

# Semplificazione e trasparenza amministrativa: esperienze italiane ed europee a confronto

A.A. V.V.

A cura di Guglielmo Trupiano



COLLANA EUROPAROLE





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI NAPOLI FEDERICO II

ISBN 9788897591597

© Copyright 2016 Edicampus edizioni – Roma – [www.edicampus-edizioni.it](http://www.edicampus-edizioni.it)

Edicampus è un marchio Poda Imaging s.r.l. – [www.poda.it](http://www.poda.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo, nonché la memorizzazione elettronica, sono riservate per tutti i Paesi.

Progetto grafico e impaginazione:  
Poda Imaging

Le opinioni espresse in questa pubblicazione sono esclusivamente quelle degli autori.

La Commissione non è responsabile dell'eventuale utilizzo delle informazioni contenute in tale pubblicazione.

Questa pubblicazione è realizzata con il contributo dell'Unione europea.

# Sommario

La trasparenza come diritto e come opportunità per la cittadinanza

*di Guglielmo Trupiano*

Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni

*di Maria Alessandra Sandulli*

Politiche di contrasto alla corruzione. Legge 06/11/2012 n.190 e s.m.i.

La strategia amministrativa.

*di Almerina Bove*

Il mutamento d'uso urbanisticamente rilevante art.23-D.L. 12/9/2013

n. 133 convertito con modifiche dalla L. 11/12/2014 n. 164.

*di Carmen Cioffi*

Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia, la conferenza di servizi e il silenzio assenso di cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990

*di Giuseppina Mari*

Repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'azione amministrativa ed affidamento del privato alla luce dell'orientamento dell'Unione europea.

*di Maria Camilla Spina*

PREFAZIONE

# La trasparenza come diritto e come opportunità per la cittadinanza

*di Guglielmo Trupiano*

L'evoluzione dell'accessibilità della cittadinanza all'interno dell'attuale panorama di governance territoriale ed istituzionale ha risentito delle spinte dal basso verso l'alto trainate, essenzialmente, da nuove forme di monitoraggio civico e dalle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione che permettono una maggiore accessibilità e (laddove ben gestite), possono essere elementi che vanno a coadiuvare un percorso di co-progettazione istituzionale sempre più necessario, specialmente all'interno dell'attuale panorama politico, civico ed istituzionale ove la partecipazione alla vita politica ed istituzionale latitano.

“Trasparenza” e “semplificazione”, tuttavia, appaiono sempre più come parti integranti di un vocabolario che si fonda su una retorica politica che li usa e li sfrutta come elementi di immagine di politiche programmatiche quasi sempre vuote e non tangibili, alle quali è difficile dare una risposta.

Sicuramente, in questo senso, critiche distruttive sono di facile perimetrazione ma, parimenti, bisogna anche sostenere come sia altrettanto facile farsi trasportare da politiche esaltate dalla “semplicità” apparente che le nuove TIC possono comportare, soprattutto nel campo delle relazioni tra governanti e governati. Si pensi, ad esempio, al quasi impossibile connubio tra la normativa sulla trasparenza, che impone determinati adempimenti alle pubbliche amministrazioni nel campo della comunicazione online, con i social media istituzionali delle stesse pubbliche amministrazioni: se, da un lato, questi ultimi possono essere veicoli di informazione e (se ben gestiti) addirittura di co-progettazione politica ed istituzionale, dall'altro le strette e necessarie maglie della disciplina della trasparenza e dell'anticorruzione non certo permettono determinate “licenze” nella comunicazione nei confronti della cittadinanza.

Il tema, è dunque, ben più complesso di quel che sembra ed è, parallelamente, sempre stato al cuore del Centro Europe Direct LUPT dell'Ateneo federiciano.

Quest'ultimo si è da sempre impegnato nel fare della trasparenza e della rendicontazione sociale delle proprie attività uno dei cardini delle proprie politiche di comunicazione.

Il Centro ha partecipato a numerose riunioni concertative del Tavolo sulla Trasparenza Comunicativa, disegnato dal Dipartimento per la Funzione Pubblica e dal Formez PA.

Parallelamente, grazie ai social media attivati dal Centro, quest'ultimo riesce a “rendere conto” attraverso i contenuti ed immagini, le attività implementate nei confronti della cittadinanza di riferimento.

Questa attenzione si fonda sulla convinzione per la quale la trasparenza nei confronti della cittadinanza sia in primis un diritto per gli stessi cittadini. È un impulso nella costruzione di una dialettica concreta

e parallelamente necessaria per la co-ideazione e per la co-progettazione di sistemi di governo politici, civici ed istituzionali che appaiono sempre più cogenti all'interno dell'attuale panorama informativo.

Le attuali tendenze della Commissione europea mirano verso questi tematismi e forniscono anche delle best practice in questo senso.

È necessario innanzitutto considerare che la trasparenza viene intesa, nelle more della prospettiva UE, come strumento di semplificazione e governance e dunque come asset strategico generale.

La Commissione Juncker, più in particolare, ha dato un forte impulso in questo ambito, con strumenti quali, ad esempio, strutture istituzionali ad hoc e l'attivazione di registri per la trasparenza. Sul piano di governance territoriale, gli strumenti del CLLD e dell'ITI confermano questo atteggiamento.

Ciò opera nel solco del continuo dialogo con i cittadini, inaugurato dall'Anno europeo ed essi dedicato.

Queste buone pratiche servono a mirare più in alto, desumendo le corrette strategie da organizzazioni complesse per poi tradurle nelle realtà nazionali, regionali e locali.

La trasparenza e la semplificazione appaiono come le reali chiavi interpretative per la gestione degli attuali scenari: la semplificazione e la trasparenza sono gli strumenti ermeneutici per fronteggiare l'odierna complessità.

# Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni<sup>1\*</sup>

di Maria Alessandra Sandulli

## Abstract:

L'articolo, esaminati i recenti interventi del legislatore diretti a semplificare i titoli abilitativi edilizi, si sofferma sul silenzio-assenso e sulla s.c.i.a. Detti istituti, se per un verso semplificano il conseguimento del titolo, per l'altro trasferiscono sugli interessati la responsabilità della sua legittimità, lasciandoli esposti al potere repressivo della p.A., privandoli della protezione del provvedimento amministrativo espresso, che pone sugli uffici competenti la responsabilità della verifica di conformità dell'attività iniziata al quadro normativo vigente. La l. n. 124 del 7 agosto 2015 è intervenuta sul regime della s.c.i.a. e del silenzio-assenso, accentuando le garanzie di stabilità del titolo, nonché sul regime dell'annullamento d'ufficio, fissando un limite temporale massimo al relativo esercizio.

*The paper, examined the recent legislative interventions in order to simplify building permits, focuses on the silent consent and s.c.i.a.. These institutes, if on one hand simplify the consecution of the title, on the other, transfer the responsibility of its legitimacy to the applicants, leaving them exposed to the repressive power of the public administration. Furthermore, these institutes take away the explicit license protection that assign to the public administration the responsibility to verify if the construction already started respects the law. The law no. 124/2015 has changed the s.c.i.a. and tacit silent regulation increasing guarantees for the license stability; furthermore the law indicated has changed the office annulment regulation, by establishing a maximum time limit to its exercise.*

---

1 Il presente lavoro costituisce esito della rielaborazione e dell'aggiornamento dell'intervento al Seminario organizzato dal Centro Interdipartimentale di ricerca Laboratorio di Urbanistica e di Pianificazione Territoriale "Raffaele D'Ambrosio" (L.U.P.T.), Università degli Studi di Napoli Federico II, sul tema *Titoli abilitativi edilizi: Sblocca Italia e Decreto del Fare. Le novità dal 2013 e spunti di riflessione*, tenutosi a Napoli, Chiesa S.S. Demetrio e Bonifacio, il 6 luglio 2015, nonché dei seguenti lavori già pubblicati della medesima Autrice: M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizione*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 301; ID., *La segnalazione certificata di attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015; ID., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 15 luglio 2015; ID., *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, *ivi*, 16 settembre 2015; ID., *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela"*, *ivi*, 28 ottobre 2015.

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Quadro dei titoli abilitativi a seguito delle modifiche del 2013 e del 2014. – 3. S.c.i.a. e silenzio assenso e conseguenze dell'accertamento della difformità del titolo rispetto alla normativa vigente. – 4. Le modifiche al regime della d.i.a./s.c.i.a. e del silenzio-assenso sui procedimenti a istanza di parte e l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, l. n. 241/1990. – 5. La riforma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990: i limiti temporali all'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. – 6. I nuovi limiti al potere amministrativo di sospensione dell'efficacia e dell'esecutività dei provvedimenti. – 7. Le conseguenze delle nuove disposizioni sulla tutela del terzo. – 8. Il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra queste e gestori di beni o servizi pubblici. – 9. Riflessioni conclusive.

## 1. Premessa.

La decisione di fermare nuovamente l'attenzione sul complesso e articolato sistema dei titoli abilitativi all'esercizio dell'attività edilizia, determinata dall'esigenza di cercare di offrire elementi di chiarezza in un quadro normativo caratterizzato da forti contraddizioni e da conseguenti contrasti interpretativi, è stata tristemente "premiata" dalle recenti modifiche normative introdotte dal c.d. "decreto del fare" (d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98) e dal c.d. decreto "sblocca Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni nella l. 11 novembre 2014, n. 164), foriere purtroppo di nuovi elementi di incertezza. Anche se, rientrando nel più vasto ambito del "governo del territorio", la specifica disciplina dei titoli abilitativi è riconducibile alla potestà legislativa concorrente, la fonte primaria di riferimento in materia resta comunque il t. u. dell'edilizia (approvato, come noto, con d.P.R. n. 380/2001 e variamente modificato fino alle ultime novelle dell'agosto 2013 e del settembre 2014), che, nella scelta del titolo, più o meno semplificato, di legittimazione all'esercizio dell'attività edilizia, costituisce espressione di potestà legislativa esclusiva. Come ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza, il regime dei controlli sull'esercizio dello *ius aedificandi* attiene all'ordinamento civile e ai livelli essenziali delle prestazioni, che l'art. 117, comma 2, Cost. affida alla competenza esclusiva dello Stato<sup>2</sup>. Inoltre, sono ricondotte nell'ambito della normativa di principio in materia di governo del territorio le disposizioni legislative riguardanti i titoli abilitativi per gli interventi edilizi, nonché, *a fortiori*, le disposizioni che definiscono le categorie di interventi<sup>3</sup>. Non si deve peraltro trascurare – ed è questo il tema centrale del contributo – che, in termini più generali, la disciplina dei titoli abilitativi edilizi è strettamente legata alle esigenze di semplificazione che anche l'ordinamento dell'Unione Europea impone all'esercizio delle attività economiche (Direttiva n. 123/2006), pur con il limite della salvaguardia degli interessi pubblici primari che tradizionalmente incidono anche sul governo del territorio (ambiente, sicurezza, patrimonio artistico e culturale, salute, ecc.). A ciò si aggiunge la rilevanza del titolo abilitativo ai fini degli effetti di eventuali abusi (nelle forme classiche dell'esercizio dell'attività in assenza o in difformità dal medesimo) sul piano penale. Ed è significativo che il TUED, nel lasciare espressamente alle Regioni il potere di ampliare o ridurre l'ambito applicativo delle disposizioni sulla d.i.a./s.c.i.a., sottolinea comunque l'indifferenza della scelta regionale ai fini penali, precisando, al comma 4 dell'art. 22, che "*restano, comunque,*

<sup>2</sup> *Ex multis*, Corte Cost., nn. 164 e 188 del 2012.

<sup>3</sup> *Ex multis*, Corte cost., 23 novembre 2011, n. 309, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 250.

*ferme le sanzioni penali previste all'articolo 44*" (relative all'assenza o difformità dal permesso). Coerentemente, con riferimento ai casi (previsti dall'art. 22, comma 3) in cui la dichiarazione/segnalazione può essere utilizzata in alternativa al permesso, l'art. 44, comma 2-*bis*, ha espressamente cura di precisare che l'assenza o totale difformità dalla medesima è soggetta alle stesse sanzioni previste per l'assenza o difformità totale dal permesso. Specularmente, nei casi in cui è l'interessato (avvalendosi della facoltà offertagli dall'art. 22, comma 7) a scegliere cautelativamente il permesso per la realizzazione degli interventi di minore consistenza elencati ai commi 1 e 2 dello stesso art. 22, è chiarito che tale scelta non implica l'applicazione del regime sanzionatorio penale del permesso e che gli eventuali abusi sono soggetti al regime dettato dall'art. 37 per gli interventi in assenza o difformità dalla s.c.i.a. Le riferite precisazioni sono estremamente importanti, se si ricorda che la Cassazione penale riconobbe la sussistenza del reato di costruzione senza concessione edilizia per un intervento realizzato in base alla c.d. super-d.i.a. introdotta dalla l.r. Lombardia n. 18 del 2002, sostenendo che gli interessati avrebbero dovuto sapere che la regione non aveva il potere di modificare il regime penale<sup>4</sup>. La condanna inflitta al costruttore che aveva confidato in una legge, senza darsi carico di vagliarne la legittimità costituzionale, costituisce esempio emblematico del costante attentato del nostro sistema al principio di certezza del diritto, che pure, prima ancora che valore primario dello Stato di diritto, costituisce principio irrinunciabile di civiltà giuridica, essenziale anche a delimitare il potere giurisdizionale in una corretta lettura del principio di separazione dei poteri<sup>5</sup>. Il problema dell'incertezza delle regole, che presenta un'estrema varietà di contorni (dagli imprevedibili riasseti dei rapporti giuridici ed economici che, senza darsi carico delle situazioni in corso, ribaltano in modo radicale le conseguenze delle scelte d'impostazione di una vita, al susseguirsi "alluvionale" delle disposizioni che si sovrappongono in tempi rapidissimi, impedendo qualsiasi sedimentazione e approfondimento critico dei loro contenuti<sup>6</sup>, e troppo spesso si contraddicono, addirittura mentre si richiamano<sup>7</sup>, alla lacunosità e alla cattiva qua-

4 È il caso affrontato da Cass., Sez. III pen., *Selva e Zoia*, che con ord. 28 gennaio 2004 ha rimesso alla Corte cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, l.r. Lombardia n. 22/1999, come modificato ed integrato dall'art. 3 della l.r. n. 18/2002, in relazione agli artt. 22, comma 3, e 44, comma 2-*bis*, TUED.

5 Cfr. per tutti *amplius* sul tema il lucidissimo saggio di M. LUCIANI, *Funzioni giurisdizionali e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss. e, con specifico riferimento ai poteri del giudice amministrativo e ai nuovi poteri di nomofilachia attribuiti all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dall'art. 99 c.p.a., M.A. SANDULLI, *Effettività delle norme giuridiche nell'interpretazione giurisprudenziale e tutela del cittadino*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e *Il ruolo del giudice amministrativo e i limiti al potere giurisprudenziale di interpretazione*, Relazione al Convegno annuale AIPDA del 2012, in *Annuario* 2012, Napoli, ES, 2013.

6 Emblematico per tutti il caso delle disposizioni di modifica degli artt. 19 ss. della l. n. 241/1990, introdotte in via d'urgenza dal d.l. 35/2005, conv. nella l. n. 80, nelle more della pubblicazione della l. n. 15 con la quale, dopo un lavoro pluriennale, si era giunti ad approvare la riforma della stessa legge: cfr. M.A. SANDULLI, *Semplificazione e competitività. Braccia legate e incertezza del diritto*, in *Giust. amm.*, 2005, richiamando, tra l'altro, le perplessità già espresse sugli strumenti di c.d. semplificazione in *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della p.a.*, in *Giust. civ.*, 1994 e *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. Dir. Parl.*, 2003.

7 L'esempio più eclatante è dato proprio dalle disposizioni in tema di semplificazione che si sono susseguite a partire dal 2011 (dd.ll. nn. 138/2011 e 1 e 5 del 2012 e rispettive leggi di conversione), che, pur richiamando e facendo salve le precedenti, di fatto le contraddicevano nei contenuti: una dimostrazione dell'assoluta fondatezza di queste critiche è data dalla sentenza n. 200/2012 della Corte costituzionale, che, con riferimento al d.l. n. 138, ha significativamente osservato che "L'art. 3, comma 3, è costituzionalmente illegittimo, in quanto dispone, allo scadere di un termine prestabilito, l'automatica "soppressione", secondo la terminologia usata dal legislatore, di tutte le normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche, stabilito al comma 1. Alla luce delle precedenti considerazioni relative al tenore normativo dell'art. 3, comma 1, che contiene disposizioni di principio, e non prescrizioni di carattere specifico e puntuale, la soppressione generalizzata delle normative statali con esso incompatibili appare indeterminata e potenzialmente invasiva delle competenze legislative regionali. Infatti, sebbene la disposizione abbia ad oggetto le sole normative statali, la "soppressione" di queste per incompatibilità con principi così ampi e generali come

lità del dettato normativo<sup>8</sup>, alla stessa incertezza delle fonti<sup>9</sup>), si va progressivamente aggravando, con conseguenze viepiù pericolose proprio in relazione ai rapporti tra legislazione e giurisdizione. L'incertezza delle regole, come ben evidenziato qualche anno fa in favore della codificazione di quelle del processo amministrativo<sup>10</sup>, incide inevitabilmente sul potere dei giudici, chiamati troppo spesso a colmare le lacune dell'ordinamento e a cercare la soluzione del caso concreto tra norme spesso contraddittorie e incomprensibili, con il rischio di trasformare una funzione interpretativa del diritto che ne presuppone e ne garantisce in ogni caso la supremazia in una funzione creativa del diritto che attinge a precetti privi di valore giuridico (come le regole della morale o del costume)<sup>11</sup>, che spetta invece soltanto al legislatore tradurre in regole cogenti, contro la cui violazione è legittimo reagire<sup>12</sup>.

*quelli enunciati all'art. 3, comma 1, e che richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione reciproca, a parte ogni considerazione sulla sua praticabilità in concreto, non appare suscettibile di esplicare effetti confinati ai soli ambiti di competenza statale. Altro è prevedere l'abrogazione di normative statali, altro è asserire che gli effetti dell'abrogazione di tali normative restino circoscritti ad ambiti di competenza statale. Vi sono normative statali che interessano direttamente o indirettamente materie di competenza regionale, come accade nel caso delle leggi dello Stato relative a materie di competenza concorrente, o di competenza statale di carattere trasversale, che di necessità s'intrecciano con le competenze legislative regionali. L'effetto della soppressione automatica e generalizzata delle normative statali contrarie ai principi di cui all'art. 3, comma 1, oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali. Inoltre, l'automaticità dell'abrogazione, unita all'indeterminatezza della sua portata, rende impraticabile l'interpretazione conforme a Costituzione, di talché risulta impossibile circoscrivere sul piano interpretativo gli effetti della disposizione impugnata ai soli ambiti di competenza statale. Infine, poiché la previsione censurata dispone la soppressione per incompatibilità, senza individuare puntualmente quali normative risultino abrogate, essa pone le Regioni in una condizione di obiettiva incertezza, nella misura in cui queste debbano adeguare le loro normative ai mutamenti dell'ordinamento statale. Infatti, le singole Regioni, stando alla norma censurata, dovrebbero ricostruire se le singole disposizioni statali, che presentano profili per esse rilevanti, risultino ancora in vigore a seguito degli effetti dell'art. 3, comma 3, primo periodo. La valutazione sulla perdurante vigenza di normative statali incidenti su ambiti di competenza regionale spetterebbe a ciascun legislatore regionale, e potrebbe dare esiti disomogenei, se non addirittura divergenti. Una tale prospettiva determinerebbe ambiguità, incoerenza e opacità su quale sia la regolazione vigente per le varie attività economiche, che potrebbe inoltre variare da Regione a Regione, con ricadute dannose anche per gli operatori economici. Di conseguenza, l'art. 3, comma 3, appare viziato sotto il profilo della ragionevolezza, determinando una violazione che si ripercuote sull'autonomia legislativa regionale garantita dall'art. 117 Cost., perché, anziché favorire la tutela della concorrenza, finisce per ostacolarla, ingenerando grave incertezza fra i legislatori regionali e fra gli operatori economici. Per le medesime ragioni, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del primo periodo dell'art. 3, comma 3, coinvolge anche i periodi successivi della disposizione in esame, dato che l'ambito di intervento degli strumenti di semplificazione, previsti dal secondo periodo, nonché quello dei regolamenti di delegificazione di cui al terzo periodo, è determinato per relationem al primo periodo. La stessa indeterminatezza che vizia la prima proposizione si riverbera anche sui successivi contenuti dell'art. 3, comma 3, che deve, dunque, essere dichiarato costituzionalmente illegittimo”.*

8 Una facile dimostrazione dell'assoluta fondatezza di queste critiche è data ancora una volta dal d.l. n. 138 del 2011, che, all'art. 3, comma 3, prevedeva l'automatica soppressione della scadenza del termine di un anno dall'entrata in vigore della legge di conversione (termine poi prorogato al 30 settembre 2012, ma di fatto, come anticipato alla nota precedente, superato dalle contrastanti indicazioni dei successivi decreti) delle normative statali “incompatibili” con i principi disposti al comma 1, con conseguente applicazione diretta degli istituti di segnalazione di inizio di attività e di autocertificazione. Non è evidentemente questa la sede per approfondire l'argomento, ma è sufficiente leggere l'articolo e le giuste censure di cui ne ha fatto oggetto (su ricorso delle Regioni Emilia Romagna e Umbria) la Corte costituzionale nella sentenza n. 200 del 2012 (in particolare, pt. 8) per comprendere le gravissime condizioni in cui versa la nostra regolazione.

9 Il riferimento è, non soltanto ai rapporti con le fonti sovranazionali e in particolare a quello con il diritto europeo (Carta EDU e interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo) e al valore delle sentenze (cfr. la questione dell'*overruling* giurisprudenziale lucidamente e correttamente affrontata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota sentenza 11 luglio 2011, n. 15144, ampiamente richiamata da M. Luciani e da M.A. Sandulli negli scritti sopra citati), ma anche al proliferare di leggi-provvedimento e ai rapporti tra fonti primarie e fonti secondarie, tra fonti statali e fonti regionali, oltre che tra legislazione e norme tecniche, ecc..

10 N. Irti, *Relazione al Convegno di Varenna del settembre 2010*, in *Atti*, 2011.

11 Cfr. Cass., Sez. lav., 19 ottobre 2011, n. 2163.

12 In argomento, mi si consenta richiamare le ulteriori e più ampie considerazioni svolte nelle *Conclusioni* al Con-

I riflessi che l'incertezza del quadro normativo esplica in ambito sanzionatorio<sup>13</sup> ne esaltano all'evidenza la gravità e impongono di porre il problema della sua soluzione al primo posto nell'agenda politica di un Paese che non può assolutamente permettersi di mettere in fuga gli investitori, italiani e stranieri, fondatamente scoraggiati dalla sempre maggiore difficoltà di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie condotte. Da ciò la richiamata opportunità di riproporre una riflessione sul sistema dei titoli di legittimazione all'esercizio dell'attività edilizia.

## 2. Quadro dei titoli abilitativi a seguito delle modifiche del 2013 e del 2014.

Alla luce della riferita premessa sulle fonti, ricordo a meri fini di inquadramento sistematico, che il t.u. edilizia (art. 6) distingue, in relazione al loro diverso impatto sul territorio, quattro tipologie di interventi (artt. 6, 10 e 22).

1) La prima categoria è costituita dalle c.d. *attività edilizie libere*, che, fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici e comunque nel rispetto delle normative di settore in vario modo incidenti sulla disciplina dell'attività edilizia (*in primis* quelle a tutela del paesaggio, della sicurezza, ecc.), non sono soggette ad alcun titolo abilitativo e dunque neppure alla mera comunicazione di inizio lavori – CIL – (es. manutenzione ordinaria, eliminazione di barriere architettoniche senza modifiche della sagoma dell'edificio).

2) La seconda tipologia raccoglie gli *interventi soggetti a mera comunicazione*, anche per via telematica, dell'inizio dei lavori – c.i.l. – (es. interventi di manutenzione straordinaria, ivi compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne, sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio, mentre la condizione che non implicino aumento delle unità immobiliari e non implicino incremento di parametri urbanistici è stata elisa dal d.l. "sblocca Italia"; installazione di pannelli solari, aree ludiche senza fine di lucro, elementi di arredo delle aree pertinenziali, ecc.). Questi interventi, al pari di ogni altra attività edilizia libera, possono essere realizzati senza alcun titolo abilitativo solo se rispettano gli strumenti urbanistici comunali e le correlate normative di settore e, in particolare, le norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie e quelle relative all'efficienza energetica, nonché le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio). Dall'esame delle norme regionali che hanno recepito il contenuto del t.u. edil. (o parti di esso), si ricava che nell'elencazione delle attività di edilizia libera molte Regioni si sono attenute a quanto previsto dal d.P.R. n. 380/2001. In qualche caso è stata mantenuta la distinzione tra le attività di edilizia libera, per le quali è richiesta la comunicazione anticipata al Comune e quelle per le quali essa non occorre. Per alcune categorie di interventi (tra cui quelli di manutenzione straordinaria), la comunicazione deve essere asseverata da un tecnico abilitato, il quale atte-

---

vegno su "Principio di legalità e effettività della tutela", svoltosi il 20 novembre 2015 per il centenario dalla nascita di Aldo M. Sandulli, in *Dir. e Soc.* 2015.

13 Cfr. M. ESPOSITO, *Indeterminatezza normativa e poteri creativi del Giudice in tema di sanzioni amministrative: problemi di costituzionalità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro amm.-TAR.*, 2013, nonché gli atti dell'incontro AIPDA (Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo) svoltosi all'Università degli Studi Roma Tre il 6 febbraio 2014 su *Riflessioni sull'incertezza delle regole. Il proliferare delle sanzioni più o meno nascoste*, in [www.dirittoamministrativo.org](http://www.dirittoamministrativo.org).

sta, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi vigenti, nonché che sono compatibili con la normativa in materia sismica e con quella sul rendimento energetico nell'edilizia e che non vi è interessamento delle parti strutturali dell'edificio; la comunicazione deve inoltre contenere i dati identificativi dell'impresa alla quale si intende affidare la realizzazione dei lavori. Balza immediatamente agli occhi la rilevanza dell'autovalutazione che l'interessato deve fare in ordine all'entità e alle caratteristiche dell'intervento e alla relativa rispondenza alle norme di settore. Le precedenti considerazioni sull'incertezza del quadro regolatorio, aggravata dalla necessità di interpretarne il combinato disposto con gli strumenti urbanistici e con gli altri eventuali vincoli sul territorio, rischiano però di rendere questo compito estremamente arduo. *Quid iuris* dunque se tali attestazioni e dichiarazioni non risultano poi esatte? È purtroppo tutt'altro che rara la circostanza che, anche a distanza di anni, magari su sollecitazione di terzi o anche all'esito di indagini penali, l'amministrazione che avrebbe dovuto vigilare sulla relativa correttezza ne affermi l'inidoneità a legittimare l'intervento. Con il risultato di trasformare una misura di semplificazione dell'attività edificatoria, concepita anche al fine di rilanciare l'economia, in una mera deresponsabilizzazione degli uffici amministrativi a danno degli operatori, dei liberi professionisti e degli investitori, esposti al rischio di vedersi contestare dopo anni l'idoneità del titolo (con pericolose conseguenze anche sul piano civile e penale) e, per l'effetto, in un ingiusto "deterrente" per i più prudenti e proprio per questo meritevoli di maggiore attenzione e tutela. Il problema è stato opportunamente "attenzionato" dal legislatore nei più recenti interventi, sui quali si rinvia ai successivi paragrafi 3).

Un ruolo di assoluta rilevanza assumono poi gli *interventi soggetti prima a d.i.a., ed oggi a s.c.i.a. o super-d.i.a.*<sup>14</sup>, che rappresentano una categoria residuale:

- i) interventi diversi tanto da quelli totalmente liberi o soggetti a mera comunicazione di inizio lavori che da quelli soggetti a permesso di costruire purché (e qui sta di nuovo il profilo delicato) conformi "*alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente*";
- ii) varianti a permessi di costruire che non ne violano le eventuali prescrizioni, non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, non modificano le destinazioni d'uso e la categoria edilizia e, qualora relative ad edifici sottoposti a vincolo culturale o paesaggistico, non ne alterano la sagoma;
- iii) altri interventi che, per le loro caratteristiche, non dovrebbero richiedere valutazioni di natura discrezionale e per i quali, come anticipato, gli interessati, senza che ciò incida sul regime sanzionatorio, anche amministrativo (artt. 33, comma 6-bis, 34, comma 2-bis, 35, comma 3-bis), possono pertanto scegliere di utilizzare lo strumento di abilitazione semplificato in alternativa al permesso: a) gli interventi di ristrutturazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettera c); b) gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione

14 Si ricorda che a norma del comma 4-ter dell'art. 49 d.l. n. 78/2010, conv. nella l. n. 122, le espressioni "“segnalazione certificata di inizio attività” e “s.c.i.a.” sostituiscono rispettivamente quelle di “dichiarazione di inizio attività” e “dia”, ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione più ampia, e la disciplina di cui al comma 4-bis sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale”. La l. n. 106/2011 (di conversione del d.l. n. 70/2011 ha chiarito (con norma interpretativa) che la s.c.i.a. si applica per tutti gli interventi edilizi precedentemente compiuti con d.i.a., mentre trova ancora applicazione la d.i.a. (comunemente chiamata super-d.i.a.) ove la stessa, in base alla normativa statale o regionale, sia alternativa o sostitutiva al permesso di costruire (ad esempio per gli interventi di cui all'art. 22, comma 3, t.u. edil.); ha inoltre ridotto il termine riconosciuto all'amministrazione comunale per vietare la prosecuzione dell'attività edilizia oggetto di s.c.i.a., da sessanta a trenta giorni.

urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti (la disposizione precisa che qualora i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della l. 21 dicembre 2001 n. 443, il relativo atto di ricognizione deve avvenire entro trenta giorni dalla richiesta degli interessati; in mancanza si prescinde dall'atto di ricognizione, purché il progetto di costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi con le caratteristiche sopra menzionate); c) gli interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche;

iv) ulteriori interventi individuati dalle Regioni a statuto ordinario, come già detto senza incidere sul regime penale.

La procedura della d.i.a. è disciplinata dall'art. 23 t.u. edilizia che prevede una c.d. d.i.a. differita, stabilendo che l'attività può essere iniziata (solo) dopo trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione allo sportello unico dell'edilizia. Diversamente, alla stregua dell'art. 19 della l. n. 241/1990 s.m.i. (in particolare, comma 6-bis, aggiunto dall'art. 5, comma 2, lett. b, d.l. n. 70/2011, conv. nella l. n. 106), come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale con la richiamata sentenza n. 164/2012, la presentazione della segnalazione consente l'immediato inizio dell'attività, fermo restando il termine di trenta giorni per il successivo controllo e per il conseguente eventuale esercizio dei poteri inibitori. La novella del 2011 ha esteso anche alla s.c.i.a. edilizia le gravissime sanzioni penali per false dichiarazioni o false attestazioni dei requisiti (tanto sugli stati personali quanto sulle condizioni di legge), che si aggiungono quindi alle sanzioni edilizie (civili, amministrative e penali) previste dal t.u. edilizia, contribuendo ad aggravare i rischi dello strumento di pretesa semplificazione (il tema sarà ripreso più avanti).

L'incertezza sulla qualificazione della tipologia di intervento e sul regime ad esso applicabile non può del resto non incidere sull'accertamento (necessariamente rigoroso) dell'eventuale illiceità della condotta ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste per l'assenza o la difformità dal titolo esplicito erroneamente non richiesto<sup>15</sup>.

Come anticipato, la disciplina della s.c.i.a. edilizia è stata peraltro oggetto di ulteriori modifiche ad opera, prima, del d.l. n. 69/2013, conv. nella l. n. 98 (c.d. "decreto del fare"), e, poi, del d.l. n. 133/2014, conv. nella l. n. 164 (c.d. "sblocca Italia").

Il primo dei citati decreti, oltre ad allargare le tipologie di interventi realizzabili attraverso tale strumento, con le ulteriori incertezze che andremo ad analizzare, ha opportunamente cercato di contemperare le esigenze di semplificazione con le esigenze di garanzia che un titolo abilitativo deve comunque offrire. In particolare, il nuovo art. 23-bis, t.u. edilizia ha previsto che l'interessato può avvalersi dello sportello unico per richiedere, prima della presentazione della segnalazione (o della c.i.l.) o contestualmente alla medesima, l'acquisizione di tutti gli atti di assenso, comunque denominati, necessari per l'intervento, con la precisazione che, se tali atti non vengono acquisiti nel termine di sessanta giorni previsto dall'art. 20, comma 3, del medesimo t.u. con riferimento al rilascio del

<sup>15</sup> Sull'esigenza di un accertamento particolarmente rigoroso per l'applicazione di sanzioni amministrative di forte impatto economico (e dunque, *a fortiori*, per l'applicazione di sanzioni penali) a fronte di un'incertezza qualificatoria dell'intervento realizzato, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 148.

permesso, il responsabile (purtroppo senza un'indicazione temporale) provvede ad indire una conferenza di servizi ai sensi del comma 5-*bis* dello stesso articolo. La richiesta, se libera l'interessato da una larga parte di responsabilità, impedisce naturalmente di iniziare l'intervento prima della comunicazione dell'avvenuta acquisizione dei suddetti atti di assenso o dell'esito positivo della conferenza, annullando così di fatto l'effetto della semplificazione.

Lo stesso art. 23-*bis* ha introdotto poi una serie di limitazioni all'utilizzazione della s.c.i.a. per gli interventi di demolizione e ricostruzione o per le varianti ai permessi comportanti modifiche della sagoma (oggetto delle nuove estensioni dell'ambito di operatività dello strumento), da effettuare all'interno dei centri storici (zone A di cui al d.m. n. 1144/1968) o equipollenti secondo le diverse denominazioni eventualmente adottate dalle leggi regionali. In particolare, veniva richiesto ai comuni di individuare (entro il 30 giugno 2014, con espressa previsione dell'intervento sostitutivo della Regione e di un apposito Commissario in caso di inerzia) le aree nelle quali tali tipologie di interventi non possono in ogni caso essere realizzati con semplice s.c.i.a., mentre contestualmente è reintrodotta per le restanti aree delle stesse zone il regime della s.c.i.a. differita (*"gli interventi cui è applicabile la segnalazione certificata di inizio attività non possono in ogni caso avere inizio prima che siano decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della segnalazione"*).

