita realizzazione in assenza degli stessi di modifiche che in qualche modo impattino sul territorio; il secondo, invece, implica, a monte e preventivamente, la verifica della sussistenza dei presupposti per assentire una determinata richiesta di esercizio dello ius aedificandi, ex post, esclusivamente la possibilità del loro annullamento, sussistendone i presupposti di legge, volti a contemperare le esigenze di tutela della legalità con quelle di certezza delle situazioni giuridiche e di legittimo affidamento che il privato ripone nella correttezza dell'operato della pubblica amministrazione.

Nella pratica, accade spesso che il richiamo all'imprescrittibilità dei poteri di vigilanza divenga il grimaldello attraverso il quale legittimare controlli postumi, ovvero spostare in avanti il dies a quo di decorrenza del termine di silenzio assenso dilatando a dismisura il concetto di requisiti formali e sostanziali che la domanda deve possedere per potere essere valutata. L'esigenza di salvaguardare comunque l'interesse pubblico al corretto sviluppo del territorio, che ne interseca sovente di altri connotati da ancor maggiore sensibilità (si pensi all'ambiente, al paesaggio o al patrimonio culturale) ha indotto il legislatore a richiamare espressamente il potere di vigilanza quale rimedio finale per cauterizzare situazioni illecite. In tal senso dispongono dunque sia l'art. 19, comma 6-bis, ultimo periodo, con riferimento alla s.c.i.a. in ambito edilizio, sia l'art. 21, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, che richiamano, rispettivamente, le «disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno

2001, n. 380, e dalle leggi regionali» e le «attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20». Il rischio, di intuibile percezione, è che in nome dell'essenziale interesse pubblico alla salvaguardia del territorio e al corretto uso del suolo si legittimi l'inerzia della pubblica amministrazione, consentendole di attivarsi solo su impulso di una controparte ovvero all'esito di una denuncia penale, contraddicendo la configurazione del silenzio assenso quale rimedio eccezionale e non modello comportamentale ordinario da tempo predicata dalla giurisprudenza del consiglio di Stato.

L'art. 27 del T.u.e. costituisce in realtà un importante contenitore capace di abbracciare, ma senza invaderne il perimetro, il controllo di legittimità sugli atti amministrativi, per "recuperare", a prescindere dallo stesso, al procedimento sanzionatorio, tutto ciò che esula dal modello tipologico prescelto, non solo quanto se ne distacchi in fase esecutiva. Si pensi al caso di inoltro di una s.c.i.a. o di una c.i.l.a. per opere che chiaramente richiedono il permesso di costruire: l'inefficacia del procedimento dichiarativo prescinde dalla necessità di caducarne gli effetti, ben potendosi motivare la ritenuta sussistenza dell'illecito nel provvedimento sanzionatorio.

L'esempio fatto, che riecheggia solo in parte quanto accaduto nel caso di specie, evidenzia tutta la difficoltà di tracciare sempre un discrimine netto tra valutazione del titolo e valutazione dell'intervento: trattasi tuttavia di uno sforzo ermeneutico che il Comune è chiamato a fare, così da distinguere i profili di illegittimità, rilevabili ex post nei limiti dell'autotutela, da quelli di illiceità, stigmatizzabili in qualunque momento.

Peraltro, diversamente da quanto affermato con riferimento all'esercizio dell'autotutela in generale, secondo costante orientamento giurisprudenziale, l'amministrazione comunale ha l'obbligo di provvedere sull'istanza di repressione di abusi edilizi realizzati su area confinante formulata dal relativo proprietario. In particolare, il proprietario confinante, in ragione dello stabile collegamento con il territorio che si esprime nel concetto di vicinitas, gode di una posizione differenziata e qualificata rispetto alla collettività, che lo legittima ad avanzare tale istanza, essendo direttamente inciso dagli effetti dannosi del mancato esercizio dei poteri ripristinatori e repressivi relativi ad abusi edilizi da parte dell'organo preposto. L'amministrazione pertanto è tenuta ad attivarsi con l'adozione delle misure rese necessarie dall'illegittima edificazione, ovvero adottando un provvedimento che spieghi esplicitamente le ragioni della scelta negativa

inversa, che dia conto delle valutazioni effettuate in merito alla sussistenza o meno dell'abuso denunciato, con il risultato che il silenzio serbato sull'istanza integra gli estremi del silenzio-rifiuto, sindacabile in sede giurisdizionale quanto al mancato adempimento dell'obbligo di provvedere in modo espresso. In tali situazioni, si ritiene che trovi applicazione l'art. 2 della l. n. 241/1990, che impone alla pubblica amministrazione di concludere il procedimento conseguente in modo obbligatorio ad un'istanza di parte mediante l'adozione di un provvedimento espresso, anche se ritiene che la domanda sia irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, non potendo rimanere inerte, salvo il limite negativo, logico, prima che giuridico, della totale pretestuosità o infondatezza della richiesta/denuncia. Più in generale ciò risponde ai principi di correttezza, buon andamento e trasparenza, e nel contempo all'esigenza di garantire alle parti, attraverso l'emanazione di un provvedimento espresso, di tutelare in giudizio i propri interessi a fronte di provvedimenti ritenuti illegittimi.

Il primo giudice ha sostanzialmente posto sullo stesso piano le due richieste, di autotutela e di controllo, operando un'indebita commistione tra le stesse, ovvero giustificando la doverosità della prima in ragione della sussistenza dei compiti di controllo. Al contrario, trattavasi di due distinti profili di obbligo di provvedere, uno riferito al richiesto riesame degli atti, l'altro alla verifica di conformità agli stessi, per come "conservati" o caducati, dello stato di fatto esistente.

Entro tali, più limitati confini, andava pertanto circoscritta l'autotutela doverosa che il TAR ha ravvisato nella previsione di cui all'art. 21-novies, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990.

A ciò consegue l'accoglimento del ricorso del Comune, seppure nei sensi e limiti precisati in motivazione. Nel giudizio avverso il silenzio, infatti, non è consentito al giudice amministrativo, in presenza di attività discrezionale, quale resta comunque in tali ipotesi quella di annullamento d'ufficio, valutare la fondatezza della pretesa azionata, perché ciò implicherebbe una non consentita ingerenza in spazi valutativi riservati all'amministrazione, con violazione del divieto di sindacare poteri non ancora esercitati. Tale giudizio sulla fondatezza della pretesa è possibile soltanto in presenza di attività vincolata anche nel quomodo, insussistente nel caso di specie. L'obbligo del Comune, pertanto, era limitato al – questo sì, doveroso – riscontro alle diffide nella loro distinta e autonoma configurazione, nonché al riesame degli atti, ivi compresi quelli sopravvenuti, limitatamente alla necessità di valutare l'eventuale impatto anche sugli stessi delle dichiarazioni mendaci. Nell'esercizio del conseguente potere sanzionatorio, resta altresì salva

l'applicabilità, ove ne sussistano i presupposti, per l'applicazione dell'art. 38 del T.u.e.

In sintesi, il Comune, alla luce della presente sentenza, è tenuto a riscontrare l'istanza di autotutela della ricorrente, in quanto "doverosa" nell'accezione chiarita, alla luce del giudicato penale sopravvenuto, o procedendo all'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi cui fa riferimento il sopravvenuto giudicato di falso, ovvero motivandone la mancata effettuazione, anche in relazione alla sopravvenuta e ormai consolidata sanatoria. Nell'esercizio del proprio potere di vigilanza, egualmente doveroso, è tenuto altresì ad attivare il previsto procedimento sanzionatorio, sia in caso di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, specificamente indicati, sia con riferimento a quanto realizzato al di fuori degli stessi, ivi compresa la richiamata sanatoria, ove non fatta oggetto di riesame in via autonoma. In entrambi i casi, è tenuto a dare riscontro motivato alla richiedente o adottando i previsti provvedimenti demolitori, o esplicitandone la mancata adozione. Resta ferma la valutazione, in sede di esecuzione delle (eventualmente) intimare demolizioni della sussistenza dei presupposti per consentire la c.d. fiscalizzazione dell'abuso, sia ove si determini nel senso dell'annullamento dei titoli edilizi (art. 38 del d.P.R. n. 380/2001), sia in relazione agli interventi difformi o non "coperti" dagli stessi, ivi compresa la sanatoria successivamente rilasciata (a seconda del caso, art. 33, comma 2 ovvero 34, comma 2, del medesimo Testo unico). Resta fermo altresì l'obbligo, a cura dei competenti organi comunali, di attivare i procedimenti finalizzati ad accertare le previste responsabilità connesse sia all'adozione del provvedimento illegittimo che al suo mancato annullamento.

<https://www.pausania.it/sullautotutela-doverosa-di-fabio-cusano/>

## **Il Consiglio di Stato ha ribadito che l'ordine di demolizione costituisce atto dovuto, di Paolo Urbani**

Con sentenza 18 ottobre 2023, n. 9086, il Consiglio di Stato, sez. VII, ha ribadito che l'ordine di demolizione costituisce atto dovuto mentre la possibilità di non procedere alla rimozione degli abusi costituisce solo un'eventualità della fase esecutiva, subordinata alla circostanza dell'impossibilità del ripristino dello stato dei luoghi. Né rilevano la circostanza che l'immobile si inserisca in un contesto più o meno urbanizzato o la asserita sanabilità delle opere; invero, la eventuale legittimità sostanziale delle opere, in rapporto al regime dell'area sulla quale accedono, deve necessariamente essere valutata nell'ambito di un procedimento di sanatoria, attivato da apposita domanda di parte, non potendosi gravare l'amministrazione dell'onere di valutare d'ufficio tale eventualità.

La parte appellante impugna la sentenza con cui il TAR ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento dell'ordinanza con la quale si ingiungeva di demolire, ovvero rimuovere a proprie cure e spese le opere abusivamente realizzate provvedendo in tal senso al ripristino dello stato dei luoghi preesistente, ai sensi dell'art. 31 DPR 380/2001, nel termine di giorni 90 (novanta) dalla data di notifica del provvedimento.

Ad avviso del Consiglio di Stato, l'appello è manifestamente infondato.

Premesso che la parte appellante non contesta che si tratti di opere abusive, è innanzitutto infondata la censura relativa alla necessità di motivazione di cui sarebbe onerata l'amministrazione in ragione del tempo trascorso.

Per giurisprudenza ormai granitica a fronte della natura pacificamente abusiva dei manufatti, il Comune non è tenuto né a comunicare l'avvio del procedimento (peraltro nel caso di specie comunicato), né ad instaurare alcun contraddittorio, né a motivare sull'interesse pubblico alla demolizione. Trattandosi di atto vincolato, il provvedimento è sufficientemente motivato con la specifica descrizione delle opere abusive e l'indicazione delle norme violate.

Proprio per tale natura dell'atto il provvedimento non sarebbe annullabile né per questo né per altri vizi procedurali, ai sensi dell'art. 21 octies L. 241/90.

Parimenti infondata è la censura di assenza nel provvedimento di una motivazione rafforzata sull'interesse pubblico alla demolizione dopo il lungo tempo trascorso, alla stregua dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria

del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9 del 2017, puntualmente richiamati dal TAR.

Dunque l'ordine di demolizione costituisce atto dovuto mentre la possibilità di non procedere alla rimozione degli abusi costituisce solo un'eventualità della fase esecutiva, subordinata alla circostanza dell'impossibilità del ripristino dello stato dei luoghi (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2456).

Né rilevano la circostanza che l'immobile si inserisca in un contesto più o meno urbanizzato o la asserita sanabilità delle opere; invero, la eventuale legittimità sostanziale delle opere, in rapporto al regime dell'area sulla quale accedono, deve necessariamente essere valutata nell'ambito di un procedimento di sanatoria, che nel caso di specie non risulta attivato da apposita domanda di parte, non potendosi gravare l'amministrazione dell'onere di valutare d'ufficio tale eventualità (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 29 marzo 2023, n. 3234).

Conclusivamente, l'appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/il-consiglio-di-stato-ha-ribadito-che-lordine-di-demolizione-costituisce-atto-dovuto-di-paolo-urbani/>



## **Le condizioni per il perfezionamento della SCIA, di Fabio Cusano**

Con sentenza 11 novembre 2023, n. 1321, il TAR Bari, sez. I, ha ribadito che in presenza di una dichiarazione inesatta e/o incompleta e/o non veritiera e/o erronea (dolosamente o colposamente), la S.C.I.A. – anche in alternativa al permesso di costruire – non si perfeziona, sicché ben può l'Amministrazione accertare e dichiarare, in qualunque momento, l'inefficacia della segnalazione, considerato che, allorché il legislatore introduca strumenti di semplificazione dell'attività amministrativa, quali la DIA/SCIA od il silenzio assenso, presupposti perché la fattispecie possa essere produttiva di effetti sono, indefettibilmente, la completezza e la veridicità delle dichiarazioni contenute nell'autocertificazione, dovendo l'interessato rappresentare all'Amministrazione tutti gli elementi necessari all'istruttoria procedimentale.

La collocazione dell'intervento edilizio in esame, ricadente nella categoria ambientale "C", all'interno della fascia di duecentocinquanta metri dal potenziale centro di pericolo, è circostanza oggettiva taciuta – quanto meno colpevolmente, stando all'affermata carenza conoscitiva – nella S.C.I.A. edilizia in sostituzione del permesso di costruire, che, al riguardo, si presenta inesatta e incompleta.

In particolare, quanto alla S.C.I.A. edilizia in sostituzione del permesso di costruire – in disparte la questione dell'applicabilità dell'art. 19 della legge n. 241/1990 – è comunque necessario che sia completa e veritiera la "dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie", richiesta dall'art. 23, comma 1 del d.P.R. n. 380/2001.

In presenza di una dichiarazione inesatta e/o incompleta e/o non veritiera e/o erronea (dolosamente o colposamente), dunque, la S.C.I.A. – anche in alternativa al permesso di costruire – non si perfeziona, sicché ben può l'Amministrazione accertare e dichiarare, in qualunque momento (e ciò consente anche di disattendere le censure di tardività formulate avverso gli atti comunali gravati, complessivamente considerati), l'inefficacia della segnalazione (come sostanzialmente avvenuto nel caso di specie), considerato che, "per giurisprudenza consolidata, allorché il legislatore introduca strumenti di semplificazione dell'attività amministrativa, quali la d.i.a. od il silenzio assenso, presupposti perché la fattispecie possa essere produttiva di effetti sono, indefettibilmente, la completezza e la veridicità

delle dichiarazioni contenute nell'autocertificazione (ex multis Consiglio di Stato sez. IV, 24 maggio 2010, n. 3263) dovendo l'interessato rappresentare all'Amministrazione tutti gli elementi necessari all'istruttoria procedimentale (Consiglio di Stato sez. V, 8 marzo 2006, n. 1210)" (Consiglio di Stato Sez. VI, 05 giugno 2015, n. 2774) (Consiglio di Stato, sezione sesta, 7 aprile 2021, n. 2799).

Le esigenze di protezione dell'affidamento del privato, cui sono finalizzate le regole garantistiche per l'esercizio dell' "autotutela", richiedono la sussistenza di alcuni requisiti minimi (precisati, in particolare, nel succitato art. 23, comma 1 del d.P.R. n. 380/2001), in assenza dei quali la S.C.I.A. (e, prima, la D.I.A.) resta inefficace, con conseguente sottoposizione delle opere realizzate – da ritenere prive di titolo – agli ordinari poteri repressivi dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, sezione sesta, 24 marzo 2014, n. 1413).

Sotto altro profilo, l'oggettiva, evidente e come sopra incontrastata collocazione delle opere edilizie in questione, ricadente tra le categorie ambientali "C", nella fascia dei duecentocinquanta metri dal preesistente impianto a rischio di incidenti rilevanti è riconducibile alla fattispecie della mancanza di conformità alla disciplina generale di governo del territorio, attinente alla sfera della sicurezza pubblica.