La disposizione è chiaramente contraddittoria: se, come riconosciuto prima dalla Corte costituzionale nella citata sentenza 164 e confermato poi dal comma 2 dello stesso art. 23-*bis* e, infine, dal d.l. Sblocca Italia, anche la s.c.i.a. edilizia segue il modello dell'art. 19 l. n. 241/1990 (effetto abilitativo immediato, salvo successivo controllo), non si comprende infatti la ragione per la quale, proprio nelle aree nelle quali i comuni riterranno necessario limitarne l'utilizzazione, la segnalazione, sia pure circoscritta agli interventi che non implicano modifiche della sagoma, potrà immediatamente abilitare all'inizio dei lavori, mentre nelle aree evidentemente meno meritevoli di protezione tornerà ad avere, come nel testo (ormai riferito alla sola super-d.i.a.) dell'art. 23, un'efficacia differita. Gravi incertezze sono inoltre legate alla tanto declamata semplificazione del titolo abilitativo richiesto per la demolizione e la ricostruzione degli immobili non soggetti a vincolo ambientale, paesaggistico o storico-artistico, che, in base al combinato disposto degli artt. 22, comma 3, lett. a), 3, comma 1, lett. d) (testo riscritto dal decreto del fare<sup>16</sup>), e 10, comma 1, lett. c) (nel testo risultante dal decreto del fare<sup>17</sup>), del t.u. edilizia, l'interessato

16 Ai sensi del citato art. 3, nel testo successivo al decreto del fare, sono *"interventi di ristrutturazione edilizia"*, *"gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti. Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria [e sagoma] di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica nonché quelli volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza. Rimane fermo che, con riferimento agli immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni, gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove sia rispettata la medesima sagoma dell'edificio preesistente"*.

17 L'art. 10, comma 1, lett. c), t.u. edilizia, nel testo risultante dal decreto del fare (poi modificato nuovamente dallo sblocca Italia), condizionava al previo permesso di costruire: *"gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, [della sagoma: il riferimento alla sagoma è stato soppresso nel 2013: n.d.r.], dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni"*

effettua con semplice s.c.i.a. anche se ne venga modificata la sagoma. Ad una prima lettura della novella “del fare”, pur sicuramente giustificata dalla denunciata difficoltà di ricostruzione del quadro normativo, i primi commentatori e la stessa stampa più accreditata, fermandosi evidentemente al mero confronto tra l’art. 22 e l’art. 3 del t.u. avevano salutato con favore la possibilità di *“rimodellare profondamente la conformazione delle città, superando gli indici di edificabilità assegnati dai piani regolatori alla sola condizione di non aumentare la volumetria preesistente”*<sup>18</sup>, ipotizzando così la trasformazione con procedura abilitativa semplificata di autorimesse interraste in edifici fuori terra (richiamando quanto previsto dalla l.r. Lombardia n. 12/2005, dichiarata incostituzionale con sentenza n. 309/2011 perché in contrasto con la nozione statale di ristrutturazione edilizia), il recupero di capannoni industriali a fini residenziali o direzionali, con nuova conformazione planovolumetrica consona al nuovo uso, di recupero di aree libere attraverso la sostituzione di costruzioni sviluppate essenzialmente in orizzontale con immobili su più livelli, con maggiore altezza massima e minore superficie coperta, e simili.

Una più attenta e completa lettura del quadro normativo ha rivelato però che, se è vero che il decreto “del fare” ha modificato il concetto di ristrutturazione edilizia, eliminando il riferimento all’identità di sagoma, con l’effetto che, secondo la nuova definizione, gli interventi di demolizione e ricostruzione di fabbricati non sottoposti a vincolo ai sensi del d. lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali), se non ne modificano la volumetria, nonostante la diversa sagoma, rientrano comunque nella tipologia della ristrutturazione edilizia<sup>19</sup>, l’art. 10, comma 1, lett. c), pur riscritto dal decreto del fare, continuava ad includere tra gli interventi di c.d. “ristrutturazione edilizia pesante” soggetti come tali a permesso – ovvero, ai sensi dell’art. 22, comma 3, a d.i.a. alternativa (fermo, quindi, il regime sanzionatorio degli interventi soggetti al permesso) – oltre agli interventi su edifici compresi nelle zone A che comportino mutamenti della destinazione d’uso e agli interventi che comportino modifiche della sagoma di immobili sottoposti a vincoli di interesse paesaggistico e culturale, anche tutti quelli che *“portino ad un organismo in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento delle unità immobiliari, modifiche del volume, dei prospetti o delle superfici”*.

Anche a seguito della riscrittura da parte del decreto sblocca Italia (su cui *infra*), l’art. 10 comprende nella ristrutturazione pesante *“gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti”*.

La semplificazione, pertanto, è stata più apparente che reale. Sembra invero molto difficile ipotizzare casi di modifica della sagoma di un edificio (men che meno come quelli sopra indicati) che possano lasciarne immutati i prospetti. Si ricorda in proposito che la sagoma, come ribadito dal Consiglio di Stato nella sentenza Sez. IV, n. 365/2013 (che richiama giurisprudenza costante ripresa anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 309/2011), identifica la conformazione planovolumetrica della costruzione e il suo perimetro, considerato in senso orizzontale e verticale, ovvero il contorno che viene ad assumere l’edificio, comprese le strutture perimetrali con gli oggetti e gli sporti. Per prospetto, invece, si intende la *“proiezione ortogonale eseguita su un piano verticale”* e dunque

18 Il Sole 24 ore, 1 luglio 2013, 9.

19 La novità sulla natura della demolizione e ricostruzione con modifica della sagoma è comunque importantissima: non occorre più pagare il costo di costruzione e non occorre più rispettare le regole sopravvenute in tema di distanze, altezze, ecc..

le sue facciate (nuovi balconi e nuove finestre alterano i prospetti). Se quindi davvero il legislatore intendeva “aprire” alla s.c.i.a. le ricostruzioni con modifica della sagoma, avrebbe dovuto eliminare anche il riferimento ai prospetti.

L’art. 23, comma 5, t.u. edilizia indica gli elementi che comprovano la sussistenza del titolo: copia della denuncia con la data di ricevimento (ricordiamo che la denuncia vale 3 anni e che l’interessato deve comunicare allo sportello unico la data di ultimazione dei lavori), l’elenco di quanto presentato a corredo dell’istanza, l’attestazione del professionista che asseveri la conformità dell’intervento agli strumenti urbanistici, ai regolamenti edilizi e il rispetto delle norme di sicurezza e igiene e gli atti di assenso eventualmente necessari. La mancanza o l’incompletezza di tale documentazione impedisce pertanto la formazione del titolo, che in ogni caso l’art. 22 subordina in termini più generali alla conformità alla disciplina vigente, con le già evidenziate conseguenze sul piano della certezza, aggravate in riferimento alla circostanza che anche i pareri sono normalmente sostituiti dalle autocertificazioni dei tecnici abilitati (tranne per quelli delle Autorità preposte alla tutela degli interessi più sensibili).

Proprio per ovviare (ancorché parzialmente) a tali conseguenze, in linea con quanto previsto dall’art. 23-bis per l’acquisizione degli altri atti di assenso, l’art. 22, ult. comma, come anticipato in premessa, lascia all’interessato la possibilità di chiedere comunque il permesso, così responsabilizzando maggiormente l’amministrazione, senza peraltro subire gli effetti sul piano sanzionatorio, che, per gli interventi effettivamente rientranti tra quelli ordinariamente soggetti a s.c.i.a. (art. 22, commi 1 e 2) segue la disciplina, autonoma e meno severa, dell’art. 37 (operante, come si è detto, sia pure limitatamente al piano amministrativo, anche per le ulteriori categorie di interventi assoggettati a s.c.i.a. dai legislatori regionali).

Il decreto “sblocca Italia”, nel 2014, è intervenuto sulle definizioni di alcuni interventi edilizi nell’art. 3, ampliando l’ambito delle opere riconducibili alla manutenzione straordinaria (art. 3, co. 1, lett. b). La novità si collega agli obiettivi perseguiti dal decreto di semplificare le procedure edilizie, ridurre gli oneri a carico dei cittadini e delle imprese e assicurare processi di sviluppo sostenibile, con particolare riguardo al recupero del patrimonio edilizio esistente e alla riduzione del consumo di suolo (così, testualmente, l’art. 17 del d.l. n. 133/2014).

In precedenza, la disposizione richiedeva che le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali degli edifici o per realizzare ed integrare i servizi igienico-sanitari e tecnologici non alterassero “*i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari*”; il testo attuale pone come condizione che l’intervento non alteri “*la volumetria complessiva degli edifici*” (mentre permane la condizione che l’intervento non comporti modifiche delle destinazioni di uso). Nella predetta categoria di intervento edilizio sono espressamente compresi gli interventi di frazionamento o accorpamento di unità immobiliari con esecuzione di opere, anche se comportanti la variazione delle superfici delle singole unità immobiliari e del carico urbanistico, purché non risulti modificata la volumetria complessiva degli edifici e sia mantenuta l’originaria destinazione d’uso<sup>20</sup>.

La modifica dell’art. 3 è accompagnata dalla modifica di altre disposizioni relative ad in-

<sup>20</sup> Ai fini della verifica di quest’ultima condizione è rilevante quanto disposto dall’art. 23-ter t.u. edilizia sul “*Mutamento d’uso urbanisticamente rilevante*”, per il cui commento v. R. INVERNIZZI, *Art. 23-ter*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell’edilizia*, Milano, 2015, 619.

terventi comportanti la variazione di unità immobiliari; modificando l'art. 6 sull'*attività edilizia libera*, lo "Sblocca Italia" ha ampliato l'ambito degli interventi di manutenzione straordinaria sottratti al previo titolo abilitativo edilizio e soggetti all'obbligo di presentare all'amministrazione comunale una mera comunicazione di inizio lavori: il testo previgente menzionava gli interventi di manutenzione straordinaria, compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne, non relativi a parti strutturali dell'edificio, a condizione che non aumentassero le unità immobiliari e non comportassero un incremento di parametri urbanistici; il testo attuale elimina queste ultime condizioni. Pertanto, l'incremento di unità immobiliari è soggetta a comunicazione asseverata se non incide su parti strutturali, ma comporti unicamente lo spostamento di pareti interne; se l'aumento interessa parti strutturali, esso è attratto nella categoria residuale degli interventi soggetti a s.c.i.a.<sup>21</sup>. La mutata definizione di manutenzione straordinaria, peraltro, ha l'effetto di consentire interventi di frazionamento e di accorpamento di unità immobiliari in tutte le zone in cui gli strumenti urbanistici vigenti consentono la manutenzione straordinaria, così rischiando di stravolgere la pianificazione territoriale programmata<sup>22</sup>. Le descritte modifiche degli artt. 3 e 6 t.u. edilizia vanno lette in combinato anche con la modifica del successivo art. 10 ("*Interventi subordinati a permesso di costruire*") nella parte in cui, alla lett. c), descrive i caratteri della ristrutturazione edilizia pesante. In precedenza, vi erano compresi gli interventi di ristrutturazione idonei a portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e comportanti aumento delle unità immobiliari, modifiche del volume, dei prospetti e della superficie (mentre il limite della sagoma, per interventi su immobili non vincolati ai sensi del d.lgs. n. 42/2004, come già esaminato, era stato eliso nel 2013 dal decreto "Del fare"); l'attuale testo, invece, condiziona all'ottenimento del permesso di costruire gli interventi di ristrutturazione che comportino "*modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti*"<sup>23</sup>.

4) La quarta tipologia raccoglie gli interventi sottoposti a permesso di costruire, vale a dire: nuove costruzioni, ristrutturazioni urbanistiche e ristrutturazioni edilizie c.d. "pesanti", per le quali, come si è visto, è però possibile la sostituzione con la c.d. super-d.i.a., e altre ipotesi previste dalle leggi regionali. Il procedimento per il rilascio del permesso è disciplinato dall'art. 20 t.u. edilizia: l'istruttoria deve essere svolta in sessanta giorni, il responsabile del procedimento acquisisce (tramite lo sportello unico) i pareri e, valutata la conformità alla normativa vigente, formula una proposta dettagliata di provvedimento e nei successivi trenta giorni, o quaranta in caso di preavviso di rigetto, il dirigente o il responsabile adotta il provvedimento; il responsabile entro trenta giorni dalla presentazione della domanda può interrompere (per una sola volta) il termine per specifiche integrazioni, che ricomincia a decorrere dalla data di ricezione della documentazione integrativa. Se mancano gli assensi nei sessanta giorni il responsabile dello sportello unico indice la conferenza di servizi (la legge non fissa un termine, ma è da

21 D. ZONNO, *Trasformazione degli edifici, riuso e disciplina dei titoli abilitativi (alcune considerazioni su parte delle modifiche al t.u. edil. n. 380/2001 introdotte dal d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014)*, Relazione al Convegno *Il governo del territorio tra fare e conservare*, svoltosi a Trento il 18-19 dicembre 2014; G. MARI, *Disciplina edilizia e sviluppo sostenibile nel recente decreto "Sblocca Italia"*, in AA.VV., *Territori Governance Sviluppo sostenibile*, Alto Osservatorio sulle Politiche D'Europa HOPE del Centro LUPT- Federico II, Diogene, 2015, 71 ss..

22 M.A. SANDULLI, *Relazione introduttiva al Convegno Gli effetti del d.l. "Sblocca-Italia" conv. nella l. n. 164/2014 sulla l. n. 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, svoltosi a Roma, 22 gennaio 2015.

23 In argomento P. URBANI, *La ristrutturazione edilizia leggera nel decreto del fare*, in [www.pausania.it](http://www.pausania.it).

ritenere non oltre i trenta giorni) ai sensi degli artt. 14 e ss. della l. n. 241/1990. I termini sono raddoppiati per i progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile<sup>24</sup>. Sono invece ridotti a complessivi 75 giorni (ma non si sa come siano suddivisi) i termini per il rilascio del permesso richiesto ai sensi dell'art. 22, comma 7, in luogo della s.c.i.a. Il regime del titolo esplicito, necessario o prescelto, impatta evidentemente con l'annoso tema dell'inerzia e degli effetti della sua qualificazione. Il legislatore distingue a tale riguardo a seconda che l'intervento incida o meno su immobili soggetti a vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, stabilendo che, nel primo caso l'inerzia equivale ad assenso (ricadendo nel modello disegnato dall'art. 20 l. n. 241/1990 s.m.i.), mentre in presenza di vincoli, ferma la decorrenza dei termini a partire dal rilascio dell'atto di assenso da parte dell'autorità preposta alla relativa tutela, si realizza soltanto un'ipotesi di inadempimento (ricadendo nel modello disegnato dall'art. 2 della stessa legge n. 241). A partire dalla scadenza del termine per il rilascio dell'atto di assenso, l'interessato ha però la possibilità di attivare il potere sostitutivo, anche nelle forme eventualmente previste dalle leggi regionali; di proporre ricorso avverso il silenzio ex art. 31 c.p.a.; di agire per il risarcimento del danno da ritardo (anche se la giurisprudenza è restia nel riconoscerlo nel caso in cui non sia certa la spettanza del provvedimento finale); di chiedere l'indennizzo per il ritardo ai sensi dell'art. 2-bis l. n. 241/1990 s.m.i.. In ossequio al principio di buona amministrazione, il responsabile del procedimento deve poi comunicare l'eventuale diniego di assenso da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo entro il termine massimo di cinque giorni. Per i vincoli paesaggistici resta fermo quanto previsto dall'art. 146, comma 9, del d. lgs. n. 42/2004 (anch'esso oggetto di modifica volta alla semplificazione da parte del decreto Sblocca Italia<sup>25</sup>).

### **3. S.c.i.a. e silenzio assenso e conseguenze dell'accertamento della difformità del titolo rispetto alla normativa vigente.**

Il sistema disegnato dal t.u. edilizia ha il merito di lasciare maggiore spazio alla prudenza di chi preferisce la garanzia di un titolo abilitativo pubblico (implicito o esplicito) all'incerto strumento della s.c.i.a. (art. 22, comma 7, t.u. edilizia). La rilevanza di detto merito del t.u. edilizia era accentuata in relazione al quadro generale risultante dal combinato degli artt. 19, 20 e 21 della l. n. 241/1990 anteriormente alle recenti modifiche introdotte dalla c.d. Legge Madia, l. 7 agosto 2015, n. 124. Dove i modelli di semplificazione rischiavano di non funzionare era, infatti, nel regime delle conseguenze dell'accertamento dell'eventuale difformità del titolo utilizzato rispetto alla normativa vigente. Mentre in presenza di un assenso esplicito, la posizione del suo titolare era tutelata dalle garanzie che accompagnano il regime dell'annullamento (termini di impugnazione, per quello giurisdizionale, e limiti ex art.

<sup>24</sup> La previsione del raddoppio automatico nei comuni con oltre 100.000 abitanti è stata soppressa dallo Sblocca Italia, d.l. n. 133/2014, convertito in l. n. 164/2014.

<sup>25</sup> L'art. 146, comma 9, d.lgs. n. 42/2004 dispone che: "*decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*". In argomento G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, Supplemento al fascicolo 6, 103 ss..

21-*nonies* l. n. 241/1990 s.m.i. per quello d'ufficio), il comma 2 dell'art. 21 della l. n. 241/1990 – poi abrogato dalla l. Madia - equiparava irragionevolmente e contraddittoriamente (rispetto a quanto previsto dagli artt. 19 e 20 a proposito dell'autotutela decisoria<sup>26</sup>) tale difformità all'assenza assoluta del titolo, con regime sanzionatorio ingiustamente aggravato rispetto a quello conseguente all'autotutela caducatoria. Recenti interventi del legislatore sono intervenuti sia sul regime dell'annullamento d'ufficio, sia sul regime delle conseguenze dell'accertamento dello svolgimento dell'attività iniziata a seguito di s.c.i.a. o di silenzio assenso in carenza dei requisiti prescritti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente.

#### **4. Le modifiche al regime della d.i.a./s.c.i.a. e del silenzio-assenso sui procedimenti a istanza di parte e l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, l. n. 241/1990.**

L'esigenza di reagire alla crisi economica attraverso un'adeguata politica di incentivazione degli investimenti ha, coerentemente, indotto il legislatore a rivedere la disciplina dell'autotutela sugli atti amministrativi incidenti sull'esercizio delle attività economiche<sup>27</sup>, spingendolo a prestare sempre maggiore attenzione alla tutela dell'affidamento determinato dal conseguimento dei titoli abilitativi<sup>28</sup>. La legge delega per la riforma della p.A., che, per uno strano ritorno dei numeri e delle date, è stata approvata il 7 agosto (2015) con il n. 124, è intervenuta direttamente, con efficacia dal 28 agosto scorso, su alcune disposizioni chiave della l. 7 agosto 1990 n. 241.

In particolare, proseguendo nel percorso più timidamente avviato (con riferimento alla s.c.i.a.) dalle c.d. norme "Sblocca Italia"<sup>29</sup>, la riforma ha prestato particolare attenzione al regime dell'autotutela, cercando un difficile contemperamento tra l'esigenza di assicurare il rispetto della legalità e quella di garantire gli operatori e, soprattutto, gli investitori, della stabilità dei titoli di abilitazione all'esercizio di attività economiche e, in termini più generali, al godimento di benefici.

In quest'ottica, i più recenti interventi legislativi si sono mossi nella logica di dare maggior fiducia agli investitori. La Legge Madia ha così definito i limiti temporali del potere di sospensione e di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi e, raccogliendo le solle-

<sup>26</sup> L'art. 19 l. n. 241/1990, nel testo precedente la l. Madia del 2015, disponeva, relativamente alla s.c.i.a., che "È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*...". Con riguardo al silenzio assenso, l'art. 20, comma 3, l. n. 241 cit. dispone che "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*".

<sup>27</sup> La bibliografia in materia è evidentemente sterminata. Mi limiterò pertanto alla citazione di alcune trattazioni più recenti, rinviando alle medesime il richiamo a quelle meno recenti e più tradizionali. In termini generali, sul tema dell'autotutela, cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 337 ss.. Sulle problematiche sollevate dall'istituto dell'annullamento, cfr., da ultimo, per tutti, il volume di S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, ES, 2015. Sulle incongruenze della disciplina della revoca, P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in supplemento al fasc. n. 6/2015 della *Riv.giur. edil.*

<sup>28</sup> F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2008.

<sup>29</sup> Il decreto Sblocca Italia era intervenuto sul testo del comma 3 dell'art. 19 l. n. 241/1990 con la precisazione che le determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21-*nonies* e 21-*quinquies*, potevano essere adottate nei casi previsti al comma 4, vale a dire nei casi di "pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica e la difesa nazionale".

citazioni manifestate dalla dottrina in ragione delle incertezze determinate dalla scarsa garanzia di stabilità dei c.d. strumenti di semplificazione del sistema autorizzatorio<sup>30</sup>, ha opportunamente ridisegnato i limiti entro i quali l'amministrazione può intervenire sui titoli implicitamente o autoreferenzialmente formati. In particolare, la legge è intervenuta specificamente anche sul regime della s.c.i.a. e del silenzio-assenso sui procedimenti a istanza di parte, eliminando alcune, gravi, contraddizioni della relativa disciplina nella l. n. 241 del 1990, tra cui, *in primis*, il grave regime sanzionatorio previsto dall'art. 21, comma 2, e l'illogico richiamo, nell'art. 19, agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* - relativi a provvedimenti di secondo grado - in riferimento a titoli fondati su atti di diritto privato<sup>31</sup>. Se, infatti, indubbiamente, i fenomeni di mala amministrazione e di corruzione impongono una costante attenzione degli organi di vigilanza al massimo rispetto delle regole e un'efficace politica di deterrenza e di repressione delle condotte abusive, sotto opposto profilo, il complesso e variegato sistema delle fonti e la scarsa chiarezza che spesso ne caratterizza i contenuti impongono di tutelare quanti (italiani e stranieri) abbiano incolpevolmente intrapreso un'attività nella convinzione di agire nel rispetto della legge, facendo conseguentemente affidamento sui titoli abilitativi espressamente o tacitamente conseguiti dall'amministrazione o formati sulla base della propria stessa segnalazione/dichiarazione<sup>32</sup>.

Trattasi, all'evidenza, di due esigenze radicalmente confliggenti.

La prima esigenza, oltre a spingere verso un sistema di repressione degli abusi sempre più severo, ha indotto a cercare strumenti sempre più efficaci di tutela del terzo pregiudicato dalla relativa commissione (come dimostrano gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza e gli interventi legislativi tesi a cercare forme di azione giurisdizionale avverso l'uso improprio della d.i.a./s.c.i.a., sino al chiarimento del legislatore tramite l'inserimento, con il d.l. n. 138/2011, del co. 6-*ter* nel testo dell'art. 19 l. n. 241/1990)<sup>33</sup>. Significativamente, l'estensione dell'ambito di applicazione dei suddetti strumenti ad opera della l. n. 80/2005<sup>34</sup> è stata accompagnata dall'espressa clausola di "salvezza" del

30 *In primis*, silenzio-assenso e d.i.a./s.c.i.a.: mi si consenta il rinvio a M.A. Sandulli, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione*, cit., 301 ss.; Id. *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Roma, 2014; Id., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, cit. Per una forte denuncia della difficoltà di conciliare la d.i.a./s.c.i.a. con il regime dell'autotutela cfr. anche F. Liguori, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a./s.c.i.a.*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

31 Sulla natura giuridica della s.c.i.a. quale atto privato, prima dell'esplicito chiarimento del legislatore effettuato con l'inserimento del comma 6-*ter* dell'art. 19 ad opera del d.l. n. 138/2011, Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 171, con nota di R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2011, 10, III, 501 con nota di A. TRAVI, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 513 con nota di M.A. SANDULLI, *Primissima lettura della Adunanza plenaria n. 15 del 2011*.

32 Sul legittimo affidamento determinato dal titolo illegittimamente formato, è significativo richiamare le ordinanze "gemelle" Cass., Sez. un., nn. 6594, 6595 e 6596 del 23 marzo 2011, (in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2011, con commenti di M.A. Sandulli e F. Patroni Griffi), che hanno affermato la giurisdizione del g.o. sull'azione di risarcimento dei danni eventualmente subiti dal relativo beneficiario per effetto della sua legittima caducazione.

33 Cfr. *ex multis*, M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. giur. edil.* 2004 e A. TRAVI, *La DIA e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb e app.*, 2005, 1332; e, più recentemente, N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010; E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'Adunanza Plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, *Dir. amm.*, 2011, 811 ss. e soprattutto G. GRECO, *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 359 ss.; Id., *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 645; La segnalazione certificata di attività, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015.

34 M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2005 e Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Riforma della l. 241/1990 e*

potere amministrativo di “*assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies*” (rispettivamente concernenti la revoca e l’annullamento d’ufficio), che, oltretutto, sono evidentemente incompatibili con la natura privata della d.i.a./s.c.i.a.. In termini ancor più severi, l’art. 21 della l. n. 241/1990, sotto la rubrica “*disposizioni sanzionatorie*”, dopo aver disciplinato le conseguenze sanzionatorie delle dichiarazioni o attestazioni false o mendaci (comma 1), stabiliva al comma 2 che “*Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell’attività in carenza dell’atto di assenso dell’amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all’attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente*”.

La seconda delle esigenze pocanzi indicate, in senso opposto, guarda con sfavore alla possibilità che l’amministrazione possa facilmente intervenire in autotutela sui titoli autorizzatori *contra legem* o addirittura, anche a distanza di anni, assumere direttamente misure sanzionatorie nei confronti di attività poste in essere sulla base di titoli impliciti o di d.i.a./s.c.i.a. in (ritenuta) assenza dei presupposti per la relativa formazione o in (ritenuto) contrasto con la normativa vigente.

È proprio quest’ultimo profilo che, a ben vedere, costituisce il vero ostacolo al riavvio degli investimenti, per ciò che il silenzio-assenso e la d.i.a./s.c.i.a., se per un verso semplificano il conseguimento del titolo, per l’altro non possono integralmente trasferire sugli interessati la responsabilità della sua legittimità, lasciandoli esposti, a tempo indeterminato (d’ufficio o su ordine del giudice all’esito dell’azione avverso il silenzio prevista dall’art. 19, co. 6-ter, quale – unica – forma di tutela del terzo contro la d.i.a./s.c.i.a.), alle medesime (tendenzialmente gravi) sanzioni previste a carico di quanti abbiano (consapevolmente o comunque colpevolmente) agito in totale assenza di ogni titolo e dunque ponendoli in una posizione ingiustamente sperequata rispetto a quanti beneficiano dell’ombrello protettivo del provvedimento espresso, che più coerentemente pone sugli uffici competenti la responsabilità della verifica di conformità dell’attività intrapresa al quadro normativo vigente e, per l’effetto, “copre” in qualche modo i suoi titolari attraverso gli specifici limiti imposti dall’ordinamento all’autotutela caducatoria<sup>35</sup>. Strumenti creati – e declamati – come misure di semplificazione e paraliberalizzazione delle attività economiche finivano così per tradursi in un pesantissimo *boomerang* per i loro (peraltro generalmente forzati) utilizzatori, per il solo fatto del mancato tempestivo esercizio, da parte dell’amministrazione, del potere/dovere di controllo sulla sussistenza dei presupposti per l’utilizzo dello strumento della d.i.a./s.c.i.a. o per l’esercizio dell’attività oggetto dell’istanza (con conseguente illegittima omissione dell’espletamento dei poteri inibitori, repressivi e/o conformativi di cui all’art. 19, co. 3, o illegittima formazione del titolo implicito di accoglimento).

Proprio la progressiva riduzione delle attività il cui esercizio richiede (e impone) il rilascio di un provvedimento espresso ha visto gradualmente aumentare le preoccupazioni

processo amministrativo, in *Quaderni de Il Foro amm. TAR*, 2, Milano, 2006.

<sup>35</sup> In argomento, *ex multis*, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell’azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull’efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell’azione amministrativa*, Milano, 2003; F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005; D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento*, in D. CORLETTI (a cura di) *Procedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento in Europa*, Padova, 2007.

derivanti dalle minori garanzie di “copertura” offerte dai suddetti strumenti di c.d. liberalizzazione (la d.i.a./s.c.i.a.) e semplificazione (il silenzio-assenso).

L’oggettiva difficoltà di individuare, all’interno di un intricato e spesso oscuro sistema normativo, la *regula iuris* del caso concreto (testimoniata, oltre che dai continui “correttivi” a leggi appena emanate, dai frequenti contrasti giurisprudenziali e dai numerosi interventi dell’Adunanza plenaria) impone di tutelare (come e forse più degli eventuali controinteressati) coloro i quali (italiani e stranieri) abbiano incolpevolmente intrapreso un’attività nella convinzione di agire nel rispetto della legge, facendo conseguentemente affidamento sui titoli abilitativi espressamente o tacitamente rilasciati dall’amministrazione ovvero formati sulla base della propria stessa segnalazione/dichiarazione.

In un quadro normativo e giurisprudenziale tutt’altro che scevro da dubbi sull’individuazione delle “regole” di esercizio di una determinata attività, proprio gli strumenti declamatamente finalizzati ad agevolare l’esercizio delle attività produttive, “liberando” gli operatori dai lacci e laccioli della burocrazia amministrativa, in realtà li ponevano in una situazione di grave incertezza sulla effettiva validità e conseguente spendibilità del titolo (basti semplicemente pensare alla sostanziale impossibilità di ottenere un finanziamento o di commercializzare un immobile realizzato o modificato sulla base dei suddetti strumenti).

Come anticipato, la l. n. 124 del 2015 ha opportunamente introdotto alcune importanti modifiche agli artt. 19, 21, 21-*quater* e 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, indispensabili ad avviare la risoluzione delle rilevate contraddizioni del sistema.

L’art. 6 della l. n. 124 ha (finalmente) ricondotto a coerenza il sistema, mediante l’abrogazione del richiamato comma 2 dell’art. 21, opportunamente temperata, per il (solo) caso (limite) dei titoli “*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*”, dall’inapplicabilità del nuovo termine (di diciotto mesi, su cui *infra*) per l’esercizio del potere di autotutela o per il controllo postumo sulla legittimità della d.i.a./s.c.i.a..

Va precisato, peraltro, il significato dell’inciso “*fatta salva l’applicazione delle sanzioni penali, nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*” dopo la disposizione che, correttamente, ammette l’autoannullamento oltre i nuovi limiti temporali fissati dall’art. 21 *nonies*, comma 1, nelle ipotesi in cui il provvedimento - di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici - sia stato conseguito “*sulla base di dichiarazioni o sostitutive di certificazioni e dell’atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*”. Si tratta, infatti, di una significativa aporia della disciplina dell’autotutela, che rischia di vanificare l’obiettivo di tutela dell’affidamento degli operatori economici perseguito dalla legge e che, se intesa in senso meramente letterale, potrebbe condurre alla sostanziale vanificazione della prima parte del comma 2-*bis*, consentendo all’amministrazione di disporre la decadenza dai benefici (che l’art. 75 del d.P.R. 445 impropriamente inserisce nel titolo “*sanzioni*”), e quindi di fatto l’eliminazione del titolo abilitativo, senza alcun limite temporale, per il solo fatto che essa amministrazione giudica false le dichiarazioni rese dal privato, anche in assenza delle altre “*condizioni*” (non superamento del termine di diciotto mesi, sussistenza di un pubblico interesse attuale e bilanciamento con l’affidamento) imposte dall’art. 21-*nonies*.

*Nulla quaestio*, ovviamente, per le norme sanzionatorie penali di cui all’art. 76 d.P.R. 445: il problema si pone evidentemente solo per la decadenza dai benefici di cui all’art. 75,

che, come si è detto, è impropriamente inserita sotto il titolo “sanzioni”, ancorché evidentemente priva di carattere afflittivo; richiamando il dato letterale, che, come si è visto, fa “*salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI*” del suddetto d.P.R., alcuni interpreti hanno, infatti, sostenuto che il legislatore avrebbe inteso riferirsi anche a quest'ultima misura e non alle sole sanzioni di natura penale. L'interpretazione secondo la quale il legislatore ha invece inteso riferirsi al solo art. 76 (sanzioni penali) e non all'art. 75 (decadenza) oltre ad essere (l'unica) coerente con la prima parte della disposizione, appare, nel quadro del nostro sistema legislativo, tutt'altro che peregrina: la “clausola di salvezza” risulta infatti ripresa dall'abrogato ultimo periodo dell'art. 19, co. 3, legge n. 241/90 che testualmente stabiliva che “*in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà falsi o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo*”, così incontestabilmente riferendosi alle sole sanzioni penali come sopra identificate attraverso la specificazione “*di cui*”.

È dunque verosimile pensare che la formula parzialmente diversa utilizzata dal legislatore del 2015 costituisca il frutto di un mero errore nella “trascrizione” dell'inciso<sup>36</sup>, piuttosto che espressione di una reale volontà di includere nella clausola di salvezza anche la decadenza (che non è, oltretutto, una “sanzione” più di quanto possa esserlo l'annullamento). Al di là del *nomen*, infatti, la misura della decadenza mira evidentemente a impedire che il provvedimento che abbia illegittimamente attribuito “*benefici*” sulla scorta di false dichiarazioni possa espletare i suoi effetti. Essa è dunque fondata, analogamente all'annullamento, su un'illegittimità originaria del titolo. Sicché, a pena di frustrare gli obiettivi della riforma, i benefici di cui l'inciso vuole far salva la decadenza per falsa dichiarazione, a prescindere dall'essere “*effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*”, non possono essere né quelli attribuiti da provvedimenti autorizzatori, né, in ogni caso quelli attribuiti di “*vantaggi economici*”, che il comma 1 è diretto a stabilizzare. Oltretutto, se alcune falsità risultano agevolmente, e con tendenziale certezza, riscontrabili dall'amministrazione attraverso un mero riscontro formale (è il caso delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni di fatti, stati, qualità personali risultanti da elenchi, registri, albi: es. data e luogo di nascita piuttosto che l'iscrizione all'albo avvocati), in altri casi l'accertamento dell'amministrazione è evidentemente più complesso e implica poteri interpretativi e valutativi (come, appunto, in materia edilizia, le dichiarazioni di conformità al quadro normativo, dichiarazioni di sussistenza dei “requisiti e dei presupposti di legge” per l'utilizzo di un titolo abilitativo “semplificato”, ecc.). Ebbene, in tale ultima ipotesi apparirebbe assolutamente ingiustificabile la “sottrazione” della decadenza dalle nuove condizioni necessarie per potere intervenire in autotutela.