Per quanto riguarda la vicinanza degli impianti (come detto, oggettiva, evidente e incontrastata), è in concreto irrilevante l'invocata conoscenza da parte del comune, atteso l'onere dichiarativo incombente sulla parte interessata in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti la realizzazione dell'intervento edilizio.

Per le ragioni innanzi esposte, il ricorso è stato respinto.

<https://www.pausania.it/le-condizioni-per-il-perfezionamento-della-scia-di-fabio-cusano/>

## **Il silenzio sull'istanza di sanatoria vale come rigetto, di Fabio Cusano**

Con sentenza del 13 novembre 2023, n. 9696, il Consiglio di Stato (sez. II) ha ribadito che il silenzio della P.A. sulla richiesta di concessione in sanatoria e sull'istanza di accertamento di conformità di cui all'art. 36 del D.P.R. 380/2001 ha un valore legale tipico di rigetto e costituisce pertanto un'ipotesi di silenzio significativo al quale vengono collegati gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego. Inoltre la circostanza che l'Amministrazione abbia attivato un'istruttoria sull'istanza di sanatoria non impedisce la formazione del silenzio-rigetto, che si perfeziona anche qualora il relativo procedimento sia pendente, per essere stato aperto e mai concluso da un provvedimento espresso che superi tale intervenuto espresso diniego, non potendosi attribuire alla mera pendenza del procedimento alcun valore di atto tacito di revoca del silenzio diniego che si verifica solo con la pronuncia (non intervenuta) di accoglimento della sanatoria. Ne discende che, una volta formatosi per silentium il provvedimento di diniego, l'ordinanza di demolizione delle opere abusive precedentemente adottata riacquista efficacia e obbliga il destinatario all'esecuzione.

L'appellante chiede la riforma della sentenza che ha accolto il ricorso proposto dai ricorrenti avverso il silenzio serbato dal Comune sull'istanza diretta all'esecuzione dell'ordinanza di demolizione di uno scivolo abusivamente realizzato sul terreno adiacente alla loro proprietà. Invero il Tar adito ha accertato l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, rilevando che l'ordinanza di demolizione aveva riacquisito efficacia a seguito della formazione del silenzio diniego sull'istanza di sanatoria presentata dalla società appellante.

Ad avviso del Consiglio, l'appello è infondato.

La vicinitas, quale criterio di individuazione della legittimazione ad agire, esprime lo stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l'area sul quale sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato. Lo stabile collegamento deve quindi essere valutato -nella prospettiva della legittimazione- in considerazione degli effetti che il provvedimento (o anche la mera inerzia dell'amministrazione, come nel caso di specie) è suscettibile di produrre nella sfera giuridica del ricorrente e non può essere ristretto al mero confine tra fondi. Per tale ragione la circostanza che tra il cantiere gestito dalla società e il terreno di proprietà dei ricorrenti si interponga il fondo di proprietà di un terzo non fa venir meno lo stabile collegamento quale presupposto della vicinitas e della conseguente legittimazione ad agire degli interessati.

Del pari infondata è la censura relativa al difetto di interesse a ricorrere per la mancata prova del pregiudizio cagionato dallo scivolo e dall'attività di cantiere poiché l'interesse ad agire, quale condizione dell'azione, deve essere declinato in termini di mera prospettazione della lesione, mentre l'effettiva prova della lesione lamentata attiene alla fase successiva del merito. Come chiarito dall'Adunanza Plenaria n. 22/2021 la verifica dell'interesse a ricorrere deve essere condotta pur sempre sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, e al lume delle eventuali eccezioni di controparte o dei rilievi ex officio, prescindendo dall'accertamento effettivo della (sussistenza della situazione giuridica e della) lesione che il ricorrente afferma di aver subito. Nel senso che, come è stato osservato, va verificato che "la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione" ma non anche che "abbia subito" una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite.

Con il secondo motivo di appello la società deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che, una volta decorso il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 36 del DPR n. 380/2001, la pubblica amministrazione decade dal potere di proseguire il procedimento amministrativo di sanatoria in ragione dell'avvenuta formazione del silenzio diniego. Precisa che il termine di sessanta giorni contemplato dal comma 3 dell'art. 36 d.p.r. 380/2001 "non è quello previsto per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria edilizia, piuttosto vale per la pronuncia di diniego motivata da parte del comune", mentre è facoltà dell'Amministrazione di definire l'iter della domanda in tempi maggiori rispetto ai sessanta giorni anzidetti.

Il motivo è infondato. L'assunto difensivo, secondo cui il decorso del termine di sessanta giorni contemplato dall'art. 36 d.p.r. 380/2001 rileverebbe ai soli fini dell'obbligo di motivazione del diniego, non solo è smentito dal dato letterale del citato art. 36 comma 3 (il quale dispone che "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"), ma priva di ogni utilità la previsione in esame laddove intesa nel senso che il silenzio serbato oltre il termine, lungi dall'integrare un provvedimento tacito di diniego, assolverebbe alla mera funzione di esonerare l'amministrazione dall'obbligo di motivare un provvedimento sfavorevole tardivamente adottato. Al riguardo è sufficiente richiamare il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui il silenzio della p.a. sulla richiesta di concessione in sanatoria e sull'istanza di accertamento di conformità di cui all'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 ha un valore legale tipico di rigetto e

costituisce pertanto un'ipotesi di silenzio significativo al quale vengono collegati gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego (cfr., ex multis, Cons. Stato Sez. VI, 15/03/2023, n. 2704; id., 15/03/2023, n. 2704).

È stato altresì osservato che la circostanza che l'Amministrazione abbia attivato un'istruttoria sull'istanza di sanatoria non impedisce la formazione del silenzio-rigetto, che si perfeziona anche qualora il relativo procedimento sia pendente, per essere stato aperto e mai concluso da un provvedimento espresso che superi tale intervenuto espresso diniego, non potendosi attribuire alla mera pendenza del procedimento alcun valore di atto tacito di revoca del silenzio diniego che si verifica solo con la pronuncia (non intervenuta) di accoglimento della sanatoria (Cons. Stato Sez. VI, 07/01/2022, n. 61). 10.5 Ne discende che, una volta formatosi per silentium il provvedimento di diniego, l'ordinanza di demolizione delle opere abusive precedentemente adottata riacquista efficacia e obbliga il destinatario all'esecuzione.

Da ultimo, giova osservare che i ricorrenti non hanno chiesto l'annullamento di un titolo edilizio rilasciato alla controinteressata per opere realizzate sul fondo confinante o adiacente- cosa che li avrebbe onerati della tempestiva proposizione dell'istanza di accesso agli atti e dell'altrettanto tempestiva impugnazione degli atti così conosciuti entro il termine decadenza di cui agli artt. 29 e 41 c.p.a.- ma l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione per il quale rileva il diverso termine previsto dall'art. 31 comma 2 c.p.a. Nel caso di specie, peraltro, l'istanza era volta a sollecitare un potere repressivo di un abuso edilizio, il cui esercizio ha natura vincolata e non è soggetto ad alcun termine di legge (Ad Plen 9/2017).

In definitiva l'appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/il-silenzio-sullistanza-di-sanatoria-vale-come-rigetto-di-fabio-cusano/>

## **Sui poteri di vigilanza del Comune sulla CILA, di Fabio Cusano**

Con sentenza del 23 dicembre 2023, n. 3180, il TAR Lombardia, Milano (sez. II), ha ribadito che, poiché la CILA, di cui all'art. 6-bis, D.P.R. 380/2001, è uno strumento di liberalizzazione dell'attività edilizia e, diversamente dalla SCIA, non è soggetta a controllo sistematico dell'amministrazione entro termini perentori, non può ritenersi che questa si consolidi ove non prontamente inibita. Pertanto, il Comune può – e deve – ricorrere ai poteri di vigilanza e di repressione degli abusi, come si desume dallo stesso art. 6-bis laddove fa salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia.

Il ricorrente ha impugnato il provvedimento con cui il Comune di Milano ha respinto un'istanza di rilascio del permesso di costruire in sanatoria, ex art. 36 d.p.r. 380/2001, relativamente ad alcuni interventi su un fabbricato di sua proprietà, ordinandone altresì la demolizione.

Ad avviso del ricorrente, il Comune avrebbe travisato l'essenza delle opere oggetto di sanatoria.

In motivo è destituito di fondamento. L'apposizione di serramenti sulla facciata della tettoia ne ha determinato la chiusura, trasformandola in un ambiente chiuso, in estensione dell'abitazione principale, come correttamente evidenziato dal Comune nel provvedimento avverso. Pertanto, l'opera – quand'anche considerata nel solo tassello dell'apposizione degli infissi sulla facciata (i.e. della chiusura integrale del locale) – configura un ampliamento del fabbricato, dunque una nuova costruzione ex art. 3, lett. e.1, d.p.r. 380/2001. Di conseguenza, risultano pienamente conferenti i rilievi effettuati dal Comune sulla normativa in materia di distanze e luci, destinate ad applicarsi, per l'appunto, alle nuove costruzioni.

Per di più, l'opera abusiva non si riduce alla chiusura della sola facciata della tettoia. In realtà, come esposto, già prima il ricorrente aveva eretto due muri perimetrali, senza ottenere alcuna autorizzazione comunale. Questi ultimi interventi non possono considerarsi assentiti per mezzo della CILA, richiedendo, per converso, il permesso di costruire, in quanto incidenti stabilmente sulla sagoma e sui prospetti dell'edificio (Cons. Stato, Sez. IV, 26 settembre 2022, n. 8238; Id., Sez. VII, 23 febbraio 2023, n. 1876). Giacché la CILA, di cui all'art. 6 bis d.p.r. 380/2001, è uno strumento di liberalizzazione dell'attività edilizia e, diversamente dalla SCIA, non è soggetta a controllo sistematico dell'amministrazione entro termini

perentori, non può ritenersi che questa si consolidi ove non prontamente inibita, il comune potendo – e dovendo – ricorrere ai poteri di vigilanza e di repressione degli abusi, come del resto implicato nello stesso art. 6 bis d.p.r. 380/2001, laddove fa salve «le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia» (cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 4 agosto 2016, n. 1784; Id., Sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3275; T.A.R. Milano, Sez. II, 24 febbraio 2022, n. 462; T.A.R. Napoli, Sez. IV, 11 luglio 2022, n. 4625).

In definitiva, l'opera da sanare, attraverso un permesso di costruire ex art. 36 d.p.r. 380/2001, comprende tutti gli interventi progressivamente realizzati per chiudere la tettoia, rendendola uno spazio abitabile in ampliamento del fabbricato originario. Costituisce, del resto, ius receptum che gli interventi edilizi non possono essere considerati in via atomistica e parcellizzata, occorrendo invece recuperare una visione d'insieme che ne metta in risalto il collegamento funzionale e l'impatto complessivo sull'assetto urbanistico del territorio (Cons. Stato, Sez. VI, 12 settembre 2017, n. 4322; T.A.R. Napoli, Sez. VII, 12 giugno 2018, n. 3915; Id., Sez. II, 30 aprile 2020, n. 1607; T.A.R. Torino, 26 luglio 2022, n. 693).

L'ulteriore doglianza mira a contestare i rilievi ostativi sollevati dal Comune, in relazione alle distanze e alle luci.

Anche questo motivo è infondato. Il provvedimento impugnato poggia su due rilievi ostativi autonomi, l'uno concernente le distanze del manufatto dal confine lungo il lato sud del fondo, l'altro afferente all'irregolarità delle luci aggettanti sul fondo sul confine nord. Trattandosi di un atto plurimotivato, l'eventuale fondatezza anche solo di uno dei tasselli motivazionali conduce al rigetto del ricorso, senza necessità di analizzare le restanti ragioni addotte dall'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 22 luglio 2017, n. 5473; Id., Sez. IV, 28 giugno 2021, n. 4873; Id., Sez. II, 16 giugno 2022, n. 4939). Ebbene, il rilievo in materia di distanze è corretto e risulta ex se ostativo all'accoglimento dell'istanza di sanatoria.

Pertanto, il ricorso è stato rigettato.

<https://www.pausania.it/sui-poteri-di-vigilanza-del-comune-sulla-cila-di-fabio-cusano/>

## **Sul mutamento di destinazione d'uso di locale tecnico, di Paolo Urbani**

Con sentenza 23 novembre 2023, n. 10062, il Consiglio di Stato (sez. VI) ha ribadito che il mutamento della destinazione d'uso, accompagnato da una risistemazione strutturale interna del volume originariamente non abitabile, risulta incompatibile con il concetto di risanamento conservativo, che presuppone la realizzazione di opere che lascino inalterata la struttura dell'edificio. Infatti la categoria del risanamento conservativo comprende il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio al fine di consentire il recupero dell'edificio esistente, che si vuole conservare. Viceversa, il mutamento di destinazione di uso di un immobile attuato attraverso la realizzazione di opere edilizie configura quantomeno un'ipotesi di ristrutturazione edilizia; ciò in quanto l'esecuzione dei lavori, anche se di entità modesta, porta pur sempre alla creazione di un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Inoltre, il fatto che i "nuovi locali" non rispettino le altezze di legge necessarie per la sua destinazione residenziale aggrava la situazione abusiva concretizzatasi, non potendosi assumere che, siccome non sono rispettate le altezze, l'allestimento di detto volume non sia destinato alla fruizione umana, incompatibile con quella precedente di mero ricovero degli impianti.

L'appellante è proprietario di un immobile sito in Sabaudia; l'appezzamento ricade, tra l'altro, in area soggetta ai vincoli imposti dal D.lgs. n. 42/2004 (Tutela paesaggistica-ambientale), dal D.P.R. 4.4.2005 istitutivo dell'Ente Parco nazionale del Circeo e dal R.D.L. n. 3267/1923 (Vincolo Idrogeologico). L'area è inoltre ricompresa nella perimetrazione stabilita con D.G.R. del Lazio del 19.3.1996, in attuazione della Direttiva 92/43/CEE (habitat), che ha definito le Zone di Protezione Speciale.

Con ricorso al Tar per il Lazio, l'appellante ha impugnato l'ordinanza di demolizione con la quale il Comune di Sabaudia ha contestato la realizzazione, al di sotto del predetto fabbricato, di una unità immobiliare con struttura portante in muratura della superficie di mq 118 circa.

Il Tar per il Lazio ha respinto il ricorso.

Avverso tale pronuncia ha proposto appello l'originario ricorrente.

Con ulteriori ricorsi al Tar, l'appellante ha impugnato i provvedimenti con i quali il Comune ha respinto le domande di condono edilizio presentate dall'appellante ai sensi della L. n. 326/2003, relative a ulteriori abusi realizzati sul terreno di proprietà.

Con molteplici sentenze sono stati respinti gli altri ricorsi.

Avverso tali pronunce ha proposto appello l'originario ricorrente.

Ad avviso del Consiglio, gli appelli sono infondati.



Quanto alla preesistenza del piano interrato, sul piano astratto giova ricordare che la giurisprudenza amministrativa è pacifica nel gravare il privato dell'onere di dimostrare l'esistenza di un titolo edilizio legittimante la costruzione (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 22/06/2022, n. 5132). Alla luce di tale principio si giustifica l'assunto del Tar, che si è espresso in senso dubitativo circa la preesistenza del piano interrato in ragione del fatto che lo stesso, per quel che consta, non è assistito da alcun titolo e non era stato neppure indicato nelle diverse domande di condono presentate dal ricorrente per le opere abusivamente realizzate nella medesima area. Sempre sul piano teorico, non risulta idonea a supplire a tale carenza probatoria la relazione tecnica depositata in primo grado, tenuto conto che "una perizia di parte, ancorché giurata, non è dotata di efficacia probatoria e pertanto non è qualificabile come mezzo di prova" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 19/07/2018, n. 5128). Le dichiarazioni contenute nella suddetta relazione non possono neppure assurgere a prova testimoniale come prospettato da parte appellante, non potendosi riconoscere alle stesse alcun valore probatorio, in quanto introdotte in giudizio al di fuori della procedura all'uopo stabilita della legge (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 18/05/2021, n. 3853). La sentenza del Tar ha correttamente reputato irrilevante l'aspetto relativo alla preesistenza del seminterrato, dal momento che i lavori compiuti dall'appellante all'interno dello stesso costituiscono di per sé un abuso perseguibile con la sanzione del ripristino. Infatti, la trasformazione posta in essere dall'appellante doveva necessariamente essere assistita da un adeguato titolo edilizio che, nel caso di specie, è insussistente.

La categoria del risanamento conservativo comprende il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio al fine di consentire il recupero dell'edificio esistente, che si vuole conservare (cfr. Cons. St., Sez. V, 5 settembre 2014, n. 4523). Il mutamento della destinazione d'uso, accompagnato da una risistemazione strutturale interna del volume originariamente non abitabile, risulta invece incompatibile con il concetto di risanamento, che presuppone la realizzazione di opere che lascino inalterata la struttura dell'edificio (cfr. Cons. St., Sez. V, 17 marzo 2014, n. 1326). Anche la giurisprudenza penale ha chiarito che il mutamento di destinazione di uso di un immobile attuato attraverso la realizzazione di opere edilizie configura quantomeno un'ipotesi di ristrutturazione edilizia; ciò in quanto l'esecuzione dei lavori, anche se di entità modesta, porta pur sempre alla creazione di un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente (cfr. Cassazione penale, sez. III, 14/02/2017, n. 6873).

Anche il rilievo con il quale si rivendica la natura di mero volume tecnico del preesistente locale, che sarebbe stato solo bonificato dall'appellante, non

coglie nel segno, ove si consideri che le opere poste in essere, a rigore, non paiono neppure riconducibili al mero mutamento della destinazione d'uso di un precedente volume, che presuppone che questo fosse in origine comunque urbanisticamente rilevante ed autorizzato; integrano, invece, la creazione di una nuova volumetria, dal momento che detto spazio, prima della trasformazione, era urbanisticamente non rilevante e non fruibile e, pertanto, mai autorizzato. Al riguardo, giova ricordare che la nozione di volume tecnico corrisponde a un'opera priva di qualsiasi autonomia funzionale, anche solo potenziale, perché destinata solo a contenere, senza possibilità di alternative impianti serventi di una costruzione principale per essenziali esigenze tecnico-funzionali di essa (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, 27/11/2017, n. 5516). Per tale ragione, i volumi tecnici sono tendenzialmente esclusi dal calcolo della volumetria. Ne deriva che la trasformazione dell'originario volume tecnico in un locale destinato alla fruizione umana (per palestra, sauna, ecc.) costituisce, sotto il profilo edilizio-urbanistico, la creazione di una nuova volumetria per la quale era necessario munirsi di un adeguato titolo edilizio rispettoso della disciplina edilizia della zona.

In ogni caso, come già sottolineato, anche in relazione al prospettato mutamento di destinazione d'uso, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che "il mutamento di destinazione di uso di un immobile attuato attraverso la realizzazione di opere edilizie configura in ogni caso un'ipotesi di ristrutturazione edilizia; ciò in quanto l'esecuzione dei lavori, anche se di entità modesta, porta pur sempre alla creazione di un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente" (Consiglio di Stato, sez. VI, 15/11/2022 n. 9986; in termini analoghi cfr. anche Consiglio di Stato sez. VI, 13/07/2022, n. 5907: "Deve, pertanto, ritenersi legittima l'ordinanza di demolizione avente ad oggetto interventi che, in assenza di permesso di costruire, abbiano operato un indiscusso mutamento di destinazione d'uso con opere edilizie di una struttura preesistente").

La pacifica assenza di un titolo a legittimazione delle opere contestate – da ritenersi imprescindibile per le ragioni esposte – ne comporta l'abusività, anche a prescindere dal rispetto sostanziale della disciplina urbanistica e vincolistica della zona.

Inoltre, l'ordinanza di demolizione è atto necessitato a seguito della constatazione dell'abuso, rispetto al quale all'amministrazione non è attribuito alcun margine di discrezionalità (cfr. Cons. St., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4446). Ne deriva che, nel caso in cui non sia concretamente possibile procedere al ripristino, o sussistano effettivamente i paventati pericoli per la statica dell'intero immobile, sarà il Comune a

valutare, in un secondo tempo, tali eventualità, senza che ciò incida sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione oggetto del presente giudizio. Come più volte precisato dalla giurisprudenza, tale questione deve essere valutata a valle del provvedimento di demolizione, laddove ne sussistano i relativi presupposti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5472; Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2017, n. 5585).

In definitiva: la sentenza del Tar deve essere confermata e con essa il provvedimento impugnato.

Devono ora esaminarsi gli ulteriori ricorsi in appello, aventi ad oggetto le sentenze del Tar che hanno confermato i provvedimenti di rigetto delle istanze di condono presentate dall'appellante in relazione alle opere realizzate senza titolo sulla medesima area.

Le censure sono infondate.

Il Comune, nei provvedimenti impugnati, ha richiamato in modo esplicito sia l'art. 32, comma 27, della l. 326/2003, sia l'art. 3, lettera b), della l.r. 12/2004 che, per le ragioni di seguito esposte, escludono in radice la possibilità di sanare le opere per cui è causa.

L'art. 32, comma 27, prevede che: "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 32 e 33 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, le opere abusive non sono comunque suscettibili di sanatoria, qualora (...) siano state realizzate su immobili soggetti a vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela degli interessi idrogeologici e delle falde acquifere, dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali qualora istituiti prima della esecuzione di dette opere, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici". Non sono in alcun modo suscettibili di sanatoria le opere abusive di cui ai numeri 1, 2 e 3 dell'allegato 1 alla citata legge (cd. abusi maggiori), realizzate su immobili soggetti a vincoli (per quanto qui rileva) idrogeologici e paesaggistici, a prescindere dal fatto che (ed anche se) si tratti di interventi conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici e al fatto che il vincolo non comporti l'inedificabilità assoluta dell'area. Sono invece sanabili, se conformi a detti strumenti urbanistici, solo gli interventi cd. minori di cui ai numeri 4, 5 e 6, dell'allegato 1 al d.l. n. 326, cit. (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria), previo parere della autorità preposta alla tutela del vincolo.

La giurisprudenza (cfr. Cons. St. n. 1664 del 2 maggio 2016; Cons. St. n. 735 del 23 febbraio 2016, Cons. St. n. 2518 del 18 maggio 2015) ha, infatti, costantemente affermato che, ai sensi dell'art. 32, comma 27, lett. d) del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito nella legge n. 326

del 24 novembre 2003 (cd. terzo condono), le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli sono sanabili solo se, oltre al ricorrere delle ulteriori condizioni – e cioè che le opere siano realizzate prima della imposizione del vincolo, che siano conformi alle prescrizioni urbanistiche e che vi sia il previo parere dell’Autorità preposta alla tutela del vincolo – siano opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria). Pertanto, un abuso comportante la realizzazione di nuove superfici e nuova volumetria in area assoggettata a vincolo non può essere sanato.

Specularmente, il Consiglio (Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2518) ha chiarito che, ai sensi dell’art. 32, comma 27, lett. d) del decreto legge sul terzo condono, sono sanabili le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli, fra cui quello ambientale e paesistico, solo se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) si tratti di opere realizzate prima della imposizione del vincolo; b) seppure realizzate in assenza o in difformità del titolo edilizio, siano conformi alle prescrizioni urbanistiche; c) siano opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria); d) che vi sia il previo parere dell’Autorità preposta al vincolo (cfr. Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n.1200; Cons. St., sez. IV, 19 maggio 2010, n. 3174).

L’applicabilità della sanatoria, nelle aree sottoposte a vincolo, alle sole opere di restauro o risanamento conservativo o di manutenzione straordinaria, su immobili già esistenti, se ed in quanto conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici è stata poi confermata anche dalla costante giurisprudenza penale, secondo cui: “in tema di abusi edilizi commessi in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, il condono previsto dall’art. 32 del D.L. n. 269 del 2003 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 326 del 2003) è applicabile esclusivamente agli interventi di minore rilevanza indicati ai numeri 4, 5 e 6 dell’allegato 1 del citato D.L. (restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria) e previo parere favorevole dell’Autorità preposta alla tutela del vincolo, mentre non sono in alcun modo suscettibili di sanatoria le opere abusive di cui ai precedenti numeri 1, 2 e 3 del medesimo allegato, anche se l’area è sottoposta a vincolo di inedificabilità relativa e gli interventi risultano conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici” (Corte Cass., sez. III, 20 maggio 2016, n. 40676).

Le disposizioni citate sono state oggetto di diverse pronunce della Corte Costituzionale, che hanno confermato che il condono edilizio di cui al d.l. n. 269/2003 è caratterizzato da un ambito oggettivo più circoscritto rispetto a quello del 1985, in conseguenza dei limiti ulteriori contemplati dal comma

27 dell'art. 32, i quali "si aggiungono a quanto previsto negli artt. 32 e 33 della legge n. 47 del 1985" (cfr. Corte cost., sentenza 28 giugno 2004, n. 196) "e non si possono considerare racchiusi nell'area dell'inedificabilità assoluta" (cfr. Corte cost., ordinanza 8 maggio 2009, n. 150). In particolare, la pronuncia n. 181 del 2021 ha affermato che "Sull'ambito oggettivo di applicazione del terzo condono (che era stato già definito nella sentenza n. 196 del 2004), questa Corte ha confermato che costituiscono vincoli preclusivi della sanatoria anche quelli che non comportano l'inedificabilità assoluta (ordinanza n. 150 del 2009). In particolare, ha precisato che il richiamo alla precedente distinzione tra inedificabilità relativa ed assoluta contenuta negli artt. 32 e 33 della legge n. 47 del 1985 viene effettuato al solo fine di coordinare la vecchia disciplina della sanatoria con quella sopravvenuta, mentre non risulta dirimente nella definizione dell'ambito oggettivo del condono del 2003 che viene in discussione in questa sede; aggiungendo, poi, che il condono di cui al d.l. n. 269 del 2003 è caratterizzato da un ambito oggettivo più circoscritto rispetto a quello del 1985, per effetto dei limiti ulteriori contemplati dal precitato comma 27, i quali si aggiungono a quanto previsto negli artt. 32 e 33 della legge n. 47 del 1985 (sentenza n. 196 del 2004) e non sono racchiusi nell'area dell'inedificabilità assoluta (ordinanza n. 150 del 2009)".

In rapporto al potere riconosciuto in materia alle regioni, la sentenza n. 71 del 2005 della Corte costituzionale aveva affermato che "a seguito della citata sentenza n. 196 del 2004, la disciplina contenuta nell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003 ha subito una radicale modificazione, soprattutto attraverso il riconoscimento alle Regioni del potere di modulare l'ampiezza del condono edilizio in relazione alla quantità e alla tipologia degli abusi sanabili, ferma restando la spettanza al legislatore statale della potestà di individuare la portata massima del condono edilizio straordinario, attraverso la definizione sia delle opere abusive non suscettibili di sanatoria, sia del limite temporale massimo di realizzazione delle opere condonabili, sia delle volumetrie massime sanabili" (in questi termini si vedano anche le sentenze nn. 70 e 304 del 2005). La sentenza n. 70 del 2005 ha chiaramente ribadito che ciò che esula dalla potestà delle Regioni è il "potere di rimuovere i limiti massimi di ampiezza del condono individuati dal legislatore statale" e con la sentenza n. 49 del 2006 la Corte ha riaffermato che "la giurisprudenza di questa Corte sul condono edilizio straordinario del 2003 è costante nell'affermare che spetta al legislatore statale determinare non solo tutto ciò che attiene alla dimensione penalistica del condono, ma anche la potestà di individuare, in sede di definizione dei principi fondamentali nell'ambito della materia legislativa «governo del territorio», la

portata massima del condono edilizio straordinario, attraverso la definizione sia delle opere abusive non suscettibili di sanatoria, sia del limite temporale massimo di realizzazione delle opere condonabili, sia delle volumetrie massime sanabili”.

Le disposizioni della L.R. n. 12/2004 risultano conformi ai principi innanzi ricordati. Nello specifico, in base all’art. 3, comma 1, lett. b) della L.R. n. 12/2004, fermo restando quanto previsto dall’articolo 32, comma 27, del d.l. 269/2003 e successive modifiche, dall’articolo 32 della l. 47/1985, come da ultimo modificato dall’articolo 32, comma 43, del citato d.l. 269/2003, nonché dall’articolo 33 della l. 47/1985, non sono comunque suscettibili di sanatoria: “le opere di cui all’articolo 2, comma 1, realizzate, anche prima della apposizione del vincolo, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, su immobili soggetti a vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela dei monumenti naturali, dei siti di importanza comunitaria e delle zone a protezione speciale (2a), non ricadenti all’interno dei piani urbanistici attuativi vigenti, nonché a tutela dei parchi e delle aree naturali protette nazionali, regionali e provinciali”.

In definitiva, la norma statale di cui all’art. 32, comma 27, del decreto legge n. 269 del 2003 – richiamata anche dalla disposizione regionale – esclude la possibilità di rilascio del condono per la realizzazione di opere recanti nuove superfici e nuovi volumi – quali quelle in esame – su aree soggette a vincoli posti a tutela dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali. In senso ancor più restrittivo, la l.r. Lazio n. 12 del 2004 prevede poi la non sanabilità delle opere realizzate, anche prima della apposizione del vincolo, in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici su immobili soggetti a vincoli imposti sulla base di leggi statali e regionali a tutela dei monumenti naturali, dei siti di importanza comunitaria e delle zone a protezione speciale, non ricadenti all’interno dei piani urbanistici attuativi vigenti, nonché a tutela dei parchi e delle aree naturali protette nazionali, regionali e provinciali.

Con la sentenza n. 181 del 30 luglio 2021, la Corte Costituzionale ha reputato legittima la disciplina regionale che prevede la non condonabilità dell’opera abusiva in caso di vincolo sopravvenuto.

Alla luce dei principi innanzi ricordati, deve dunque precisarsi che, in riferimento al cd. terzo condono, appare sostanzialmente irrilevante la natura del vincolo (assoluto, piuttosto che relativo), dal momento che, a fronte di opere che non possono definirsi minori nel senso innanzi precisato, la presenza del vincolo preclude il condono, senza la necessità

dell'acquisizione del parere dell'Autorità preposta alla salvaguardia del vincolo.

Una volta che l'opera realizzata senza titolo non sia riconducibile ad un abuso cd. minore e sia stata realizzata in un'area vincolata risulta del pari irrilevante che questa sia conforme alla disciplina urbanistica.

Le considerazioni che precedono sono confermate dalla più recente giurisprudenza di questo Consiglio, secondo cui "non sono in alcun modo suscettibili di sanatoria le opere abusive di cui ai numeri 1, 2 e 3 dell'allegato 1 alla citata legge (cd. abusi maggiori), realizzate su immobili soggetti a vincoli, a prescindere dal fatto che (ed anche se) si tratti di interventi conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici e al fatto che il vincolo non comporti l'inedificabilità assoluta dell'area. Sono invece sanabili, se conformi a detti strumenti urbanistici, solo gli interventi cd. minori di cui ai numeri 4, 5 e 6, dell'allegato 1 al d.l. n. 326, cit. (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria), previo parere della autorità preposta alla tutela del vincolo" (Cons. St., 28 febbraio 2023, n. 2081).