È quindi necessario che il legislatore faccia chiarezza sul punto, definendo l'esatta portata

36 V. M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 638: “*Infine, viene soppressa la disposizione con cui si prevede la possibilità per l'amministrazione di adottare sempre e in ogni tempo i provvedimenti inibitori in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci. Il motivo è, come sopra chiarito, che, alla ricorrenza di questi presupposti, viene generalizzato un potere di annullamento d'ufficio in ogni tempo, previsto come ipotesi ad hoc all'interno dell'art. 21 nonies. Sotto il profilo del drafting legislativo, ciò significa una migliore redazione della norma, poiché la fattispecie delle false o mendaci dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà viene spostata dall'art. 19 per essere inclusa nel raggio d'azione dell'annullamento d'ufficio all'interno di una previsione dedicata alle falsità documentali*”.

del rinvio al d.P.R. n. 445 del 2000. In coerenza con lo spirito e l'obiettivo della riforma la decadenza dovrebbe essere ammessa (costituendo anzi un atto dovuto) solo se la falsità risulta da un mero confronto con i registri della p.a. e in ogni altro caso risultare soggetta ai limiti di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*: decorsi 18 mesi dalla concessione del beneficio, la decadenza è ammissibile solo se la falsità è effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato.

\*\*\*

La seconda, importante, modifica investe il criticato richiamo, nell'art. 19 l. n. 241/1990, agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* (relativi alla revoca e all'annullamento d'ufficio) in riferimento ad un titolo che, stante la sua natura non provvedimentale (ormai legificata dal comma 6-*ter* del medesimo art. 19), non può evidentemente formare oggetto di provvedimenti di secondo grado quali pacificamente sono quelli – di revoca e di annullamento – disciplinati da questi ultimi articoli. La novella del 2015, sostituendo integralmente i commi 3 e 4 dell'art. 19 e chiarendo l'esatta portata della modifica introdotta dalla l. n. 164/2014, in sede di conversione del d.l. n. 133<sup>37</sup>, prevede, più coerentemente, che, per le attività intraprese con d.i.a./s.c.i.a. in contrasto con la normativa vigente, dopo la scadenza dei termini (di sessanta o, nel caso di attività edilizia, trenta giorni) stabiliti per l'esercizio ordinario dei poteri inibitori e/o repressivi, l'amministrazione competente possa intervenire (*"adotta[re] comunque i provvedimenti di cui al co. 3"*) soltanto *"in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*"* (su cui v. *infra*)<sup>38</sup>. Oltre alla questione, sopra affrontata, dei rapporti con l'art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000, resta peraltro aperto il problema del *dies a quo* per la decorrenza dei diciotto mesi, che, se per un verso sarebbe più opportuno far coincidere con il consolidamento del titolo, in assenza di una esplicita indicazione in questo senso non sembra, *re melius perpensa*, possibile individuare in un momento diverso da quello della segnalazione. In linea con la politica generale di restrizione dei poteri di autotutela incidenti su diritti economici avviata dalle norme "Sblocca Italia" (per la revoca<sup>39</sup>) e sviluppata dalla riforma della p.A. (per l'annullamento d'ufficio), l'art. 5 della l. n. 124 ha peraltro eliminato la distinzione introdotta dal precedente co. 4 dello stesso art. 19 tra i diversi interessi colpiti, che, creando non poche difficoltà di raccordo con il predetto richiamo generalizzato agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* operato dal co. 3, disponeva che decorso il termine (di sessanta giorni dalla segnalazione) per l'adozione dei provvedimenti inibitori e/o repressivi previsto dal primo periodo dello stesso co. 3 (o quello, ridotto, di trenta giorni, previsto dal co. 6-*bis* per la s.c.i.a. edilizia), l'amministrazione poteva *"intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente"*.

37 Si tratta della integrazione del comma 3 dell'art. 19 diretta a circoscrivere i casi in cui la p.A. avrebbe potuto adottare determinazioni in via di autotutela attraverso il richiamo dei casi di cui al comma 4.

38 Ai fini del presente scritto non rileva approfondire la questione dell'(in)opportunità della radicale esclusione del potere di revoca, anche per mutamento della situazione di fatto: il tema non interessa infatti i titoli ad efficacia istantanea, come la s.c.i.a. edilizia, ma non è privo di interesse per la s.c.i.a. sostitutiva di concessioni non costitutive.

39 Lo Sblocca Italia ha riscritto il comma 1 dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241 in tema di revoca, condizionandone l'esercizio a *"sopravvenuti motivi di pubblico interesse"* o *"casi di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento"*.

## 5. La riforma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990: i limiti temporali all'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

La vera rivoluzione del sistema, che accresce la rilevanza delle modifiche sopra esposte, è rappresentata dalla riforma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 (introdotto dalla l. n. 15/2005), che, come noto, definisce i confini del potere di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi da parte dell'organo che lo ha emanato (ovvero da altro organo previsto dalla legge), consentendone l'esercizio soltanto a condizione che l'annullamento (i) risponda a "*ragioni di interesse pubblico*" (evidentemente diverse dall'interesse - generale - al ripristino della legalità violata), (ii) sia disposto "*entro un termine ragionevole*" e (iii) tenga "*conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*". È facile immaginare le problematiche applicative suscitate dalla genericità di queste disposizioni, che, se hanno avuto l'indubbio pregio di recepire alcuni importanti principi elaborati dalla giurisprudenza in considerazione dell'esigenza di temperare l'interesse alla legalità con la tutela dell'affidamento, hanno lasciato alla discrezionalità delle singole amministrazioni e al delicato controllo che deve farne la giurisprudenza la traduzione dei suddetti criteri in riferimento alle singole fattispecie<sup>40</sup>. Come anticipato, nella logica di offrire maggiori garanzie all'affidamento degli operatori economici nella stabilità dei titoli e dei benefici conseguiti o maturati, la l. n. 124 definisce in un massimo di diciotto mesi il termine "*ragionevole*" previsto dalla suddetta disposizione per l'annullamento dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, escludendo peraltro (anche se con dubbia opportunità<sup>41</sup>) ogni distinzione tra gli interessi pubblici colpiti (ivi compresi tanto i c.d. interessi sensibili, ovvero quelli per i quali il vecchio testo dell'art. 19, co. 4, consentiva l'intervento tardivo sulla s.c.i.a., quanto le esigenze della finanza pubblica). Come già evidenziato, la novella del 2015 ha peraltro cercato di operare un opportuno bilanciamento tra le predette esigenze di certezza degli operatori in buona fede e i fenomeni (purtroppo non infrequenti) di dichiarazioni false o mendaci per effetto di illeciti penali, inserendo nello stesso art. 21-*nonies* il citato co. 2-*bis*, il quale, fatte salve le sanzioni penali e (si è già detto, impropriamente) le sanzioni previste dal capo VI del d.P.R. n. 45/2000, esclude l'operatività del limite dei diciotto mesi per l'annullamento dei provvedimenti conseguiti in modo fraudolento, "*per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*". In tal modo la disposizione dovrebbe risolvere anche il delicato tema dei rapporti di pregiudizialità tra giudizi penali e giudizi amministrativi, ostando alla giustificazione dell'intervento in autotutela sulla base della mera apertura di indagini penali e alla possibilità di opporre al giudice amministrativo eventualmente adito avverso i provvedimenti di annullamento (o di sospensione) d'ufficio dei titoli *de quibus* la mera "pendenza" di un processo penale<sup>42</sup>. A tale proposito appare peraltro opportuno rappresentare il rischio che l'effettività della riforma sia inficiata dalla posizione che andranno ad assumere i giudici penali, che, verosimilmente, continueranno a non tener conto (disapplicare) delle autorizzazioni che ritengono illegittimamente rilasciate, valutando la condotta sulla

40 La tematica è compiutamente e lucidamente affrontata da S. D'ANCONA, *L'annullamento*, cit..

41 Cfr. il già richiamato scritto su "*Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*" del 15 luglio 2015.

42 Cfr. significativamente Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2074.

base della sua conformità o meno al quadro normativo vigente, a prescindere dalla sussistenza o meno del titolo<sup>43</sup>. Il dichiarato obiettivo della riforma e l'abrogazione dell'art. 21, co. 2, della l. n. 241, che, come sopra ricordato, prevedeva l'applicazione delle sanzioni per l'assenza di titolo alle condotte realizzate sulla base di titoli abilitativi impliciti o di d.i.a./s.c.i.a. contrari al contesto normativo, dovrebbe costituire un significativo ostacolo al perpetrarsi di tale orientamento, ma sarebbe nondimeno utile una disposizione che puntualizzasse in modo esplicito che il possesso di un titolo, almeno fin quando non se ne accerti, con sentenza passata in giudicato, l'illecita acquisizione o formazione, costituisce presunzione di legittimità della condotta e osta all'applicazione delle sanzioni penali per contrasto con le norme di riferimento. Intervenedo soltanto sulla l. n. 241, la riforma lascia parimenti aperto il varco al potere di annullamento governativo, che trova le sue origini nell'art. 6 del t.u.l.c.p. del 1915 ed è stato confermato dall'art. 138 del t.u.ee.ll. (d. lgs. n. 267/2000, s.m.i.)<sup>44</sup>, che attribuisce al Governo il potere straordinario di annullare, per "gravi" motivi di interesse pubblico gli atti illegittimamente assunti dagli enti locali a "tutela dell'unità dell'ordinamento". La circostanza che nessuna delle norme che, a vario titolo, sono intervenute a limitare il potere di autotutela dell'amministrazione, abbia introdotto limiti temporali all'utilizzo dell'istituto lascia supporre che anche il legislatore del 2015 abbia inteso deliberatamente farne ancora salvo l'esercizio "in ogni tempo", anche se le recenti riforme impongono un'interpretazione massimamente rigorosa dell'espressione "gravi motivi di interesse pubblico". Alla stregua delle critiche più volte espresse sulla esclusione di ogni distinzione tra interessi sensibili e non ai fini dell'operatività del nuovo limite di diciotto mesi al potere di autoannullamento, l'istituto, se correttamente applicato, ha peraltro il vantaggio di temperare la tutela dell'affidamento con l'esigenza di evitare la "grave" compromissione dei suddetti interessi. Sarebbe tuttavia sicuramente opportuno introdurre, anche per tale potere, un adeguato limite temporale (quinquennale, o, al massimo, decennale). Maggiori perplessità suscita invece la mancata abrogazione dell'art. 39 t.u. edilizia, che attribuisce alle regioni il potere di annullare (o, nelle more, sospendere) il permesso di costruire e (in evidente contraddizione con l'art. 19, comma 6-ter, prima ancora che con la richiamata riforma dei commi 3 e 4, l. n. 241) la d.i.a./s.c.i.a. entro il termine di dieci anni dal relativo rilascio o dalla relativa formazione. Diversamente dall'annullamento governativo, che si giustifica in quanto potere straordinario ed eccezionale a tutela dell'unità dell'ordinamento, il potere *de quo*, inquadrabile piuttosto come un potere ordinario di intervento sostitutivo, nell'ambito del più generale potere di controllo della regione sul territorio e circoscritto sin dall'origine entro un preciso limite temporale, a fronte di un potere di autotutela all'epoca illimitato, appare in evidente e irragionevole contrasto con un sistema che tende invece dichiaratamente ad incentivare gli investimenti, dando massime garanzie di stabilità agli operatori, tanto, appunto, da non distinguere più, ai fini del tempo massimo per l'annullamento d'ufficio, tra gli interessi tutelati. È dunque auspicabile un intervento "correttivo" che ridisciplini in tempi rapidi l'istituto.

43 Cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario, Settore penale, della Corte di Cassazione, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, p. 1.5.

44 A.M. SANDULLI, *Il potere governativo di annullamento e le Regioni*, DeS, 1975.

## 6. I nuovi limiti al potere amministrativo di sospensione dell'efficacia e dell'esecutività dei provvedimenti.

Il legislatore ha coerentemente esteso anche al potere di sospensione di cui all'art. 21-*quater* l. n. 241/1990 i nuovi limiti temporali introdotti nell'art. 21-*nonies*.

In particolare, in linea con la scelta di circoscrivere entro un limite temporale assoluto e inderogabile il potere dell'amministrazione di intervenire in autotutela sugli atti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, vietandone in via generale e assoluta l'autocaducazione per vizi originari di legittimità (a prescindere dalla rilevanza delle norme violate e dell'interesse pubblico tutelato) oltre il suddetto termine di diciotto mesi, la novella ha chiarito che, una volta trascorso tale termine, gli atti non più suscettibili di essere caducati (a prescindere, evidentemente, dal *nomen* formalmente attribuito all'intervento inteso a travolgerli) non possono evidentemente neppure essere – o restare – sospesi.

## 7. Le conseguenze delle nuove disposizioni sulla tutela del terzo.

Aumentando le garanzie dei beneficiari dei titoli illegittimi, la novella, inevitabilmente, riapre la questione della tutela del terzo controinteressato.

Il problema si pone all'evidenza essenzialmente in riferimento alla d.i.a./s.c.i.a., posto che contro i provvedimenti (impliciti o espliciti) i terzi possono comunque esperire l'azione impugnatoria ai sensi dell'art. 29 c.p.a.. Non si può inoltre trascurare che i limiti del potere di eliminazione d'ufficio dei titoli illegittimi incontrano comunque un importante temperamento (i) nell'espreso richiamo, all'art. 21-*nonies* (co. 1, ultimo periodo, aggiunto dalla l. n. 164/2014), delle responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento dei provvedimenti illegittimi e (ii) nella previsione, all'art. 2, co. 1, della l. n. 241, come novellato dalla l. n. 190/2012, che, nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pp.AA. devono concludere il procedimento con un provvedimento espresso in forma semplificata: disposizione che, nei termini generali in cui è formulata, non sembrerebbe più legittimare il silenzio sulle istanze di autotutela<sup>45</sup>. Ferma restando l'astratta possibilità delle amministrazioni di respingere l'istanza invocando il decorso dei termini per l'impugnazione del provvedimento pretesamente illegittimo, la sollecita attivazione dei controinteressati (in tempo utile all'esercizio del potere di annullamento) potrà dunque spingere i funzionari che vorranno evitare le responsabilità derivanti dai danni arrecati all'interesse pubblico (e agli stessi terzi) dall'adozione e/o dal mancato annullamento di atti illegittimi a un tempestivo esercizio del relativo potere. Sicuramente più delicato e complesso è il problema della tutela giurisdizionale del terzo contro la d.i.a./s.c.i.a.. Il carattere perentorio del termine di cui all'art. 19, co. 3, e i nuovi limiti imposti dalla riforma all'intervento "postumo" dell'Amministrazione mal si conciliano, infatti, con i tempi di instaurazione del giudizio ex art. 31 c.p.a., che, in base al co. 6-*ter*

<sup>45</sup> TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 giugno 2014, n. 1412 e TAR Sardegna, Sez. II, 19 marzo 2014, n. 246, nonché, sia pure in termini meno netti, TAR Campania, Napoli, Sez. III, 20 febbraio 2015, n. 1207 e TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 21 maggio 2014, n. 1308. Anche se non affronta il tema alla luce della novella normativa, continua peraltro a escludere un obbligo di provvedere sulle istanze di autotutela Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 273.

dello stesso art. 19 (aggiunto, in reazione all'Adunanza plenaria n. 15 del 2011, dal d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, nella l. n. 148), costituisce l'unico strumento di tutela contro l'omesso esercizio del potere di verifica del legittimo utilizzo dello strumento. L'accoglimento del ricorso sul mancato esercizio dei poteri inibitori/repressivi nei termini di cui al co. 3, implicando l'accertamento della fondatezza della pretesa all'adozione delle relative misure, ne impone evidentemente l'esercizio postumo in sede di ottemperanza, svincolandolo dal rispetto delle condizioni di cui all'art. 21-*nonies*. Resta però il problema, tutt'altro che semplice, del termine entro il quale, per fare legittimamente valere tale pretesa, il terzo deve (sollecitare l'intervento della p.a. e) promuovere il giudizio: stante la consumazione del potere-dovere di "prima" reazione all'illegittimo utilizzo della d.i.a./s.c.i.a. (indipendentemente dalla sussistenza di uno specifico interesse pubblico e dalla valutazione dei contrapposti interessi), e soprattutto l'esigenza di certezza del titolo, esso, per ottenere la condanna della p.a. all'esercizio di tale potere, dovrebbe coincidere con i sessanta (o trenta) giorni entro e non oltre i quali tale reazione può avere luogo; l'azione successiva dovrebbe consentire solo il risarcimento. La soluzione (ancorché in linea con la logica di garanzia della stabilità dei titoli abilitativi che ha guidato la riforma) non consente però adeguata tutela al terzo (ché la tutela effettiva non può esaurirsi in quella risarcitoria), laddove l'attività non venga di fatto tempestivamente iniziata e dunque esso non sia posto in grado di averne contezza in tempo utile per proporre la suddetta azione. Per evitare prevedibili contrasti interpretativi, è auspicabile un sollecito intervento legislativo sul punto, che colleghi espressamente il ricorso ex art. 19, co. 6-*ter*, all'avvio dell'attività oggetto di d.i.a./s.c.i.a.<sup>46</sup>

## 8. Il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra queste e gestori di beni o servizi pubblici.

Merita infine segnalare un'importantissima misura di semplificazione dei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi che prevedono atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e/o di gestori di beni o servizi pubblici.

Attraverso un'estensione generalizzata dell'istituto del silenzio-assenso, l'art. 3 della l. n. 124, inserendo, nel corpo della l. n. 241, un apposito art. 17-*bis*, dispone che tali atti devono intendersi implicitamente acquisiti qualora siano decorsi trenta giorni (susceptibili di un'unica interruzione e conseguente nuovo decorso nei casi in cui l'amministrazione o il gestore rappresenti tempestivamente esigenze istruttorie o motivate e puntuali richieste di modifica) dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente, "senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta". La formula non è delle migliori, ma sta evidentemente a significare "senza che sia stato comunicato l'atto (positivo o negativo), di assenso, concerto o nulla osta". Lo conferma, del resto, l'ulteriore precisazione che, in caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei suddetti procedimenti, la decisione sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento è assunta dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

46 M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in Treccani, *Libro dell'anno del diritto*, 2016.

Il sistema dell'accordo implicito, che rende evidentemente recessiva la strada della richiesta diretta da parte del privato dei suddetti atti di assenso e andrebbe pertanto in ogni caso coordinato con le norme sullo sportello unico, conosce un'unica espressa eccezione per i casi in cui l'ordinamento eurounitario richiede l'adozione di provvedimenti espressi. Il comma 3 del nuovo art. 17-bis prevede, infatti, che le richiamate disposizioni si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, con l'unica differenza che il termine, in mancanza di diverse disposizioni, è fissato in novanta giorni<sup>47</sup>. L'ambito di applicazione del silenzio assenso tra amministrazioni, che la disposizione chiaramente circoscrive agli atti di "*assenso, concerto o nulla-osta, comunque denominati*" sui quali l'amministrazione richiedente abbia redatto uno "*schema di provvedimento corredato della relativa documentazione*", sembra in ogni caso strettamente limitato alle ipotesi in cui l'amministrazione adita deve soltanto esprimere (o meno) la propria adesione su un atto preconfezionato. La precisazione trova conferma nella mancata modifica dell'art. 16, comma 3, l. n. 241/1990 che, nel consentire di prescindere dai pareri obbligatori, lascia espressamente esclusi quelli delle "*amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini*". Occorrerà in ogni caso definire i rapporti tra il nuovo silenzio-assenso tra amministrazioni e la conferenza di servizi. È dunque auspicabile che il decreto delegato di disciplina di quest'ultimo strumento chiarisca meglio anche la portata e i confini del primo, così come è auspicabile che, con l'occasione dell'attuazione delle diverse deleghe, il Governo compia una valida opera di "riassetto normativo", adottando una formula unica per identificare gli atti di assenso "comunque denominati", abbandonando la molteplicità di formule che, come quelle in cui si fa riferimento ai c.d. interessi qualificati o sensibili, attualmente comprendono, indifferentemente, alcune o altre figure.

## 9. Riflessioni conclusive.

Le nuove disposizioni costituiscono evidentemente un grande passo avanti a favore della stabilità delle posizioni giuridiche e dell'effettività delle misure di semplificazione e di paraliberalizzazione delle attività economiche. A venticinque anni dall'approvazione della l. n. 241 e a dieci anni da quella della l. n. 80, la novella del 2015 spinge a un importante ripensamento sul potere di autotutela, che, da strumento ordinario e "naturale" di riesercizio del potere in funzione della massima tutela dell'interesse pubblico, si trasforma in termini sempre più netti in strumento eccezionale, che non può trascurare le esigenze di certezza e di stabilità che presiedono alla garanzia di effettività delle libertà economiche. Si impone in quest'ottica una riflessione di ordine generale sui presupposti per l'autoannullamento. In disparte la valutazione dell'interesse pubblico prevalente, in un'ottica di garanzia degli investitori e di massima attenzione alla tutela dell'affidamento,

<sup>47</sup> Per una critica a detta estensione: R. DE LEONARDIS, Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17bis introdotto dalla cd. riforma Madia, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28 ottobre 2015; G. MARI, in questo volume, *infra*.

il contrasto con la normativa vigente che giustifica l'annullamento d'ufficio deve essere valutato in termini più rigorosi di quelli che potrebbero giustificare il diniego. In altri termini, a fronte di un quadro normativo oggettivamente incerto, atteso il *favor* che l'ordinamento, anche euro-unitario, riserva alle attività produttive, l'interpretazione meno favorevole all'istante può essere al più legittimata (sempre che trovi giustificazione in interessi pubblici prevalenti) in sede di primo vaglio della richiesta, ma non dovrebbe poter essere mai idonea a legittimare il potere di annullamento<sup>48</sup>. Gli spunti di riflessione e di dibattito aperti dalla riforma sono, come si vede, numerosi e interessanti.

---

48 V. però Cons. Stato, Ad. plen. 24 maggio 2011, n. 9.

# Politiche di contrasto alla corruzione. Legge 06/11/2012 n.190 e s.m.i. La strategia amministrativa.

*di Almerina Bove*

## **Abstract**

The Law n. 190/2012 aims to equalize adjusting the internal set of rules to the duties taken since a long time ago by International Conventions. At this purpose the act means to characterize itself, by to direction of organic and systematic approach, following the way oh prevention rather than repression.

The subject of this report deals with the administrative measures to prevent corruption and unlawful acts in Public Administration introduced by Law n.190/2012.

The administrative strategy to prevent corruption is based on more levels:

- 1) Patterns of organization aiming to prevention are autlined and people setting above the activities of prevention, both on the national level and on about local Administration, are individuuated and their powers and responsibilities are delineated, forecasting planning means which are at their turn subdivided on different levels.
- 2) The law concern the main “blocks” by which the matter of public action is regulated by renewing them by bringing rules which join to the respective field of matter.
- 3) Finally, the Act holds some on the base of which the Government has issued legislative decrees.

## 1. Le finalità di prevenzione della legge n.190/2012.

La legge n.190/2012 mira ad adeguare l'ordinamento interno agli impegni assunti da tempo a livello internazionale<sup>1</sup> e intende, a tal fine, connotarsi in termini di organicità e sistematicità dell'approccio<sup>2</sup> e per l'orientamento nella direzione della prevenzione, prima ancora che della repressione.

Recependo le indicazioni contenute nel rapporto della "Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione" istituita il 23 dicembre 2011 con Decreto del Ministro della Funzione Pubblica Patroni Griffi, il legislatore ha, infatti, inteso attribuire al profilo della prevenzione un ruolo di primo piano, apprestando, in considerazione delle caratteristiche criminologiche assunte dal fenomeno della corruzione e dell'illegalità nella P.A.<sup>3</sup>, una "strategia integrata"<sup>4</sup> penale/amministrativa, nella quale, cioè, alla funzione strettamente repressiva dell'illecito si accompagnano ed antepongono misure volte ad intervenire sull'organizzazione ed il funzionamento dell'apparato amministrativo, in funzione eminentemente preventiva dei fenomeni corruttivi.

La presente relazione concerne le misure amministrative di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione introdotte dalla legge anticorruzione e il loro rapporto con il sistema del diritto amministrativo.

## 2. La nozione amministrativistica di "corruzione".

Sul piano giuridico occorre premettere che la nozione di "corruzione" è tradizionalmente

1 L'intervento legislativo si muove, invero, nella direzione di rafforzare l'efficacia e l'effettività delle misure di contrasto al fenomeno della corruzione puntando ad uniformare l'ordinamento giuridico italiano agli strumenti sovranazionali di contrasto già ratificati dal nostro Paese, come la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo, sottoscritta il 17 gennaio 1999 e la Convenzione ONU di Merida del 9 dicembre 2003. La Convenzione sulla corruzione del Consiglio d'Europa, ad es., prevede l'obbligo di incriminare la "corruzione attiva di pubblici ufficiali nazionali" (definita come "il fatto di promettere, di offrire o di procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito a un pubblico ufficiale, per sé o per terzi, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni" (cfr.art. 2) e uno speculare obbligo di incriminazione della "corruzione passiva di pubblici ufficiali nazionali" (art.3). Analogamente, l'art. 15 della Convenzione di Merida impone l'incriminazione del fatto di "promettere, offrire o concedere a un pubblico ufficiale, direttamente od indirettamente, un indebito vantaggio, per se stesso o per un'altra persona o entità, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali" (lett. a), nonché l'incriminazione del fatto del pubblico ufficiale consistente nel "sollecitare o accettare, direttamente od indirettamente, un indebito vantaggio, per se stesso o per un'altra persona o entità, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali" (lett. b).

2 La problematica della corruzione, anche dopo il fenomeno di "mani pulite", aveva costituito oggetto di interventi singoli e parziali (ad es., con la legge n.109/94), inidonei a rappresentare l'avvio di un'articolata politica di contrasto all'illegalità.

3 Il Procuratore generale presso la Corte dei conti, Salvatore Nottola, nella relazione tenuta all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, indicava l'entità della corruzione in Italia in 60 miliardi di euro (10 miliardi in più rispetto al 2009); secondo la Commissione europea, l'Italia deterrebbe addirittura il 50% dell'intero 'fatturato' della corruzione in Europa. Cfr. E.DOLCINI, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 2013, pag. 527. L'ANAC rileva che i dati risultano ancora più impressionanti se si considera che nei primi anni novanta, agli esordi di 'Mani pulite', i costi annuali della corruzione erano pari all'equivalente di 5 miliardi di euro: in vent'anni, il costo della corruzione si è dunque, più che decuplicato.

4 L'espressione è di A. BIFULCO, *L'Autorità nazionale anticorruzione*, in *La legge anticorruzione, commento organico alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, a cura di A. CONZ e L. LEVITA, Dike giuridica, 2012, pag.9.

declinata sotto il solo profilo penalistico. In particolare, il codice penale identifica agli artt. 318 e ss. i reati di corruzione con il comportamento del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che compie un atto, conforme o contrario ai doveri d'ufficio, dietro il pagamento di una somma di danaro o altra utilità. Il comma 12 dell'art. 1 della L. 190/12, al fine di fondare la responsabilità del responsabile per la prevenzione, fa espresso riferimento proprio alla commissione di un *“reato di corruzione”*; e, tuttavia, in coerenza con la finalità di predisporre una rete di prevenzione del malcostume amministrativo quale fenomeno, variegato e sfaccettato, più ampio rispetto al novero di condotte penalmente rilevanti, la legge in commento, da un lato, non rinvia alla nozione di corruzione individuata dal legislatore penale, e dall'altro utilizza l'endiadi *“corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione”* per individuare l'oggetto della prevenzione cui sono finalizzate le norme in esame.

Tale dato, letto alla luce della tesi secondo cui esiste una nozione amministrativistica di corruzione più ampia di quella penalistica, e tale da rinviare *“non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a condotte che sono fonte di responsabilità di altro tipo (...) comunque sgradite all'ordinamento giuridico”*<sup>5</sup>, si palesa coerente con l'indicata scelta di privilegiare la finalità preventiva, che rappresenta la cifra interpretativa dell'intera normativa anticorruzione<sup>6</sup>: in tale nuova visione, risulta superata l'accezione restrittiva (e ristretta all'ambito penale) del termine corruzione come sinonimo di reato, che cede il passo ad un significato più ampio, connesso alla prevenzione del malcostume politico e, soprattutto, amministrativo, non necessariamente rilevanti sul piano penale, ma tali da costituire fenomeni di cattiva amministrazione (cd. *maladministration*)<sup>7</sup>.

Il Dipartimento della Funzione pubblica ha precisato, d'altronde, che *“per quanto riguarda il campo di azione della legge e delle iniziative di competenza del Dipartimento della funzione pubblica... il concetto di corruzione deve essere inteso in senso lato, come comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono quindi evidentemente più ampie della fattispecie penalistica, che, come noto, è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319 ter, c.p., e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del Codice Penale, ma anche le situazioni in cui - a prescindere dalla rilevanza penale - venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite”*.<sup>8</sup>

5 B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione alla corruzione*, in *Percorsi Cost.*, 2012, p. 17, citato in F. DI CRISTINA, *La Legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di M.G. Mattarella, Giappichelli, Torino, 2013 pag. 91 ss. aderisce a tale impostazione anche il Piano Nazionale Anticorruzione (Punto 2.1).

6 Cfr. in tal senso B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013, pag. 123 ss.; D. IELO, *Tecniche e metodologie di redazione dei piani anticorruzione*; E. CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2/2013, pag. 377-408.

7 Cf in tema S. CASSESE, *“Maladministration” e rimedi*, in *Il Foro Italiano*, V, 1992, c. 243 pag. 2-15; vds anche dello stesso autore, sul tema della buona amministrazione, sia nazionale che sovranazionale, quale nucleo essenziale del diritto amministrativo, *“Il diritto alla buona amministrazione”*, Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25° anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, consultabile su [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu).

8 Così, testualmente, la Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri (vari Dipartimenti) - 25/01/2013, n.1, premessa, art. 1.

La successiva Determinazione dell'ANAC n.8/2015 chiarisce che la legge fa riferimento ad un concetto più ampio di corruzione, in cui rilevano non solo l'intera gamma dei reati contro la P.A. disciplinati dal Titolo II del Libro II del codice penale, ma anche le situazioni di "cattiva amministrazione", nelle quali vanno compresi tutti i casi di deviazione significativa, dei comportamenti e delle decisioni, dalla cura imparziale dell'interesse pubblico, cioè le situazioni nelle quali interessi privati condizionino impropriamente l'azione delle Amministrazioni o degli Enti, sia che tale condizionamento abbia avuto successo, sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo. Con la conseguenza che la responsabilità a carico del Responsabile della Prevenzione della Corruzione (responsabilità dirigenziale, disciplinare ed erariale, prevista dall'art. 1, comma 12, della legge n. 190/2012) si concretizza al verificarsi di un delitto commesso anche in danno della società, se il responsabile non prova di aver predisposto un piano di prevenzione della corruzione adeguato a prevenire i rischi e di aver efficacemente vigilato sull'attuazione dello stesso. Emerge, dunque, con chiarezza l'idea di un inestricabile nesso tra fenomeni corruttivi, reati di corruzione e diffusa illegalità; e la consapevolezza che la strumentalizzazione delle potestà pubblicistiche e l'esercizio dei poteri pubblici per un fine diverso rispetto a quello stabilito dalla legge, costituiscono l'*humus* stesso dei fenomeni corruttivi, ben diversi e più gravi della semplice illegittimità<sup>9</sup>, e sono il sintomo di una dilagante fragilità dei valori e del generale indebolimento del senso del bene comune.

### 3. I singoli strumenti della strategia amministrativa.

La strategia amministrativa di prevenzione della corruzione si articola su più piani:

1) Si delineano, in primo luogo, **modelli organizzativi** finalizzati alla prevenzione e si individuano i **soggetti** preposti all'attività di prevenzione, sul piano nazionale e di singola Amministrazione, tracciandone i poteri e le responsabilità e prevedendo gli **strumenti di pianificazione**, a loro volta articolati in diversi livelli. In tale prospettiva, risultano delineati i poteri dell'ANAC, vieppiù ampliati dagli interventi normativi successivi alla legge n.190/2012: in particolare, il d.l. 90/2014, conv. con modificazioni dalla legge n.114/2014, ha accorpato in capo all'ANAC, prima denominata CIVIT, anche le funzioni attribuite originariamente al Dipartimento della FP mentre con l'entrata in vigore della stessa legge 11 agosto 2014, n. 114, le competenze dell'ANAC, relative alla misurazione e valutazione della *performance*, di cui agli articoli 7, 8, 9, 10, 12, 13 e 14 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono state trasferite al Dipartimento della Funzione Pubblica e al Responsabile della Prevenzione della Corruzione, la cui nomina compete all'organo di indirizzo politico di ciascuna Amministrazione. Si individuano, inoltre, gli atti e i provvedimenti preordinati alla prevenzione della corruzione: Piano Nazionale della Prevenzione, Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione (PTPC) e Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità (PTTI), da pubblicarsi sul sito istituzionale dell'Amministrazione, società o ente, nella sezione "Amministrazione trasparente", sottosezione "Altri contenuti - corruzione".

<sup>9</sup> Un'ampia trattazione della distinzione tra illegittimità e illegalità che connotano l'azione pubblica si rinviene in D.IELO, "Tecniche e metodologie di redazione dei piani anticorruzione", cit.

L'ANAC, ai sensi dell'art.1, commi 2 e ss., svolge le seguenti funzioni: a) collabora con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti; b) approva il Piano Nazionale Anticorruzione predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica, di cui al comma 4, lettera c); c) analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto; d) esprime parere obbligatorio sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle Circolari del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico; e) esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo; f) esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle Pubbliche Amministrazioni ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti; f-bis) esercita la vigilanza e il controllo sui contratti di cui agli articoli 17 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; g) riferisce al Parlamento, presentando una relazione entro il 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia. Per l'esercizio delle funzioni di cui al comma 2, lettera f), la Commissione esercita poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle Pubbliche Amministrazioni, e ordina l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di cui ai commi 4 e 5 del presente articolo e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati. La Commissione e le Amministrazioni interessate danno notizia, nei rispettivi siti web istituzionali, dei provvedimenti adottati ai sensi del presente articolo e danno tempestiva comunicazione dell'avvenuta pubblicazione sui detti siti alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica.

Il Responsabile della Prevenzione della Corruzione, oltre a proporre all'organo di indirizzo politico l'adozione del Piano, provvede anche: a) alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, nonché a proporre la modifica dello stesso quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione; b) alla verifica, d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione; c) ad individuare il personale da inserire nei programmi di formazione di cui al comma 11.

2) Si interviene, inoltre, sui principali “**blocchi normativi**” nei quali si articola la disci-

plina dell'agere pubblico, novellandoli, ovvero introducendo norme che si aggiungono alle rispettive discipline.