Avuto riguardo alle numerose domande relative ad opere realizzate nella medesima area ed evidentemente funzionali a rendere più agevole e confortevole la fruizione dell'abitazione principale alla quale accedono, deve osservarsi come la prospettazione di parte appellante non consideri l'orientamento della giurisprudenza per cui la valutazione dell'abuso edilizio presuppone, tendenzialmente, una visione complessiva e non atomistica dell'intervento, giacché il pregiudizio recato al regolare assetto del territorio deriva non dal singolo intervento, ma dall'insieme delle opere realizzate nel loro contestuale impatto edilizio.

Ne consegue che, nel rispetto del principio costituzionale di buon andamento, l'amministrazione comunale dovrebbe esaminare contestualmente l'intervento abusivamente realizzato, e ciò al fine precipuo di contrastare eventuali artificiose frammentazioni che, in luogo di una corretta qualificazione unitaria dell'abuso e di una conseguente identificazione unitaria del titolo edilizio che sarebbe stato necessario o che può, se del caso, essere rilasciato, prospettino una scomposizione virtuale dell'intervento finalizzata all'elusione dei presupposti e dei limiti di ammissibilità della sanatoria stessa. In questo senso, la giurisprudenza della Sezione ha ribadito che la verifica dell'incidenza urbanistico-edilizia dell'intervento abusivamente realizzato deve essere condotta avuto riguardo alla globalità delle opere, che non possono essere considerate in modo atomistico (cfr. Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2012, n. 3330). Di eguale tenore la giurisprudenza penale, secondo cui: "non è ammessa la possibilità

di frazionare i singoli interventi edilizi difformi al fine di dedurre la loro autonoma rilevanza, ma occorre verificare l'ammissibilità e la legalità alla luce della normativa vigente, dell'intervento complessivo realizzato" (Corte Cass., sez. III, 18 gennaio 2017, n. 8885).

Come anticipato, tale situazione, alla luce della giurisprudenza innanzi citata, appare di per sé ostativa al condono delle opere, indipendente dall'aspetto relativo alla loro conformità alla disciplina urbanistica, dal momento che gli interventi, globalmente considerati, non possono essere ricondotti nell'ambito delle opere di restauro e risanamento conservativo e ripristino degli edifici esistenti (cd. abusi minori), trattandosi di nuove opere realizzate ex novo.

Alla luce delle considerazioni già svolte, non è inoltre possibile ammettere una scissione in sede procedimentale dell'unitaria domanda formulata, avente ad oggetto una specifica opera, che non può evidentemente essere sanata solo parzialmente, in assenza di elementi, che era onere del richiedente rappresentare, atti a giustificare la valutazione separata di determinate porzioni autonomamente fruibili e, dunque, scindibili, dovendosi anzi preferire una valutazione complessiva dell'abuso nel senso innanzi precisato. In sintonia con tali considerazioni la Sezione (Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2022, n. 566) ha avuto modo di precisare che "la legislazione urbanistica e la giurisprudenza formatasi in materia di condono edilizio escludono la possibilità di una sanatoria parziale, sul presupposto che il concetto di costruzione deve essere inteso in senso unitario e non in relazione a singole parti autonomamente considerate. Pertanto, non è possibile scindere la costruzione tra i vari elementi che la compongono ai fini della sanatoria di singole porzioni di essa. Del resto, una volta che risulti l'inaccogliabilità di un'istanza per come è stata proposta, l'amministrazione legittimamente la respinge, senza porsi la questione se una diversa istanza – in ipotesi – avrebbe potuto avere un esito diverso" (cfr. anche Cons. St., sez. VI, 23 novembre 2021, n. 784 e 2 luglio 2018, n. 4033).

Per quanto sopra esposto, come correttamente rilevato dal Tar, non può portare ad un diverso esito l'ipotetica conformità sostanziale delle opere (o parti di esse) alla disciplina urbanistica dell'area, né il dato per cui per alcune opere, o per parti di esse, non si incorrerebbe nel vincolo costituito dall'indice di utilizzazione fondiaria in incremento sull'esistenza stabilito nel P.R.G. in 0,01 mc/mq.

Infine, in base alla giurisprudenza "L'istituto del c.d. preavviso di rigetto, di cui all'art. 10-bis citato, ha lo scopo di far conoscere alle amministrazioni le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere agli organi competenti una diversa determinazione finale,



derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in campo e determinando una possibile riduzione del contenzioso fra le parti; tuttavia, tale scopo viene meno ed è di per sé inidoneo a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia perché vincolato, sia perché sebbene discrezionale sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità (C.d.S., III Sez., 1.8.2014, n. 4127)” (Cons. St., sez. III, 28 settembre 2015, n. 4532).

Seppure la più recente giurisprudenza abbia ammesso, come ricordato da parte appellante, l'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 10 bis L. n. 241/1990 nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio (cfr. Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2019, n. 484; cfr. anche Cons. St., sez. VI, 2 maggio 2018) e, più in generale, l'idoneità della violazione del contraddittorio procedimentale ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'amministrazione elementi utili ai fini della decisione (cfr. Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2018, n. 1269), come già rilevato, la giurisprudenza ha anche precisato che, affinché la violazione dell'art. 10 bis comporti l'illegittimità del provvedimento impugnato, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie garanzie partecipative – nel caso di specie peraltro non pretermesse totalmente stante l'avvenuta comunicazione del preavviso di rigetto – ma è anche tenuto ad indicare gli elementi, fattuali o valutativi che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (cfr. Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2022, n. 8043; Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2676, secondo cui “Ai fini della configurabilità della violazione dell'art. 10-bis, l. n. 241/90, le garanzie procedurali non possono ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza che, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie pretese partecipative, ma è anche tenuto ad indicare o allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento”).

Come più volte sottolineato, nel caso di specie, il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato, a prescindere dall'astratto aumento di volumetria consentito dal P.R.G. che l'appellante avrebbe dedotto nel corso del procedimento, con conseguente applicabilità dell'art. 21 octies, secondo comma, L. n. 241/1990.

Per le ragioni esposte gli appelli sono stati respinti.

<https://www.pausania.it/sul-mutamento-di-destinazione-duso-di-locale-tecnico-di-paolo-urbani/>

## **Sui legittimati a richiedere il permesso di costruire e l'autorizzazione paesaggistica, di Fabio Cusano**

Il TAR Basilicata, sez. I, 1° febbraio 2024, n. 56 ha ribadito che ai sensi dell'art. 11, D.P.R. 380/2001, il permesso di costruire può essere rilasciato non solo al proprietario dell'immobile, ma a chiunque abbia titolo per richiederlo, e tale ultima espressione va intesa nel senso più ampio di una legittima disponibilità dell'area, in base ad una relazione qualificata con il bene, sia essa di natura reale, o anche solo obbligatoria, purché, in questo caso, con il consenso del proprietario. Parallelamente l'art. 146, comma 1, del D. Leg.vo 42/2004, prevede che i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili e aree di interesse paesaggistico hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere. In entrambi i casi, quindi, è necessaria la relazione qualificata col bene. A tale parallelismo tra le due disposizioni, quindi, consegue l'estensione degli approdi raggiunti con riguardo alla legittimazione a chiedere il permesso di costruire alle domande di rilascio di autorizzazione paesaggistica. Ne deriva che, nel caso di contratto di locazione, l'Amministrazione è tenuta ad accertare la sussistenza del consenso del proprietario, con la conseguenza che, laddove questo difetti, non potrà procedere al rilascio del titolo edificatorio così come di quello paesaggistico.

<https://www.pausania.it/sui-legittimati-a-richiedere-il-permesso-di-costruire-e-lautorizzazione-paesaggistica-di-fabio-cusano/>

## **Sui destinatari dell'ordine di demolizione, di *Fabio Cusano***

Il Cons. Stato, sez. VII, 22 gennaio 2024, n. 655 ha ribadito che l'art. 31, commi 2 e 3, del D.P.R. 380/2001 individua quali destinatari della sanzione demolitoria, in forma non alternativa ma congiunta, il proprietario e il responsabile dell'abuso; di conseguenza l'ordinanza di demolizione può legittimamente essere emanata nei confronti del proprietario dell'immobile anche se egli non è responsabile della realizzazione dell'opera abusiva, in quanto gli abusi edilizi integrano illeciti permanenti sanzionati in via ripristinatoria, a prescindere dall'accertamento del dolo o della colpa o dall'eventuale stato di buona fede del proprietario rispetto alla commissione dell'illecito.

<https://www.pausania.it/sui-destinatari-dellordine-di-demolizione-di-fabio-cusano/>

## **Illegittimo l'affidamento del privato in caso di abusi edilizi, di Paolo Urbani**

La Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2023, n. 5174 ha affermato che le lungaggini nella definizione dei procedimenti amministrativi e giurisdizionali aventi ad oggetto la verifica della natura abusiva delle opere non valgono a incidere sulla legittimità degli ordini di demolizione, fondati su sentenze e decreti penali di condanna irrevocabili. Inoltre, il ritardo nell'esecuzione delle demolizioni non legittima l'affidamento del privato circa l'esistenza di una sanatoria silente ex post delle opere risultate abusive, anche rispetto a coloro che sono subentrati nella posizione del condannato.

<https://www.pausania.it/illegittimo-laffidamento-del-privato-in-caso-di-abusi-edilizi/>

## **Sull'annullamento del permesso di costruire, di Paolo Urbani**

Il TAR Campania, Napoli, sez. II, 16 gennaio 2024, n. 433 ha ribadito che l'art. 21-nonies, L. 241/1990, comma 2-bis prevede che i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi previsto dal comma 1 del medesimo articolo. A tal fine hanno rilievo anche le dichiarazioni non false, ma fuorvianti che abbiano assunto efficacia causale del mancato immediato rilievo del vizio, quale la condotta di un progettista che non provveda ad un corretto inquadramento urbanistico dell'area d'intervento, dichiarando solo parzialmente l'assetto urbanistico dell'area e omettendo di indicare la presenza di circostanze che incidano o possano incidere sull'assentibilità del progetto presentato. Infatti, l'area di intervento viene individuata in modo del tutto autonomo dalla parte privata e, dunque, l'onere di clare loqui, in merito alla sua esatta collocazione ed al suo inquadramento urbanistico incombe soprattutto in capo al privato.

<https://www.pausania.it/sullannullamento-del-permesso-di-costruire-di-paolo-urbani/>

**L'ordine di demolizione deve essere eseguito sull'immobile considerato nella sua interezza, *di Paolo Urbani***

La Cass. pen., sez. III, 20 dicembre 2023, n. 4758 ha affermato che l'ordine di demolizione conseguente alla sentenza di condanna, previsto dall'art. 31, comma 9, D.P.R. 380/2001, anche se relativo ad interventi edilizi di prosecuzione e/o di completamento di un precedente abuso edilizio dichiarato estinto per prescrizione ed in relazione al quale il precedente ordine demolitorio era stato revocato, deve comunque essere eseguito sull'immobile considerato nella sua interezza.

<https://www.pausania.it/lordine-di-demolizione-deve-essere-eseguito-sullimmobile-considerato-nella-sua-interezza-di-paolo-urbani/>

## **Sugli interventi di demolizione successivi alla richiesta di sanatoria, di Fabio Cusano**

La Cass. pen., sez. III, 21 dicembre 2023, n. 4759 ha affermato che l'art. 39, L. 724/1994, consente la sanatoria delle sole opere ultimate che possedessero, alla data indicata del 31/12/1993, i requisiti da essa previsti, non essendo ovviamente consentito intervenire successivamente sugli immobili abusivi per renderli conformi alla disciplina in parola. Le uniche possibilità di successivo intervento sugli stessi, non incompatibili con la sanatoria, sono quelle previste dall'art. 35, comma 14, L. 47/1985 (che disciplina modesti lavori di rifinitura delle opere abusive) e dall'art. 43, comma 5 della L. 47/1985 medesima, che consente le opere strettamente necessarie a rendere gli edifici funzionali qualora i manufatti non siano stati completati per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali. Ammettere lavori – sia pur di demolizione – che modifichino il manufatto abusivo, alterandone significativamente la struttura e riducendone la volumetria, al fine di rendere sanabile, dopo la scadenza del termine finale stabilito dalla legge per la condonabilità delle opere, ciò che certamente allora non lo sarebbe stato, costituisce un indebito aggiramento della disciplina legale, poiché sposta arbitrariamente in avanti nel tempo il termine finale previsto dalla legge per ottenere il condono edilizio, addirittura legittimando ulteriori interventi abusivi.

<https://www.pausania.it/sugli-interventi-di-demolizione-successivi-alla-richiesta-di-sanatoria-di-fabio-cusano/>



## **Rilevanza delle strutture accessorie per la disciplina delle distanze, di Fabio Cusano**

La Cass. civ., sez. II, 4 gennaio 2024, ord. n. 239 ha ribadito che in tema di distanze legali, esiste, ai sensi dell'art. 873 c.c., una nozione unica di costruzione, consistente in qualsiasi opera non completamente interrata avente i caratteri della solidità ed immobilizzazione rispetto al suolo, indipendentemente dalla tecnica costruttiva adoperata. I regolamenti comunali, pertanto, essendo norme secondarie, non possono modificare tale nozione codicistica, sia pure al limitato fine del computo delle distanze legali, poiché il rinvio contenuto nella seconda parte dell'art. 873 c.c. ai regolamenti locali è circoscritto alla sola facoltà di stabilire una distanza maggiore.

Le strutture accessorie di un fabbricato, non meramente decorative ma dotate di dimensioni consistenti e stabilmente incorporate al resto dell'immobile, costituiscono con questo una costruzione unitaria, ampliandone la superficie o la funzionalità e vanno computate ai fini delle distanze fissate dall'art. 873 c.c. o dalle norme regolamentari integrative. La eccezionale non computabilità, ai fini delle distanze, di elementi della costruzione può quindi riguardare solo quegli sporti o aggetti che non siano idonei a determinare intercapedini dannose o pericolose, consistendo in sporgenze di limitata entità, con funzione complementare di decoro o di rifinitura, mentre vengono in considerazione le sporgenze, impicanti, perciò, un ampliamento dell'edificio in superficie e volume, come, appunto, i balconi formati da solette aggettanti (anche se scoperti) di apprezzabile profondità, ampiezza e consistenza.

<https://www.pausania.it/rilevanza-delle-strutture-accessorie-per-la-disciplina-delle-distanze-di-fabio-cusano/>

## **La distinzione tra ristrutturazione e nuova costruzione, di Fabio Cusano**

Il Cons. Stato, sez. VII, 15 gennaio 2024, n. 488 ha ribadito che la ristrutturazione edilizia sussiste solo quando viene modificato un immobile già esistente nel rispetto delle caratteristiche fondamentali dello stesso, mentre laddove esso sia stato totalmente trasformato, con conseguente creazione non solo di un apprezzabile aumento volumetrico (in rapporto al volume complessivo dell'intero fabbricato), ma anche di un disegno sagomale con connotati diversi da quelli della struttura originaria (allungamento delle falde del tetto, perdita degli originari abbaini, sopraelevazione della cassa scale, etc.), l'intervento rientra nella nozione di nuova costruzione.

<https://www.pausania.it/la-distinzione-tra-ristrutturazione-e-nuova-costruzione/>

## **Sul termine d'impugnazione del titolo in sanatoria, di Fabio Cusano**

Il Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2024, n. 1241 ha ribadito che nel caso di titolo edilizio assentito in sanatoria, il termine dell'impugnazione decorre dalla data in cui si abbia conoscenza che, per una determinata opera abusiva già esistente, sia stata rilasciata la concessione edilizia in sanatoria, circostanza che deve essere dimostrata in giudizio al fine di far valere la tardività dell'impugnazione. Il destinatario del provvedimento di sanatoria (che costituisce, pur sempre, una peculiarità dell'ordinamento, da tenere distinta dall'ipotesi del rilascio ordinario del titolo) non può beneficiare anche della decorrenza del termine di impugnativa del provvedimento a lui favorevole dalla pubblicazione all'albo pretorio; beneficio di cui neppure gode chi abbia (secondo l'ordinamento) ottenuto il rilascio di un provvedimento autorizzatorio prima dell'inizio dei lavori.