2.1) In particolare, si apportano significative modifiche ed integrazioni alla **L.241/90** (Legge generale sul Procedimento Amministrativo, essendo quello del procedimento amministrativo un momento potenzialmente esposto al rischio corruttivo). Con riferimento al procedimento amministrativo, registriamo, da un lato, degli innesti nel *corpus* della L.241/90, dall'altro nuove regole in tema di trasparenza, pubblicità, accesso, che si affiancano alle norme della L.241/90. Si introduce l'art.6 bis sul conflitto di interessi: *"Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale"*; si introduce, all'art.2, comma 1, la figura del provvedimento in forma semplificata: *"Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo"*. Si cerca in questo modo di evitare stasi procedurali nelle quali potrebbero inserirsi distorsioni nell'esercizio del potere amministrativo, fuorviando una decisione invece scontata offrendo una soluzione a problemi relativi alle ipotesi di manifesta infondatezza e ad altre ipotesi nelle quali la giurisprudenza consolidata ha sino ad oggi escluso l'obbligo di provvedere, ad es. in caso di istanza volta all'esercizio di autotutela (cfr.TAR Lazio: 4957/2015).

2.2) Si interviene, altresì, sul **T.U. n.165/2001** sul rapporto di impiego alle dipendenze della P.A. attraverso massicci innesti; in particolare, si riscrive l'art.54 sul Codice di comportamento; si introduce l'art.35 bis, rubricato *"Prevenzione del fenomeno della corruzione nella formazione di commissioni e nelle assegnazioni agli uffici"*, prevedendo che coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti contro la P.A., non possono far parte di commissioni di concorso, né di gare d'appalto, né essere preposti ad uffici che comportano la gestione di risorse finanziarie in *pendant* con l'art. 3 del d.lgs. 39/2013 (*Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190*) rubricato *"Inconfiribilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione"* secondo cui: *"A coloro che siano stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per uno dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, non possono essere attribuiti: a) gli incarichi amministrativi di vertice nelle amministrazioni statali, regionali e locali; b) gli incarichi di amministratore di ente pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; c) gli incarichi dirigenziali, interni e esterni, comunque denominati, nelle pubbliche amministrazioni, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico di livello nazionale, regionale e locale; d) gli incarichi di amministratore di ente di diritto privato in controllo pubblico, di livello nazionale, regionale e locale; e) gli incarichi di direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo nelle aziende sanitarie"*

*locali del servizio sanitario nazionale” (comma 1). Per «incarichi amministrativi di vertice», si intendono gli incarichi di livello apicale, quali quelli di Segretario generale, Capo Dipartimento, Direttore generale o posizioni assimilate nelle Pubbliche Amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, conferiti a soggetti interni o esterni all’amministrazione o all’ente che conferisce l’incarico, che non comportano l’esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione; per «incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico», si intendono gli incarichi di Presidente con deleghe gestionali dirette, di amministratore delegato e simili, di altro organo di indirizzo delle attività dell’ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico; per «incarichi dirigenziali interni», s’intendono gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l’esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell’ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti, ivi comprese le categorie di personale di cui all’articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, appartenenti ai ruoli dell’ amministrazione che conferisce l’incarico ovvero al ruolo di altra Pubblica Amministrazione; per «incarichi dirigenziali esterni», s’intendono gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l’esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell’ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di Pubbliche Amministrazioni.*

2.3) Ed ancora, la L.190/2012 interviene sul Codice dei contratti pubblici approvato con D.lgs.n.163/2006 inserendoun “pacchetto” di norme in materia di arbitrato. In particolare si riscrive l’art.241 comma 1, prevedendo che la clausola compromissoria deve essere espressamente autorizzata dall’organo di governo dell’ente, a pena di nullità; si prevede l’incompatibilità alla partecipazione a collegi arbitrali e si impone la previsione di un tetto massimo per i compensi. Tale regime viene esteso alle società partecipate realizzando così un avvicinamento dello statuto di tali società a quello della P.A.

2.4) Si incide, infine, sulla **Legge n.20/1994** e in particolare sulla disciplina delle responsabilità amministrativa e contabile (superando orientamenti non univoci espressi dalla giurisprudenza e un’impostazione eccessivamente restrittiva del legislatore –“Lodo Bernardo”- (d.l.78/2009) stabilendo che vi è responsabilità per danno all’immagine nell’ipotesi di sentenza definitiva di condanna, ma anche pena patteggiata o pronuncia di proscioglimento per intervenuta prescrizione. Inoltre viene eliminato il riferimento alla tipologia dei reati propri dei pubblici ufficiali contro la P.A.; si individua un parametro univoco per la quantificazione del danno all’immagine, ovvero, salvo prova contraria, il doppio della somma di danaro o altra utilità percepita; si amplia la possibilità di ricorso al sequestro conservativo all’ipotesi di timore di attenuazione della garanzia, anche quando il processo penale è ancora pendente.

3) La legge, infine, contiene una serie di **deleghe al Governo**, sulla base delle quali sono stati adottati i seguenti decreti delegati:

- a. d.lgs. n.235/2012, recante il “*Testo unico delle disposizioni in materia di incan-*

*inidoneità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi”;*

b. *d.lgs. n.33/2013, recante il “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche Amministrazioni”;*

c. *d.lgs. n.39/2013, recante “Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico”;*

È stato, inoltre approvato il DPR n.62/2013 (*“Regolamento recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell’art.54 del d.lgs. n.165/2001”*).

# Il mutamento d'uso urbanisticamente rilevante art.23- D.L. 12/9/2013 n. 133 convertito con modifiche dalla L. 11/12/2014 n. 164.

di Carmen Cioffi

CONVEGNO DEL 6 LUGLIO 2015 – TITOLI ABILITATIVI EDILIZI -SBLOCCA ITALIA - DECRETO DEL FARE

## **Abstract:**

*Despite the simplified procedures recently introduced by the Code, changes in the intended use of buildings still require complex permits. Moreover the different regional laws and the spotty rules, introduced by the City planning, increase doubts and confusion. The paper examines the legal frameworks and the administrative regulations around the theme.*

Nell'esaminare il nostro quadro legislativo sul regime edificatorio ed ai suoi effetti sui processi di gestione della città, ci si chiede come gli altri paesi europei hanno disciplinato la materia al fine di esaltarne le capacità di previsione, l'adeguatezza degli strumenti operativi, la funzionalità delle strutture pubbliche.

Tale curiosità è data dal ricercare il filo che lega la definizione e l'evoluzione dei vari elementi che costituiscono il processo di costruzione della città, o meglio, le modalità dell'indirizzo, della gestione e del controllo dei processi di costruzione e trasformazione della città. L'analisi legislativa comparativa in merito di alcuni paesi europei (Olanda, Gran Bretagna, Germania, Spagna e Italia) ha rilevato che la questione del conflitto tra "proprietà privata dei suoli" ed "interesse generale" nei processi di costruzione e trasformazione delle città, sia affrontata in un ventaglio di situazioni che rientrano tutte nel novero delle società ad economia di mercato. L'analisi di alcuni aspetti comuni ha consentito alcune riflessioni di carattere generale che pur evidenziando un "minimo comune denominatore" ha rilevato anomalie italiane, consistente non nella carenza di leggi o strumenti d'intervento o di controllo, quanto semmai in una sovrabbondanza che si traduce, paradossalmente, in una loro incoerenza rispetto ai reali problemi da affrontare e in una sostanziale e diffusa volontà di non utilizzarli, secondo una logica di più generale comportamento dell'azione pubblica.

Il legislatore sia nazionale che regionale ha prestato molta attenzione ai processi di trasformazione della città evidenziando un controllo alla destinazione d'uso degli immobili ai fini della tutela delle cosiddette zonizzazioni funzionali ossia delle destinazioni previste di volta in volta dallo strumento urbanistico ed impresse dal titolo edilizio originario.

Il controllo della destinazione d'uso, originariamente, era rapportato alle caratteristiche morfologiche delle costruzioni, al loro aspetto fisico, al loro uso ben qualificato ed esteriormente ben individuato (abitazione, fabbricato industriale, commerciale etc.); successivamente il legislatore ha rivolto l'attenzione al cd. uso effettivo, che senza alterare l'originario assetto morfologico della costruzione, veniva in essa svolto.

Da qui la differenza tra mutamento di destinazione d'uso strutturale o con opere, che apportano alle costruzioni cambio dell'uso essenziale e normale ed il mutamento di destinazione d'uso funzionale o senza opere, che non altera la struttura fisica dell'immobile e del territorio che viene influenzata solo sotto l'aspetto del comportamento.

L'Istituto è stato sottoposto, nel corso degli anni, a diverse discipline a volte tra loro contrastanti,<sup>1</sup> ha subito profonde trasformazioni tali da determinare la elaborazione di diverse tipologie, e il proliferarsi di destinazioni d'uso previste dagli strumenti urbanistici generali senza più criteri identificativi delle stesse sul piano urbanistico.

Il punto centrale della tematica era determinato dalla variazione dei carichi urbanistici e quindi dalla necessità di adeguamento degli standard che il cambio destinazione d'uso, anche in assenza di opere, possono generare.

La disciplina del cambio destinazione uso, con o senza opere, è da sempre caratterizza-

<sup>1</sup> La giurisprudenza amministrativa C.d.S. Sez V n.949/2000 stabiliva che "il semplice cambio di destinazione d'uso effettuato senza opere evidenti, non implica necessariamente un mutamento urbanistico-edilizio del territorio comunale e come tale non abbisogna di concessione edilizia qualora non sconvolga l'assetto dell'area in cui l'intervento ricade". Diversamente la giurisprudenza penale che in tali ipotesi considerava reato di costruzione realizzata *sine titulo*

ta da incertezze normative, interpretative ed applicative, purtroppo generate dalle svariate discipline regionali, in uno alla frammentazione delle regole locali contenute negli strumenti urbanistici comunali.

È possibile modificare la destinazione d'uso di un immobile tramite opere ed interventi edilizi realizzati sulla base di una semplice denuncia di inizio attività qualora la nuova destinazione rientri tra quelle «compatibili», cioè funzionalmente omogenee dal punto di vista urbanistico. La questione centrale è determinata dalla variazione dei carichi urbanistici, e quindi dalla necessità di adeguare gli standard urbanistici le dotazioni territoriali che il cambio destinazione uso (anche in assenza di opere), può generare.

Prima della riforma del 2014 contenuta nel decreto legge c.d. “sblocca Italia”<sup>2</sup> convertito con modifiche con la L. 164/2014, il D.P.R. 380/2001 “T.U. Edilizia” recava la disciplina dei cambi d'uso in due articoli.

L'art. 10, comma 2, per effetto del quale è attribuito alle Regioni stabilire quali mutamenti della destinazione d'uso, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, sono subordinati a permesso di costruire o a denuncia di inizio di attività (ora SCIA), con previsione comunque del permesso di costruire per i cambi d'uso connessi ad opere di ristrutturazione edilizia nei centri storici (comma 1 lett. c)).

L'articolo 32, comma 1 lett. a) in virtù del quale è variazione essenziale al progetto approvato il cambio destinazione uso che implichi variazione degli standard previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968 n. 1444<sup>3</sup>.

La legge n. 164/2014 ha inserito nel D.P.R. 380/2001 l'art. 23-ter titolato “Mutamento d'uso urbanisticamente rilevante”<sup>4</sup> il quale indica le regole sui cambi d'uso. Obiettivo della norma è quello di uniformare le differenti normative regionali e semplificare l'applicazione della disciplina.

La nuova disposizione statale sui cambi d'uso è stata emanata quale norma di semplificazione e liberalizzazione e dunque determina livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da assicurare in modo uniforme su tutto il territorio nazionale, a termine dell'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione.

L'art.23-ter si articola in tre commi.

Il primo comma definisce cos'è il mutamento della destinazione d'uso urbanisticamente rilevante.

*È cambio destinazione uso urbanisticamente rilevante, ogni forma di utilizzo dell'immobile o della singola unità immobiliare diversa da quella originaria, con o senza opere, che comporti il passaggio ad una diversa categoria funzionale, tra le cinque seguenti:*

2 D.L. 12/9/2013 n. 133 convertito con modifiche dalla L. 11/12/2014 n. 164.

3 Il D.M. 1444/1968 prevede standard minimi per zone territoriali omogenee: A “centri storici”; B “zone totalmente o parzialmente edificate”; C “zone di espansione insediativa”; D “zone di espansione industriale”; E “zone agricole”; F “zone per attrezzature ed impianti di interesse generale”.

4 L'art. 23-ter è stato introdotto nel TUE, dall'art. 17, comma 1, lett. n) della L. 164/2014.

- 1) *residenziale*<sup>5</sup>
- 2) *turistico - ricettiva*;
- 3) *produttiva e direzionale*;
- 4) *commerciale*;
- 5) *rurale*.

Dunque il cambio destinazione uso urbanisticamente rilevante è solo quello che comporta il passaggio tra l'una e l'altra delle cinque categorie funzionalmente autonome indicate dalla legge, indipendentemente dalla realizzazione o meno di opere. In tal modo è assicurata tutela alla zonizzazione e controllo sull'adeguatezza degli standard in relazione all'incidenza dei diversi usi.

All'interno della stessa categoria le destinazioni d'uso sono ritenute urbanisticamente omogenee, in quanto determinano carichi urbanistici sostanzialmente equivalenti.

I Comuni possono dettagliare le tipologie delle destinazioni uso degli immobili all'interno della stessa categoria funzionale (es. prevedendo gli usi di studi professionali, ambulatori, palestre, artigianato, ecc.) ma non possono modificare le "categorie funzionali" che devono essere solo quelle (cinque) stabilite dalle legge.<sup>6</sup>

Il comma 2 indica il criterio per l'attribuzione della destinazione d'uso:

*"La destinazione d'uso di un fabbricato o di unità immobiliare è quella prevalente in termini di superficie utile"*

In presenza quindi di una "destinazione mista" nell'ambito di uno stesso fabbricato o di una unità immobiliare, la norma statale chiarisce che la destinazione d'uso è quella che risulta prevalente in termini di quantità di superficie utile, ossia quella equivalente ad almeno il 50,1%.

La superficie da considerare sarà quella autorizzata dal titolo abilitativo, ivi compreso eventuali accertamenti di conformità urbanistico - edilizia, non potendosi considerare usi in atto in contrasto con i titoli edilizi.

In assenza di titolo abilitativo si farà riferimento alla classificazione catastale attribuita in sede di primo accatastamento ovvero ad altri documenti probanti .

La definizione di superficie utile cui fare riferimento, nel silenzio della disposizione, sarà quella delle norme tecniche degli strumenti urbanistici comunali.

Il criterio della prevalenza ha il pregio, oltre di essere facilmente applicabile, anche di consentire che la restante parte del fabbricato o dell'unità immobiliare abbia una destinazione funzionale diversa, senza che ciò influisca sulla destinazione che assume rilievo ai fini di legge. Questa previsione, laddove indirettamente consente che utilizzi diversi convivano nel medesimo immobile ma che solo quello prevalente incida sulla qualificazione in termini di destinazione d'uso, è da ricondurre all'intento del legislatore di age-

<sup>5</sup> Il D.L. 133/2014 aveva previsto un'unica categoria "residenziale e turistico-ricettiva" poi divisa in due categorie funzionali distinte "residenziale" e "turistico-ricettiva" con la legge di conversione n. 164/2014.

<sup>6</sup> Nel caso della modificazione della destinazione d'uso cui si correla un maggior carico urbanistico è integrato il presupposto che giustifica l'imposizione al titolare del pagamento della differenza tra gli oneri di urbanizzazione dovuti per la destinazione originaria e quelle, se più elevati dovuti per la nuova destinazione impressa (cfr. C. di S. Sez. V, 30 agosto 2013, n° 4326) .

volare, e quindi incentivare, gli interventi di trasformazione e riqualificazione del patrimonio edilizio esistente.

Il comma 3 così dispone: *“Le regioni adeguano la propria legislazione ai principi di cui al presente articolo entro novanta giorni dalla data della sua entrata in vigore. Decorso tale termine, trovano applicazione diretta le disposizioni del presente articolo. Salva diversa previsione da parte delle leggi regionali e degli strumenti urbanistici comunali, il mutamento della destinazione d’uso all’interno della stessa categoria funzionale è sempre consentito”*.

Alle Regioni è assegnato il termine di giorni novanta dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (12 novembre 2014) entro il quale adeguare la propria legislazione ai principi della legge statale. Decorso tale termine l’art. 23-ter trova diretta applicazione con l’automatica sostituzione delle differenti normative regionali e delle normative dei piani urbanistici comunali<sup>7</sup>

Essendo la Legge di conversione del 12 novembre 2014 il termine per l’adeguamento è scaduto il 10 febbraio 2015.

Lo “sblocca Italia” rimette dunque alla disciplina regionale e in definitiva agli strumenti urbanistici comunali, il compito di stabilire nel dettaglio quali siano le destinazioni d’uso ammissibili in ogni singolo edificio.

Cosa succede per le Regioni che dovessero legiferare tardivamente?

L’art. 23 ter, mentre afferma l’applicabilità automatica della normativa nazionale, nulla dice in merito all’esaurimento della potestà legislativa regionale, cosa che del resto la norma non potrebbe fare senza ledere le prerogative costituzionali delle Regioni.

Per le Regioni, dunque, non è mai troppo tardi per intervenire.

L’ultima parte del comma, che da un lato afferma il principio che il cambio destinazione uso all’interno della stessa categoria funzionale, è sempre ammesso, ma dall’altro fa salva la diversa previsione delle disposizioni regionali e degli strumenti urbanistici comunali, indebolisce la ratio di semplificazione della disposizione e non appare molto comprensibile.

Il cambio destinazione uso deve avvenire nel rispetto delle norme della pianificazione comunale.

Il cambio di destinazione d’uso all’interno della stessa categoria funzionale non è “urbanisticamente rilevante” in quanto non modifica il carico urbanistico (il cosiddetto standard urbanistico) dell’edificio cui accede con la conseguenza che per esso il comune non potrebbe chiedere la cessione o la monetizzazione di nuove aree a standard.

Tale principio è dettato dal Legislatore nazionale in linea con quella comunitaria che riconosce la rigenerazione del patrimonio edilizio esistente.

Desta qualche dubbio la portata innovativa di tale norma, non si può evitare di considerare che il mutamento d’uso rientri nella materia Governo del territorio, che ai sen-

<sup>7</sup> la Regione Campania su questa materia è inerte da un trentennio, cioè sin dall’entrata in vigore della Legge 28 febbraio 1985, n° 47 “Norme in materia di controllo dell’attività urbanistico-edilizia.

si dell'art.117 della costituzione è soggetta a potestà legislativa concorrente di Stato e regioni per cui non è possibile impedire che le regioni stesse legiferino in merito ma è altrettanto vero che ciò debba avvenire nell'ambito dei principi fissati dal legislatore.

Prevedere che non solo le leggi regionali, ma anche gli strumenti urbanistici generali possano andare in contrario avviso rispetto al principio fissato dalla norma nazionale costituisce un eccessivo depotenziamento della portata precettiva della norma stessa. Quindi le regioni intervengono nel rispetto dell'orientamento stabilito dal legislatore nazionale.

Questa nuova disciplina, per quanto innovativa presenta delle criticità:

- L'aver equiparato il mutamento di destinazione "con opere edilizie", a quello "senza opere edilizie"

Come è possibile concepire che il mutamento d'uso dell'immobile possa essere "urbanisticamente rilevante" a causa di un notevole impatto della nuova destinazione funzionale, è impossibile sottrarsi all'osservazione secondo cui tale mutamento comporta l'applicazione di discipline di comportamenti e attività economiche (art. 41 della Costituzione).

Cioè è ingiustificata la disciplina edilizia nei riguardi di condotte che nulla hanno di edilizio, sarebbe stato preferibile liberalizzare i mutamenti di destinazione d'uso senza opere, fermo restando il controllo di conformità della nuova attività ai parametri legali per essa previsti.<sup>8</sup>

- La tipologia degli usi che prevede solo cinque categorie di usi. Tale classificazione è riduttiva anche se chiara e "semplificata" <sup>9</sup>

La separazione tra residenziale e turistico – ricettiva lascia irrisolti i nodi pratici dell'ibrida e diffusa tipologia delle "residenze" turistico – alberghiere e di ostacolare il riuso di piccoli alberghi dismessi che non possono rimanere vincolati in eterno.

Nonostante le molteplici criticità la norma in esame determina una visione sicuramente più apprezzabile e moderna degli usi urbani, necessaria ai fini del recupero di un immenso patrimonio edilizio inutilizzato o sotto utilizzato.

È una norma che si pone nella prospettiva dello "sblocco" di ingiustificati vincoli posti, più che all'attività edilizia ed allo sviluppo urbanistico, alle attività economiche e che si spera non sia vanificata nella sua operatività ad una lettura burocratica e statica.

In conclusione le innovazioni introdotte dall'art. 23 ter del T.U.E. nel definire quale mutamento d'uso rilevante, quello subordinato a titolo edilizio (anche oneroso) dispongono, che è consentito solo verso usi ritenuti ammissibili dal piano urbanistico a condizione che sussistano le dotazioni territoriali e pertinenziali di standard derivanti dal maggior peso insediativo che si otterrà con la trasformazione dell'immobile.

<sup>8</sup> Ad es. Trasformazione senza opere di un negozio in officina meccanica, saranno necessari i permessi per l'attività produttiva, i requisiti acustici, d'igiene ecc...

<sup>9</sup> Ci si chiede gli usi ad uffici professionali e le destinazioni artigianali, dove sono contemplati? Gli usi professionali accanto alle destinazioni residenziali! E gli artigianali a quelli commerciali!

# Autorizzazioni preliminari e titoli abilitativi edilizi: il ruolo dello sportello unico dell'edilizia, la conferenza di servizi e il silenzio assenso di cui agli artt. 17-bis e 20 l. n. 241/1990<sup>1</sup>

di Giuseppina Mari

## Abstract

L'articolo si occupa delle autorizzazioni edilizie e delle preventive autorizzazioni preliminari, tra cui, in particolare, l'autorizzazione paesaggistica. Costituiscono oggetto di analisi le modalità di acquisizione delle autorizzazioni e i recenti istituti finalizzati alla semplificazione, quali sportello unico, conferenza di servizi e silenzio assenso.

*The paper is about building permits and preventive prior authorizations, specifically the landscape authorization. The analysis concerns the procedures in order to obtain authorizations and recent legal instruments to achieve simplification, such as Single window / One-Stop Shop, Service Conference and administrative Silent Consent.*

---

<sup>1</sup> Il presente lavoro costituisce esito della rielaborazione e dell'aggiornamento dell'intervento al Seminario organizzato dal Centro Interdipartimentale di ricerca Laboratorio di Urbanistica e di Pianificazione Territoriale "Raffaele D'Ambrosio" (L.U.P.T.), Università degli Studi di Napoli Federico II, sul tema *Titoli abilitativi edilizi: Sblocca Italia e Decreto del Fare. Le novità dal 2013 e spunti di riflessione*, tenutosi a Napoli, Chiesa S.S. Demetrio e Bonifacio, il 6 luglio 2015.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Ruolo dello sportello unico dell'edilizia. – 3. Rapporto tra titoli abilitativi edilizi e autorizzazioni preliminari. – 4. Il rilievo del neointrodotta art. 17-bis l. n. 241/1990 sul silenzio assenso tra amministrazioni. – 5. Nel dettaglio: l'autorizzazione sismica e il nulla osta per le aree naturali protette. – 6. Atti di assenso preliminari e conferenza di servizi. L'autorizzazione paesaggistica: il rilievo del neointrodotta art. 17-bis l. n. 241/1990.

## 1. Premessa.

Recenti modifiche e integrazioni del t.u. edilizia (d.P.R. n. 380/2001) hanno profondamente modificato le modalità procedurali relative all'acquisizione dei preventivi atti di assenso necessari per il rilascio del permesso di costruire, il perfezionamento della segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) e della c.d. super-d.i.a. e la presentazione della comunicazione di inizio lavori (c.i.l.). Si tratta, in particolare, delle novità introdotte con il c.d. decreto *Crescita* (d.l. n. 83/2012, convertito in l. n. 134/2012), con riferimento all'art. 5 sullo sportello unico dell'edilizia, e con il decreto *Del Fare* (d.l. n. 69/2013, convertito in l. n. 98/2013), con riferimento alla s.c.i.a. e alla c.i.l. tramite l'inserimento nel corpo del t.u. dell'art. 23-bis (rubricato "*Autorizzazioni preliminari alla segnalazione certificata di inizio attività e alla comunicazione dell'inizio dei lavori*"). Il decreto *Sblocca Italia* (d.l. n. 133/2014, convertito in l. n. 164/2014) ha apportato significative novità, tra l'altro, in tema di autorizzazione paesaggistica.

Le novità sono state recepite nei modelli unificati di istanze di permesso di costruire, di s.c.i.a. e c.i.l. introdotti dall'art. 24, co. 3, d.l. n. 90/2014, convertito in l. n. 114/2014 (recante misure urgenti in tema di semplificazione e trasparenza amministrativa) e approvati in sede di conferenza unificata da governo, regioni ed enti locali nel 2014. Questi modelli, identificando - per espressa indicazione del legislatore statale - livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (oltre ad essere rivolti ad assicurare la libera concorrenza), si impongono, ai sensi dell'art. 117, co. 2, Cost., al legislatore regionale<sup>2</sup>. La loro rilevanza nei rapporti tra amministrazione, imprese e privati in genere è tale che il legislatore statale ha previsto termini entro cui amministrazioni regionali e locali sono tenute ad adottare e utilizzare i moduli, con la specificazione che "*i cittadini e le imprese li possono comunque utilizzare decorsi trenta giorni dai medesimi termini*" (vale a dire dal 16 marzo 2015).

Da ultimo, la c.d. Legge *Madia* (l. 7 agosto 2015, n. 124, in tema di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) ha inserito nel corpo della legge generale sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990) l'art. 17-bis, generalizzando il silenzio assenso anche nei

<sup>2</sup> Più precisamente, l'art. 24, co. 4, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, recante "*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*", dispone che, "Ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e), m) e r), della Costituzione, gli accordi sulla modulistica per l'edilizia e per l'avvio di attività produttive conclusi in sede di Conferenza unificata sono rivolti ad assicurare la libera concorrenza, costituiscono livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, assicurano il coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale al fine di agevolare l'attrazione di investimenti dall'estero".

rapporti tra pubbliche amministrazioni in tutti i casi in cui per l'adozione di un provvedimento sia necessario l'assenso di altra p.A., ancorché preposta ad interessi sensibili.

Le elencate recenti novità costituiscono occasione per esaminare la natura del rapporto tra titoli abilitativi edilizi e autorizzazioni preliminari, nonché per riflettere sul rapporto tra semplificazione amministrativa ed esigenza di un'ordinata gestione del territorio. Se l'esito dell'indagine è positivo con riguardo al ruolo assunto dallo sportello unico dell'edilizia (il quale, però, rianima la discussione sul rapporto tra autorizzazioni preliminari e titolo edilizio), perplessità sollevano invece le soluzioni (silenzio devolutivo e silenzio assenso) recentemente elaborate dal legislatore per rimediare all'inerzia delle pubbliche amministrazioni coinvolte nei procedimenti relativi alle autorizzazioni preliminari ancorché gli interessi curati siano da classificare come "sensibili" (tra cui ambiente e patrimonio culturale).

Le perplessità nascono dal costante orientamento tanto della Corte di Giustizia U.E., a livello sovranazionale, quanto della Corte costituzionale, a livello nazionale, contrario all'applicazione del rimedio preventivo all'inerzia della p.A. rappresentato dal silenzio assenso allorché gli interessi coinvolti siano di rango costituzionale. Il giudice europeo ha ripetutamente osservato che, se il procedimento coinvolge interessi di particolare complessità, il silenzio con valore di accoglimento non consente la realizzazione di indagini preliminari e successive e di controlli, necessari per un'adeguata ponderazione degli interessi coinvolti<sup>3</sup>. Inoltre, la normativa eurounitaria, per quanto mostri negli ultimi anni una propensione per lo strumento di semplificazione in questione, delimita la relativa generalizzazione con eccezioni aventi ad oggetto i procedimenti complessi in ragione degli interessi coinvolti. Così, a titolo esemplificativo, con la Direttiva Bolkestein (direttiva 12 dicembre 2006, n. 123, relativa ai servizi nel mercato interno<sup>4</sup>), attuata in Italia dal d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, il mantenimento di regimi autorizzatori<sup>5</sup> è consentito a condizione che essi siano non discriminatori, giustificati da un motivo imperativo di interesse generale e proporzionali (vale a dire l'obiettivo perseguito non deve essere conseguibile tramite una misura meno restrittiva, "*in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia*")<sup>6</sup>. Inoltre, nelle residuali ipotesi in cui il regime autorizzatorio permanga, l'applicazione del silenzio assenso è generalizzata, a meno che un regime diverso dal silenzio significativo sia "*giustificato da un motivo imperativo di interesse generale*" (particolarmente qualificato rispetto a quello giustificativo della conservazione del regime autorizzatorio)<sup>7</sup>. Nei motivi imperativi di inte-

3 Corte giust., 28 febbraio 1991, n. 360, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 900 ss., con nota di G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine a una recente decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee*; Id., 19 settembre 2000, causa C-287/98, *Linster*, in *Giur. it.*, 2000, 143; Id., 14 giugno 2001, causa C-230/00, *Commissione c. Regno di Belgio*.

4 N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La direttiva "Bolkestein" modello di semplificazione*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 2009; V. PARISIO, *Direttiva Bolkestein, silenzio assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011 n. 155*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 2978.

5 Per "regime autorizzatorio" la direttiva intende "qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio".

6 Così dispone l'art. 9 della direttiva Bolkestein.

7 In argomento M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2014*, Treccani, 2014, 219. In coerenza con i principi della citata direttiva si pongono anche successive previsioni del legislatore italiano, come,

resse generale sono espressamente compresi, tra gli altri, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, e la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico<sup>8</sup>.

La direttiva citata si occupa anche di misure di semplificazione amministrativa e, tra queste, dello sportello unico. L'art. 6, infatti, obbliga gli Stati membri a provvedere affinché i prestatori di servizi possano espletare tutte le procedure e le formalità necessarie per l'accesso alle attività di servizi e per l'esercizio delle stesse attraverso gli sportelli unici, quali "punti di contatto unici" dal punto di vista del prestatore di servizi, non più oberato dalla complicazione di dover contattare più autorità competenti per conseguire le varie autorizzazioni necessarie per lo svolgimento della sua attività.

Peraltro, se il fondamento della semplificazione amministrativa è rinvenibile nel principio costituzionale di buon andamento<sup>9</sup> e, a livello sovranazionale, nel diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>10</sup>, è comunque necessario verificare se quelle che a prima vista appaiono "complicazioni" siano invece collegate a – e quindi giustificate da – principi ed interessi di rilievo costituzionale o europeo<sup>11</sup>. In particolare, il pluralismo delle organizzazioni contemporanee, dovuto alla specializzazione delle competenze, non va confuso con le complicazioni amministrative inutili e, in quanto tali, da eliminare.

## 2. Ruolo dello sportello unico dell'edilizia.

Allo sportello unico dell'edilizia (nel prosieguo s.u.e.) le più recenti modifiche e integrazioni del t.u. edilizia riconoscono una funzione di semplificazione, garantendo a chi si rapporta con la p.A. l'agevole individuazione del soggetto unico con cui interloquire (coerentemente con i principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa)<sup>12</sup>.

---

ad esempio, l'art. 1, co. 1, d.l. n. 1/2012 (convertito in l. n. 27/2012) che, in tema di liberalizzazione delle attività economiche e di riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese, prevede che i poteri di controllo preventivo dell'amministrazione debbano essere giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità. In argomento E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urb. e app.*, 2012, 509; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 3041.

8 L'art. 4 della citata direttiva chiarisce che, ai fini della direttiva stessa, per "motivi imperativi di interesse generale" si intende "motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale".

9 In argomento R. CHIEPPA, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 265.

10 Su cui S. CASSESE, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *www.irpa.eu*, 2009.

11 Cfr. C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 355.

12 Nella Relazione illustrativa dello schema di t.u. edilizia e nel parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato 29 marzo 2001, n. 52, reso sulla bozza del decreto contenente il t.u., viene riconosciuta allo sportello unico dell'edilizia una funzione di semplificazione, garantendo esso l'agevole individuazione del soggetto unico con cui interloquire. Sui principi richiamati nel testo A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2012, 22 ss..

Il s.u.e. è inteso come centro di gestione unitario dei rapporti tra cittadino, amministrazione comunale e altre amministrazioni coinvolte<sup>13</sup>. Peraltro, all'unicità di gestione non corrisponde, sul versante interno dell'amministrazione, una unificazione delle competenze e dei procedimenti funzionali alla realizzazione secondo legge dell'intervento edilizio: mentre l'interlocutore del privato è unico, sul versante interno lo sportello interloquisce con le diverse amministrazioni o i diversi organi comunali coinvolti nella fattispecie concreta<sup>14</sup>.

Nella direttiva Bolkestein, citata in premessa, lo sportello unico è configurato come risposta alla frammentazione delle competenze, ferma restando *“la ripartizione di funzioni e competenze tra le autorità all'interno dei sistemi nazionali”*: la sua istituzione, quindi, non comporta una riorganizzazione delle competenze. In tale senso, con riferimento alla disciplina nazionale dello sportello unico delle attività produttive, la Corte costituzionale ha evidenziato come la relativa disciplina sia *“fondata sulla concentrazione in una sola struttura, istituita dal Comune, della responsabilità dell'unico procedimento attraverso cui i soggetti interessati possono ottenere l'insieme dei provvedimenti abilitativi necessari per la realizzazione di nuovi insediamenti produttivi, nonché sulla concentrazione nello “sportello unico”, presso la predetta struttura, dell'accesso a tutte le informazioni da parte dei medesimi soggetti interessati: ciò al fine di evitare che la pluralità delle competenze e degli interessi pubblici oggetto di cura in questo ambito si traduca per i cittadini in tempi troppo lunghi e in difficoltà di rapporti con le amministrazioni”*; *“quello che la legge configura è una sorta di “procedimento di procedimenti” .... Ciò non significa però che vengano meno le distinte competenze e le distinte responsabilità delle amministrazioni deputate alla cura degli interessi pubblici coinvolti”*<sup>15</sup>.

Con specifico riguardo allo sportello dell'edilizia, a partire dal citato decreto *Crescita* del 2012 viene superata l'idea che esso svolga una funzione di mero rapporto con il pubblico, assimilabile a quella di un ufficio relazioni esterne, e il s.u.e. assume, piuttosto, la veste di istituto finalizzato a realizzare razionalizzazioni organizzative e procedurali delle funzioni<sup>16</sup>.