<https://www.pausania.it/sul-termini-dimpugnazione-del-titolo-in-sanatoria-di-fabio-cusano/>

## **Il cambio di destinazione d'uso e il mutamento del carico urbanistico, di Fabio Cusano**

Il Cons. Stato, sez. VII, 9 gennaio 2024, n. 314 ha ribadito che, in generale, il mutamento di destinazione d'uso di un immobile deve considerarsi urbanisticamente rilevante e, come tale, soggetto di per sé all'ottenimento di un titolo edilizio abilitativo, con l'ovvia conseguenza che il mutamento non autorizzato della destinazione d'uso che alteri il carico urbanistico integra una situazione di illiceità a vario titolo, che può e anzi deve essere rilevata dall'Amministrazione nell'esercizio del suo potere di vigilanza. L'aumento del carico urbanistico si verifica quando la modifica della destinazione funzionale dell'immobile determina una attrazione per un maggior numero di persone, con la conseguente necessità di un utilizzo più intenso delle urbanizzazioni esistenti.

<https://www.pausania.it/il-cambio-di-destinazione-duso-e-il-mutamento-del-carico-urbanistico-di-fabio-cusano/>

## DISCIPLINE PARALLELE

### **La vittoria di Pirro delle Sezioni Unite di annullamento della sentenza n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato sulle concessioni balneari, di Fabio Cusano**

Molto rumore per nulla in merito alla sentenza a sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione n. 32559 del 23 novembre 2023. La Corte ha annullato la sentenza n. 18/2021 del Consiglio di Stato solo per una ragione procedurale, cioè per aver ritenuto inammissibile l'intervento in giudizio del Sindacato Italiano Balneari (SIB) a sostegno del gestore di uno stabilimento balneare in Puglia. La Suprema Corte non ha espresso alcuna valutazione circa la legittimità delle proroghe automatiche e l'applicazione alle concessioni balneari della c.d. Direttiva Bolkestein (123/2006) che prevede l'obbligo della messa a gara.

Anzi, annullata la sentenza del Consiglio di Stato, la Cassazione ha chiarito che spetterà a quest'ultimo "pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative". Il riferimento è alle leggi più recenti che hanno disposto un'ulteriore proroga a fine 2024 delle concessioni scadute e hanno vietato ai Comuni di pubblicare nelle more i bandi di gara (leggi n. 118/2022 e 14/2023).

In realtà, il Consiglio di Stato ha già dichiarato illegittima l'ultima proroga per legge (VI sez., 1 marzo 2023, n. 2192); pertanto, la probabilità di un ripensamento è pressoché nulla.

Ciò tanto più che, da un lato, la Corte di Giustizia lo scorso aprile ha ribadito l'obbligo di applicare la Direttiva Bolkestein alle concessioni balneari (Sez. III, sentenza 20 aprile 2023, in causa C-348/22); dall'altro, lo scorso 16 novembre la Commissione Europea ha diffidato formalmente lo Stato italiano a conformarsi entro due mesi, prefigurando un ricorso alla Corte di Giustizia dell'UE per accertare la violazione degli obblighi nascenti dai Trattati.

<https://www.pausania.it/la-vittoria-di-pirro-delle-sezioni-unite-di-annullamento-della-sentenza-n-18-del-2021-del-consiglio-di-stato-sulle-concessioni-balneari-di-fabio-cusano/>

## **La circolare MIT della discordia, di Fabio Cusano**

Ad avviso del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (circolare interpretativa del 20 novembre 2023, n. 298), l'art. 50 del nuovo Codice appalti va interpretato nella chiave in cui le stazioni appaltanti, per contratti di importi infrasoglia comunitaria, possono ricorrere alle procedure ordinarie (applicabili ai contratti dal valore soprasoglia). Tuttavia, allorché il legislatore utilizza l'indicativo presente si intende la doverosità dell'azione; pertanto, l'art. 50 non può che leggersi nella chiave in cui le stazioni appaltanti, per contratti di importi inferiori alle soglie comunitarie, debbano procedere con le procedure semplificate dettate dalla norma medesima (affidamenti diretti e procedure negoziate senza bando).

Pertanto, trattasi di circolare *contra legem* e le stazioni appaltanti sono tenute a disattenderla. In altri termini, le procedure ordinarie in luogo degli affidamenti diretti o delle procedure negoziate senza bando per importi sottosoglia saranno ontologicamente viziate poiché procedure "simpatiche" alla circolare ma "antipatiche" alla legge.

Da ultimo, si ricorda che, avendo natura di meri "pareri giuridici", le circolari interpretative sono insuscettibili di impugnazione, come affermato dal Cons. Stato, 21 giugno 2010, n. 3877 (le circolari amministrative sono atti diretti agli organi ed uffici periferici, ovvero sottordinati, e non hanno di per sé valore normativo o provvedimento o, comunque, vincolante per i soggetti estranei all'amministrazione, onde i soggetti destinatari degli atti applicativi di esse non hanno alcun onere di impugnativa, ma possono limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che gli atti applicativi sono illegittimi perché scaturiscono da una circolare illegittima che avrebbe, invece, dovuto essere disapplicata).

<https://www.pausania.it/la-circolare-mit-della-discordia-di-fabio-cusano/>

**Il Consiglio di Stato ribadisce che le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara, di Fabio Cusano**

Con sentenza 30 novembre 2023, n. 10378, il Consiglio di Stato (sez. VII) ha ribadito che, in base al principio comunitario di concorrenzialità, le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara.

L'amministrazione comunale disponeva l'esame delle istanze di proroga ventennale (in ragione degli investimenti programmati) nell'ambito del procedimento ad evidenza pubblica avviato in ragione della ritenuta sussistenza e necessaria tutela anche delle situazioni giuridiche di affidamento in capo ai soggetti ad esso partecipanti e, pertanto, disponeva la sospensione dello stesso ex art. 182, comma 2, del d.l. 34/2020.

Le odierne appellanti impugnavano la sospensione del procedimento di proroga; il TAR respingeva il ricorso; avverso detta sentenza presentavano appello i ricorrenti.

Ad avviso del Consiglio, le censure non sono fondate.

Il competente ufficio comunale ha disposto di: 1. procedere al rilascio di licenza suppletiva per l'estensione temporale di quindici anni della durata delle concessioni demaniali pubblicate per le quali non vi è stata alcuna manifestazione di interesse; 2. rinviare ad una successiva fase di comparazione la definizione dei procedimenti per le concessioni demaniali oggetto di opposizione e contestuale manifestazione di interesse.

Inoltre, l'art. 3, comma 4 bis, della legge 494/93, recita testualmente: "Le concessioni di cui al presente articolo possono avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni". La norma, evidentemente, facendo riferimento alle "opere da realizzare" si riferisce soltanto alle nuove concessioni demaniali e non può di certo essere interpretata al fine di richiedere ed ottenere la proroga di una concessione demaniale già esistente.

Si osservi, al riguardo, che la Corte costituzionale con la sentenza n. 180 del 20 maggio 2010 ha dichiarato illegittimo l'art. 1 della L.R. Emilia-Romagna n. 8/2009 che offriva della norma nazionale la stessa illegittima interpretazione che l'appellante qui propone. In quel giudizio secondo la Regione Emilia-Romagna, la norma collegava la durata delle concessioni agli investimenti effettuati dal concessionario per la valorizzazione del bene e delle relative infrastrutture. La norma regionale prevedeva, infatti, la

possibilità di una proroga della durata della concessione solo a seguito della presentazione di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene dato in concessione, che, solo se apprezzato dall'amministrazione di riferimento, avrebbe determinato una maggiore durata del rapporto concessorio, proporzionale alla tipologia di investimento proposto, al fine di consentire l'ammortamento dei costi e l'equa remunerazione dei capitali investiti. La Corte costituzionale ha rilevato che questo argomento, però, avrebbe avuto un senso solo se – per ipotesi – la norma impugnata avesse avuto lo scopo di ripristinare la durata originaria della concessione, neutralizzando gli effetti di una precedente norma che, sempre per ipotesi, avesse arbitrariamente ridotto la durata della stessa. Nel caso all'esame della Corte, invece, si trattava della proroga di una concessione già scaduta, e pertanto non vi era alcun affidamento da tutelare con riguardo alla esigenza di disporre del tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute per ottenere la concessione, perché al momento del rilascio della medesima il concessionario già conosceva l'arco temporale sul quale poteva contare per ammortizzare gli investimenti, e su di esso ha potuto fare affidamento.

Né è pertinente il riferimento alla sentenza CGUE "Promo Impresa" del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, in ordine alle proroghe "caso per caso". La decisione aveva a riguardo a risalenti investimenti fatti in un periodo in cui il concessionario poteva legittimamente aspettarsi un rinnovo della concessione, prima dell'adozione della Direttiva Bolkestein (2006) e prima delle plurime proroghe disposte dal legislatore italiano alle concessioni demaniali marittime.

In ogni caso, la proroga generalizzata di cui all'art. 1, comma 683, della legge 145/2018 non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento per il noto contrasto con gli artt. 12 e seguenti della Direttiva CE 123/06 e art. 49 eseguenti del Trattato FUE.

In base al principio comunitario di concorrenzialità, le concessioni demaniali, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara (C.d.S. V, 11 giugno 2018). Pertanto, per l'affidamento del relativo contratto (attivo e non passivo) è necessario e sufficiente, in assenza di specifici autovincoli posti dalla P.A, il "rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica". Segnatamente, come rilevato dal Consiglio di Stato, ogni procedura di evidenza pubblica volta all'adozione comparativa di provvedimenti ampliativi dev'essere sorretta da idonei criteri



predeterminati di selezione delle proposte che, nella specie, sono del tutto mancati.

Giova rammentare, invero, che, conformemente ai principi del diritto unionale, come desumibili anche dalla giurisprudenza della CGUE, la concessione della gestione di arenili per finalità turistico-ricreative deve rispondere a criteri di imparzialità, trasparenza e par condicio: in particolare, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e il novellato art. 37 del cod. nav. subordinano il rilascio di concessioni demaniali marittime all'espletamento di procedure selettive ad evidenza pubblica (Cassazione civile, sez. II, 25/01/2021, n. 1435; si veda anche la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, nr. 18, in particolare al punto 17 secondo cui "L'obbligo di evidenza pubblica discende, comunque, dall'applicazione dell'art. 12 della c.d. direttiva 2006/123, che prescinde dal requisito dell'interesse transfrontaliero certo, atteso che la Corte di giustizia si è espressamente pronunciata sul punto ritenendo che "l'interpretazione in base alla quale le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano non solo al prestatore che intende stabilirsi in un altro Stato membro, ma anche a quello che intende stabilirsi nel proprio Stato membro è conforme agli scopi perseguiti dalla suddetta direttiva" (Corte di giustizia, Grande Sezione, 30 gennaio 2018, C360/15 e C31/16, punto 103)").

A tanto può ulteriormente aggiungersi che, anche laddove si potesse configurare un procedimento volto all'adozione di provvedimenti ampliativi privi dei necessari criteri predeterminati (ciò che per il Collegio è comunque inammissibile), in ogni caso la comparazione delle proposte ex art. 37 del cod. nav. dovrebbe avvenire con provvedimento congruamente ed approfonditamente motivato circa le specifiche ragioni di preferenza.

Invero, come rilevato dal Consiglio di Stato: "il rilascio delle concessioni demaniali marittime implica l'espletamento di una procedura comparativa ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di parità di trattamento, imparzialità e trasparenza. Le predette concessioni hanno come oggetto beni economicamente contendibili, limitati nel numero e nell'estensione, che, pertanto, possono essere dati in concessione ai privati a scopi imprenditoriali solo attraverso un confronto concorrenziale governato dai principi generali relativi ai contratti pubblici... inoltre le norme italiane che prorogano in modo automatico le concessioni demaniali marittime sono in contrasto con il diritto europeo e, pertanto, vanno disapplicate" (Consiglio di Stato del 9 novembre 2021, sentenze nn. 17 e 18).

Si consideri, ancora, che recentemente la giurisprudenza è giunta ad un livello massimo di apertura, rilevando che "l'obbligo di espletare una procedura concorsuale sussiste anche nei casi in cui non siano state

formulate preventivamente istanze per il conseguimento del bene della P.A., atteso che l'interesse alla utilità economica del rapporto concessorio potrebbe manifestarsi solo in seguito all'avvio di una procedura di evidenza pubblica" (ex multis, C.G.A. sentenza n. 302/09 del 27 aprile 2009).

La Corte di Giustizia europea (Corte giustizia UE sez. III, 20/04/2023, n.348) è tornata a pronunciarsi sulla nota questione delle concessioni di occupazione delle spiagge italiane in rapporto alla normativa UE, ed in particolare in applicazione della c.d. Direttiva Bolkestein, 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, ribadendo che ai sensi di tale direttiva, per l'assegnazione di concessioni di occupazione del demanio marittimo, gli Stati membri devono applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali. L'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico.

L'appello deve essere, pertanto, respinto.

<https://www.pausania.it/il-consiglio-di-stato-ribadisce-che-le-concessioni-demaniali-in-quanto-concernenti-beni-economicamente-contendibili-devono-essere-affidate-mediante-procedura-di-gara-di-fabio-cusano/>

## **Sulla legittimazione all'installazione di un ascensore condominiale per eliminare le barriere architettoniche su beni culturali, di Fabio Cusano**

Con sentenza 3 novembre 2023, n. 9503, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che gli interventi volti ad eliminare le barriere architettoniche, ovvero quelli volti a migliorare le condizioni di vita delle persone svantaggiate, dovendosi intendere come tali non solo quelle portatrici di disabilità, ma anche le persone che soffrono di disagi fisici e difficoltà motorie, possono essere effettuati anche su edifici sottoposti a vincolo come beni culturali.

Con la impugnata sentenza il TAR ha ritenuto fondata la censura preliminare ed assorbente rispetto a tutte le altre, secondo cui i provvedimenti autorizzativi oggetto di gravame sono stati rilasciati dalla Soprintendenza Speciale Archeologia Belle Arti e Paesaggio in favore di soggetti non legittimati, dovendosi ritenere tale esclusivamente il Condominio, il quale, non ha mai deliberato l'installazione dell'impianto per persone con disabilità in contestazione.

Ad avviso del Consiglio di Stato, l'appello è infondato.

Una definizione di barriere architettoniche è contenuta nell'articolo 2 del d.m. 14/06/1989, n. 236 («Prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata e agevolata, ai fini del superamento e dell'eliminazione delle barriere architettoniche»); ma vedi anche art. 1, comma 2, del d.p.r. 24 luglio 1996, n. 503). Per barriere architettoniche si intendono: a) gli ostacoli fisici che sono fonte di disagio per la mobilità di chiunque ed in particolare di coloro che, per qualsiasi causa, hanno una capacità motoria ridotta o impedita in forma permanente o temporanea; b) gli ostacoli che limitano o impediscono a chiunque la comoda e sicura utilizzazione di parti, attrezzature o componenti; c) la mancanza di accorgimenti e segnalazioni che permettono l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo per chiunque e in particolare per i non vedenti, per gli ipovedenti e per i sordi.

L'eliminazione delle barriere architettoniche è uno degli obiettivi che si propone la normativa emanata nel tempo per tutelare le persone con disabilità. Tra le più significative conviene citare: la l. 9 gennaio 1989, n. 13 («Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati»), la l. 5 febbraio 1992, n. 104 («Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate»), il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 («Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro»), la l. 1° marzo 2006, n. 67 («Misure per la tutela

giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni», nonché la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità – adottata dall’Assemblea Generale dell’ONU il 13 dicembre 2006 e ratificata, dall’Italia, con la l. 3 marzo 2009, n. 18.