Ai sensi del co. 1-bis dell'art. 5 t.u. edilizia (comma inserito nel 2012), il s.u.e. costituisce *“unico punto di accesso”* per il privato interessato *“in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti il titolo abilitativo e l'intervento edilizio oggetto dello stesso”*; esso acquisisce, presso le amministrazioni competenti, anche mediante conferenza di servizi ai sensi degli artt. 14 e ss. l. n. 241/1990, gli atti di assenso delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità (il co. 3 del medesimo art. 5 contiene un'elencazione esemplificativa di atti di

13 B. SALA, *Art. 5*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2004, 95.

14 V. DE GIOIA, *Edilizia e urbanistica. Regimi normativi, titoli abilitativi e strumenti di tutela*, Torino, 2009, 200; B. SALA, *Art. 5*, cit., 96; G. TACCOGNA, *La disciplina dell'organizzazione amministrativa*, Padova, 2014, 123: *“viene unificata l'interlocuzione, non solo istruttoria ma anche provvedimentoale con l'interessato stesso, dato che l'ufficio-sportello fa esprimere tutte le amministrazioni e gli uffici competenti e sintetizza tutti i loro vari pronunciamenti in un unico suo atto”*.

15 Corte Cost., 23 luglio 2002, n. 376, in *Giur. cost.*, 2002, 2791: *“quello che la legge configura è una sorta di “procedimento di procedimenti”, cioè un iter procedimentale unico in cui confluiscono e si coordinano gli atti e gli adempimenti, facenti capo a diverse competenze, richiesti dalle norme in vigore perché l'insediamento produttivo possa legittimamente essere realizzato. In questo senso, quelli che erano, in precedenza, autonomi provvedimenti, ciascuno dei quali veniva adottato sulla base di un procedimento a sé stante, diventano “atti istruttori” al fine dell'adozione dell'unico provvedimento conclusivo, titolo per la realizzazione dell'intervento richiesto .... Ciò non significa però che vengano meno le distinte competenze e le distinte responsabilità delle amministrazioni deputate alla cura degli interessi pubblici coinvolti”*.

16 V. DE GIOIA, *Edilizia e urbanistica*, cit., 201.

assenso, seppure relativamente al solo permesso di costruire, menzionando tra gli altri i pareri della a.s.l. e dei vigili del fuoco, l'autorizzazione paesaggistica e storico-artistica e il nulla osta previsto per le aree naturali protette). Lo sportello fornisce *“una risposta tempestiva in luogo di tutte le amministrazioni, comunque coinvolte”*: a tale ultimo proposito, il successivo co 1-ter dispone che le comunicazioni al richiedente sono trasmesse *esclusivamente* dal s.u.e. e prescrive che *“gli altri uffici comunali e le amministrazioni pubbliche diverse dal comune, che sono interessati al procedimento” “non possono trasmettere al richiedente atti autorizzatori, nulla osta, pareri o atti di consenso, anche a contenuto negativo, comunque denominati”*, e sono anche *“tenuti a trasmettere immediatamente allo sportello unico per l'edilizia le denunce, le domande, le segnalazioni, gli atti e la documentazione ad essi eventualmente presentati, dandone comunicazione al richiedente”*.

Prima delle novità recate dal d.l. n. 83/2012 il ruolo assegnato al s.u.e. dal t.u. edilizia era interpretato dalla giurisprudenza in chiave riduttiva, nel senso che gli atti di assenso la cui acquisizione si riteneva fosse affidata allo sportello erano quelli propriamente endoprocedimentali, vale a dire pareri richiesti per il rilascio del permesso di costruire, con esclusione di provvedimenti autonomi, seppure connessi (quali, ad esempio, pareri della a.s.l. e dei vigili del fuoco). In tale senso, il Consiglio di Stato in una sentenza del 2012 aveva qualificato come onere dell'interessato l'acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica, rilevando che: *“il procedimento per il rilascio del permesso di costruire e quello per il nulla osta di compatibilità paesaggistica dell'intervento, ancorché connessi, restano due procedimenti ontologicamente e logicamente distinti, avendo a oggetto la tutela di beni diversi ed essendo articolati sulla base di competenze diverse”*<sup>17</sup>; con la conseguenza che l'art. 5 t.u. edilizia, nell'assegnare al s.u.e. l'acquisizione di atti di assenso *“necessari ai fini della realizzazione dell'intervento edilizio”*, *“si riferisce ... a tutti i pareri e nulla osta endoprocedimentali intesi al rilascio del permesso di costruire, ma non può estendersi anche a un'autorizzazione diversa ed esterna rispetto a tale procedimento, quale è l'autorizzazione paesaggistica eventualmente richiesta”*<sup>18</sup>.

Per quanto riguarda il ruolo dello sportello unico relativamente alla s.c.i.a., è noto che questa non sostituisce gli atti di autorizzazione o nulla osta, comunque denominati, delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale<sup>19</sup>. Analogamente, la s.c.i.a. non sostituisce gli atti previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche.

17 I due apprezzamenti si esprimono entrambi sullo stesso oggetto, ma con diversi e separati procedimenti, l'uno nei termini della compatibilità paesaggistica dell'intervento edilizio proposto e l'altro nei termini della sua conformità urbanistico-edilizia: Cons. St., IV, 21 agosto 2013, n. 4234, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 2046.

18 Cons. St., Sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4312, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, 1385. L'autorizzazione paesaggistica, ad esempio, non è qualificabile quale mero atto endoprocedimentale, “connotandosi piuttosto per una sua autonomia strutturale e funzionale rispetto al permesso di costruire”; “il rapporto tra autorizzazione paesaggistica e titolo edilizio si sostanzia ... in un rapporto di presupposizione necessitato e strumentale tra valutazioni paesistiche ed urbanistiche, nel senso che questi due apprezzamenti si esprimono entrambi sullo stesso oggetto, ma con diversi e separati procedimenti, l'uno nei termini della compatibilità paesaggistica dell'intervento edilizio proposto e l'altro nei termini della sua conformità urbanistico edilizia”; da ciò la giurisprudenza fa conseguire la necessità di impugnare tempestivamente l'autorizzazione paesaggistica: Cons. St., Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4234, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 2046.

19 L'art. 19 l. n. 241/1990 (originariamente disciplinante la d.i.a. e, attualmente, a seguito della riscrittura ad opera della l. n. 122/2010, disciplinante la s.c.i.a.) è stato oggetto di interpretazione autentica con il d.l. n. 70/2011 (convertito in l. n. 106/2011) con il chiarimento, da un lato, dell'applicabilità alla d.i.a. in materia edilizia (con l'eccezione della super-d.i.a. di cui all'art. 22, co. 3, t.u. edilizia) e, dall'altro lato, che le disposizioni di cui all'art. 19 si interpretano nel senso che *“nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, la s.c.i.a. non sostituisce gli atti di autorizzazione o nulla osta, comunque denominati, delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale”*.

Con riguardo alla c.i.l., l'art. 6 t.u. edilizia sottrae gli interventi edilizi inclusi nell'attività edilizia libera – ivi elencati - dall'ambito applicativo dei titoli abilitativi edilizi, lasciando ferme, però, le forme diverse ed ulteriori di controllo sull'attività edilizia previste dalla normativa tecnica o vincolistica.

Stante l'incertezza sulle modalità di acquisizione delle autorizzazioni obbligatorie<sup>20</sup>, l'art. 23-bis t.u. edilizia, inserito dal d.l. decreto *Del fare* nel 2013<sup>21</sup>, ha previsto due modalità alternative: l'interessato può richiedere al s.u.e., prima della presentazione della segnalazione, di provvedere all'acquisizione di tutti gli atti di assenso, comunque denominati, necessari per l'intervento edilizio (alla s.c.i.a. verranno poi allegati gli atti di assenso rilasciati); oppure, l'interessato può presentare istanza di acquisizione degli atti di assenso necessari contestualmente alla segnalazione stessa<sup>22</sup>. In entrambi i casi, a fronte della richiesta, lo sportello unico è tenuto ad acquisire gli atti di assenso dagli organi o dalle amministrazioni competenti e a comunicare “*tempestivamente*” all'interessato la relativa avvenuta acquisizione.

Se tali atti di assenso non vengono acquisiti entro il termine di cui all'art. 20, co. 3, t.u. (disposizione relativa al permesso di costruire e che prevede un termine per l'istruttoria di 60 giorni dalla presentazione dell'istanza), trova applicazione, in virtù di espresso richiamo, quanto previsto dal co. 5-bis del medesimo art. 20. Pertanto, se l'acquisizione degli atti da parte dello sportello non avviene nel termine indicato – o per inerzia o a seguito del dissenso di una o più delle amministrazioni interpellate non fondato sull'assoluta incompatibilità dell'intervento (e, quindi, su norme di legge o atti presupposti che inibiscano *in toto* l'intervento stesso) –, lo sportello “*indice*” una conferenza di servizi ai sensi degli artt. 14 ss. l. n. 241/1990.

Si tratta, pertanto, di una conferenza obbligatoria (come si deduce dall'uso dell'indicativo presente)<sup>23</sup>.

Ai sensi dell'art. 14-ter l. n. 241, la “*determinazione motivata*” della p.A. procedente di conclusione del procedimento “*sostituisce, a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare, ma risultate assenti*” alla conferenza.

In caso di presentazione contestuale della s.c.i.a. e dell'istanza di acquisizione degli atti di assenso, il co. 2 dell'art. 23-bis t.u. edilizia si premura di precisare che l'interessato “*può dare inizio ai lavori solo dopo la comunicazione da parte dello sportello unico dell'avvenuta acquisizione*” dei prescritti atti di assenso o dell'esito positivo della conferenza di servizi.

<sup>20</sup> L'incertezza era evidenziata anche nello Studio 893/2013/C del Consiglio Nazionale del Notariato, consultabile in <http://www.notariato.it/sites/default/files/893-13-c.pdf>.

<sup>21</sup> Si tratta del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, c.d. decreto *Del fare*, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98.

<sup>22</sup> Il modello unico di scia di cui si è riferito in premessa ha recepito dette indicazioni, prevedendo la duplice indicazione (in intestazione): - SCIA o - SCIA con richiesta contestuale di atti presupposti.

<sup>23</sup> Il medesimo art. 20 specifica, per ragioni di semplificazione e di non aggravamento del procedimento di cui si è tenuto conto anche nella disciplina generale della conferenza con il decreto *Crescita*, che le amministrazioni che esprimono parere positivo possono non intervenire alla conferenza e trasmettere i relativi atti di assenso, dei quali si terrà conto ai fini dell'individuazione delle posizioni prevalenti per l'adozione della determinazione motivata di conclusione del procedimento di cui all'art. 14-ter, co. 6-bis, l. n. 241/1990.

Un'indicazione più precisa al riguardo è contenuta nell'art. 23 t.u. edilizia relativamente alla super-d.i.a., dove (v. *infra*) in mancanza degli atti di assenso la denuncia è espressamente qualificata "priva di effetti" e si precisa che il termine di 30 giorni per l'esercizio del potere inibitorio non decorre.

Il legislatore nel 2013, con il decreto *Del Fare*, ha quindi specificato su chi grava l'onere di acquisire le autorizzazioni inerenti ai vincoli in caso di s.c.i.a. e di c.i.l.: ferma la necessità di apposita istanza dell'interessato, l'onere di acquisizione grava sullo sportello unico.

L'art. 23-bis t.u. edilizia condiziona anche l'interpretazione dell'art. 23 del medesimo t.u. nella parte in cui, con riferimento alla super-d.i.a., disciplina le modalità di acquisizione delle autorizzazioni preliminari prescritte dalle normative di settore.

L'art. 23, co. 3, in caso di vincolo la cui tutela compete, anche per delega, al comune, si limita a disporre che il termine di trenta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori comincia a decorrere dal rilascio dell'atto di assenso. Così recitando, la disposizione implicitamente ammette la possibilità di una presentazione dell'istanza di atto di assenso contestuale alla denuncia.

Nel caso in cui l'autorità preposta alla gestione del vincolo o competente al rilascio di atti di assenso previsti per le costruzioni in zone sismiche sia invece diversa dall'amministrazione comunale, il co. 4 del medesimo art. 23 dispone che, "ove il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela non sia allegato alla denuncia", il competente ufficio comunale "convoca" una conferenza di servizi. Ad una prima lettura la disposizione sembrerebbe lasciare al privato la scelta se avviare il procedimento direttamente dinanzi all'autorità competente sull'atto di assenso, attendendone il rilascio ai fini dell'allegazione alla successiva d.i.a.. La possibilità di presentare direttamente all'amministrazione competente sull'atto di assenso presupposto la relativa istanza è però frutto di un mancato coordinamento con quanto previsto dall'art. 5 t.u. edilizia in ordine al ruolo dello sportello unico quale "unico punto di accesso".

Non è questo l'unico dubbio che la disposizione solleva. Relativamente alla possibilità di presentare direttamente la d.i.a. e alla indizione della conferenza di servizi, l'interpretazione giurisprudenziale della disposizione è stata in passato particolarmente restrittiva e riduttiva del ruolo dello sportello unico, avendo circoscritto il Consiglio di Stato - con interpretazione da ritenere ormai superata<sup>24</sup> - l'obbligo di indizione della conferenza ai soli casi in cui l'autorizzazione paesaggistica, non allegata alla denuncia, sia stata però quantomeno richiesta dal soggetto interessato con apposita istanza all'amministrazione competente, poi non pronunciata<sup>25</sup>.

La conferenza di servizi è prescritta come obbligatoria da subito<sup>26</sup>, senza che ne costituisca presupposto la mancata acquisizione nel termine dell'atto di assenso come previsto dall'art.

<sup>24</sup> Coerentemente con tale lettura, il T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 6 marzo 2015, n. 227, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), decidendo un ricorso avverso un'ordinanza di rimozione di opere abusive, ha affermato che la mancata allegazione dell'autorizzazione paesaggistica alla d.i.a. non autorizza la dichiarazione di improcedibilità della denuncia, stante il dovere della p.A. di indire ex art. 23 t.u. edilizia una conferenza di servizi.

<sup>25</sup> Cons. St., Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5513, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 3163, relativo ad una fattispecie in cui il ricorrente, destinatario di un provvedimento repressivo per un intervento giudicato senza titolo in quanto mancante dell'autorizzazione paesaggistica, lamentava che lo sportello unico non aveva indetto, come avrebbe dovuto fare, una conferenza di servizi ex art. 23, co. 4, t.u. edilizia.

<sup>26</sup> M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi, tra semplificazione e contraddizione*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 301.

20, co. 5-bis, t.u. edilizia per il permesso di costruire e, in virtù del richiamo nell'art. 23-bis, per la s.c.i.a. e la c.i.l.. Dall'eventuale esito positivo (che evidentemente è onere dello sportello comunicare tempestivamente) decorre il termine di trenta giorni per l'esercizio del potere inibitorio comunale; viene precisato, inoltre, che, *“in caso di esito non favorevole, la denuncia è priva di effetto”*. La situazione che si verifica, quindi, è analoga a quella in cui la denuncia non sia mai stata presentata, con la conseguenza che le opere realizzate – da ritenere prive di titolo – sono sottoposte agli ordinari poteri repressivi.

L'espresso chiarimento della mancanza di efficacia è di estrema rilevanza, ove si consideri che la s.c.i.a. e la d.i.a., una volta perfezionate, costituiscono un titolo abilitativo equiparabile *quoad effectum* al rilascio del provvedimento espresso, che può essere rimosso, per espressa previsione legislativa, solo attraverso l'esercizio del potere di autotutela decisoria<sup>27</sup>, con i limiti resi più stringenti prima dal decreto *Sblocca Italia* e, da ultimo, dalla l. 7 agosto 2015, n. 124 (cd. Legge Madia), entrambi intervenuti sul testo degli artt. 19, relativo alla s.c.i.a., e 21-nonies, relativo all'annullamento d'ufficio, l. n. 241/1990<sup>28</sup>.

A prescindere dalla tesi cui si aderisca sulla natura giuridica della d.i.a.<sup>29</sup>, il titolo abilitativo cui d.i.a. e s.c.i.a. danno luogo può considerarsi formato solo in presenza di tutti i requisiti minimi: solo a un titolo regolarmente formato corrisponde, del resto, un legittimo affidamento dell'interessato meritevole di considerazione giuridica. La giurisprudenza ha pertanto chiarito che: *“Le esigenze di protezione dell'affidamento del privato, cui sono finalizzati i principi garantistici dell'autotutela ... richiedono la sussistenza di alcuni requisiti minimi, in assenza dei quali la d.i.a. deve ritenersi inefficace, con conseguente sottoposizione delle opere realizzate – in quanto prive di titolo abilitativo – agli ordinari poteri repressivi dell'Amministrazione. Detti requisiti sono precisati, oltre che nell'art. 22 sotto il profilo oggettivo, nell'art. 23 ...: al comma n. 1 di quest'ultimo, per quanto riguarda le modalità della domanda ed i requisiti soggettivi richiesti per la relativa presentazione, e nel comma 4 in presenza di vincoli ambientali, paesaggistici o culturali... È poi chiarito al comma 5 del medesimo art. 23 che, per comprovare il carattere non abusivo delle opere realizzate, gli interessati debbano esibire”* non solo copia della denuncia da cui risulti la data di ricevimento ma, tra l'altro, anche *“gli atti di assenso eventualmente necessari”*<sup>30</sup>.

Relativamente al permesso di costruire, l'art. 20 t.u. edilizia esclude l'operatività dell'istituto del silenzio assenso (introdotto, per le ipotesi ordinarie, dal decreto *Sviluppo*, d.l. n. 70/2011) nei casi in cui l'immobile oggetto dell'intervento edilizio sia sottoposto a vincoli ambientali, paesaggistici o culturali. In tali casi, il termine per la conclusione del procedimento decorre dal previo rilascio dell'atto di assenso.

27 Cons. St., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4780, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 1074.

28 L'attuale testo dell'art. 19 l. n. 241/1990 in tema di s.c.i.a. dispone che, decorso il termine di sessanta giorni (o trenta giorni nella s.c.i.a. edilizia) per l'esercizio del potere inibitorio, l'amministrazione può vietare la prosecuzione dell'attività *“in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-nonies”* l. n. 241 in tema di annullamento d'ufficio (vale a dire sussistendo le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione). In argomento M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015, 17.

29 In argomento, *ex plurimis*, F. LIGUORI, *Segnalazione certificata di inizio attività e denuncia di inizio attività*, in M.A. SANDULLI, *Testo unico dell'edilizia*, 2015, 519 ss..

30 Cons. St., Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5513, cit.; Id., 24 marzo 2014, n. 1413, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Il decreto *Del fare*, nel 2013, ha poi specificato che, pur intervenuti gli atti di assenso preventivi, il procedimento deve comunque concludersi necessariamente con “*provvedimento espresso*”, altrimenti trovando applicazione la disciplina sul cd. silenzio-inadempimento recata dall’art. 2 l. n. 241/1990. Una forma di silenzio significativo - nel senso, però, del silenzio rigetto - è prevista esclusivamente in caso di diniego dell’atto di assenso: decorso vanamente il termine di conclusione del procedimento, l’istanza di permesso si intende infatti, in tale caso, respinta<sup>31</sup>.

Il decreto *Del fare* ha inoltre abrogato il co. 10 dell’art. 20 che, nel testo riformulato dal decreto Crescita, prevedeva l’obbligatorietà, da subito, dell’indizione della conferenza in caso di vincolo la cui tutela spettasse ad amministrazione diversa da quella comunale. L’attuale versione dell’art. 20 - come già evidenziato nel trattare dell’art. 23-bis - prevede che l’indizione diventi obbligatoria solo qualora il responsabile del procedimento non riesca ad acquisire direttamente gli atti di assenso necessari nei termini prestabiliti (sessanta giorni), così evitando un aggravio inutile del procedimento<sup>32</sup>. La modifica è in linea con quanto prevede l’art. 14, co. 2, l. n. 241/1990, relativo ai casi in cui l’amministrazione procedente debba acquisire atti di assenso di competenza di altre amministrazioni in rapporto di presupposizione necessaria, come nel caso di specie<sup>33</sup>.

Ma vi è di più. Stando al tenore del co. 5 l’obbligo di indire la conferenza di servizi sussiste anche quando nel termine citato intervenga il dissenso di una o più delle amministrazioni interpellate che non sia fondato sulla assoluta incompatibilità dell’intervento: rispetto alla disciplina generale della conferenza di servizi decisoria recata dalla legge generale sul procedimento amministrativo, viene pertanto ridotta la discrezionalità del responsabile del s.u.e. nel decidere se indire o meno la conferenza in presenza di dissensi, altrimenti rimessa ad una valutazione - soggettiva - della portata del dissenso.

L’art. 20 specifica, al co. 6, che, qualora la conferenza di servizi sia stata indetta, “*la determinazione motivata di conclusione del procedimento ... è, ad ogni effetto, titolo per la realizzazione dell’intervento*” e sostituisce il provvedimento del competente dirigente (senza necessità di un successivo provvedimento che ne formalizzi gli esiti). La determinazione motivata, avendo natura provvedimentale, costituisce, quindi, ove lesiva, l’atto impugnabile; ciò non solo

31 Per questo il responsabile deve comunicare all’interessato il diniego dell’atto di assenso entro 5 giorni dalla data in cui esso è acquisito agli atti, con le indicazioni di cui all’art. 3, co. 4, l. n. 241/1990, vale a dire termine per ricorrere e autorità competente a decidere.

32 Se la conferenza non è obbligatoria da subito, essa è comunque facoltativa. Nella prassi, infatti, le amministrazioni spesso indicano la conferenza decisoria senza richiedere prima l’atto di assenso e attendere il vano decorso del termine. Il responsabile del procedimento, nelle decisioni su come condurre il procedimento, potrebbe assumere a criterio di riferimento quanto previsto in tema di autorizzazione unica ambientale e di sportello unico dell’attività produttive, dove il d.P.R. 13 marzo 2013 e il d.P.R. n. 160/2010 (rispettivi regolamenti) prevedono da subito la conferenza di servizi ove per gli atti di assenso necessari sia previsto un termine superiore a quello prescritto per l’acquisizione diretta. È evidente che un ruolo fondamentale gioca anche la maggiore o minore complessità dell’intervento e dell’area di intervento.

33 Il citato art. 14, co. 2, l. n. 241/1990 dispone, infatti, che “*La conferenza di servizi è sempre indetta quando l’amministrazione procedente deve acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e non li ottenga, entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell’amministrazione competente, della relativa richiesta*”. Coerentemente con i principi di economicità e proporzionalità, la recentissima l. 7 agosto 2015, n. 124 (recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”) ha delegato il Governo ad adottare un d.lgs. per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, nel rispetto, tra gli altri, del seguente principio e criterio direttivo: “*ridefinizione e riduzione dei casi in cui la convocazione della conferenza di servizi è obbligatoria, anche in base alla complessità del procedimento*”.

nel caso in cui essa abbia un contenuto positivo, ma anche nel caso in cui si esprima in senso negativo sull'intervento, *“dato che non si vede per quale ragione la determinazione conclusiva della conferenza indetta per l'esame della istanza di permesso di costruire debba diversamente qualificarsi secondo l'esito della conferenza”*<sup>34</sup>.

Dalla descritta disciplina derivano alcune conseguenze: il comune non può rigettare l'istanza di permesso di costruire per il solo motivo della mancata previa acquisizione, al fascicolo edilizio, dell'assenso dell'autorità preposta al vincolo; il comune non può giustificare la propria inerzia oltre il termine di conclusione del procedimento invocando la mancata allegazione, stante l'obbligo di indire una conferenza di servizi; il comune, infine, non può subordinare l'operatività (vale a dire, l'efficacia) del permesso di costruire - che intenda comunque rilasciare - all'acquisizione di documenti e pareri, gravando sul s.u.e. l'obbligo di provvedere direttamente presso le amministrazioni competenti alla necessaria acquisizione e, alla ricorrenza delle condizioni legislativamente previste, di convocare una conferenza di servizi<sup>35</sup>.

### 3. Rapporto tra titoli abilitativi edilizi e autorizzazioni preliminari.

La lettura combinata degli artt. 5, 20, 23 e 23-bis t.u. edilizia rende necessaria un'interpretazione adeguatrice della disciplina di settore recata dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004, nel prosieguo “Codice”) in merito all'autorizzazione per interventi su beni culturali o paesaggistici.

Come noto, il Codice, all'art. 21, co. 4, subordina ad un'autorizzazione della soprintendenza l'esecuzione di opere e lavori di qualunque genere su beni culturali e, al successivo art. 23, specifica che, *“qualora gli interventi autorizzati ai sensi dell'articolo 21 necessitino anche di titolo abilitativo in materia edilizia, è possibile il ricorso alla denuncia di inizio attività, nei casi previsti dalla legge”*; *“a tal fine l'interessato, all'atto della denuncia, trasmette al comune l'autorizzazione conseguita”*.

Il Codice configura, quindi, la produzione dell'atto di assenso preliminare come onere del privato, prescrivendone il previo ottenimento, solo a seguito del quale la denuncia può essere presentata.

Senonché, l'andamento sequenziale dei due atti - nel contesto del quale la prima costituisce *“presupposto di proponibilità”* della seconda - va coordinato con la disciplina pocanzi descritta contenuta nel t.u. edilizia.

Un'interpretazione adeguatrice alla normativa sopravvenuta va svolta anche con riguardo alla disciplina dell'autorizzazione paesaggistica, che l'art. 146, co. 4, del Codice qualifica *“atto autonomo e presupposto”* rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento edilizio.

<sup>34</sup> T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 4 marzo 2015, n. 215, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>35</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 21 novembre 2007, n. 3932, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 628; Id., 15 gennaio 2010, n. 170, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 272; Id., 28 settembre 2010, n. 2032, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

In ordine al rapporto tra autorizzazione paesaggistica e titolo abilitativo edilizio (ma la questione si pone in termini analoghi per gli altri atti di assenso preventivi) sono state nel tempo elaborate tre tesi<sup>36</sup>: autorizzazione paesaggistica come presupposto di diritto del titolo abilitativo edilizio, ossia condizione di legittimità del secondo; autorizzazione paesaggistica come presupposto del legittimo espletamento dell'attività edilizia<sup>37</sup>, ossia condizione di mera efficacia del secondo; autorizzazione paesaggistica come condizione di procedibilità della domanda di permesso di costruire, tale per cui difetterebbe l'interesse a conseguire il titolo abilitativo prima che sia rimosso, tramite l'atto di assenso, l'ostacolo all'intervento edilizio. Le diverse tesi hanno rilevanti risvolti concreti: aderendo alla prima, la domanda di permesso di costruire non è accoglibile senza autorizzazione paesaggistica; aderendo alla seconda, l'autorizzazione è necessaria per espletare l'attività; aderendo alla terza, il procedimento per il rilascio del permesso di costruire non può essere iniziato in difetto dell'autorizzazione paesaggistica, non potendo l'istanza essere trattata.

L'attuale versione dell'art. 5 t.u. edilizia, risultante dalle modifiche del 2012 (descritte al precedente paragrafo), fa propendere per la prima tesi; in particolare, il co. 3 del citato art. 5 ha un tenore letterale diverso dall'abrogato co. 4, qualificando esso gli atti di assenso preliminari come necessari "*ai fini del rilascio*" del permesso di costruire (diversamente, l'abrogato co. 4 menzionava gli stessi atti di assenso come necessari "*ai fini della realizzazione dell'intervento edilizio*"). La terza tesi va certamente respinta in ragione del ruolo dello sportello unico in precedenza descritto.

La conclusione ha rilevanti risvolti pratici. La qualificazione come condizione di validità – e non più condizione di efficacia – comporta che il titolo rilasciato in carenza di autorizzazione preliminare sia suscettibile di annullamento d'ufficio.

In tale senso, il Consiglio di Stato<sup>38</sup> ha giudicato legittimo l'annullamento di un permesso di costruire avvenuto in autotutela a seguito dell'annullamento statale dell'autorizzazione paesaggistica che ne costituiva presupposto<sup>39</sup>. Più articolata nel motivare l'adesione alla prima tesi è una sentenza del T.A.R. Lombardia<sup>40</sup> che ha accolto il ricorso proposto da un terzo per l'annullamento di un permesso di costruire rilasciato in assenza della necessaria autorizzazione paesaggistica, affrontando la questione se il rapporto tra i due titoli autorizzatori valga a qualificare la seconda come condizione di validità ovvero di

36 G. PAGLIARI, *Permesso di costruire e autorizzazione paesaggistica*, in G. CUGURRA, E. FERRARI, G. PAGLIARI (a cura di), *Urbanistica e paesaggio*, Napoli, 2006, 299 ss..

37 G. VIRGA, *I provvedimenti amministrativi collegati*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2005, 6.

38 Cons. St., Sez. VI, 9 ottobre 2014, n. 5025, in *Foro amm.*, 2014, 2575.

39 Così anche Cons. St., Sez. IV, 13 ottobre 2010, n. 7491, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Stante i presupposti dell'annullamento in autotutela indicati dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 (l'antigiuridicità non è condizione di per sé idonea e sufficiente per ricorrere all'autotutela, avendo l'art. 21-*nonies* ancorato l'esercizio di tale potere a due tassativi presupposti: le ragioni di interesse pubblico e una valutazione comparativa che riveli la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto alla contrapposta posizione dei privati), si pone, poi, l'ulteriore questione, variamente risolta in giurisprudenza, se gli interessi c.d. sensibili prevalgano comunque nel bilanciamento con l'interesse di chi ha fatto affidamento sul provvedimento rilasciato (T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 20 dicembre 2014, n. 871, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 26 aprile 2013, n. 382, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 1253), oppure debbano essere oggetto di effettivo bilanciamento (Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2123, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

40 T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 17 dicembre 2014, n. 3062, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

efficacia del titolo edilizio<sup>41</sup>. La prima qualificazione viene accolta dal giudice amministrativo sulla base di argomenti di carattere testuale-normativo e di ragioni di economia del procedimento: l'art. 146 Codice qualifica l'autorizzazione paesaggistica come atto non solo autonomo, ma anche presupposto rispetto ai titoli abilitativi edilizi, configurando un "*rapporto di presupposizione necessitato e strumentale tra valutazioni paesistiche ed urbanistiche*" sullo stesso oggetto, ma con diversi procedimenti e valutazioni; l'art. 5, co. 1-bis, t.u. edilizia configura gli atti di assenso come condizione per "*il rilascio del permesso di costruire*"; l'art. 20, co. 9, del medesimo t.u. dispone che, se l'atto di assenso è negato, la domanda di permesso di costruire, una volta che sia decorso invano il termine procedimentale, si intende respinta, non lasciando margini per un titolo rilasciabile ma inefficace; l'art. 23, ai co. 3 e 4, t.u. in tema di d.i.a. dispone che il termine di trenta giorni per l'esercizio del potere inibitorio, trascorso il quale il titolo abilitativo si perfeziona, decorre dal momento in cui viene rilasciato l'atto di assenso presupposto (che, quindi, costituisce un requisito essenziale della complessa fattispecie che, unitamente al decorso tempo, legittima l'intervento)<sup>42</sup>.

Ulteriore argomento può rinvenirsi nella recente previsione – di cui all'art. 146, co. 4, Codice come modificato dal decreto *Sblocca Italia* – secondo cui il termine di efficacia dell'autorizzazione paesaggistica decorre "*dal giorno in cui acquista efficacia il titolo edilizio*" (evidentemente successivo): si evita, in tale modo, che ritardi imputabili alla p.A. nel rilasciare il titolo edilizio possano di fatto avere l'effetto di abbreviare la durata dell'autorizzazione paesaggistica concessa, mentre il termine "*efficacia*" viene utilizzato in luogo di "*rilascio*" allo scopo di adattare la previsione normativa anche alle ipotesi di s.c.i.a. e super-d.i.a.<sup>43</sup>.

In definitiva, quindi, il permesso di costruire, quale provvedimento funzionale ad accertare la conformità alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie dell'intervento, diviene, in virtù del nesso di presupposizione che impedisce il rilascio del permesso di costruire in assenza di tutti gli atti presupposti, funzionale anche alla verifica che tutti gli atti di assenso necessari siano stati preventivamente acquisiti.

#### **4. Il rilievo del neointrodotta art. 17-bis l. n. 241/1990 sul silenzio assenso tra amministrazioni.**

L'art. 17-bis l. n. 241/1990, inserito dalla recente l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. Legge *Madia*) ha introdotto il "*silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche*" nei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi che prevedano atti di as-

41 Il T.A.R. Lombardia ricostruisce i diversi orientamenti. Sotto la vigenza dell'art. 7 l. n. 1497/1939, in ragione del carattere autonomo dell'autorizzazione paesistica, la concessione rilasciata in carenza era considerata inefficace (non illegittima), essendo detta carenza preclusiva solo dell'avvio dei lavori (Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2003, n. 22824; Id., 26 marzo 2001, n. 11716; Cons. St., Sez. V, 14 gennaio 2003, n. 88; 2 maggio 2001, n. 2471); la concessione poteva dunque essere rilasciata in mancanza, fermo restando che i lavori potevano essere iniziati solo una volta ottenuto il nulla osta paesaggistico. Questo orientamento è stato ribadito dal Consiglio di Stato anche dopo l'entrata in vigore del Codice: Cons. St., Sez. IV, 27 gennaio 2012, n. 413. Di contrario avviso Cons. St., Sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5731.

42 Nel medesimo senso T.A.R. Liguria, Genova, 25 marzo 2013, n. 522.

43 Analoga previsione è prevista dal decreto *Sblocca Italia* in termini generali nella disciplina della conferenza di servizi, tramite l'inserimento di un co. 8-bis nell'art. 14-ter l. n. 241/1990, ai sensi del quale "*I termini di validità di tutti i pareri, autorizzazioni, concessioni, nulla osta o atti di assenso comunque denominati acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi, decorrono a far data dall'adozione del provvedimento finale*".

senso, concerto o nulla osta comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche.

La disposizione prevede che tali atti di assenso devono intendersi implicitamente acquisiti qualora siano decorsi vanamente trenta giorni<sup>44</sup> dal ricevimento dello “*schema di provvedimento*”, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente<sup>45</sup>.

Estremizzando le esigenze di semplificazione dei procedimenti amministrativi, la neointrodotta disposizione trova espressa applicazione anche in caso di atto di assenso richiesto ad amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini: in tali casi l'unica mitigazione è rappresentata dalla previsione di un termine più lungo, pari a novanta giorni (salve disposizioni di legge specifiche che stabiliscano tempistiche diverse). L'unica espressa eccezione al silenzio significativo riguarda i casi in cui l'ordinamento eurounitario richieda l'adozione di provvedimenti espressi.

L'art. 17-*bis* ha riguardo al silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, mentre il silenzio dell'amministrazione procedente nei procedimenti ad istanza di parte continua ad essere regolato dall'art. 20 della medesima l. n. 241, il cui co. 4 esclude dalla generalizzazione del silenzio significativo gli atti e i procedimenti riguardanti - tra gli altri interessi sensibili menzionati - il patrimonio culturale e l'ambiente.