Questa legislazione ha segnato un mutamento di prospettiva rispetto al modo stesso di affrontare i problemi delle persone con disabilità, considerati, ora, quali problemi non solo individuali, ma tali da dover essere assunti dall’intera collettività.

Peraltro, la Sezione ha chiarito che gli interventi volti ad eliminare le barriere architettoniche ovvero quelli volti a migliorare le condizioni di vita delle persone svantaggiate, dovendosi intendere come tali non solo quelle portatrici di disabilità, ma anche le persone che soffrono di disagi fisici e difficoltà motorie, possono essere effettuati anche su edifici sottoposti a vincolo come beni culturali (Cons. Stato, sez. VI, 18/10/2017, n. 4824).

La normativa specifica sull’eliminazione delle barriere architettoniche è contenuta nella l. n. 13/1989 (seguita dal d.m. n. 236/1989 e dalla Circolare esplicativa del Ministero dei Lavori Pubblici).

In precedenza erano state emanate: la l. 30 marzo 1971, n. 118 («Conversione in legge del D.L. 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili»), il d.p.r. 27 aprile 1978, n. 384, la Circolare del Ministero dei Lavori pubblici del 20 gennaio 1967, n. 425 (“Standards residenziali”) e quella del 19 giugno 1968, n. 4809, avente ad oggetto norme per assicurare l’utilizzazione degli edifici sociali da parte dei minorati fisici e per migliorarne la godibilità generale.

La cornice normativa di riferimento vedeva, dunque, da una parte, l’art. 27, l. n. 118/1971 e il relativo regolamento di attuazione di cui al d.p.r. n. 384/1978, applicabili agli edifici pubblici o aperti al pubblico, alle strutture scolastiche, prescolastiche o di interesse sociale di nuova costruzione, e, dall’altra, la l. n. 13/1989 e il d.m. di attuazione n. 236/1989, applicabili agli edifici privati, residenziali e non, di nuova costruzione o preesistenti sottoposti a ristrutturazione, compresi quelli di edilizia residenziale pubblica, sovvenzionata e agevolata, di nuova costruzione.

Con l’obiettivo di coordinare le diverse disposizioni sparse nell’ordinamento, l’art. 24 della legge 104/1992 ha previsto, tra le altre cose, che tutte le opere edilizie riguardanti edifici pubblici e privati aperti al pubblico, suscettibili di limitare l’accessibilità e la visibilità, dovevano essere eseguite in conformità alle disposizioni di cui alla l. n. 118/1971 e l. n. 13/1989 e successive modificazioni, al d.p.r. n. 384/1978, e al d.m. n. 236/1989.

Il d.p.r. 503/1996 ha abrogato (all’art. 32) il d.p.r. 384/1978. Unico punto di riferimento è rimasto il d.m. 236/1989.

Il legislatore ha quindi emanato il d.p.r. 380/2001 («Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia») che, al Capo III, contiene le disposizioni volte a favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati (Sezione I, artt. 77-81), pubblici e privati aperti al pubblico (Sezione II, art. 82). Con queste norme il legislatore si è limitato a riorganizzare la normativa preesistente, coordinandola all'interno del Testo Unico in materia edilizia.

Da ultimo, con espresso riguardo alle barriere architettoniche, il comma 3, dell'art. 10, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni) – rubricato «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» e convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 – ha introdotto alcune modifiche all'art. 2, l. n. 13/1989.

La premessa sulla evoluzione normativa consente di inquadrare la disciplina applicabile al caso di specie che riguarda l'interesse di alcuni condomini, afflitti da patologie che ne compromettono la deambulazione, di realizzare, anche contro la volontà di altri condomini, un ascensore nel cortile interno di un condominio realizzato nel 1770 e soggetto a vincolo culturale diretto ex l. n. 1089/39 e d.m. del 10.07.1957.

Lo snodo problematico si sostanzia nel decidere se detto ascensore possa essere realizzato su iniziativa del singolo condomino (come sostengono gli appellanti) così che lo stesso sia in prima persona legittimato a rivolgersi alla Soprintendenza per ottenere l'autorizzazione di cui all'art. 21 d.lgs. n. 42/2004, ovvero se la realizzazione del ridetto ascensore deve essere decisa dall'assemblea condominiale come statuito dal primo giudice.

L'articolo 78 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 («Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia») sotto la rubrica «Deliberazioni sull'eliminazione delle barriere architettoniche (legge 9 gennaio 1989, n. 13, art. 2)» recita testualmente: «1. Le deliberazioni che hanno per oggetto le innovazioni da attuare negli edifici privati dirette ad eliminare le barriere architettoniche di cui all'articolo 27, primo comma, della legge 30 marzo 1971, n. 118, ed all'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1996, n. 503, nonché la realizzazione di percorsi attrezzati e la installazione di dispositivi di segnalazione atti a favorire la mobilità dei ciechi all'interno degli edifici privati, sono approvate dall'assemblea del condominio, in prima o in seconda convocazione, con le maggioranze previste dall'articolo 1136, secondo e terzo comma, del codice civile. 2. Nel caso in cui il condominio rifiuti di assumere, o non assuma entro tre mesi dalla richiesta fatta per iscritto, le deliberazioni di cui al comma 1, i portatori di handicap, ovvero chi ne esercita la tutela o la potestà di cui al titolo IX del libro primo del codice civile, possono installare, a proprie

spese, servoscala nonché strutture mobili e facilmente rimovibili e possono anche modificare l'ampiezza delle porte d'accesso, al fine di rendere più agevole l'accesso agli edifici, agli ascensori e alle rampe delle autorimesse. 3. Resta fermo quanto disposto dagli articoli 1120, secondo comma, e 1121, terzo comma, del codice civile».

L'articolo 2 della legge 9 gennaio 1989 n. 13 («Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati») nel testo risultante dal citato "decreto semplificazioni" (d.l. 16 luglio 2020, n. 76) così recita: «1. Le deliberazioni che hanno per oggetto le innovazioni da attuare negli edifici privati dirette ad eliminare le barriere architettoniche di cui all'articolo 27, primo comma, della legge 30 marzo 1971, n. 118, ed all'articolo 1, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 27 aprile 1978, n. 384, nonché la realizzazione di percorsi attrezzati e la installazione di dispositivi di segnalazione atti a favorire la mobilità dei ciechi all'interno degli edifici privati, sono approvate dall'assemblea del condominio, in prima o in seconda convocazione, con le maggioranze previste dal secondo comma dell'articolo 1120 del codice civile. Le innovazioni di cui al presente comma non sono considerate in alcun caso di carattere voluttuario ai sensi dell'articolo 1121, primo comma, del codice civile. Per la loro realizzazione resta fermo unicamente il divieto di innovazioni che possano recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato, di cui al quarto comma dell'articolo 1120 del codice civile. 2. Nel caso in cui il condominio rifiuti di assumere, o non assuma entro tre mesi dalla richiesta fatta per iscritto, le deliberazioni di cui al comma 1, i portatori di handicap, ovvero chi ne esercita la tutela o la potestà di cui al titolo IX del libro primo del codice civile, possono installare, a proprie spese, servoscala nonché strutture mobili e facilmente rimovibili e possono anche modificare l'ampiezza delle porte d'accesso, al fine di rendere più agevole l'accesso agli edifici, agli ascensori e alle rampe dei garages. 3. Resta fermo quanto disposto dagli articoli 1120, secondo comma, e 1121, terzo comma, del codice civile».

Sul piano sistematico, l'interprete non può non cogliere il progressivo ampliamento delle tutele riconosciute alle persone con disabilità.

Per altro verso, non può non prendere atto dell'esistenza di nome di contenuto specifico che non riconoscono (o non riconoscono ancora) sic et simpliciter il diritto della persona con disabilità (o altri soggetti fragili) di installare, ancorché a proprie spese, un ascensore. Al momento, per una decisione di questo tipo, è ancora necessaria la delibera condominiale. Il singolo può installare su sua esclusiva iniziativa (ovvero: senza passare dal

condominio o, per meglio dire, dopo averne inutilmente sollecitato l'intervento) opere di minore impatto come un servoscale.

L'interprete è chiamato a prendere atto del punto di equilibrio tra i diversi interessi contrapposti (quelli domenicali, quelli sottesi alla tutela dei beni storici, quelli delle persone con disabilità) così come esso risulta dalla legislazione attualmente vigente.

Tale punto di equilibrio è stato correttamente individuato dal primo giudice con il ragionamento che può essere così sintetizzato:

– l'installazione di un ascensore all'interno di un cortile condominiale è qualificabile in termini di "innovazione" (art. 1120 c.c.) in quanto, in violazione di quanto previsto dall'art. 1102 c.c., determina una modifica strutturale del cortile medesimo rispetto alla sua primitiva configurazione, risultandone nel contempo alterata la sua naturale funzione e destinazione comune, che è quella di dare luce ed aria alle unità immobiliari che compongono l'edificio;

– la decisione di assoggettare il cortile condominiale a siffatta "innovazione" avrebbe dovuto essere assunta, necessariamente, dal Condominio, sia pure con le maggioranze di cui all'art. 2 comma 1 l. n. 13/89;

– in assenza di siffatta delibera condominiale, giusta il disposto di cui al secondo comma del citato art. 2 l. n. 13/89, i condomini interessati all'adozione di strumenti di superamento delle cd. barriere architettoniche sono, dunque, legittimati esclusivamente ad «installare, a proprie spese, servoscala nonché strutture mobili e facilmente rimovibili» o «modificare l'ampiezza delle porte d'accesso, al fine di rendere più agevole l'accesso agli edifici, agli ascensori e alle rampe dei garages».

Alla luce di quanto esposto perdono consistenza gli ulteriori argomenti evidenziati da parte appellante.

Per le ragioni esposte si deve concludere che gli appellanti non erano legittimati a rivolgersi uti singuli alla Soprintendenza per ottenere l'autorizzazione ad installare un ascensore nel cortile condominiale. Detta legittimazione spettava al Condominio.

L'appello è stato, pertanto, rigettato.

<https://www.pausania.it/sulla-legittimazione-allinstallazione-di-un-ascensore-condominiale-per-eliminare-le-barriere-architettoniche-su-beni-culturali-di-fabio-cusano/>

## **Il vincolo di tutela paesaggistica interessa tutto il Centro Storico di Roma, di Fabio Cusano**

Con sentenza 30 novembre 2023, n. 17967, il TAR Lazio, Roma (sez. II-quater) ha l'esigenza di una protezione "rafforzata", sotto il profilo paesaggistico, dei siti UNESCO, con particolare riferimento al Centro Storico di Roma, in considerazione del significato che assume l'inclusione nella Lista del Patrimonio Mondiale.

La "Verdi, Ambiente e Società – APS" (di seguito anche "V.A.S.") è un'associazione di protezione sociale riconosciuta con Decreto del Ministero dell'Ambiente. La medesima annovera, tra le sue finalità statutarie, la "tutela e valorizzazione dei beni storico-culturali", con lo scopo di "promuove(re) e favori(re) il recupero e la valorizzazione del patrimonio ambientale, naturalistico, paesistico, architettonico, monumentale, storico e culturale del paese, delle sue Regioni, delle sue autonomie e realtà locali e del suo mare". Detta Associazione riferisce di essere venuta a conoscenza, nell'anno 2020, di alcuni interventi eseguiti dalla Società Finleonardo s.p.a. nel cortile interno dello stabile denominato "Palazzo Bracci", ubicato nel Centro Storico di Roma, all'intersezione tra Via del Corso e Via della Fontanella e attualmente conosciuto come "Casa di Goethe" (sede dell'omonimo museo), in zona dichiarata dall'UNESCO Patrimonio Mondiale dell'Umanità. Tali interventi erano stati oggetto di una serie di SCIA, presentate a Roma Capitale per opere ivi qualificate di "Restauro e Risanamento conservativo", in assenza della preventiva autorizzazione paesaggistica della Soprintendenza Speciale Archeologica Bella Arti e Paesaggio di Roma.

La V.A.S. chiedeva pertanto alla suddetta Soprintendenza di verificare i vizi di legittimità degli interventi realizzati nel cortile di Palazzo Bracci e di esercitare in caso affermativo "il potere di autotutela adottando i dovuti provvedimenti del caso". Non avendo ricevuto riscontro alla propria istanza, l'associazione presentava un sollecito alla Soprintendenza; la Soprintendenza forniva risposta espressa alla richiesta della VAS, ritenendo di non dover esercitare il potere di "annullamento in autotutela" per gli interventi edilizi realizzati nel cortile, in quanto l'edificio di cui trattasi (privo di "elementi architettonici di pregio") non è sottoposto a tutela ai sensi del d. lgs. n. 42/2004 e i "progetti a rilevanza esterna" erano assistiti da alcuni "pareri consultivi" rilasciati dallo stesso organo ministeriale ai sensi dell'art. 24 delle N.T.A. del P.R.G. del Comune di Roma.

La VAS ha adito il TAR per l'annullamento di tale nota.

Il gravame è parzialmente meritevole di accoglimento.



La questione meritevole attiene all'esistenza o meno di un vincolo di tutela paesaggistica interessante il Centro Storico di Roma, ai sensi della Parte III del Codice dei beni culturali e del paesaggio, nel cui perimetro ricade il "Palazzo Bracci", con la conseguente obbligatorietà (o meno) di subordinare gli interventi edilizi da realizzarsi alla preventiva autorizzazione paesaggistica giusta il disposto dell'art. 146 del Codice.

Ebbene, tale vincolo deve ritenersi esistente.

Come noto, la "tutela del paesaggio" rappresenta un valore presidiato a livello costituzionale (cfr. art. 9 Cost.), quale interesse pubblico dotato di primario rilievo, e trova la propria regolamentazione, a livello legislativo, nella parte III del d. lsg. n. 42/2004 (cd Codice dei beni culturali e del paesaggio).

L'art. 134, co. 1, lett. c) del citato d. lgs. n. 42/2004 stabilisce che "Sono beni paesaggistici (...) c) gli ulteriori immobili ed aree specificamente individuati a termini dell'articolo 136 e sottoposti a tutela dai piani paesaggistici previsti dagli articoli 143 e 156".

Il prefato art. 136 a sua volta prevede, al co. 1, lett. c), che sono sottoposti alle disposizioni del Titolo I della Parte III del Codice (rubricato "Tutela e valorizzazione", artt. da 131 a 159) "i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici", in ragione del "loro notevole interesse pubblico".

Si precisa che la locuzione "inclusi i centri ed i nuclei storici" è stata introdotta ad opera del d. lgs. n. 63 del 2008, con cui il legislatore ha recepito la prassi di porre il vincolo di tutela su interi centri storici, quali "complessi monumentali che vengono tutelati in quanto in essi si fondono mirabilmente l'espressione della natura e quella del lavoro umano, frutto della creatività artistica", basata su un'ipotesi peculiare "che ha fatto parlare di «beni ambientali urbanistici» come categoria a sé stante, e che, nel tempo, ha portato all'imposizione di centinaia di vincoli aventi ad oggetto interi centri storici" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3733, che cita in tal senso la Relazione al Codice dei beni culturali e del paesaggio sub art. 136). Ai sensi dell'art. 143, co. 1, lett. d) d. lgs. n. 42/2004, è demandata al piano paesaggistico territoriale (P.T.P.R.) la "individuazione di ulteriori immobili od aree, di notevole interesse pubblico a termini dell'articolo 134, comma 1, lettera c), loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione delle specifiche prescrizioni d'uso, a termini dell'articolo 138, comma 1".

Il P.T.P.R. adottato, nel dare attuazione alla disposizione di cui al citato l'art. 143, co. 1, lettera d), ha individuato i beni del "patrimonio identitario

regionale”, tra cui gli “Insediamenti urbani storici e relativa fascia di rispetto”, includendovi anche il Centro Storico della Capitale.