Il descritto ruolo del s.u.e., quale unico punto di accesso nei rapporti tra p.A. e cittadino, ha indotto i primi commentatori<sup>46</sup>, immediatamente dopo l'entrata in vigore dell'art. 17-*bis*, a ritenere la disposizione applicabile anche all'inerzia serbata dalle amministrazioni chiamate a pronunciarsi sulle autorizzazioni preliminari ai titoli abilitativi edilizi: ciò in quanto la richiesta di nulla osta viene formulata dallo stesso sportello unico dell'edilizia.

Senonché, a parere di chi scrive il citato art. 17-*bis* ha un ambito applicativo estremamente circoscritto, come evincibile dal tenore letterale, nonché da un'interpretazione sistematica che tenga conto del contenuto vigente degli artt. 14, 16 e 20 l. n. 241/1990.

Stando al tenore letterale, il silenzio assenso procedimentale riguarda solo i casi in cui un'amministrazione è tenuta ad acquisire l'assenso di altra amministrazione su uno “*schema di provvedimento*” già predisposto dalla prima: riguarderebbe, cioè, le diverse manifestazioni di controllo endoprocedimentale, che esprimono una valutazione positiva sul contenuto di uno schema di provvedimento (e non su un'attività il cui svolgimento sia subordinato ad atti di assenso distinti di competenza di diverse amministrazioni), ed interverrebbe nella fase costitutiva del procedimento (come nei casi in cui sia prescritto un concerto o un'intesa<sup>47</sup>), secondo uno schema “*procedimento / sub-procedimenti*”.

44 I trenta giorni sono suscettibili di un'unica interruzione nei casi in cui l'amministrazione rappresenti esigenze istruttorie o motivate e puntuali richieste di modifica.

45 In argomento M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti*, cit..

46 G. INZAGHI, *Il silenzio assenso indirizza le pratiche allo sportello unico*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 agosto 2015, 24; S. LINGUANTI, *Il silenzio assenso della riforma Pa spiazza gli sportelli unici per le imprese*, in *Il Sole 24 ore, Enti locali & PA*, 25 settembre 2015.

47 Nel concerto l'autorità concertante adotta una decisione preliminare da sottoporre all'autorità concertata (analo-

L'art. 17-*bis* non trova invece applicazione nel caso in cui le diverse amministrazioni coinvolte siano chiamate a compiere valutazioni nell'ambito di un procedimento *a struttura complessa* (nel corso della cui istruttoria sia necessario acquisire pareri e valutazioni con il coinvolgimento di una pluralità di amministrazioni), in tale caso trovando applicazione gli artt. 16 e 17 l. n. 241/1990, relativi, rispettivamente, ai pareri e alle valutazioni tecniche (articoli chiari nell'escludere il silenzio assenso, nonché, più in generale, forme di semplificazione quali anche il silenzio devolutivo in caso di interessi sensibili coinvolti).

Parimenti la norma non è applicabile nei procedimenti *collegati* relativi ad autonomi atti di assenso funzionali a consentire lo svolgimento di un'attività<sup>48</sup> e che risultano essere l'esito di distinte valutazioni delle amministrazioni competenti, trovando in tale caso applicazione l'art. 20 l. n. 241/1990.

Né potrebbe condurre a diverse conclusioni il ruolo assegnato dalla normativa attuale allo sportello unico: questo garantisce una gestione unitaria dei procedimenti, i quali rimangono, però, logicamente distinti in quanto diretti a tutelare interessi diversi; lo sportello è, quindi, uno strumento organizzativo atto a coordinare (ed accorpere) le attività relative a ciascun procedimento, mentre gli atti autorizzatori definiscono procedimenti a sé stanti (che il privato avrebbe altrimenti l'onere di attivare). Con specifico riguardo alle autorizzazioni preliminari ai titoli abilitativi edilizi, esse, pur collocandosi come assensi necessari all'interno del procedimento di autorizzazione di un'opera, si configurano come atti diversi e funzionalmente e logicamente distinti dal titolo abilitativo.

Questa lettura riduttiva, oltre a rispettare il tenore letterale (l'art. 17-*bis* fa infatti riferimento ad uno "*schema di provvedimento*" presentato all'amministrazione chiamata a rendere il suo assenso), è anche coerente con gli artt. 16, 17 e 20 l. n. 241/1990.

Peraltro, permane anche seguendo tale lettura riduttiva la necessità di un intervento del legislatore delegato (delegato dalla stessa l. n. 124/2015) a chiarire il rapporto con il testo dell'art. 14, co. 2, l. n. 241 relativo alla conferenza di servizi.

Il testo attuale dell'art. 14 l. n. 241/1990 prevede che nei procedimenti con decisioni poli-strutturate (risultanti da una pluralità di manifestazioni di volontà collegate) la conferenza abbia portata generale e sia obbligatoria allorché non pervenga il consenso dell'amministrazione coinvolta entro un termine di trenta giorni (o facoltativa se nel termine interverga il dissenso): la semplificazione risiede nella possibilità per la p.A. procedente di avvalersi delle specificità del regime di funzionamento della conferenza, ivi incluso, come si vedrà, un

---

gamente all'intesa che riguarda, però, relazioni intersoggettive). In argomento A. MONACO, voce *Concerto (atti di)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961; F. CUOCOLO, *Concerto (atti di)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988. Il nulla osta è invece l'atto con cui una p.A. dichiara di non avere osservazioni in ordine all'adozione di un provvedimento da parte di altra autorità: M. SANINO, voce *Nullaosta*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978; A. ORSI BATTAGLINI, voce *NULLAOSTA*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995.

<sup>48</sup> In argomento M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, 256: "in termini generali, si parla di procedimenti collegati (o connessi) in tutti i casi in cui una pluralità di procedimenti, da avviare in sequenza o in parallelo, sono funzionali ad un risultato unitario"; in caso di procedimenti collegati in sequenza "la conclusione di quello antecedente con un provvedimento autonomo è condizione per l'avvio di quello successivo in vista del risultato finale"; in caso di procedimenti collegati in parallelo, "il collegamento ... è di tipo funzionale, nel senso che la conclusione positiva di ciascuno di essi è necessaria per l'avvio di una determinata attività o l'ottenimento di un certo risultato". In tema di procedimenti collegati cfr., *ex multis*, anche F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 271).

regime di “*silenzio assenso endoprocedimentale decisorio*”<sup>49</sup>, in tale modo ovviando sul piano del procedimento alla complessità dell’organizzazione dell’amministrazione italiana.

Stando all’interpretazione fornita dell’art. 17-*bis*, una sovrapposizione con l’attuale vigente versione dell’art. 14, co. 2, l. n. 241/1990 si avrebbe nelle ipotesi di conferenza di servizi uniprocedimentale, vale a dire quando vi è una sola amministrazione procedente e le altre pp.AA. convocate non sono chiamate a svolgere una competenza di amministrazione attiva, cioè finalizzata all’emanazione di un provvedimento<sup>50</sup>.

## 5. Nel dettaglio: l’autorizzazione sismica e il nulla osta per le aree naturali protette.

La qualificazione (nel paragrafo 3) degli atti di assenso come condizioni di validità del titolo edilizio solleva, tra le altre, una questione specifica relativa all’autorizzazione sismica. Questa è menzionata all’art. 5, co. 3, t.u. edilizia tra gli atti di assenso necessari “*ai fini del rilascio*” del permesso di costruire.

Se da un lato, sulla base della formulazione letterale dell’art. 94 t.u. edilizia<sup>51</sup>, è prassi che l’autorizzazione venga acquisita prima dell’inizio dei lavori (in mancanza di essa, infatti, “*non si possono iniziare lavori*”)<sup>52</sup>, dall’altro lato, dal citato art. 5 si ricava, invece, l’obbligatoria acquisizione preventiva. La modifica – che, in quanto recata da norma sopravvenuta, prevale – è diretta a semplificare, ma anche a garantire l’effettiva realizzabilità del progetto architettonico e ad evitare che vengano depositati agli uffici del genio civile progetti strutturali non coerenti con il progetto architettonico.

Tra le autorizzazioni preliminari merita menzione, inoltre, lo strumento di controllo degli interventi all’interno delle aree naturali protette (distinto dall’autorizzazione paesaggistica, in quanto finalizzato alla tutela dei valori ambientali complessivi dell’ecosistema<sup>53</sup>).

49 G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi come meccanismo di decisione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1140, il quale osserva che si tratta di un silenzio assenso “endoprocedimentale” perché diverso da quello di cui all’art. 20 l. n. 241 che corrisponde all’accoglimento di un’istanza con definizione dell’assetto di interessi coinvolti, e “decisorio” perché interviene nella fase decisoria del procedimento, diversamente dal silenzio previsto dall’art. 16 l. n. 241/1990 concernente i pareri e, dunque, la fase istruttoria.

50 Sulla distinzione tra conferenza uniprocedimentale e pluriprocedimentale G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, 610

51 L’art. 94 t.u. edilizia dispone che: “1. Fermo restando l’obbligo del titolo abilitativo all’intervento edilizio, nelle località sismiche, ad eccezione di quelle a bassa sismicità all’uopo indicate nei decreti di cui all’articolo 83, non si possono iniziare lavori senza preventiva autorizzazione scritta del competente ufficio tecnico della regione. 2. L’autorizzazione è rilasciata entro sessanta giorni dalla richiesta e viene comunicata al comune, subito dopo il rilascio, per i provvedimenti di sua competenza”. La normativa antisismica non distingue tra opere che necessitano di permesso di costruire e quelle che possono essere realizzate con semplice d.i.a. (oggi segnalazione); pertanto, l’obbligo di preventiva denuncia dei lavori e di preventiva richiesta di autorizzazione va rispettato in ogni caso a prescindere dal tipo di costruzione, posto che l’interesse pubblico da preservare non è quello strettamente urbanistico bensì quello della sicurezza e dell’incolumità pubblica (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 14 maggio 2015, n. 2666, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

52 T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7 maggio 2013, n. 2356, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 1706, secondo cui l’autorizzazione sismica ex art. 94 t.u. edilizia non deve intervenire prima del rilascio del permesso di costruire, ma prima dell’inizio dei lavori.

53 *Ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 5 aprile 2007, n. 14183, che evidenzia che la pluralità di controlli, che si esplicano nel titolo edilizio, nella autorizzazione paesaggistica e nel nulla osta, “*si spiega e si giustifica in virtù della loro finalizzazione alla salvaguardia di valori ed interessi diversi: il permesso di costruire, invero, tutela lo sviluppo ordinato del territo-*

Ai sensi dell'art. 13 l. n. 394/1991, *“Il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell'ente parco”*; l'atto di assenso deve essere reso *“entro sessanta giorni dalla richiesta”*, con la precisazione che *“Decorso inutilmente tale termine il nulla osta si intende rilasciato”*.

Una questione dibattuta in giurisprudenza è se il citato art. 13 sia stato o meno tacitamente abrogato, nella parte in cui prevede il silenzio assenso, dall'art. 20 l. n. 241/1990 come modificato dalla l. n. 80/2005. Come noto, infatti, nel 2005 il legislatore, intervenendo sul testo dell'art. 20 l. n. 241, ha generalizzato il silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte, attribuendo all'inerzia della p.A., oltre il termine di conclusione del procedimento, il valore di accoglimento tacito dell'istanza stessa; contestualmente, però, il legislatore ha previsto alcune significative eccezioni, tra le quali i procedimenti concernenti il patrimonio culturale e l'ambiente<sup>54</sup>.

Un primo orientamento concepisce la disciplina introdotta nel 2005 come legge generale ed espressione di principi fondamentali, con conseguente applicazione, nella soluzione dell'antinomia, del criterio cronologico (e non di quello di specialità)<sup>55</sup>. Per un diverso orientamento l'art. 13, in quanto norma speciale, prevarrebbe su norme generali, anche successive; inoltre, le eccezioni fissate dall'art. 20 l. n. 241 concernerebbero solo l'applicazione generalizzata del silenzio assenso in virtù del medesimo art. 20 (*“le disposizioni del presente articolo non si applicano...”*), mentre non riguarderebbero disposizioni precedenti che espressamente prevedano forme di silenzio assenso e rispetto alle quali l'art. 20 nulla avrebbe innovato<sup>56</sup>.

Il dibattito non trova, a giudizio di chi scrive, una soluzione per effetto del neointrodotta art. 17-bis l. n. 241/1990, in ragione dell'interpretazione della norma fornita nel precedente paragrafo<sup>57</sup>. L'orientamento più coerente con i principi che la giuri-

*rio in conformità alla pianificazione urbanistica; l'autorizzazione paesaggistica inerisce alla forma del territorio medesimo; il nullaosta dell'Ente parco si correla ad interessi più spiccatamente naturalistici concretamente perseguiti”*.

54 La questione è rilevante perché, qualora si ammettesse il perfezionarsi del silenzio assenso, il diniego tardivo sarebbe illegittimo (dovendo prima essere annullato d'ufficio, in autotutela, ex art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 il silenzio assenso formatosi: in termini generali, ex *multis*: Cons. St., Sez. V, 8 aprile 2003, n. 1854, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 1310). Viceversa, aderendo all'opposto orientamento, l'ente gestore dell'area protetta potrebbe legittimamente pronunciarsi in forma espressa sulla domanda anche oltre il termine di sessanta giorni in forza di un potere non consumatosi.

55 Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5188, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, 237; T.A.R., Liguria, Sez. I, 10 marzo 2015, n. 260; T.A.R. Lazio, Sez. II-*quater*, 6 agosto 2014, n. 8744; Id., 29 luglio 2015, n. 10438.

56 Cons. St., Sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3047, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 847. I sostenitori della permanenza del silenzio assenso osservano, inoltre, che il nulla osta è un atto a bassa discrezionalità; l'art. 13 citato configura la relativa funzione nel senso che esso è volto a verificare la conformità tra le disposizioni del piano e del regolamento e l'intervento da realizzare; esso si inserisce in un procedimento in cui ulteriori specifici interessi ambientali vengono valutati in modo espresso (autorizzazioni paesaggistiche, idrogeologiche, archeologiche, ecc.): Cons. St., VI, 29 dicembre 2008, n. 6591, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 482. Peraltro, senza affrontare la questione se il nulla osta sia necessario anche nelle aree protette prive di piano e regolamento (in argomento Cons. St., Sez. VI, 18 marzo 2008, n. 1109, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), secondo parte della giurisprudenza, in relazione ad attività non analiticamente vietate, l'ente parco è chiamato a valutare la compatibilità tra l'intervento e i valori ambientali tutelati, esercitando una discrezionalità tecnica, e a vagliare la praticabilità di soluzioni alternative (Cons. St., Sez. VI, 5 ottobre 2001, n. 5270, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 261). In argomento A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2014, 333.

57 Una seconda questione relativa al nulla osta ex art. 13 l. n. 394/1991 attiene all'ambito oggettivo del nulla osta, con particolare riguardo agli interventi rientranti nell'attività edilizia libera di cui all'art. 6 t.u. edilizia. Stando al tenore letterale dell'art. 13, il nulla osta dell'ente parco è reso solo in relazione a interventi, impianti e opere soggetti a concessioni o autorizzazioni. In altre parole, solo se sono posti in essere interventi che richiedono il rilascio di un titolo abilitativo edilizio; qualora gli interventi si sostanzino in attività edilizia libera, non sarebbe richiesto neanche il nulla osta in questione. Al ri-

sprudenza nazionale e sovranazionale afferma in tema di silenzio assenso è evidentemente il primo.

## **6. Atti di assenso preliminari e conferenza di servizi. L'autorizzazione paesaggistica: il rilievo del neointrodotta art. 17-bis l. n. 241/1990.**

Un ambito relativo alle autorizzazioni preliminari in cui, invece, il neointrodotta "*silenzio assenso procedimentale*" di cui all'art. 17-bis l. n. 241/1990 assume rilievo (seppure con esiti criticabili) attiene al procedimento di autorizzazione paesaggistica e, in particolare, al silenzio serbato dalla soprintendenza chiamata a rendere il parere sulla proposta di provvedimento predisposta dalla regione (o dall'ente da questa delegato).

Giova premettere che la tutela rafforzata riconosciuta agli interessi sensibili dall'ordinamento a fronte delle esigenze di semplificazione procedimentale ha subito progressive e crescenti attenuazioni, di cui il citato art. 17-bis (per quanto interpretato restrittivamente) rappresenta l'ultima eclatante espressione.

Dal 2010 le amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico-territoriale e alla tutela ambientale e della pubblica incolumità<sup>58</sup> sono state espressamente incluse tra quelle il cui assenso si ritiene acquisito qualora non venga espressa definitivamente in seno alla conferenza di servizi la volontà dell'amministrazione rappresentata (art. 14-ter, co. 7, l. n. 241). La previsione è fondata nella specie sul principio della leale collaborazione istituzionale<sup>59</sup>.

Peraltro, lo stesso citato art. 14-ter, al co. 2, prevede alcuni meccanismi procedurali atti a bilanciare l'espressa estensione agli interessi sensibili dell'equivalenza ad un assenso dell'assenza ingiustificata in conferenza.

Per l'autorità preposta alla tutela del patrimonio culturale il rinvio ad altra successiva data può essere superiore ai dieci giorni (fino ad un massimo di quindici) previsti, come massima dilazione, per le altre amministrazioni. Inoltre, "*i responsabili degli sportelli unici ... concordano con i Soprintendenti territorialmente competenti il calendario, almeno trimestrale, delle riunioni delle conferenze di servizi che coinvolgano atti di assenso o consultivi comunque denominati di competenza del Ministero per i beni e le attività culturali*". Quest'ultima previsione è finalizzata ad agevolare la partecipazione dei soprintendenti alle numerose conferenze di

guardo nello Studio n. 460-2011/C del Consiglio Nazionale del Notariato la normativa è interpretata nel senso della necessità del nulla osta ove l'intervento sia subordinato a permesso di costruire, s.c.i.a. e super-d.i.a., nonché in tutte le ipotesi in cui sia necessaria l'autorizzazione paesaggistica in base al combinato disposto degli artt. 146 e 149 d.lgs. n. 42/2004. Parte della giurisprudenza che si è occupata del tema (ad esempio T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 5 novembre 2012, n. 457, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), sulla base del fatto che l'art. 6 t.u. edilizia fa salva la normativa di settore, afferma che anche l'attività edilizia libera può essere effettuata solo dopo l'acquisizione del nulla osta.

58 Cfr. G. SCIULLO, *La Conferenza di servizi*, cit., 1142 e 1145, che rileva che la mancata espressa inclusione delle amministrazioni preposte alla tutela del patrimonio storico-artistico è addebitabile ad una "mera svista del legislatore" "considerato che esso figura fra gli interessi sensibili nella disciplina delle modalità di manifestazione del dissenso e in quella del suo superamento (cfr. art. 14-quater, c. 1 e 3)".

59 Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1059; Id., Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 434, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 199.

servizi indette e la relativa violazione, come evidenziato in una circolare del Ministero per i beni e le attività culturali del 2013<sup>60</sup>, ha un'efficacia direttamente invalidante sulla conferenza di servizi: non può ritenersi infatti acquisito, ai sensi del citato co. 7 dell'art. 14-ter, il parere favorevole del soprintendente qualora la conferenza sia stata indetta in assenza del calendario trimestrale o sia stata celebrata in una data non inclusa nel calendario.

A fronte di una tutela comunque rinforzata che, nonostante le istanze di semplificazione<sup>61</sup>, le citate disposizioni assicurano agli interessi sensibili rispetto agli altri interessi rilevanti nelle fattispecie concrete, altre più recenti novità introdotte dal legislatore esasperano le esigenze di semplificazione: si tratta delle modifiche introdotte nel 2014 dal decreto *Sblocca Italia* al procedimento di autorizzazione paesaggistica e della già citata disciplina generale del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche introdotta nel 2015 dalla Legge *Madia*.

I due interventi del legislatore meritano di essere esaminati in progressione, sì da evidenziare il graduale accentuarsi dell'attenzione sulle esigenze di semplificazione a scapito di quelle di adeguata garanzia degli interessi sensibili.

Come noto, ai sensi dell'art. 146 Codice, sull'istanza di autorizzazione paesaggistica è competente la regione (o l'ente da questa delegato), dopo avere acquisito – su una “*proposta di provvedimento*” – il parere obbligatorio e vincolante (sino alla cd. “*vestizione dei vincoli*”<sup>62</sup>, tramite la loro integrazione con prescrizioni d'uso dettagliate, come indicato dall'art. 140, co. 2, Codice) del soprintendente. Quest'ultimo, ai sensi del co. 8, deve rendere parere sulla compatibilità paesaggistica entro quarantacinque giorni dalla ricezione della proposta di provvedimento. Decorso inutilmente tale termine, in base alla versione del co. 9 dell'art. 146 precedente allo *Sblocca Italia*, l'Amministrazione competente avrebbe potuto indire una conferenza di servizi (di natura facoltativa), che avrebbe dovuto pronunciarsi entro il termine “*perentorio*” di quindici giorni. Nel citato co. 9 era poi inserito un terzo periodo in base al quale: “*In ogni caso, decorsi sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione*”<sup>63</sup>.

60 Circolare Ministero per i beni e le attività culturali – Segretariato generale, 29 maggio 2013, n. 26.

61 La differenza di regime tra interessi sensibili ed altri interessi a partire dal 2010 si è dunque notevolmente ridotta; trova applicazione nei riguardi di tutti gli interessi il silenzio assenso in caso di mancata partecipazione o partecipazione non collaborativa alla conferenza, mentre permane la differenza in merito al superamento del dissenso formulato in seno alla conferenza (meccanismo previsto all'art. 14-*quater*, co. 3, l. n. 241/1990 e che demanda la decisione finale alla sede politica).

62 La c.d. “*vestizione*” dei vincoli generici è prevista dall'art. 141-*bis* Codice dei beni culturali e del paesaggio (“*Integrazione del contenuto delle dichiarazioni di notevole interesse pubblico*”), ai sensi del quale “Il Ministero e le regioni provvedono ad integrare le dichiarazioni di notevole interesse pubblico rispettivamente adottate con la specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2”; quest'ultimo articolo dispone che “2. La dichiarazione di notevole interesse pubblico detta la specifica disciplina intesa ad assicurare la conservazione dei valori espressi dagli aspetti e caratteri peculiari del territorio considerato”.

63 T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 17 giugno 2015, n. 877, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): “il sistema delle autorizzazioni paesaggistiche delineato dal d.lgs. n. 42/2004 -impennato, nell'ordine, sulla preliminare istruttoria regionale (o comunale a seconda dei casi), sul parere vincolante della Soprintendenza e sul conclusivo provvedimento di competenza ancora degli enti locali - è perfettamente rispettoso della delega di funzioni amministrative contenuta nell'art. 57 del d.p.r. n. 348/1979; difatti il sistema sopra descritto, ispirato al principio di leale collaborazione istituzionale tra i diversi livelli di governo, affida all'amministrazione locale la competenza all'atto finale e le attribuisce un ruolo anche sostanziale nella fase della cd. preistruttoria, sulla base della quale la Soprintendenza è poi chiamata a esprimere il parere: dunque nessuna violazione dell'art. 57 del d.p.r. n. 348/1979, bensì un sistema complesso tendente ad armonizzare le competenze regionali con la persistente e superiore funzione dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dei beni culturali”.

Il decreto *Sblocca Italia* ha riscritto il co. 9 dell'art. 146, che attualmente si limita a disporre che: “*Decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*”. È stata eliminata, pertanto, la previsione del passaggio procedimentale, comunque già eventuale, della conferenza di servizi e del breve e speciale termine di quindici giorni previsto per la conclusione dei relativi lavori.

Le finalità sottese alla modifica - si anticipa, non pienamente centrate - sono esplicitate nella Relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione del decreto *Sblocca Italia*: fornire una “*chiarificazione circa la prescindibilità del parere del soprintendente*”; chiarificazione giudicata “*opportuna*” “*al fine di evitare rallentamenti nella conclusione dei procedimenti*” e al fine di “*superare gli orientamenti spesso contrastanti della recente giurisprudenza*”. La citata Relazione rileva come nella prassi la conferenza, quale passaggio intermedio, si sia rivelata “*un inutile e non risolutivo appesantimento procedurale*”.

I dubbi sull'interpretazione del previgente testo del co. 9 dell'art. 146 concernevano, infatti: l'effetto da attribuire al silenzio della soprintendenza oltre i quarantacinque giorni (consumativo o meno del potere consultivo); e, quindi, il valore da riconoscere all'eventuale parere del soprintendente tardivo, ma pronunciato prima della conclusione del procedimento da parte dell'amministrazione competente.

In base ad una prima opzione interpretativa, la soprintendenza avrebbe conservato il potere consultivo ed il parere tardivo avrebbe avuto comunque natura vincolante se intervenuto prima della conclusione del procedimento (risultando altrimenti legittimo, ma *inutiliter datum*)<sup>64</sup>. L'inerzia della soprintendenza, pertanto, avrebbe avuto il solo effetto di consentire all'amministrazione competente di concludere il procedimento senza dover attendere il parere<sup>65</sup> (ed anche obbligarla a tale conclusione ai sensi dell'art. 2 l. n. 241/1990).

In base ad una seconda opzione interpretativa, il parere tardivo avrebbe perso il carattere vincolante, diventando autonomamente valutabile, tra i materiali istruttori, dall'amministrazione competente sull'autorizzazione; il silenzio avrebbe quindi avuto un effetto devolutivo, comportando l'assunzione del pieno potere decisorio sull'istanza di autorizzazione in capo alla regione o all'ente delegato<sup>66</sup>.

64 Nel Codice manca un'espressa previsione di decadenza o la qualificazione del silenzio come significativo.

65 Cons. St., Sez. VI, n. 4914/2013; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 24 febbraio 2014, n. 459, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

66 L'orientamento avallato da una recente sentenza del Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2136, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2015, 1127) ritiene che: - il parere della Soprintendenza ha carattere vincolante solamente se reso entro i 45 giorni di cui al co. 5 dell'art. 146 d.lgs. n. 42/2004 (ovvero, dovendo essere preceduto dal preavviso di rigetto, entro 45 giorni dalle osservazioni dell'interessato o dal decorso dei 10 giorni di cui all'art. 10-bis l. n. 241/1990; - fermo il permanere del potere consultivo, l'eventuale parere tardivo non è più vincolante dopo i 45 giorni e non è più obbligatorio (non è necessario attenderlo, quindi) dopo i 60 giorni. Conseguenza della perdita del carattere vincolante oltre i 45 giorni è che in caso di parere tardivo negativo l'amministrazione competente non può negare l'autorizzazione limitandosi a richiamare, *per relationem*, il parere negativo della soprintendenza, ma deve motivare sulla condivisione di quanto espresso dalla soprintendenza; altrimenti il diniego di autorizzazione risulta carente di motivazione. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 24 luglio 2013, n. 1739, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In tale senso, il T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, n. 2267/2015 si è pronunciata recentemente su un ricorso proposto contro il parere negativo tardivo della Soprintendenza e per far dichiarare l'obbligo del Comune di concludere il procedimento di autorizzazione paesaggistica. Nella

In base a una terza opzione (contrastante, però, con il principio del buon andamento), il decorso dei quarantacinque giorni avrebbe determinato la consumazione del potere consultivo e l'eventuale parere tardivo sarebbe stato nullo per carenza di potere<sup>67</sup>.

La ricostruzione degli orientamenti si complicava ulteriormente con riguardo alla disciplina da applicare alla conferenza di servizi facoltativa prevista nella previgente versione del co. 9 dell'art. 146, in ragione della brevissima durata della stessa (quindici giorni), incompatibile, secondo talune pronunce<sup>68</sup>, con l'applicazione della normativa generale sulla conferenza di cui agli artt. 14 e ss. l. n. 241. In particolare, da tale breve termine avrebbe potuto desumersi la natura non vincolante del parere tardivo, dal momento che, in caso di parere negativo, non avrebbe potuto trovare applicazione, per il tempo ristretto, il particolare meccanismo delineato dall'art. 14-*quater*, co. 3, della medesima l. n. 241<sup>69</sup> che consente di pervenire comunque ad una conclusione positiva assunta in sede politica<sup>70</sup>.

Il decreto *Sblocca Italia* ha eliminato le problematiche che la previsione della conferenza di servizi facoltativa e del brevissimo termine per la relativa pronuncia poneva, in relazione alla disciplina dettata dalla l. n. 241/1990, ma non ha risolto chiaramente le ulteriori questioni relative all'effetto dell'inerzia del soprintendente e alla prescindibilità del relativo parere. Peraltro, nonostante la riscrittura del co. 9, sarebbe rimasta la possibilità di indire una conferenza di servizi facoltativa, in quanto prevista, in termini generali, dall'art. 14, co. 2, l. n. 241/1990, applicabile nelle fattispecie in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire assensi comunque denominati<sup>71</sup> di altre amministrazioni pubbliche. Ai

specie la Soprintendenza si era pronunciata con un ritardo di una sola settimana rispetto al termine dei 45 giorni decorrente dal ricevimento delle controdeduzioni al preavviso di rigetto. Il breve ritardo è comunque sufficiente per il T.A.R. per dichiarare il parere negativo tardivo non vincolante. Il T.A.R. ha quindi dichiarato l'obbligo comunale di concludere il procedimento, tenendo conto delle valutazioni della Soprintendenza, senza esserne vincolato (senza dover provvedere in conformità); per tale motivo il T.A.R. non ha esaminato i motivi dedotti in ricorso contro il contenuto del parere negativo: dovendo il Comune vagliare a sua volta gli stessi elementi, "è precluso al giudice di pronunciarsi in relazione a poteri non ancora esercitati" (art. 34 c.p.a.).

67 E, dunque, "in alcun modo in grado di condizionare l'azione dell'amministrazione procedente": T.A.R. Veneto, Sez. II, 14 novembre 2013, n. 1295, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 3324.

68 T.A.R. Veneto, Sez. II, 22 maggio 2014, n. 698, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

69 Il parere, quindi, deve "essere preso in esame dalla conferenza alla pari con gli altri pareri istruttori delle altre amministrazioni chiamate a parteciparvi ed avrà l'effetto di richiedere una specifica valutazione e motivazione in relazione al suo eventuale disattendimento, non diversamente da quanto dovrà accadere per altre manifestazioni di opinione, in ossequio alle generali regole di trasparenza dell'azione amministrativa". Se ne deduce la perdita della natura vincolante del parere espresso in sede di conferenza di servizi. Il che implica, poi, che sarebbe illogico e contraddittorio riconoscere perdurante natura vincolante al parere tardivamente espresso nelle ipotesi in cui la conferenza di servizi non venga convocata.

70 Il co. 3 dell'art. 14-*quater* prevede, infatti, che, in caso di dissenso espresso in sede di conferenza di servizi da un'autorità preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della pubblica incolumità, la questione è rimessa dalla p.A. procedente alla deliberazione del Consiglio dei ministri, che si pronuncia entro 60 giorni, con atto avente natura di "alta amministrazione". L'effetto dell'espressione del dissenso qualificato da parte di un'amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili e di rango costituzionale si traduce, pertanto, nel meccanismo di spogliare la conferenza di servizi – o meglio, l'amministrazione procedente – della capacità di procedere ulteriormente e di rendere senz'altro dovuta, ove l'amministrazione procedente stessa intenda perseguire il superamento del dissenso, la sua rimessione degli atti a diversa autorità (salvo, in conformità al dissenso, rinunciare essa stessa allo sviluppo procedimentale e disporre negativamente sull'iniziativa che gli ha dato origine (cfr. Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 3030)).

71 Nella categoria residuale degli *atti di assenso comunque denominati* può essere fatto rientrare anche il parere vincolante del Soprintendente. La natura vincolante del parere della Soprintendenza prescritto nel sistema a regime di cui all'art. 146 implica, infatti, che "il legislatore ha inteso attribuire all'amministrazione statale un potere sostanzialmente decisorio che si inserisce ... non nella fase dell'istruttoria ma in quella costitutiva" (così Cons. St., Sez. VI, 26 marzo

sensi del secondo periodo del citato comma 2, la conferenza “può” infatti essere indetta “nei casi in cui è consentito all’amministrazione procedente di provvedere direttamente in assenza delle determinazioni delle amministrazioni competenti”: si tratta di un’ipotesi di indizione facoltativa, rimessa a valutazioni della p.A. procedente circa l’opportunità di avvalersi delle possibilità di confronto e scambio offerte dalla conferenza<sup>72</sup>.

Lo *Sblocca Italia*, quindi, avrebbe risolto solamente, indirettamente, la questione della normativa da applicare a questa conferenza (diventata quella generale recata dalla l. n. 241/1990), senza eliminare la possibilità di ricorrere allo strumento<sup>73</sup>.

Inoltre, l’art. 146, co. 9, nella parte in cui prevede che l’autorità competente sull’autorizzazione paesaggistica decorsi sessanta giorni provvede comunque, non avrebbe di per sé introdotto una forma di silenzio assenso della soprintendenza, da intendersi come tacita condivisione della proposta formulata dall’autorità competente al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica<sup>74</sup>.

Del resto, già la mera prescindibilità del parere (vincolante prima della “vestizione” dei vincoli e dell’adeguamento ad essi degli strumenti urbanistici) genera sospetti di costituzionalità<sup>75</sup>.

Si consideri, ad esempio, che l’art. 16 l. n. 241/1990, nel dettare una disciplina generale di semplificazione dei pareri e nel prevedere una forma di silenzio devolutivo in caso di pareri obbligatori non resi nel termine previsto, espressamente esclude dal proprio ambito di applicazione quelli resi da amministrazioni preposte, tra l’altro, alla tutela paesaggistica. La *ratio* dell’eccezione alla regola generale della prescindibilità risiede nel fatto che si tratta di valori di assoluta preminenza, la cui tutela costituisce un limite alla piena applicazione degli istituti di semplificazione amministrativa. Il silenzio devolutivo determina, infatti, l’incompletezza dell’istruttoria (che, nel procedimento di autorizzazione paesaggistica, è particolarmente complessa sino alla citata integrazione dei vincoli e all’adeguamento ad essi degli strumenti urbanistici)<sup>76</sup>.

Le perplessità in ordine alla previsione del silenzio devolutivo nel procedimento di autorizzazione paesaggistica conseguono al rilievo che l’*iter* procedimentale disegnato dall’art. 146

2014, n. 1472, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

72 G. SCIULLO, *La Conferenza*, cit., 2011, 1142.

73 Ciò diversamente da quanto indicato nella Relazione di accompagnamento tra le finalità sottese alle modifiche del co. 9 dell’art. 146. Inoltre, il nuovo testo dell’art. 146, co. 9, solleva un ulteriore problema: il termine assegnato al soprintendente è di 45 giorni; dopo 60 giorni l’amministrazione competente comunque provvede; nell’intervallo dei 15 giorni quale natura ha il parere tardivo? È venuta meno la previsione della conferenza di servizi con termini brevissimi e speciali che faceva propendere per la natura non vincolante. Si potrebbe giungere a ritenere che ove nei 15 giorni venga indetta la conferenza, questa sospenda il decorso del termine, ed il parere conservi la natura propria. La norma va comunque ora coordinata con il citato art. 17-bis l. n. 241/1990.

74 Per questo, avendo il nuovo co. 9 dell’art. 146 lasciato aperta, a parere di chi scrive, la possibilità di indire la conferenza di servizi facoltativa ai sensi dell’art. 14, co. 2, l. n. 241/1990, i funzionari comunali, nei casi più complessi, dovrebbero optare per questa strada (così vanificando gli obiettivi di semplificazione dello *Sblocca Italia*).

75 In argomento sia consentito rinviare a G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, Intervento al Convegno organizzato dalla Associazione Italiana Professori di Diritto amministrativo e dall’Associazione Italiana Diritto Urbanistico sul tema *Gli effetti del d.l. “Sblocca-Italia” conv. nella l. n. 164/2014 sulla l. n. 241/1990 e sul Testo Unico dell’Edilizia*, Università degli Studi Roma Tre, 22 gennaio 2015, in *Riv. giur. edil.*, 2014, Suppl. fasc. 6, 103-122.

76 Considerazioni analoghe possono essere svolte con riguardo all’art. 17 l. n. 241, dedicato alle valutazioni tecniche, su cui si rinvia a N. AICARDI, *Le valutazioni tecniche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, 715 ss.; V. PARISIO, *Art. 16*, ivi, 695.

Codice sottende una forma di cogestione statale e regionale del vincolo<sup>77</sup>, che si traduce in provvedimenti di amministrazione attiva espressione di un “*potere decisorio complesso affidato a due diversi apparati pubblici*”<sup>78</sup>.

Considerata la costante giurisprudenza costituzionale che ha inteso il paesaggio come valore primario dell’ordinamento<sup>79</sup>, il Codice, nel modello procedimentale a regime da applicare sino alla “*vestizione*” dei vincoli, ha rafforzato significativamente – rispetto al sistema precedente di gestione del vincolo - i poteri dell’Amministrazione centrale<sup>80</sup>, confermando il ruolo di cogestione attiva del vincolo paesaggistico, ma attribuendo anche poteri valutativi di merito che si esprimono in un parere vincolante all’interno di un unico procedimento autorizzatorio<sup>81</sup>.

La previsione del co. 9 dell’art. 146 si pone, quindi, in contrasto con il sistema descritto, ove interpretata come affermazione della prescindibilità del parere<sup>82</sup>.

L’orientamento più coerente alla luce della ricostruzione fornita, per quanto lontano dal tenore letterale del co. 9 dell’art. 146, che utilizza il verbo “*provvedere*”, sarebbe stato pertanto quello che sostiene l’improcedibilità dell’istanza di autorizzazione in mancanza del parere vincolante<sup>83</sup>.

In tale contesto, però, si inserisce il già citato art. 17-bis l. n. 241/1990, introdotto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124 (legge *Madia*). La previsione generale del “*Silenzio assenso tra amministrazioni*” coinvolgerebbe, pur nella interpretazione restrittiva qui fornita, il parere della soprintendenza nell’ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica, configurando espressamente un’ipotesi di silenzio assenso nel caso di inerzia dell’organo statale periferico.

77 A mero titolo esemplificativo delle varie forme in cui detta cogestione si sostanzia, si consideri che il “*Decreto Sviluppo*” – d.l. n. 70 del 2011 – ha attribuito al Soprintendente, in caso di parere negativo, il compito di comunicare il preavviso di rigetto, così valorizzando la natura predecisoria o codecisoria del parere vincolante.

78 T.A.R. Sardegna, Sez. II, 13 novembre 2014, n. 939, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Cfr., inoltre, Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2014, 2014, n. 1472, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Roma, 2014, 6, 189 (con nota di G. MARI). La cogestione è evidente anche in tema di pianificazione paesaggistica. La giurisprudenza ammette l’autonoma impugnabilità del parere della soprintendenza: *ex multis* Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 296, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 406; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 4 giugno 2014, n. 3048, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Inoltre, Cons. St., Sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2751, *ivi*, ha recentemente riconosciuto alla soprintendenza un potere di intervenire in autotutela annullando d’ufficio il parere reso, in quanto considerato espressione di cogestione del vincolo, con valenza codecisionale (tanto da ritenere che il terzo leso possa presentare istanza di riesame, anche ad autorizzazione paesaggistica rilasciata, non all’amministrazione comunale, ma alla stessa soprintendenza affinché riesami il proprio parere e che l’eventuale annullamento d’ufficio del parere determini l’inefficacia dell’autorizzazione paesaggistica già rilasciata).

79 *Ex multis*, Corte cost., 27 giugno 2008, n. 232, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 94; Id., 27 giugno 1986, n. 151, *ivi*, 1986, 701; Id., 10 marzo 1988, n. 302, in *Giur. cost.*, 1988, 1222: “la tutela del paesaggio e delle bellezze naturali è affidata, secondo la nostra Costituzione, a un sistema di intervento pubblico basato su un concorso di competenze statali con quelle regionali”.

80 Cons. St., Sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 1129, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

81 Nel sistema c.d. transitorio l’organo statale periferico non rendeva un parere vincolante, ma aveva il potere di annullare le autorizzazioni rilasciate.

82 Cfr. M. AINIS, M. FIORILLO, *L’ordinamento della cultura*, Milano, 2015, 364, che leggono nel riscritto co. 9 dell’art. 146, “in tempi di *deregulation* spinta, un riflesso di ansia semplificatoria che non sembra andare esattamente nel senso della tutela del paesaggio, come “volto amato” del Paese” (la definizione del Paesaggio come “volto amato della Patria” è di Benedetto Croce).

83 Avverso l’inerzia avrebbero potuto essere azionati gli strumenti previsti dall’ordinamento, quali i rimedi di cui all’art. 2, co. 9-bis e ss., l. n. 241/1990, nonché il ricorso avverso il silenzio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a..

L'art. 17-bis ingloba, infatti, i pareri vincolanti<sup>84</sup> (da ritenere inclusi nell'ampia nozione di assensi comunque denominati<sup>85</sup>) resi su uno schema di provvedimento e, come esaminato nel paragrafo 4, non pone eccezioni per gli interessi sensibili.

Se già la prescindibilità del parere sollevava dubbi, perplessità ancora maggiori solleva il silenzio assenso applicato ad interessi sensibili.

Si consideri come la dottrina si sia mostrata critica anche nei riguardi della forma di silenzio assenso prevista in senso alla conferenza di servizi dall'art. 14-ter, co. 7, l. n. 241/1990 ove l'amministrazione portatrice di interessi sensibili non partecipi o partecipi senza esprimere definitivamente la propria volontà (le perplessità sono espresse, nonostante, come pocanzi descritto, la previsione del silenzio assenso endoprocedimentale sia in tale caso accompagnata da una serie di previsioni mirate a favorire la partecipazione dell'amministrazione). Secondo la citata dottrina<sup>86</sup>, si imporrebbe una interpretazione costituzionalmente corretta del silenzio assenso di cui al citato art. 14-ter, co. 7, tale per cui il silenzio non avrebbe il significato di una tacita valutazione di non contrarietà, alla luce dell'interesse sensibile curato, ma avrebbe il solo effetto di non precludere all'amministrazione procedente l'assunzione della determinazione conclusiva; in tale modo, l'amministrazione procedente non sarebbe esentata dall'inserire all'interno della complessiva valutazione finale la rappresentazione e la valutazione di tale interesse<sup>87</sup>.

Come condivisibilmente affermato, *“il silenzio assenso postula la dispensabilità del controllo e la disponibilità dei beni-interessi coinvolti”*, mentre *“la tutela è lo spazio dell'indispensabilità e della indisponibilità...”*<sup>88</sup>.

La Corte costituzionale<sup>89</sup> ha ripetutamente affermato che per il profilo paesaggistico *“opera il principio fondamentale, risultante da una serie di norme in materia ambientale, della necessità di pronuncia esplicita, mentre il silenzio dell'Amministrazione preposta al vincolo ambientale non può avere valore di assenso”*. Il valore di taluni interessi, intesi come prima-

84 Con riguardo all'art. 16 l. n. 241/1990 la dottrina ha chiarito come i pareri vincolanti vadano esclusi dal relativo ambito di applicazione, altrimenti incorrendo l'interprete in *“un'insanabile contraddizione logica, in quanto un parere definito dalla legge come vincolante finirebbe di fatto col perdere tale sua qualificazione se si riconoscesse all'amministrazione attiva la possibilità di prescindere”*: V. PARISIO, *Art. 16*, cit., 708.

85 Cfr. Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472, cit., che riconosce nel parere vincolante della soprintendenza un *“potere sostanzialmente decisorio che si inserisce, pertanto, non nella fase dell'istruttoria ma in quella costitutiva”*.

86 G. SCIULLO, *La conferenza*, cit., 1145.

87 G. SCIULLO, *La conferenza*, cit., 1145: *“la qualificazione - prevista dall'art. 14-ter, c. 7- in termini di assenso del silenzio serbato da un'amministrazione preposta alla cura di un interesse “sensibile” non (ha) il significato di una tacita valutazione di non contrarietà, alla luce di detto interesse, rispetto alla determinazione conclusiva prospettata dall'amministrazione procedente (significato inammissibile perché riferito ad una valutazione in ipotesi assente e comunque implicita), ma (ha) il solo effetto di non precludere all'amministrazione procedente l'assunzione della determinazione conclusiva”*; *“l'amministrazione procedente non (è) esentata dall'inserire all'interno della complessiva valutazione finale la rappresentazione e la ponderazione di tale interesse. Si tratterà di una valutazione per così dire “allo stato degli atti”, operata cioè sulla base degli elementi emersi nell'istruttoria e nel corso dei lavori della conferenza, e sulla base di un livello di conoscenze, in ipotesi non all'altezza di quello che l'amministrazione rimasta silente avrebbe assicurato”*; *“nulla poi impedisce di pensare che in caso di particolare carenza conoscitiva la determinazione di conclusione della conferenza possa essere assunta in termini condizionati o negativi proprio in riferimento a tale circostanza”*.

88 P. CARPENTIERI, *Beni culturali. Semplificazione e tutela del patrimonio culturale*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2012.

89 *Ex multis* Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 404, in *Foro amm.*, 1998, 1321; Id., 10 marzo 1988, n. 302, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1390; Id., 1 luglio 1992 n. 307, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 505.

ri ed assoluti implica, quindi, l'indeffettibilità di una verifica espressa della compatibilità dell'intervento con le esigenze di conservazione e protezione del bene tutelato<sup>90</sup>.

Anche il Consiglio di Stato ha evidenziato la *“indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della Repubblica, il che comporta che la sua cura faccia eccezione, se in conflitto, agli obiettivi di semplificazione e accelerazione amministrative (sulla prevalenza di tale cura, cfr. Corte cost., 29 dicembre 1982, n. 239; 21 dicembre 1985, n. 359; 27 giugno 1986, n. 151; 10 marzo 1988, n. 302)”*<sup>91</sup>; *“la semplificazione procedimentale può sì perseguire l'obiettivo di speditezza del procedimento ... ma ... non surrettiziamente invertire il rapporto sostanziale tra interessi e sottrarre effettività a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale”*, quale è la tutela del paesaggio<sup>92</sup>.

Il corretto *modus operandi* dovrebbe dunque essere quello della semplificazione ragionevole, che razionalizzi il sistema, semplificando le procedure, ma facendo salva la funzione<sup>93</sup>.

Esigenze di rilancio economico sempre più pressanti e di accelerazione dell'azione amministrativa non possono condurre ad abbassare le garanzie di salvaguardia del paesaggio, tra le quali va compresa, come illustrato, l'indeffettibilità di una verifica espressa. Se rientra nella discrezionalità del legislatore graduare la tutela degli interessi sensibili, è altrettanto

90 P. CARPENTIERI, *Beni culturali*, cit.. Cfr. Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Foro it.*, 2005, I, 327, dove la “primarietà” viene definita come “insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici”. Tale affermazione rende evidente che questa “primarietà” non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi siano sempre presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni; in altri termini, la “primarietà” degli interessi che assurgono alla qualifica di “valori costituzionali” non può che implicare l'esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all'interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative”.

91 Cons. St., Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2378, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1306.

92 Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 707. L'interesse paesaggistico non si pone sullo stesso piano degli altri interessi, pubblici e privati, confliggenti; esso ha un carattere primario da garantire in via assoluta senza che si possa operare un vero e proprio bilanciamento rispetto agli interessi pubblici e privati finalizzati allo sviluppo socio-economico della collettività e all'esercizio delle libertà di iniziativa economica: T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema Paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008. Cfr., inoltre, E. CASSETTA, *La difficoltà di “semplificare”*, in *Dir. amm.*, 1998, 349; M. CALABRÒ, *Semplificazione procedimentale e esigenze di tutela dell'ambiente: l'autorizzazione integrata ambientale*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 239.

93 P. CARPENTIERI, *Beni culturali*, cit.. Cfr., inoltre, M. CALABRÒ, *Semplificazione procedimentale*, cit., che, relativamente a procedimenti aventi ad oggetto interessi di natura ambientale, osserva come l'equilibrio tra una adeguata e completa ponderazione delle valutazioni istruttorie necessarie e un'azione amministrativa efficace, in quanto tale aperta ad una logica di semplificazione, implichi “di individuare gli adempimenti burocratici effettivamente imprescindibili per il migliore perseguimento dello scopo di tutela, di far emergere quegli apporti istruttori e quei passaggi procedurali oggettivamente non surrogabili, per poi applicare anche ai procedimenti in materia ambientale regole e istituti di semplificazione volti ad eliminare qualsiasi elemento che – senza adeguate giustificazioni – aggravi l'azione di cittadini ed imprese”. Il medesimo Autore osserva poi, relativamente a quegli istituti di semplificazione, come s.c.i.a. e silenzio assenso, “che non operano sulla fase istruttoria del procedimento, bensì incidono direttamente sulla decisione finale” che “un conto... è cercare di razionalizzare (e quindi semplificare) i momenti procedimentali, un altro è semplificare nel senso di “ritrarsi dell'esercizio della potestà pubblicistica”; M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2010, 3041, che, in termini generali, osserva che “Il processo di semplificazione non deve esprimersi in termini di mera accelerazione delle procedure, ma puntare invece alla implementazione della razionalità delle stesse, in uno schema di incentivazione dell'amministrazione al conseguimento responsabile del risultato giuridico. Siffatta operazione, pertanto, non implica « tagli » di garanzie in ragione e in vista della maggiore agilità delle procedure, quanto predisposizione di regole semplici e chiare e di strumenti efficaci, la cui applicazione abbia luogo in tempi certi, pena la sanzione (reale e certa) dell'amministratore inadempiente”; M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, II, 37.

vero che detta discrezionalità deve rispondere ad un canone di ragionevolezza e che le scelte del legislatore devono comunque garantire un'adeguata rappresentazione e valutazione (previ i necessari apporti tecnici) degli interessi costituzionalmente rilevanti.

Non si può non ricordare, poi, come anche il d.lgs. n. 59/2010 (di attuazione della direttiva U.E. 2006/123, relativa ai servizi nel mercato interno citata in premessa), facendo applicazione del principio di proporzionalità, menzioni tra i motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare il mantenimento non solo di regimi autorizzatori, ma anche della necessaria conclusione degli stessi con un provvedimento espresso, la tutela ambientale e del patrimonio nazionale storico-artistico.

Con riguardo al diritto eurounitario, infatti, la Corte di giustizia ha giudicato non compatibile il silenzio assenso in presenza di procedimenti complessi in cui, per garantire effettività agli interessi tutelati, sia necessaria una espressa valutazione amministrativa, quale un accertamento tecnico o una verifica. In questi casi la previsione del silenzio-assenso legittimerebbe l'amministrazione a non svolgere quella attività istruttoria imposta a livello comunitario per la tutela di particolari valori e interessi<sup>94</sup>.

---

94 Corte giust., 28 febbraio 1991, C-360/87, *Commissione c. Repubblica italiana*, cit..

# Repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'azione amministrativa ed affidamento del privato alla luce dell'orientamento dell'Unione europea<sup>1</sup>.

di Maria Camilla Spina

## Abstract:

The Public Administration is the institution that supervises the legality of building activity realized on the territory. In particular, the legislature requires that the type of control exercised should be primarily to prevent illegal activities and, at the same time, to supervise; finally, in case of unauthorized buildings, to repress them by a complex system of sanctions. The repression of unauthorized buildings is not subject to a limitation period or prescription and the repressive measures can be applied at any time, even at a considerable time distance from the time of commission of the abuse. The illegal construction is permanent; it lasts and retains over time its nature and the public interest to repress the abuse is "in re ipsa". The private interest to keep the illegal construction is necessarily recessive against the public interest to observe the planning and building regulations and to respect a proper government of the territory. There is no need to motivate in detail a decision by which is ordered the demolition of a building when it has been a long period of time between the time of commission of the abuse and the date of the adoption of the order for demolition because the Italian legal system protects legitimate expectation only if it is not guilty, while the construction of unauthorized building is a voluntary "contra legem" activity.

---

<sup>1</sup> Il presente lavoro costituisce esito della rielaborazione dell'intervento al Seminario di aggiornamento organizzato dal Centro Interdipartimentale di ricerca Laboratorio di Urbanistica e di Pianificazione Territoriale "Raffaele D'Ambrosio" (L.U.P.T.), Università degli Studi di Napoli Federico II sul tema *Titoli abilitativi edilizi: Sblocca Italia e Decreto del Fare. Le novità dal 2013 e spunti di riflessione*, tenutosi a Napoli, Chiesa S.S. Demetrio e Bonifacio, il 6 luglio 2015, nonché della integrazione e dell'aggiornamento dello scritto *La repressione degli abusi edilizi tra doverosità dell'operato della Pubblica Amministrazione e legittimo affidamento del privato*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, fasc. 4, 752 ss..

**Sommario:** 1. Premessa – 2. La natura dell’azione repressiva degli illeciti edilizi da parte della pubblica amministrazione e l’onere di motivazione delle sanzioni pecuniarie in materia edilizia – 3. Vigilanza sull’attività edilizia e diversificazione dei profili di responsabilità: gli artt. 29 e 31 T.U. - 4. Sanatoria degli illeciti edilizi ed estinzione dei reati - 5. Il legittimo affidamento del privato rispetto alla conservazione dell’abuso: forme di tutela del privato nell’ambito degli illeciti edilizi alla luce dell’orientamento dell’unione europea.

## 1. Premessa

Nonostante gli strumenti di controllo preventivo e repressivo sull’attività edilizia previsti con sempre maggior severità dal legislatore italiano, il fenomeno dell’abusivismo edilizio non accenna a ridursi. Di fronte a questa constatazione obiettiva la conclusione che si raggiunge è che esso forse sia frutto di un drammatico cambio di prospettiva, cioè la scomparsa del concetto di legalità quantomeno nel mondo edilizio. Inoltre, si rileva che alla gravità del fenomeno ha fatto da pendant l’inerzia delle istituzioni preposte a contrastarlo nonché una carente programmazione urbanistica. Di poi, l’emanazione di ben tre condoni edilizi, quelli del 1985, del 1994 e del 2003, potrebbe essere letto come messaggio di sconfitta della legalità.

Inoltre, l’incertezza normativa e la lentezza del sistema giudiziario italiano si traducono in un danno sia a livello sociale (di immagine) sia a livello economico, con numerose ripercussioni come, ad esempio, nel campo del turismo culturale, senza dimenticare gli interessi della criminalità organizzata che utilizza il settore dell’edilizia per il riciclaggio di denaro. D’altronde, nella relazione dell’Unione Europea sulla lotta alla corruzione viene evidenziato che in vari Stati membri i settori dello sviluppo urbano, dell’edilizia e dell’assistenza sanitaria sono quelli più vulnerabili alla corruzione<sup>2</sup>.

Questa breve premessa fa comprendere la rilevanza del tema della tutela e del corretto uso del territorio non solo da un punto di vista strettamente giuridico e per le sue ricadute in termini di identità, di valorizzazione delle culture e di ricchezza turistica, ma anche in termini di benefici connessi al contenimento degli oneri per la salvaguardia ambientale del suolo. Suolo, risorsa non rinnovabile che maggiormente risente dell’intervento antropico, che ha gravemente trasformato anche zone ricadenti in aree sottoposte a tutela<sup>3</sup>.

A livello europeo, mentre in Nord Europa il concetto di abusivismo è del tutto assente, oltre che per ragioni culturali, grazie ad una normativa basata su regole semplici e chiare di facile osservanza, fenomeni di abusivismo - seppur non come la realtà italiana - hanno interessato il Portogallo e la Spagna (in particolare, le coste meridionali di quest’ultima).

In Italia invece, l’inefficienza della pubblica amministrazione nell’approvazione degli stru-

<sup>2</sup> Relazione dell’U.E. sulla lotta alla corruzione, 2014 in <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>.

<sup>3</sup> Cfr. P.BERDINI, *Breve storia dell’abuso edilizio in Italia*, Donzelli Editore, anno 2010. Secondo il primo Rapporto Ance-Cresme (ottobre 2012) in [www.ance.it](http://www.ance.it), il 6,6% del territorio è in frana, il 10% a elevato rischio idrogeologico, il 44% a elevato rischio sismico. Nel 2014 sarebbero state circa diciottomila le nuove costruzioni fuori legge, circa il 16% del nuovo costruito (Dati Cresme), con un giro d’affari che supera abbondantemente il miliardo di euro.

menti urbanistici necessari per un corretto uso del territorio, unitamente ad una molteplicità di strumenti urbanistici ed ad un impianto normativo articolato su diversi livelli (statale, regionale, comunale) è stata una delle concause del dilagare dell'abusivismo edilizio.

L'U.E., al riguardo, sta tentando di far fronte a tali problematiche con molteplici iniziative, esortando gli Stati membri ad esempio, ad attuare strategie nazionali di gestione integrata delle zone costiere (ICZM)<sup>4</sup>, con il coinvolgimento dei soggetti che incidono maggiormente sulla vita del territorio interessato da tali interventi.

Certamente il nostro Paese negli ultimi decenni appare contraddittorio: da un lato, sono state approvate leggi dalla severità crescente, dall'altro il lassismo nella pratica è aumentato e non è mai stata avviata una seria politica di rigenerazione urbana.

In questo contesto si inserisce la questione del difficile contemperamento della posizione della pubblica amministrazione, titolare del potere di prevenzione e repressione dei fenomeni di abusivismo edilizio, e della posizione del privato, il quale può in alcune ipotesi rivendicare una situazione di affidamento fondata sul lasso di tempo trascorso dall'abuso – in ipotesi neanche a lui ascrivibile - ed ingenerata dalla stessa amministrazione.

Il Consiglio di Stato<sup>5</sup> ha più volte ribadito che l'attività di repressione degli abusi edilizi ha natura vincolata e non è soggetta ad alcun termine di prescrizione e decadenza; ragion per cui il potere sanzionatorio della P.A. è esercitabile in ogni tempo, anche a distanza di un lasso temporale notevole dalla data dell'abuso.

In ragione del carattere permanente dell'illecito edilizio e dell'interesse pubblico alla repressione dell'abuso perpetrato, quindi, secondo la giurisprudenza non ha alcun rilievo il lungo tempo trascorso tra il momento in cui è stato commesso l'abuso e l'emanazione dell'ordinanza di demolizione; tale lasso temporale non può obbligare l'amministrazione a valutare un eventuale affidamento del privato<sup>6</sup>. In altri termini, la condotta della Pubblica Amministrazione volta a sanzionare un abuso edilizio a distanza di notevole lasso di tempo rispetto al momento del prodursi dell'illecito, non può essere condizionata in alcun modo dal fattore "tempo", siccome inidoneo questo a generale un legittimo affidamento in capo ai responsabili dell'abuso.

Partendo dalla natura permanente dell'illecito edilizio, il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato è che l'interesse del privato alla conservazione dell'opera abusiva cede necessariamente il passo al cospetto del superiore interesse pubblico al rispetto della normativa urbanistica ed edilizia vigente.

4 Si v. Protocollo per la Gestione Integrata della Fascia Costiera e Marina (ICZM), della Convenzione di Barcellona per la Protezione dell'Ambiente Marino e della Regione Costiera del Mediterraneo, adottato a Madrid il 18 gennaio 2008. L'ICZM interviene per garantire l'utilizzo sostenibile delle risorse naturali; assicurare la conservazione dell'integrità degli ecosistemi, dei paesaggi e della geomorfologia della fascia costiera; prevenire e ridurre gli effetti dei rischi naturali, attraverso la definizione di indirizzi nazionali, la promozione e adozione di migliori prassi. Parallelamente si muove l'*Europarc Federation* per mitigare gli impatti che il turismo produce sulle aree protette attraverso la Carta Europea per il Turismo Sostenibile (CETS).

5 Cons.Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 474, in *Riv. giur. edil.*, 2015, fasc. 4, 752 ss..

6 T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, n. 535/2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Avendo l'attività sanzionatoria degli abusi edilizi natura strettamente vincolata essa è quindi esercitabile in ogni tempo, anche a distanza notevole rispetto al momento del perpetrarsi dell'abuso, non essendo soggetta a termini di decadenza o prescrizione.

Conseguentemente, stante il carattere permanente dell'illecito edilizio, nel bilanciamento tra l'interesse pubblico e quello del privato, quest'ultimo diventa oltremodo recessivo rispetto a quello pubblico alla tutela della normativa urbanistica vigente, perché l'interesse pubblico alla repressione dell'abuso è *"in re ipsa"*.

Ne consegue che l'esperimento dell'azione repressiva, per la rilevanza degli interessi che la pubblica amministrazione è obbligata di tutelare, costituisce attività dovuta, cui è connotato l'interesse pubblico alla rimozione dell'opera abusiva<sup>7</sup>.

Da questa premessa, la giurisprudenza amministrativa prevalente ha tratto delle conseguenze sotto il profilo della motivazione del provvedimento sanzionatorio, nel senso che l'amministrazione non deve necessariamente motivare il provvedimento con il quale sia stata irrogata la sanzione precisando le ragioni di interesse pubblico e comparando quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, dal momento che l'ente può esercitare la propria funzione di repressione degli illeciti in quanto garante del superiore interesse al ripristino della legalità violata. Non può ammettersi, pertanto, la formazione di alcun affidamento del privato meritevole di tutela alla conservazione di una situazione sostanzialmente illegittima, dovuta all'inerzia della P.A. prolungatasi nel tempo.

In tale senso, secondo il Consiglio di Stato, l'ordinanza di demolizione di un manufatto emessa dopo un lungo periodo di tempo dalla commissione dell'abuso non necessita di una puntuale motivazione, in quanto *"l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore "contra legem". Non può ammettersi cioè un affidamento meritevole di tutela alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, in forza di una legittimazione fondata sul tempo"*<sup>8</sup>.

## 2. La natura dell'azione repressiva degli illeciti edilizi da parte della P.A.

Nell'ordinamento italiano la natura vincolata ed obbligatoria dell'attività di repressione degli abusi edilizi da parte della p.A. è stata definitivamente affermata dapprima con la legge 6 agosto 1967, n. 765, cd. "legge ponte", e poi con la legge Bucalossi n. 10 del 1977: atteso che il coordinamento e la definizione degli interessi pubblici avvengono a livello di pianificazione urbanistica<sup>9</sup>, ne discende che questa medesima considerazione degli interessi pubblici non richiede ulteriori valutazioni di carattere discrezionale per la sanzionabilità dell'attività edilizia *sine titulo*, ma che la semplice constatazione dell'abuso perpetrato valga a far scattare l'azione repressiva della P.A., senza peraltro attivare garanzie comunicative e procedurali specifiche nei confronti del destinatario del provvedimento<sup>10</sup>.

7 T.A.R. Campania, Napoli, 3 dicembre 2014, n. 6321, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

8 Tra le più recenti Cons. Stato, Sez. VI, n.474/2015, cit.; Id., 5 gennaio 2015, n. 13, in *Foro amm.*, 2015, 101.

9 G.C.MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 757.

10 G.D COMPORI, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, in Riv. giur. edil., 2013, 464 ss..

La disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 27 del d.P.R. 380/2001, meglio noto come Testo unico dell'Edilizia, rubricato "Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia"<sup>11</sup>.

Tale potere della Pubblica amministrazione è comunemente definito "autosoddisfamento", dal momento che l'Amministrazione non ha alcuna necessità di esperire un'apposita azione giudiziaria per il soddisfacimento di un proprio diritto alla eliminazione di un fatto che comporti danno all'interesse pubblico poiché contrastante con la disciplina normativa vigente.

Il potere di reprimere gli abusi edilizi<sup>12</sup> da parte dell'Amministrazione<sup>13</sup> presenta dunque i caratteri della urgenza, della vincolatività e della obbligatorietà<sup>14</sup>, in quanto fondato sulla insussistenza di un titolo valido per l'avvenuta trasformazione del territorio, ragion per cui per la legittima adozione dei relativi atti repressivi non sono richiesti

11 La norma recita testualmente "1. Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi.

2. Il dirigente o il responsabile, quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi. Qualora si tratti di aree assoggettate alla tutela di cui al regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3267, o appartenenti ai beni disciplinati dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766, nonché delle aree di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, il dirigente provvede alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi, previa comunicazione alle amministrazioni competenti le quali possono eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa. Per le opere abusivamente realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente importante ai sensi degli articoli 6 e 7 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n.490, o su beni di interesse archeologico, nonché per le opere abusivamente realizzate su immobili soggetti a vincolo o di inedificabilità assoluta in applicazione delle disposizioni del titolo II del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n.490, il Soprintendente, su richiesta della regione, del comune o delle altre autorità preposte alla tutela, ovvero decorso il termine di 180 giorni dall'accertamento dell'illecito, procede alla demolizione, anche avvalendosi delle modalità operative di cui ai commi 55 e 56 dell' articolo 2 della legge 23 dicembre 1996, n.662.

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

4. Gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, ove nei luoghi in cui vengono realizzate le opere non sia esibito il permesso di costruire, ovvero non sia apposto il prescritto cartello, ovvero in tutti gli altri casi di presunta violazione urbanistico-edilizia, ne danno immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, al competente organo regionale e al dirigente del competente ufficio comunale, il quale verifica entro trenta giorni la regolarità delle opere e dispone gli atti conseguenti".

12 Sulla funzione pubblica di controllo dell'attività edilizia P.URBANI-S.CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico, organizzazione e rapporti*, Torino, 2013, 339 ss..

13 P.STELLA RICHTER, *Manuale breve di diritto urbanistico*, Milano 2014, 96 ss. Sul tema, cfr. R. URSI (aggiornamento a cura di A.L. Leoni), *Commento ad art. 27 Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia*, in M.A.SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 671 ss.; P.URBANI-S.CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico:organizzazione e rapporti*, Torino, 2013; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012, 212 ss.; A.FIALE-E.FIALE, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2011; V. DE GIOIA, *Edilizia e urbanistica. Regimi normativi, titoli abilitativi e strumenti di tutela*, Torino, 2009; G. MAUCERI, *Art. 27*, in A.A.V.V., *Testo Unico sull'edilizia*, coordinato da V. ITALIA, Milano, 2003; A. MANDARARO, *Art. 27*, in G. DE MARZO (a cura di), *L'attività edilizia nel Testo Unico*, Milano, 2002; F. MELE, *L'ordine di sospensione dei lavori nel sistema urbanistico italiano. Inquadramento teorico ed analisi pratica dell'istituto*, Milano, 1998; D. CORLETTI, *Opere abusive (edilizia e urbanistica)*, in *Dir. pubbl.*, X, 1995, 327; F.SALVIA- S.TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 1992.

14 Sulla obbligatorietà dell'azione amministrativa, senza pretesa di esautività, cfr. i contributi di M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Principio di obbligatorietà*, in A.A.V.V., *Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, Milano, 2014, 3 ss..

apporti partecipativi<sup>15</sup> da parte del destinatario del provvedimento sanzionatorio<sup>16</sup>.

Poiché dall'analisi della normativa urbanistica, sia vigente che passata, non è dato rinvenire alcun riferimento a limiti temporali all'esercizio del suindicato potere repressivo da parte della p.A.<sup>17</sup>, la giurisprudenza corrente ne ha fatto discendere che le sanzioni stesse, anche in ragione del loro carattere di misura restitutiva, come accade per l'ordine di demolizione<sup>18</sup> e per le misure pecuniarie sostitutive della demolizione, non sono assoggettate a termini di prescrizione, *“perché relative ad un abuso con effetto permanente di danno al pubblico interesse”*<sup>19</sup>.

Si tratta dunque di un principio consolidato in giurisprudenza, a tenore del quale il potere repressivo degli illeciti edilizi è esercitabile in qualsiasi tempo<sup>20</sup>, configurando un illecito permanente, che si protrae e conserva nel tempo la propria natura<sup>21</sup>, e a cui sono correlate sanzioni di carattere reale<sup>22</sup>.

Tale impostazione risulta pienamente accolta anche dalla giurisprudenza più recente dove viene ribadito che *“la repressione degli abusi edilizi è attività strettamente vincolata e non sog-*

15 M. COCCONI, *Garanzie partecipative e funzione di pianificazione territoriale*, in *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2011, 53 ss..

16 T.A.R. Campania, Napoli, 3 dicembre 2014, n. 6305, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, 27 ottobre 2014, n. 1003, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2014, 10, 2621.

17 Sul tema, A. MANDARANO, *Abusi edilizi e decorso del tempo: i limiti all'intervento repressivo della P.A.*, in *Urb. e app.*, 1999, 1109.

18 C. IAIONE – P. STELLA RICHTER, *Demolizione di opere abusive*, in M.A. SANDULLI, *Testo Unico dell'Edilizia* (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e successive modifiche), Milano, 2015, 943 ss..

19 G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico, op. cit.*, 1004. Sul tema, l'Autore pone in luce però una contraddizione nella normativa urbanistica ed edilizia vigente. Dal momento che la persistenza del pubblico interesse dovrebbe essere la ragione che giustifica l'esperimento di un'azione repressiva della p.A. anche a distanza di molto tempo dalla commissione dell'illecito, del pari sarebbe necessario che la stessa p.A., in vista dell'esercizio di tale funzione sanzionatoria, effettui un controllo atto a verificare l'effettiva sussistenza e l'attualità della condizione di pubblico interesse idonea a legittimarne l'azione. Ciò posto, con la successione degli strumenti di pianificazione generale, le costruzioni già esistenti, tra cui anche quelle delle quali non sia stata accertata la abusività, entrano di fatto a far parte del patrimonio edilizio esistente, e dunque un eventuale accertamento di abuso, chiarisce l'Autore, viene in un certo qual modo *“storicizzato”* ed una ordinanza di demolizione che intervenga a seguito di strumenti urbanistici successivi a quelli che, al contrario ne avevano attestato l'esistenza, *“viene a danneggiare l'efficacia della pianificazione urbanistica, alterando le dimensioni dell'esistente e quindi, conseguentemente, la quantità di offerta di nuove costruzioni programmate”*.