Quanto sin qui rappresentato sembrerebbe già per sé tranchant al fine di ritenere sussistente un vincolo di tutela paesaggistica sull’intera area de qua, trattandosi di un bene tipizzato ai sensi dell’art. 136, co. 1, lett. c) d. lgs. n. 42/2004 e graficizzato come tale nelle tavole del P.T.P.R. adottato, e dunque centro storico di “notevole interesse pubblico”.

L’argomentazione su cui la Soprintendenza fa leva, nella gravata nota, per negare tale assunto si fonda sul disposto dell’art. 43 delle N.T.A. del medesimo P.T.P.R., dedicato agli “Insediamenti urbani storici e relativa fascia di rispetto”: tale disposizione al comma 15 testualmente prevede(va) che “Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli insediamenti urbani storici ricadenti fra i beni paesaggistici di cui all’art.134 comma 1 lettera a) del Codice, per i quali valgono le modalità di tutela dei “Paesaggi” e alle parti ricadenti negli insediamenti storici iscritti nella lista del Patrimonio dell’Unesco (Roma – centro storico, Tivoli – Villa d’Este e Villa Adriana, Necropoli etrusche di Tarquinia e Cerveteri) per i quali è prescritta la redazione del Piano generale di gestione per la tutela e la valorizzazione previsto dalla “Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale” firmata a Parigi il 10 novembre 1972 ratificata con legge 6 aprile 1977 n. 184 e successive modifiche ed integrazioni”. L’organo ministeriale ne fa derivare la conclusione che “il Palazzo non è ricadente nell’art. 136 del Codice”, disconoscendo, in sostanza, l’esistenza di un vincolo paesaggistico.

Senonché, la disposizione del P.T.P.R. qui in esame tutt’al più va interpretata nel senso di escludere soltanto l’applicabilità, nei confronti dei siti storici urbani UNESCO, tra cui espressamente va annoverato quello di “Roma – centro storico”, delle prescrizioni di tutela dalla medesima contemplate per la generalità dei “centri storici” del Lazio, demandando la relativa regolamentazione ad un atto ad hoc (Piano di gestione).

L’art. 43, comma 15, invece, non può essere inteso nel senso fatto proprio dalla Soprintendenza, ossia quale previsione atta, di per sé, ad escludere in radice l’area di cui trattasi dal vincolo di tutela paesaggistica ai sensi del d. lgs. n. 42/2004. Trattasi, infatti, di un’interpretazione che, in primo luogo, si pone in contrasto con il quadro legislativo di cui si è sopra dato conto, che esprime una chiara scelta di campo nel senso della salvaguardia dei centri storici che presentino un interesse pubblico “notevole”, da leggersi in combinazione con la graficizzazione contenuta nelle Tavole del P.T.P.R., in cui figura anche il Centro Storico della Capitale, con la conseguenza che negare l’esistenza di un vincolo paesaggistico gravante su tale area

significherebbe, di fatto, disapplicare tali previsioni e disconoscere un interesse siffatto, laddove, viceversa, questo è stato chiaramente riconosciuto. In secondo luogo, tale lettura si appalesa illogica, abnorme e irragionevole, nella misura in cui esclude dall'operatività del vincolo beni che necessitano di una protezione addirittura rafforzata, quali sono i siti storici inclusi nella Lista UNESCO: trattasi, infatti, di realtà dotate di un pregio culturale, storico e paesaggistico relevantissimo, tale da travalicare la dimensione "nazionale" per assurgere addirittura a Patrimonio Mondiale, e dunque valore condiviso dall'intera umanità.

Del resto, la ratio dell'esclusione di cui al citato comma 15 va individuata proprio nell'esigenza di approntare specifiche prescrizioni di tutela, diversificate rispetto a quelle "generalizzate" valevoli per la restante parte dei centri storici della Regione, proprio al fine di tener conto della rilevante peculiarità (meglio sarebbe a dire "unicità") dei siti UNESCO.

A tal proposito soccorre, ancora una volta, la disciplina di fonte primaria contenuta nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, come novellata per effetto del sopra citato d. lgs. n. 63/2008: con tale decreto è stato, tra l'altro, modificato l'art. 135 in materia di "Pianificazione paesaggistica", con l'espressa previsione secondo cui "Per ciascun ambito i piani paesaggistici definiscono apposite prescrizioni e previsioni ordinate in particolare: (...) d) alla individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio, in funzione della loro compatibilità con i diversi valori paesaggistici riconosciuti e tutelati, con particolare attenzione alla salvaguardia dei paesaggi rurali e dei siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO".

Emerge in maniera inequivocabile la volontà, da parte del legislatore, di tutelare al massimo grado proprio i beni inclusi nella Lista UNESCO, demandando ai piani territoriali regionali il compito di dettare specifiche prescrizioni d'uso, semmai ancora più stringenti di quelle adottate con riferimento agli ulteriori beni paesaggistici: in tal senso deve essere inteso il riferimento alla "particolare attenzione" da prestarsi in tali ipotesi, e ciò al fine di orientare adeguatamente lo sviluppo del tessuto urbanistico ed edilizio in cui i medesimi si innestano, in maniera tale da evitare il rischio di compromissione di aree che sono dotate di un altissimo pregio paesistico-storico-culturale per il loro eccezionale e straordinario valore identitario, tale da rappresentare un unicum a livello addirittura planetario (l'inclusione nella Lista, infatti, costituisce riconoscimento ufficiale di un "Valore Eccezionale Universale" o "Outstanding Universal Value – OUV").

Tali previsioni derivano da un preciso obbligo internazionale, cogente ai sensi dell'art. 117 Cost., atteso che la "Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale", firmata a Parigi il 10 novembre

1972 e ratificata dall'Italia con legge 6 aprile 1977, n. 184, obbliga lo Stato di appartenenza ad assicurarne la salvaguardia avvalendosi anche dei contributi economici e tecnici messi a disposizione dall'Unesco (oltretutto, sul piano internazionale è meritevole di menzione anche la Convenzione europea del Paesaggio firmata a Firenze il 20 Ottobre 2000, ratificata con legge 9 gennaio 2006, n. 14, che fa del paesaggio il prodotto della interrelazione tra fattori naturali e umani, qualificandolo come "una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni", quale "elemento importante della qualità della vita delle popolazioni: nelle aree urbane e nelle campagne, nei territori degradati, come in quelli di grande qualità, nelle zone considerate eccezionali, come in quelle della vita quotidiana").

Del resto, il menzionato d. lgs. n. 63/2008 è stato emanato in attuazione dell'art. 10 della legge delega 6 luglio 2002, n. 167 (come modificato ad opera dell'art. 1 della legge 23 febbraio 2006, n. 51), il quale annovera tra i principi e criteri direttivi proprio l'"adeguamento alla normativa comunitaria e agli accordi internazionali".

Non può fondatamente ritenersi, dunque, che il Centro Storico di Roma, iscritto nella Lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO, non sia qualificabile quale "bene paesaggistico" ai sensi e per gli effetti della parte III del Codice del 2004, a meno di non voler "sposare" interpretazioni assolutamente devianti rispetto alle coordinate chiaramente tracciate a livello sovranazionale, costituzionale e legislativo.

Alla luce di tutto quanto sopra rilevato il Collegio non può che dare continuità all'indirizzo già espresso da questa Sezione con le sentenze n. 5757 del 29 maggio 2020 e n. 9688 del 22 settembre 2020, che sottolineano anch'esse l'esigenza di una protezione "rafforzata", sotto il profilo paesaggistico, dei siti UNESCO, con particolare riferimento proprio al Centro Storico di Roma, in considerazione del significato che assume l'inclusione nella Lista del Patrimonio Mondiale.

In particolare, la sentenza n. 9688/2020 precisa che "l'inserimento di un bene nella «lista del patrimonio mondiale» non viene operata d'ufficio dall'UNESCO, ma avviene sulla base della richiesta dello Stato interessato, che, a mezzo del Ministero competente alla tutela dei beni culturali e paesaggistici, sottopone ad un apposito Comitato intergovernativo la richiesta di includere un bene presente nel suo territorio nella predetta lista in considerazione del suo valore «assolutamente eccezionale per l'Umanità intera»".

Né mai il piano paesaggistico territoriale potrebbe comunque derogare ad una ben precisa scelta legislativa (che si è visto essere peraltro attuativa di obblighi internazionali), quale è quella di salvaguardare i siti rientranti nel Patrimonio Mondiale con imposizione di un vincolo paesaggistico, in ragione della sua collocazione gerarchicamente subordinata nonché della circostanza che tale atto è tenuto a “fotografare” i beni paesaggistici esistenti a livello regionale, ivi compresi quelli “ex lege”, e dunque ha valenza meramente “ricognitiva”.

In tal senso vedasi anche l’obbligo, gravante sulla Regione, di adeguare le perimetrazioni e i contenuti del P.T.P.R. alle previsioni di cui all’art. 143 del Codice, che impongono la “ricognizione” dei beni paesaggistici, come variamente individuati, e la disciplina delle specifiche prescrizioni d’uso (cfr. art. 156 d. lgs. n. 42/2004, nonché art. 26 L.R. n. 24/1998, secondo cui “In caso di contrasto delle perimetrazioni dei PTP o del PTPR (...) con l’effettiva esistenza dei beni sottoposti a vincolo ai sensi dell’articolo 134, comma 1, lettera c) del d.lgs. 42/2004 e successive modifiche, come risultano definiti e accertati dal PTPR, la Regione, nel rispetto degli articoli 143, comma 2 e 156, comma 3 del d.lgs. 42/2004 e successive modifiche, procede all’adeguamento delle perimetrazioni del PTPR secondo le procedure previste dalla presente legge per l’approvazione del PTPR, con i termini ridotti alla metà”): ciò a riprova del fatto che il P.T.P.R. non potrebbe comunque discostarsi dalla fonte normativa.

In conclusione, l’art. 43, comma 18 del P.T.P.R. Lazio adottato nel 2007 non può interpretarsi nel senso di escludere dal vincolo paesaggistico ex art. 136, co. 1, lett. c) d. lgs. n. 42/2004 il Centro Storico di Roma.

Da quanto sopra emerge, conseguentemente, che gli interventi edilizi che si intendano intraprendere su immobili ricompresi in luoghi o siti iscritti nella menzionata Lista UNESCO, tra cui quelli oggetto dell’istanza inoltrata dalla VAS (interessanti l’area cortilizia interna di Palazzo Bracci), devono necessariamente essere subordinati alla preventiva autorizzazione paesaggistica ai sensi dell’art. 146 d. lgs. n. 42/2004, quale “atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l’intervento urbanistico-edilizio” (cfr. comma 4).

Tale provvedimento, come noto, è reso dall’autorità competente dopo avere acquisito il “parere vincolante” della Soprintendenza, ai sensi del comma 5: il disposto normativo, dunque, subordina chiaramente il titolo autorizzatorio all’espressione di un parere preventivo, da rendersi nel termine di legge di 45 giorni, non limitato ad una verifica di mera legittimità ma contenente anche una valutazione di merito in ordine alla compatibilità paesaggistica

delle opere progettate, frutto di una “cogestione” del vincolo paesaggistico da parte dell’organo ministeriale e dotato di portata cogente e insuperabile. Soccorre, ancora una volta, quanto chiarito dalla Sezione con la menzionata sent. n. 9688/2020, in cui è stato precisato che la Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per il Comune di Roma è l’organo periferico dell’Amministrazione statale dei beni culturali “competente a rilasciare l’autorizzazione di cui all’art. 146 del d.lgs. 42/2004” per gli interventi edilizi da effettuarsi nel Centro Storico di Roma, autorizzazione necessaria per qualunque opera che interessi beni culturali o paesaggistici o ambientali, e puntualizzando che “il Ministero dei Beni Culturali ha un ruolo decisivo non solo nella fase di «imposizione del vincolo» – formulando la relativa proposta al Comitato UNESCO – ma anche nella fase successiva di «gestione del vincolo», (...) in sede di rilascio dell’autorizzazione di cui agli art. 21 e 146 del d.lgs. 42/2004 (Codice Beni Culturali) e di cui all’art. 25 della LR 24/1998, necessaria per effettuare interventi edilizi rispettivamente sui beni culturali e paesaggistici. Ciò vale sia se tali beni siano di interesse meramente «nazionale», siano essi di rilevanza «mondiale» in quanto iscritti nella lista dell’UNESCO ai sensi della «Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale», firmata a Parigi il 10 novembre 1972 e ratificata con legge 6 aprile 1977, n. 184. Si tratta di un complesso combinato di norme poste da fonti di livello internazionale, nazionale e regionale, che sanciscono un ordine di competenze e di valori che non possono essere modificati né dall’art. 24 co. 19 delle NTA del nuovo PRG del Comune, né dalle Intese siglate dall’Ente Locale e dal Ministero il 8.9. 2009”.

Ne consegue che non può in alcun modo equipararsi a detto parere vincolante quello, meramente “consultivo”, previsto dall’art. 24, co. 19 delle N.T.A. del P.R.G. di Roma Capitale: quest’ultimo, seppure obbligatorio (così espressamente lo qualifica il comma 12 della medesima disposizione, cui rinvia il citato comma 19, con la precisazione che, per la parte di Città storica interna alle Mura Aureliane dichiarata dall’UNESCO Patrimonio dell’umanità, la competenza a pronunciarsi non è del “Comitato per la qualità urbana e edilizia”, bensì della Soprintendenza statale per i beni architettonici e per il paesaggio per il Comune di Roma), è sguarnito di forza cogente, potendo essere “disatteso” dall’amministrazione capitolina.

Del resto, che il parere di cui trattasi è privo di tale natura lo testimonia chiaramente il tenore letterale delle note con cui la Soprintendenza, ai sensi della sopra citata previsione urbanistica, si è espressa favorevolmente sugli interventi oggetto delle SCIA presentate dalla controinteressata, evidenziando come “Il presente parere discende esclusivamente dalla

valutazione a titolo consultivo della compatibilità dell'intervento con i caratteri storico-architettonici e tipologici dell'edificio in cui esso verrà effettuato e con il contesto della città storica".

Ne consegue che i suddetti pareri, tra cui i due espressamente richiamati nel gravato provvedimento, non suppliscono al doveroso e vincolante accertamento di compatibilità paesaggistica che la Soprintendenza è tenuta ad effettuare ai sensi della disciplina di tutela dettata dalla Parte III del Codice del 2004.

Peraltro, il gravato provvedimento nemmeno considera il disposto dell'art. 10, comma 2 N.T.A. del P.T.P.R. adottato, che pure era stato espressamente citato nella corposa relazione acclusa all'istanza della VAS, secondo cui "l'autorizzazione paesistica è obbligatoria per i progetti delle trasformazioni dei luoghi ricadenti nei beni paesaggistici tipizzati e individuati dal PTPR e nelle relative fasce di rispetto a decorrere dalla data di pubblicazione sul BURL del PTPR adottato".

In conclusione, il ricorso è stato parzialmente accolto.

<https://www.pausania.it/il-vincolo-di-tutela-paesaggistica-interessa-tutto-il-centro-storico-di-roma-di-fabio-cusano/>

## **La maggiorazione del canone della licenza demaniale non costituisce un tributo, di Fabio Cusano**

Con sentenza 5 gennaio 2024, n. 204, il Consiglio di Stato (sez. VII) ha affermato che la maggiorazione della tariffa assume quale mero presupposto di fatto la proprietà privata, che resta un elemento estraneo alla debenza del canone. È solo l'area demaniale concessa in uso esclusivo che acquisisce un maggior valore, risultando maggiormente sfruttabile e più facilmente utilizzabile, in conseguenza della sua contiguità con altra area di proprietà dello stesso soggetto concessionario

La Società Grandi Molini Italiani S.p.a. (d'ora in avanti, GMI), premesso di utilizzare in regime di concessione demaniale marittima una banchina del porto di Livorno in forza della licenza e che retrostante la banchina si trova un'area esterna al perimetro del demanio portuale di proprietà della stessa GMI, impugnava il provvedimento dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Settentrionale (d'ora in poi, AdSPMTS) con il quale era stato rideterminato il canone demaniale per la conduzione dell'area di cui alla licenza demaniale.

La maggiorazione era stabilita sulla base del "Regolamento per l'esercizio delle operazioni e dei servizi portuali, per l'amministrazione delle aree demaniali e patrimoniali, nonché per fornitura di lavoro temporaneo nei porti dell'AdSPMTS", il quale prevede che se la banchina oggetto di concessione demaniale è asservita a un'area privata oltre al normale canone "si applica la maggiorazione" (...) "che costituisce specifica voce tariffaria". Lamentava la ricorrente che la maggiorazione in questione costituirebbe un'imposizione tributaria, poiché prevedere un'autonoma voce tariffaria per i concessionari che sono proprietari di aree limitrofe a quelle assentite significherebbe imporre un peso economico sull'immobile che confina col demanio.

Il TAR per la Toscana accoglieva il ricorso sul rilievo che la maggiorazione del canone trovava causa nell'incremento del profitto che il concessionario consegue dall'uso cui la stessa è adibita e che non rappresentava più il corrispettivo del valore dell'area concessa ma finiva con il colpire una manifestazione di (incremento di) profitto del concessionario, ovvero una manifestazione di ricchezza; tale circostanza imponeva di qualificare la maggiorazione come "tributo" adottato da un soggetto, l'Autorità, privo di competenza tributaria e in assenza di una norma che lo consentisse, con violazione del principio della riserva di legge in materia.

L'AdSPMTS ha appellato la sentenza, deducendo l'errata qualificazione della "maggiorazione" come tributo e non come canone. Evidenzia che la questione dirimente (in merito alla quale il giudice di prime cure è pervenuto



ad una conclusione errata e non condivisibile) è quella della natura giuridica del canone per operazioni portuali come determinato ai sensi della Tariffa A) del Regolamento 2021 e, in particolare, se esso abbia natura (di entrata) tributaria (come erroneamente ritenuto dal TAR) ovvero extratributaria.

La censura è fondata.

Il provvedimento di concessione di un bene pubblico (demaniale o patrimoniale indisponibile) esprime il rapporto tra l'interesse privato allo sfruttamento delle utilità economiche offerte dal bene e l'interesse pubblico costitutivo del carattere demaniale o patrimoniale indisponibile del bene. Il soddisfacimento di finalità pubblicistiche costituisce un elemento imprescindibile della concessione di beni pubblici, al punto da costituirne scopo e ragione essenziale, deponendo chiaramente in tal senso l'art. 37 cod. nav., laddove, in presenza di più richieste di concessione, rimette al discrezionale giudizio dell'Amministrazione la valutazione in ordine alla migliore rispondenza di un certo utilizzo anziché di un altro rispetto ad un più rilevante interesse pubblico, sottintendendo un complesso bilanciamento di molteplici profili di rilievo che si colgono, da un lato, con riguardo al vantaggio conseguito dalla collettività in ragione delle finalità pubbliche per il soddisfacimento delle quali il bene è concesso in uso ad altri e, dall'altro, in relazione al nocumento patito dalla medesima collettività a causa della temporanea sottrazione del bene all'uso libero e generalizzato cui è naturalmente o potrebbe essere destinato. Più precisamente, la concessione di beni demaniali è contraddistinta da una duplice finalità di rilevanza causale ed ossia: da un lato, il vantaggio personale ritraibile per il concessionario dall'uso esclusivo del bene e, dall'altro, il necessario soddisfacimento degli interessi pubblici perseguiti dall'Autorità amministrativa concedente all'esito della predetta complessa valutazione di bilanciamento, non essendo possibile il rilascio di una concessione unicamente preordinata a soddisfare le esigenze personali del concessionario a discapito e, quindi, senza il soddisfacimento, di qualsivoglia pubblico interesse. Il canone assolve ad una funzione sia corrispettiva del vantaggio scaturente dal diritto di uso esclusivo del bene demaniale, sia compensativa del nocumento patito dall'interesse pubblico soddisfatto dal non più consentito o limitato originario diritto di uso collettivo del bene medesimo.

In passato si è molto discusso sulla natura giuridica di corrispettivo pecuniario o di tributo del canone per l'uso di beni demaniali dati in concessione. Le diverse tesi elaborate in dottrina muovevano dalla differente concezione della demanialità e dunque del ruolo svolto dall'ente concedente. Tra queste prevalse originariamente la configurazione

tributaria del canone concessorio (Cass. S.U. 1395/1968). La Corte di Cassazione, poi, ha mutato completamente avviso ed ha consolidato l'affermazione della natura di corrispettivo del canone di utenza, escludendone il carattere tributario (Cass., sez. U., 29 maggio 1969, 1893 - 1898; Cass. Civ., Sez. I, 25 maggio 1979 n. 3029). La Corte costituzionale ha avvalorato tale interpretazione, confermando che «i canoni demaniali marittimi non hanno natura tributaria, ma sono corrispettivi dell'uso di un bene di proprietà dello Stato e costituiscono quindi un prezzo pubblico calcolato in base a criteri stabiliti dalla legge», onde ad essi non si applica l'art. 53 Cost. (così: Corte cost., sent. 29 del 2017).

Il canone concessorio è una «prestazione imposta» ai sensi dell'art. 23 Cost. che non ha tuttavia natura tributaria né può essere considerato come un mero canone locatizio poiché alla sua struttura e quantificazione concorre la specifica destinazione all'interesse pubblico impressa al bene demaniale. Tale destinazione impone che la determinazione del canone sia la più idonea al perseguimento dei fini di interesse pubblico che si ritengono meritevoli di soddisfazione. La giurisprudenza costituzionale aveva originariamente fatto riferimento solo alla natura autoritativa dell'atto che costituisce la prestazione (Corte Cost. n. 4, 30, 47, 122 del 1957; n. 36 del 1959; n. 51 e 70 del 1960; n. 65 del 1962; n. 55 del 1963), successivamente ravvisando la natura di prestazione imposta anche nelle ipotesi in cui la prestazione stessa, pur nascendo da un contratto privatistico volontariamente stipulato dall'utente col titolare del bene o del servizio, e quindi dando luogo ad un rapporto negoziale di diritto privato, si riferisca ad un "servizio che, in considerazione della sua particolare rilevanza, venga riservato alla mano pubblica e l'uso di esso sia da considerare essenziale ai bisogni della vita", sicché "il cittadino è libero di stipulare o non stipulare il contratto, ma questa libertà si riduce alla possibilità di scegliere fra la rinuncia al soddisfacimento di un bisogno essenziale e l'accettazione di condizioni e di obblighi unilateralmente e autoritativamente prefissati" (Corte Cost. n. 72 del 1969 in tema di tariffe del servizio telefonico; Id. n. 127 del 1988 sul "diritto di approdo"; Id. n. 122 del 1957 sui canoni per la derivazione dai bacini imbriferi montani; Id. n. 36 del 1959 per le pubbliche affissioni; Id. n. 70 del 1960 per lo sconto obbligatorio sui prezzi dei medicinali; Id. n. 2 del 1962 per l'occupazione di suolo pubblico; Id. n. 55 del 1963 per i contributi ad un consorzio di bonifica).

La nozione di tributo è comprensiva di imposte e di tasse: le imposte afferiscono a fatti che manifestano la capacità contributiva del soggetto e sono dirette ad approntare i mezzi finanziari per il perseguimento dei fini generali dello Stato o di altri enti impositori; le tasse sono invece legate al

finanziamento, in particolare, di un'attività o di un servizio pubblico e riguardano specificamente il contribuente, potenziale o effettivo fruitore dello stesso. In questo ambito, le tasse costituiscono, come sottolineato dalla dottrina, fattispecie di confine tra le imposte e le entrate patrimoniali extratributarie. Alla luce dei generali principi sopra richiamati, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 25551 del 23 ottobre 2007 hanno statuito quanto segue: "Deve quindi distinguersi tra tassa, da una parte, che condivide la natura tributaria delle imposte, e, dall'altra, canoni (o tariffe o diritti speciali) e prezzi pubblici, che rientrano nella categoria delle entrate patrimoniali pubbliche extratributarie; distinzione questa che si racchiude in una qualificazione formale prima ancora che contenutistica. E' il legislatore che assegna ad una determinata prestazione del soggetto che fruisce il servizio la qualificazione di tassa, e così la assoggetta al regime dei "tributi", ovvero di canone o prezzo pubblico; e costruisce alternativamente il nesso tra entrata pubblica ed erogazione del servizio vuoi in termini di para commutatività (tassa), vuoi di commutatività o di vera e propria sinallagmaticità (entrate pubbliche extratributarie); come risultava, ad esempio, dal raffronto tra canone demaniale e tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche la cui sottile linea di demarcazione, in presenza di due fattispecie aventi chiaramente un comune sostrato economico, correva lungo il tracciato della diversa costruzione normativa (i.e.: qualificazione formale)".

Quindi una tassa è tale innanzitutto ove questa qualificazione sia espressamente assegnata dal legislatore ad un'entrata pubblica. Ove non risulti siffatta qualificazione deve ritenersi che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, abbia optato per un diverso modulo di copertura finanziaria dei costi del servizio pubblico (quello a mezzo delle entrate extratributarie), a meno che non emergano elementi univoci e convergenti delle caratteristiche concrete del nesso tra la prestazione del servizio pubblico e l'obbligazione pecuniaria posta a carico del fruitore del servizio stesso sì da ricondurre un'entrata pubblica, in ragione appunto delle sue marcate caratteristiche sostanziali, nell'alveo di quelle di natura tributaria piuttosto che tra quelle di natura extratributaria, pur in mancanza di un'espressa qualificazione normativa.

Nella specie, la maggiorazione della tariffa assume quale mero presupposto di fatto la proprietà privata, che resta un elemento estraneo alla debenza del canone. È solo l'area demaniale concessa in uso esclusivo che acquisisce un maggior valore, risultando maggiormente sfruttabile e più facilmente utilizzabile, in conseguenza della sua contiguità con altra area di proprietà dello stesso soggetto concessionario.

Ha quindi errato il Giudice a ritenere che la maggiorazione del canone sia qualificabile come tributo.

L'appello è stato pertanto accolto e la sentenza impugnata riformata.

<https://www.pausania.it/la-maggiorazione-del-canone-della-licenza-demaniale-non-costituisce-un-tributo-di-fabio-cusano/>

## **Questo termovalorizzatore a Santa Palomba s'ha da fare, di Fabio Cusano**

Il Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2024, n. 1349 ha statuito che la scelta operata dal Commissario è al contempo:

- a) rispettosa della gerarchia dei rifiuti perché riduce in modo significativo il conferimento in discarica, ottimizzando il ciclo nel suo complesso (cfr. art. 4 direttiva 2008/98 CE e artt. 179 e 182 del T.U.A.);
- b) incrementa l'attività di recupero (energetico) che è attività sovraordinata nella gerarchia dei rifiuti rispetto al conferimento in discarica (artt. 179, comma 1, lett. d) e 181 del T.U.A.);
- c) attua l'autosufficienza e la prossimità territoriale nello smaltimento e nel recupero dei rifiuti (art. 182-bis del T.U.A.);
- d) attua il principio della gestione dei rifiuti "senza pregiudizio per l'ambiente" in relazione al minor impatto ambientale connesso alle attività di trasporto dei rifiuti e a quello collegato di precauzione (artt. 177 e 178 del T.U.A.).

Ciò in conformità non solo alle previsioni del piano regionale e di quello nazionale ma degli stessi principi indicati dalla direttiva 2008/98 CE.

Da quanto precede discende che la scelta di realizzare l'inceneritore è conforme anche a quanto statuito dalla Corte di giustizia UE, sezione VI con la sentenza 8 maggio 2019 in causa C-305/18 laddove, al punto 39, afferma che "il principio della «gerarchia dei rifiuti», quale espresso all'articolo 4 della direttiva «rifiuti» e letto alla luce dell'articolo 13 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che qualifica gli impianti di incenerimento dei rifiuti come «infrastrutture e insediamenti strategici di preminente interesse nazionale», purché tale normativa sia compatibile con le altre disposizioni di detta direttiva che prevedono obblighi più specifici".

Nel caso di specie la decisione di realizzare l'inceneritore è, infatti, coerente con altri e più specifici obblighi imposti dalla direttiva che non mettono in discussione in alcun modo il principio di gerarchia e, in particolare, la priorità delle misure sovraordinate rispetto al recupero, quali la prevenzione, la preparazione per il riutilizzo ed il riciclaggio, tant'è che il piano impugnato si fa espressamente carico di prevedere apposite misure per potenziare in primis proprio la raccolta differenziata che, secondo l'obiettivo di piano, viene portata al 65% con un tasso di riciclaggio al 51,4%.

Né può contestarsi l'insufficienza delle percentuali di riciclaggio previste dal piano per inferirne la illegittimità della scelta di realizzare l'inceneritore,

atteso che gli obiettivi di riciclaggio devono essere ragionevoli e sostenibili ed il loro mancato raggiungimento nel tempo non fa comunque venir meno l'obbligo di potenziare le altre misure, quali quelle di recupero, anche energetico, e di attuare i principi di sistema, quale quello di autosufficienza e prossimità degli impianti, oltre che di tutela dell'ambiente rispetto all'impatto delle operazioni di trasporto dei rifiuti dai luoghi dove gli stessi sono prodotti verso quelli dove insistono gli impianti di trattamento e di smaltimento.

Del resto, è la stessa Corte di giustizia a precisare al punto 29 della menzionata sentenza che "la gerarchia dei rifiuti costituisce un obiettivo che lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità, non obbligando questi ultimi ad optare per una specifica soluzione di prevenzione e gestione", in tal modo escludendo il carattere direttamente precettivo della previsione che, invece, gli appellanti invocano, senza fondamento, quale parametro diretto di legittimità dei provvedimenti impugnati, come rilevato anche dal T.a.r. laddove ha correttamente evidenziato che il principio si indirizza primariamente al legislatore nazionale, indicando un criterio da attuare "nella normativa e nella politica in materia di prevenzione e gestione di rifiuti".

<https://www.pausania.it/questo-termovalorizzatore-a-santa-palomba-sha-da-fare-di-fabio-cusano/>

## **Il TAR Roma suffraga il rigassificatore di Piombino, di Fabio Cusano**

Il TAR Lazio, Roma, sez. III, 23 gennaio 2024, n. 1279 ha affermato che risulta, in modo obiettivo e difficilmente contestabile, che:

- la guerra del febbraio 2022, in conseguenza della quale si è creata la situazione di emergenza energetica, è ancora in corso e all'attualità pare lungi dal cessare;
- l'Italia, a fronte di un'importazione di gas russo, nel periodo pre-guerra attestatasi attorno ai 30 miliardi di m<sup>3</sup> (nel 2019) pari al 40% circa della domanda globale, ha finora compiuto notevoli sforzi per ridurre tale importazione ad un terzo e deve proseguire in questa direzione, ponendo in essere tutti gli interventi necessari a rendersi completamente indipendente dalla Russia, dalla quale oggi ancora dipende;
- il terminale di Piombino copre oggi circa il 20% della capacità di rigassificazione italiana e, questo dato, è idoneo di per sé a dimostrare la centralità dell'impianto per la sicurezza energetica nazionale;
- tutta la capacità di rigassificazione del terminale di Piombino è, ad oggi, stata già allocata: al 100% per l'anno termico 2023-2024; al 95% per i successivi anni termici 2024-2025, 2025-2026 e all'86% per i rimanenti anni. Ne consegue che l'interesse nazionale alla differenziazione delle fonti di approvvigionamento del gas naturale – dunque alla realizzazione di terminali di rigassificazione – non può dirsi venuto meno ma persiste nelle sue concretezza e attualità.

<https://www.pausania.it/il-tar-roma-suffraga-il-rigassificatore-di-piombino/>