A ciò si aggiunge, prosegue l'Autore, il dettato dell'art. 40 del d.P.R. n. 380/2001, che prevede precisi limiti temporali all'esercizio dell'attività repressiva da parte della Regione in presenza di abusi, affermando che *“in caso di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire o in contrasto con questo o con le prescrizioni degli strumenti urbanistici o della normativa urbanistico-edilizia, qualora il comune non abbia provveduto entro i termini stabiliti, la regione può disporre la sospensione o la demolizione delle opere eseguite. Il provvedimento di demolizione è adottato entro cinque anni dalla dichiarazione di agibilità dell'intervento”*.

Dunque, conclude l'Autore, resterebbe aperto il problema della obbligatorietà e della imprescrittibilità del potere di reprimere l'abuso edilizio a distanza di notevole lasso di tempo nei casi in cui l'Amministrazione non abbia in concreto verificato la persistenza di un effetto dannoso da parte dell'abuso ormai di fatto storicizzato.

20 Sul punto di rilievo la pronuncia Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2014, n. 5792 in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), secondo cui *“Per giurisprudenza ampiamente prevalente, infatti, la repressione degli abusi edilizi può essere disposta in qualsiasi momento, sia perché si tratta di misure a carattere reale piuttosto che di vere e proprie sanzioni (al riguardo sanzionatorio provvedendosi propriamente in sede penale), sia perché si tratta comunque di illeciti permanenti cui si associano misure oggettive, in rapporto alle quali non può nemmeno essere utilmente invocato il principio di estraneità degli attuali proprietari alla relativa effettuazione (fatte salve l'inopponibilità dell'acquisizione gratuita del bene e dell'area di sedime – ove gli stessi proprietari collaborino alla rimozione dell'abuso – nonché ogni possibile azione di rivalsa, nei confronti dei responsabili, ove diversi dagli attuali titolari del bene: cfr per il principio, fra le tante, Cons. Stato, IV, 27 dicembre 2011, n. 6873 18 aprile 2014, n. 1994; V, 8 aprile 2014, n. 1650 e 30 giugno 2014, n. 3281)”*.

21 Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2015, n. 6, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

22 Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2014, n. 435, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

*getta a termini di decadenza o prescrizione, potendo la misura repressiva intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall'epoca della commissione dell'abuso"*<sup>23</sup>.

Sotto il profilo sanzionatorio, il t.u. edilizia, a fronte di diverse fattispecie incriminatrici dell'illecito edilizio (artt. 27, 31, 32 comma 3, 33, 34, 35, 37), prevede differenti sanzioni amministrative<sup>24</sup>, tutte espressamente rivolte a ripristinare l'ordine giuridico violato<sup>25</sup>, che si dividono in sanzioni punitive, sanzioni ripristinatorie, e sanzioni risarcitorie<sup>26</sup>.

Il Legislatore ha infatti previsto, in ragione della tipologia dell'abuso perpetrato, la possibilità di applicare le misure repressive della demolizione, della sanzione pecuniaria, dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale<sup>27</sup>, o della confisca amministrativa<sup>28</sup>.

Ciò posto, anche nelle ipotesi in cui il Legislatore ha dato facoltà alla p.A. di scegliere la misura ritenuta più opportuna, deve ritenersi che l'attività repressiva degli abusi edilizi resti comunque un'attività strettamente vincolata nell'*an*, vale a dire almeno nella prima fase della decisione di procedere alla irrogazione della sanzione, priva di alcun margine di discrezionalità per l'Amministrazione competente<sup>29</sup>.

L'irrogazione di una sanzione a distanza di un periodo di tempo molto lungo rispetto alla data della violazione può però inserirsi anche in fattispecie nelle quali si siano consolidate posizioni soggettive del privato di particolare rilevanza<sup>30</sup>, come nel caso dell'acquirente incolpevole<sup>31</sup>.

23 Cons. Stato, Sez. VI, n. 474/2015, cit.. Sul tema cfr. G.D. COMPORTI, *Viaggio nella terra di nessuno: dalla sanzione alla gestione degli abusi paesaggistici*, in Riv. giur. edil., 2013, 464.

24 Sul regime sanzionatorio degli abusi edili, cfr. G.PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 741 ss.; G.D'ANGELO, *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, Padova, 2012; N.CENTOFANTI, *Diritto di costruire pianificazione urbanistica espropriazione*, Milano, 2010; R.FERRARA-G.F.FERRARI (a cura di), *Commentario al Testo Unico dell'edilizia*, Padova, 2005; A.CAPALBO, *Il sistema sanzionatorio nel nuovo testo unico dell'edilizia: governo del territorio: vigilanza e tutela*, Matelica, 2005; G. CIAGLIA, *Nuovi strumenti di repressione dell'abuso edilizio. Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 386; G. VIZZARI, *Abusi edilizi, silenzio della P.A. e contro interessato*, in *Foro amm.-T.A.R.* 12, 2004, 3856; P.FALCONE-E.MELE, *Urbanistica e appalti nella giurisprudenza*, I, Torino, 2001; L.STEVANATO, *Le sanzioni edilizie nelle sentenze dei giudici amministrativi*, Padova, 2000; S.BELLOMIA, *Urbanistica (sanzioni in materia di)*, in *Enc. Dir.*, 1992; B.TONOLETTI, *Esecuzione d'ufficio e sanzioni amministrative nel diritto urbanistico*, in *Reg.* 1992, 1033; A. DE ROBERTO, *Le sanzioni urbanistiche*, Milano, 1987, 137 ss.; L.MAZZAROLLI, *Sul regime delle sanzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia; dalla L. n. 1150 del 1942 alla L. n. 47 del 1985*, in *Riv.giur. urb.*, 1985, III, 419 ss.; G.TORREGROSSA-M.A.SANDULLI-S.BELLOMIA, *Sanzioni urbanistiche e recupero degli insediamenti delle opere abusive*, Milano, 1985; V.GIUFFRÈ, *Sanatoria e repressione degli abusi edilizi*, Napoli, 1985, 23; N.ASSINI, *Abusi edilizi e sanzioni amministrative: profili critici ed aspetti ricostruttivi*, Milano, 1979.

25 V.GASTALDO, *La natura e l'onere di motivazione delle sanzioni pecuniarie in materia edilizia* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 30.4.2013, n. 2363), in *Urb. e App.*, 1/2013, 1190; S. SCARLATELLI, *Sulla natura ripristinatoria delle sanzioni per abusi edilizi*, in *Urb. e app.*, 2003, 347.

26 N. CENTOFANTI, *L'abusivismo edilizio, Sanzioni amministrative e penali*, Milano, 2010, 12.

27 F.SAITTA, *Acquisizione gratuita delle opere abusive e tutela del proprietario*, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 309.

28 Il potere rimesso all'Ente di scegliere tra l'applicazione della sanzione pecuniaria e l'irrogazione della misura ripristinatoria, secondo una parte della dottrina (P.STELLA RICHTER, *I profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 173) avrebbe natura discrezionale, in quanto costituente il risultato della ponderazione tra i vari interessi in conflitto. Da una parte vi sarebbe infatti l'interesse a garantire l'attuazione della destinazione prevista dagli strumenti urbanistici, e dall'altra l'interesse a conservare il patrimonio edilizio esistente, a non rimuovere inutilmente le parti di edificio eventualmente regolari, alla destinazione per fini pubblici di immobili idonei ad essere utilizzati a tale scopo, ed all'interesse a realizzare delle opere di urbanizzazioni per cui, diversamente, mancherebbero i fondi sufficienti.

29 V. Mele, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, 147.

30 Sul tema si segnala il contributo di G.MARI, *L'acquisizione di diritto ex art. 31 t.u. edilizia nei confronti dell'attuale proprietario del bene erede del responsabile dell'abuso*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, fasc. 3, fasc. 3, 419.

31 Il Legislatore, come noto, in presenza di abuso edilizio, ha previsto tre diverse tipologie di sanzioni amministrative, ovvero, la diffida a demolire, ossia l'ordine di rimuovere o demolire, entro 90 gg. dalla notifica del provvedimento,

In tale caso, il dovere generale di correttezza cui è tenuta la p.A. imporrebbe all'Ente di fornire una idonea motivazione del provvedimento, atta a giustificare il ritardo compiuto nell'emanazione della sanzione; ciò, tuttavia, corrisponderebbe ad affermare che l'interesse pubblico in alcuni casi può non essere prevalente rispetto agli interessi dei privati<sup>32</sup>.

Sul punto l'orientamento dominante nella giurisprudenza amministrativa come innanzi detto, è concorde nel ritenere che l'ordinanza di demolizione sia un atto vincolato<sup>33</sup>, e come tale non debba essere sorretta da una motivazione specifica in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico ad irrogare la sanzione, atteso che il pubblico interesse alla repressione degli abusi edilizi ed al ripristino della legalità violata è *in re ipsa*; pertanto, rispetto ad una funzione propriamente pubblicistica di repressione di attività edificatoria indiscriminata *sine titulo* sul territorio, non può rilevare in alcun modo il fatto che le autorità preposte al controllo dello stesso siano eventualmente intervenute in ritardo rispetto all'abuso perpetrato e, dunque, non può nemmeno rilevare l'affidamento riposto dal privato circa la situazione così consolidatasi conseguendo essa ad un'attività *contra legem*<sup>34</sup>.

---

l'opera abusiva ed il ripristino dello stato dei luoghi; vi è poi l'acquisizione gratuita del bene e delle aree al patrimonio del Comune, una volta trascorsi 90 gg. dalla notifica dell'ordinanza di demolizione senza che si sia proceduto all'attuazione del provvedimento: in tal caso l'Ente pubblico acquisisce direttamente la proprietà dell'opera e dell'area di sedime sulla quale insiste, al fine di procedere alla demolizione dell'abuso a spese del responsabile; ed infine, la possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie. Orbene, è possibile differenziare diversi profili di responsabilità in capo al privato, tanto più in caso il bene dedotto in contestazione sia stato trasferito a terzi. L'art. 29 del t.u. edilizia individua una serie di soggetti responsabili in via presuntiva, di qualsiasi inosservanza a norme di legge o regolamenti in materia urbanistica, nonché delle modalità di esecuzione previste nel permesso, ponendo a carico dei soggetti indicati l'obbligo di procedere al pagamento delle sanzioni pecuniarie nonché di sostenere le spese per la demolizione ed il ripristino. La norma contempla in tale novero il titolare del permesso ovvero il titolare dell'opera al momento del compimento dell'abuso, il committente (soggetto diverso dal proprietario dell'opera, che può essere un conduttore, usufruttuario, superficiario, ed è colui che ha incaricato il costruttore di procedere ai lavori), ed infine il costruttore, ovvero colui che materialmente li ha realizzati. Questi soggetti sono responsabili sul piano amministrativo della conformità delle opere alla disciplina urbanistica, alle previsioni di piano, alle prescrizioni del permesso ed alle modalità esecutive indicate dallo stesso. Sono inoltre indicati dalla citata disposizione il direttore dei lavori ed il progettista, che assume la veste di esercente un servizio di pubblica necessità per le dichiarazioni formulate in caso di presentazione di SCIA.

La figura dai risvolti più complessi è di certo quella del proprietario del bene, il quale, qualora non rientri in una delle categorie indicate dalla norma, si trova nella situazione di subire le conseguenze patrimoniali negative delle sanzioni ripristinatorie e riparatorie; dunque il Legislatore ha configurato un modello di responsabilità in via presunta in capo ai soggetti individuati dall'art 29, da cui gli stessi hanno l'onere di fornire la prova liberatoria.

32 G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. cit., 1006.

33 Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4743; Id., 10 luglio 2003, n. 4107; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 8246, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); T.A.R. Molise, Campobasso, 7 novembre 2014, n. 608, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ribadisce che anche qualora sia trascorso un considerevole arco temporale tra la commissione dell'abuso e l'adozione della misura repressiva, il provvedimento sanzionatorio in materia edilizia resta un atto tipicamente vincolato che non richiede alcuna valutazione espressa delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione dell'interesse pubblico con quelli dei privati coinvolti, né infine una motivazione puntuale circa la sussistenza di un interesse concreto all'adozione della sanzione; dunque, in ragione di ciò non è configurabile alcuna forma di tutela alla conservazione di una situazione di fatto abusiva.

Dunque non pare esservi dubbio che il solo carattere dell'abusività dell'intervento realizzato costituisca di per sé ragione idonea per l'adozione della misura repressiva dell'illecito; pertanto, in presenza di un'opera abusiva, non vi è alcuna discrezionalità dell'amministrazione in ordine al provvedere, ma la stessa è obbligata ad intervenire perché sia ripristinato lo stato dei luoghi. Così T.A.R. Campania, Napoli, 3 dicembre 2014, n. 6305; *amplius*, T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 19 luglio 2006, n. 6021.

34 T.A.R. Sicilia, Catania, 12.3.2015, n. 756, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); così anche T.A.R. Sicilia, Palermo, 24 marzo 2015, n. 713, *ivi*; Cons. Stato, Sez. VI, 3 settembre 2014, n. 4466, in [www.gazzettaamministrativa.it](http://www.gazzettaamministrativa.it). Nella pronuncia del Cons. Stato, Sez.V, 27 aprile 2011, n. 2526, in Riv. giur. edil., 2011, I, 1033, si legge testualmente "*Il provvedimento di demolizione di un'opera abusiva non necessita di una puntuale motivazione in quanto atto vincolato, né richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico e tantomeno una comparazione di questo con gli*

Pertanto, un soggetto che abbia commesso un illecito edilizio non può ricevere alcuna tutela in ragione del fatto che la p.A. lo abbia in qualche modo “avvantaggiato” non adottando il provvedimento sanzionatorio dell’abuso non sanabile<sup>35</sup>.

La giurisprudenza amministrativa tutta, ed in particolare quella del Consiglio di Stato<sup>36</sup>, tradizionalmente ha posto l’accento sulla non configurabilità di un affidamento alla conservazione di una situazione abusiva, che fondi la propria legittimazione soltanto sul decorso del tempo, affermando che “*vale il principio dell’inesauribilità del potere amministrativo di vigilanza e controllo e della sanzionabilità del comportamento illecito dei privati, qualunque sia l’entità dell’infrazione e il lasso temporale trascorso, salve le ipotesi di dolosa preordinazione o di abuso*”<sup>37</sup>.

Ne discende che, a fronte del superiore interesse pubblico al ripristino della legalità violata, il legittimo affidamento del privato<sup>38</sup>, ingeneratosi con il decorso, spesso molto lungo, di tempo dal momento della realizzazione dell’opera, diventi oltremodo recessivo e dunque come tale non meritevole di tutela<sup>39</sup>.

Sul tema, però, si registra anche una diversa corrente giurisprudenziale, attenta a garantire una specifica tutela alla posizione di affidamento del privato, in confronto alla mera esigenza di ripristino della legalità violata, secondo la quale, in caso di irrogazione della misura repressiva di un illecito edilizio a distanza di tempo notevole rispetto alla commissione dello stesso, sia necessaria una motivazione precisa e puntuale<sup>40</sup>, circa la entità e la tipologia dell’abuso commesso, la sussistenza di un pubblico interesse che vada oltre il ripristino della legalità violata, e che sia idoneo a determinare il sacrificio dell’interesse contrapposto del privato<sup>41</sup>.

In particolare, tale orientamento ritiene che il lungo decorso temporale tra la commissione dell’illecito e la condotta inerte dell’Amministrazione istituzionalmente preposta a sanzionare gli abusi, abbia di fatto generato una posizione di legittimo affidamento del privato, e che,

---

*interessi privati coinvolti e sacrificati, non potendo ammettersi l’esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il tempo non può giammai legittimare”.*

35 Cons. Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13, cit.

36 Tra le più recenti Cons. Stato, Sez. VI, n. 474/2015.

37 Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2592; Id., Sez. IV, 4 marzo 2013, n.1268; Id., Sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 332.

38 A. AULETTA, *Considerazioni intorno al cd. affidamento del responsabile dell’abuso ed all’operazione qualificatoria del fatto di intempestivo esercizio del potere sanzionatorio in materia edilizia (a margine di T.A.R. Umbria, Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 23)*, in Riv. giur. edil., 2010, 223;

39 Così T.A.R. Piemonte, Torino, 16 aprile 2015, n. 607; T.A.R. Veneto, Venezia, 25 marzo 2015, n. 352; Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2012, n. 3337, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2012, 1604.

40 Sino ad affermare che il provvedimento che non specificasse tali ragioni fosse afflitto da vizio di difetto di motivazione, Cons. Stato, Sez. VI, 4 marzo 2013, n. 1268, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2013, 758.

41 Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 2008 n. 2705, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2008, 1720; nello stesso senso, cfr. da ultimo, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 24 marzo 2010, n. 1577; T.A.R. Umbria, Perugia, 19 dicembre 2014, n. 620; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 8 febbraio 2012, n. 203; T.A.R. Napoli, Sez. IV, 28 dicembre 2009, n. 9260; Cons. Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 883; Id., Sez. V, 29 maggio 2006, n. 3270. Nel medesimo senso si segnala anche il recentissimo intervento del Cons. Stato, Sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2512, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), secondo cui “*in linea generale l’ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive è sufficientemente motivata con riferimento all’oggettivo riscontro dell’abusività delle opere ed alla sicura assoggettabilità di queste al regime del permesso di costruire, non essendo necessario alcun ulteriore obbligo motivazionale, come il riferimento ad eventuali ragioni di interesse pubblico; tuttavia, tale obbligo motivazionale sussiste, a pena d’illegittimità, nel caso di un lungo lasso di tempo trascorso dalla conoscenza della commissione dell’abuso edilizio ed il protrarsi dell’inerzia dell’amministrazione preposta alla vigilanza, tali da evidenziare la sussistenza di una posizione di legittimo affidamento del privato*”.

per di più, il fattore temporale costituisca un elemento ostativo all'adozione di una misura sanzionatoria che, a distanza di tempo, potrebbe paradossalmente rivelarsi pericolosamente controproducente per un assetto edilizio del territorio che nel frattempo si sia consolidato<sup>42</sup>; a ciò si aggiunge che il privato proprietario destinatario della misura repressiva, appunto dopo un lasso di tempo molto lungo, affronterebbe notevoli difficoltà ad esercitare il proprio diritto di difesa e ad individuare i responsabili effettivi dell'abuso<sup>43</sup>.

### **3. Vigilanza sull'attività edilizia e diversificazione dei profili di responsabilità: gli artt. 29 e 31 T.U. edilizia**

La Pubblica Amministrazione rappresenta il soggetto istituzionalmente preposto a vigilare sulla legittimità dell'attività edilizia svolta sul territorio. In particolare, il legislatore prescrive che il tipo di controllo esercitato sia essenzialmente di prevenzione sulle iniziative assunte sul territorio e, al contempo, di vigilanza sull'attività materiale di costruzione<sup>44</sup>.

L'abuso edilizio costituisce un illecito, una violazione delle prescrizioni urbanistiche, una condotta contraria alla disciplina normativa, e come tale causativa di sanzioni di varia natura come reazione alle violazioni commesse, con il fine precipuo di eliminarne i suoi effetti.

La tipologia degli abusi perpetrati può essere di varia natura, civile, penale o amministrativa, e ciò determina la irrogazione di sanzioni diversificate in ragione della natura civile, penale o amministrativa degli illeciti commessi<sup>45</sup>.

In particolare, ai sensi dell'art. 27 del TUED, il Comune ha l'obbligo di intervenire allo scopo di tutelare il territorio e reprimere i fenomeni di abusivismo edilizio.

Una volta accertata la violazione, il dirigente è tenuto ad adottare le sanzioni amministrative previste dall'ordinamento con un duplice obiettivo, sia dissuasivo dall'esecuzione di opere illegittime, sia, nel contempo, di ripristino della razionalità delle scelte di pianificazione sul territorio comunale.

Il Legislatore, come noto, in presenza di abuso edilizio, ha previsto tre diverse tipologie di sanzioni amministrative, ovvero, la diffida a demolire, ossia l'ordine di rimuovere o demolire, entro 90 gg dalla notifica del provvedimento, l'opera abusiva ed il ripristino dello stato dei luoghi; vi è poi l'acquisizione gratuita del bene e delle aree al patrimonio del Comune, una volta trascorsi 90 gg dalla notifica dell'ordinanza di demolizione senza che si sia proceduto all'attuazione del provvedimento: in tal caso l'Ente pubblico acquisisce direttamente la proprietà dell'opera e dell'area di sedime sulla quale insiste, al fine di procedere alla demolizione

42 Così Cons. Stato, Sez. II, parere 10 dicembre 2003, n. 2420/2002, [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

43 Come opportunamente rilevato da T.A.R. Campania, Salerno, 27 settembre 2013, n. 1987, in Foro amm.-T.A.R. 2013,2843: *"In siffatti casi estremi non si può non notare, dunque, che l'onere della motivazione dell'iniziativa sanzionatoria si impone quale contrappeso proprio alla mancanza di termini di prescrizione/decadenza per l'esercizio del potere repressivo"*.

44 P.Stella Richter, *Manuale breve di diritto urbanistico*, Milano 2014, 92.

45 G.Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 705 ss..

dell'abuso a spese del responsabile; ed infine, la possibilità di irrogare sanzioni pecuniarie<sup>46</sup>.

Ciò posto, si procederà ad una disamina dei diversi profili di responsabilità di un'opera abusiva in capo al privato, tanto più in caso il bene dedotto in contestazione sia stato trasferito a terzi<sup>47</sup>.

La formulazione iniziale dell'art. 31 della Legge n. 1150/1942, modificata dalla legge ponte 765/1967, intitolato "Licenza di costruzione. Responsabilità comune del committente e dell'assuntore dei lavori" prevedeva che "Il committente titolare della licenza, il direttore dei lavori e l'assuntore dei lavori sono responsabili di ogni inosservanza così delle norme generali di legge e di regolamento come delle modalità esecutive che siano fissate nella licenza edilizia".

La vecchia formulazione della norma è confluita nel dettato dell'art. 29 del Testo Unico dell'Edilizia<sup>48</sup>, il quale individua una serie di soggetti responsabili in via presuntiva, di qualsiasi inosservanza a norme di legge o regolamenti in materia urbanistica, nonché delle modalità di esecuzione previste nel permesso, ponendo a carico dei soggetti indicati l'obbligo di procedere al pagamento delle sanzioni pecuniarie nonché di sostenere le spese per la demolizione ed il ripristino.

La norma contempla in tale novero il titolare del permesso ovvero il titolare dell'opera al momento del compimento dell'abuso<sup>49</sup>, il committente, un soggetto diverso dal proprietario dell'opera, che può essere un conduttore, usufruttuario, superficiario, ed è colui che ha incaricato il costruttore di procedere ai lavori, ed infine il costruttore, ovvero colui che materialmente li ha realizzati, siano responsabili sul piano amministrativo della conformità delle opere alla disciplina urbanistica, alle previsioni di piano, alle prescrizioni del permesso ed alle modalità esecutive indicate dallo stesso.

46 In particolare sul punto, Cons. st., Sez. VI, 28.6.2013, n. 3529, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha fornito una interpretazione rigorosa delle norme che contemplano la possibilità alternativa di infliggere la sanzione pecuniaria, allo scopo proprio di evitare di trasformare l'istituto in oggetto in "una sorta di condono mascherato con incidenza negativa grave sul complessivo assetto del territorio".

47 Sul tema puntuale il contributo di G. Mari, L'acquisizione di diritto ex art. 31 t.u. edilizia nei confronti dell'attuale proprietario del bene erede del responsabile dell'abuso, in Riv. giur. edil., edil., fasc. 3, 2015, 419 ss..

48 La norma recita testualmente "1. Il titolare del permesso di costruire, il committente e il costruttore sono responsabili, ai fini e per gli effetti delle norme contenute nel presente capo, della conformità delle opere alla normativa urbanistica, alle previsioni di piano nonché, unitamente al direttore dei lavori, a quelle del permesso e alle modalità esecutive stabilite dal medesimo. Essi sono, altresì, tenuti al pagamento delle sanzioni pecuniarie e solidalmente alle spese per l'esecuzione in danno, in caso di demolizione delle opere abusivamente realizzate, salvo che dimostrino di non essere responsabili dell'abuso.

2. Il direttore dei lavori non è responsabile qualora abbia contestato agli altri soggetti la violazione delle prescrizioni del permesso di costruire, con esclusione delle varianti in corso d'opera, fornendo al dirigente o responsabile del competente ufficio comunale contemporanea e motivata comunicazione della violazione stessa. Nei casi di totale difformità o di variazione essenziale rispetto al permesso di costruire, il direttore dei lavori deve inoltre rinunciare all'incarico contestualmente alla comunicazione resa al dirigente. In caso contrario il dirigente segnala al consiglio dell'ordine professionale di appartenenza la violazione in cui è incorso il direttore dei lavori, che è passibile di sospensione dall'albo professionale da tre mesi a due anni.

3. Per le opere realizzate dietro presentazione di segnalazione certificata di inizio attività, il progettista assume la qualità di persona esercente un servizio di pubblica necessità ai sensi degli articoli 359 e 481 del codice penale. In caso di dichiarazioni non veritiere nella relazione di cui all'articolo 23, comma 1, l'amministrazione ne dà comunicazione al competente ordine professionale per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari".

49 Sul punto va ricordato che, in caso venga trasferito un fabbricato già munito di permesso di costruire, dal momento che si tratta di un titolo di natura oggettiva, il titolo edilizio si trasferisce ipso iure, senza che sia necessario all'uopo un nuovo atto di assenso da parte del Sindaco.

Sono inoltre indicati dalla prescrizione il direttore dei lavori, ed il progettista, che assume la veste di esercente un servizio di pubblica necessità per le dichiarazioni formulate in caso di presentazione di SCIA.

Infine la figura dai risvolti più complessi è di certo quella del proprietario del bene, il quale, qualora non rientri in una delle categorie indicate dalla norma, si trova nella situazione di subire soltanto le conseguenze patrimoniali negative delle sanzioni ripristinatorie e riparatorie.

Dunque il Legislatore ha configurato un modello di responsabilità in via presunta in capo ai soggetti individuati dall'art 29, da cui gli stessi hanno l'onere di fornire la prova liberatoria.

Con riferimento alla particolare posizione del proprietario, possono configurarsi due diverse situazioni.

La prima si verifica ogni qualvolta il proprietario dell'immobile venga sottoposto ad un procedimento sanzionatorio senza averne alcuna responsabilità, ma soltanto per aver acquistato il bene in una condizione già di abuso.

Sul punto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere sussistente in capo al proprietario dell'immobile una presunzione di responsabilità per gli abusi edilizi contestati, per cui il soggetto può esimersi da responsabilità soltanto fornendo la prova della propria assoluta estraneità all'abuso commesso<sup>50</sup>.

Il proprietario incolpevole che cerchi di sfuggire alla sanzione di cui all'art. 31 DPR 380/2001 come effetto della mancata ottemperanza all'ordine di demolizione, è tenuto a provare di aver esperito ogni possibile azione volta a porre in evidenza la propria estraneità rispetto all'abuso oltre ad aver posto in essere tutte le iniziative necessarie per indurre l'effettivo responsabile dell'abuso a ripristinare lo stato dei luoghi secondo le prescrizioni impartite dall'Amministrazione competente.

Può verificarsi invece che gli abusi contestati siano stati commessi da persona diversa dal proprietario, nel caso in cui questi abbia concesso l'immobile, ad esempio, in locazione a terzi, i quali a loro volta, abbiano perpetrato gli abusi sull'immobile<sup>51</sup>.

**In tema di abusi edilizi commessi da un soggetto diverso dal proprietario, nel caso della loca-**

<sup>50</sup> Tar Campania, Napoli, 7 marzo 2013, n. 1349 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>51</sup> Si legge in CdS, 4.5.2015, n. 221, testualmente che *“Perché vi siano misure concretanti le “azioni idonee” ad escludere l'esclusione di responsabilità o la partecipazione all'abuso effettuato da terzi, prescindendo dall'effettivo riacquisto della materiale disponibilità del bene, si ritiene necessario un comportamento attivo, da estrinsecarsi in diffide o in altre iniziative di carattere ultimativo nei confronti del conduttore (“che si sia adoperato, una volta venutone a conoscenza, per la cessazione dell'abuso”*, tra tante, si veda Cassazione penale, 10 novembre 1998, n. 2948), al fine di evitare l'applicazione di una norma che, in caso di omessa demolizione dell'abuso, prevede che l'opera abusivamente costruita e la relativa area di sedime siano, di diritto, acquisite gratuitamente al patrimonio del Comune, non bastando invece a tal fine un comportamento meramente passivo di adesione alle iniziative comunali. Se, per ipotesi, la proprietà potesse dissociarsi soltanto con mere dichiarazioni o affermazioni di dissociazione o con manifestazioni di intenti, senza alcuna attività materiale o almeno giuridica di attivazione diretta ad eliminare l'abuso (risoluzione iniziata giudiziariamente per inadempimento contrattuale, diffide ad eliminare l'abuso, attività materiali), la tutela dagli abusi rimarrebbe inefficace nei casi di locazione.

zione, secondo il Consiglio di Stato nella pronuncia del 4.5.2015, n. 2211<sup>52</sup>, l'ordine di demolizione è legittimamente notificato anche al proprietario che, *“fino a prova contraria, è quanto meno corresponsabile dell'abuso, almeno dal momento che ne sia venuto a conoscenza”*.

Nel caso dell'usufruttuario, invece, la giurisprudenza amministrativa afferma che in sede di emanazione di un'ordinanza di demolizione, la P.A. è tenuta a notificare il provvedimento al proprietario del bene quale risultante dai registri catastali, per cui la mancata notifica all'usufruttuario non incide sulla legittimità dell'ordine di demolizione, dal momento che l'usufruttuario conserva la possibilità di impugnare in via autonoma il provvedimento, di cui sia venuto a conoscenza, qualora ne ricorrano i presupposti<sup>53</sup>.

Del pari il soggetto interessato a dimostrare la propria estraneità alla vicenda contestata, è tenuto ad allegare le circostanze idonee a suffragare la tesi per cui le opere siano state realizzate da soggetti terzi a sua insaputa e contro la sua volontà<sup>54</sup>.

Le misure sanzionatorie previste in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione, possono non ledere in alcun modo il proprietario, che sia rimasto estraneo all'esecuzione delle opere in assenza di titolo abilitativo, e che non abbia la disponibilità delle stesse, ferma restando, tuttavia, una presunzione di corresponsabilità a carico del medesimo.

Il proprietario infatti, in conformità ai doveri di diligente amministrazione, correttezza e vigilanza nella gestione dei beni immobiliari, di cui abbia la titolarità, *“è tenuto ad adoperarsi, con i mezzi previsti dall'ordinamento, per impedire la realizzazione di abusi edilizi, o per agevolarne la rimozione, soprattutto dopo essere stato preavvertito dell'avvio del procedimento sanzionatorio”*.

Come espressamente ribadito dal Consiglio di Stato<sup>55</sup>, il proprietario di un bene immobile, in ossequio al principio generale di interesse pubblico alla tutela del territorio, ha l'obbligo di fare tutto quanto in proprio potere per il ripristino della legalità violata; di converso, la P.A. è tenuta soltanto all'individuazione del proprietario del bene, ovvero degli altri soggetti da ritenere responsabili, in caso non coincidano con il proprietario del bene, che siano gli esecutori materiali dell'abuso, oppure detengano l'immobile in questione, comunicando agli stessi l'avvio del procedimento sanzionatorio.

Dunque, in tema di illeciti edilizi, il presupposto essenziale ai fini dell'esecuzione concreta della misura sanzionatoria è che la stessa sia irrogata nei confronti del soggetto che ha la materiale disponibilità dell'opera.

Ciò che rileva appunto è che l'applicazione della misura colpisca il soggetto che di fatto abbia la detenzione del bene, indipendentemente dal fatto che lo abbia effettivamente edificato, giacché è il solo che, avendo la materiale apprensione dell'opera, può ripristinare l'ordine giuridico violato.

52 In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

53 TAR Piemonte, Torino, 16.4.2015, n. 607, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

54 Cass. Pen., Sez. III, 29.5.2008, n. 35907, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

55 Cons. St., Sez. VI, 30.3.2015, n. 1650, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Il tutto giacché “l’«abusività» (totale o parziale) di un fabbricato costituisce una caratteristica che appartiene all’immobile e che lo connota (negativamente) a prescindere dalla posizione psicologica (soggettiva) del proprietario (o dell’avente causa dal soggetto che ha commesso l’illecito edilizio). Il che significa che chi acquista un immobile abusivo lo acquista nella obiettiva situazione di precarietà in cui si trova e con i connessi oneri (ad es.: demolizione e/o riduzione in pristino stato) dai quali è (o può essere) gravato a cagione ed in ragione del suo stato (di bene costruito illecitamente)”<sup>56</sup>.

Il potere repressivo della P.A. è esercitato soltanto rispetto ad elementi oggettivi dell’illecito (tipologia, consistenza, momento di esecuzione, disciplina della zona interessata all’abuso) e dunque senza che assuma rilievo l’elemento soggettivo, ovvero la consapevolezza o meno dell’aver posto in essere una condotta *contra legem*, con la quale era stata realizzata l’opera<sup>57</sup>.

In realtà va segnalata la presenza di un orientamento di segno diametralmente opposto, a tenore del quale, in virtù del dettato dell’art. 29 del T.U., la sanzione amministrativa andrebbe irrogata soltanto nei confronti del responsabile dell’abuso edilizio. La norma infatti prevede che il titolare del permesso di costruire, il committente ed il costruttore siano tenuti a garantire la conformità dell’opera alla normativa urbanistica, e tra tali soggetti non è contemplato il proprietario del bene oggetto dell’intervento, il quale potrà di fatto essere ritenuto corresponsabile dell’abuso soltanto ove emerga un suo coinvolgimento doloso o colposo nella realizzazione dell’abuso edilizio stesso<sup>58</sup>.

La suddetta impostazione, però, a bene vedere, lascia perplessi sotto alcuni aspetti fondamentali; non contemplando anche il proprietario nel novero dei soggetti responsabili dell’abuso edilizio, potrebbe finire con il legittimare pericolosamente la condotta di un conduttore che, in maniera fraudolenta, potrebbe decidere di spogliarsi del proprio bene<sup>59</sup>.

Il Testo Unico dell’Edilizia reca un unico regime di sanzioni amministrative in caso di opere realizzate in assenza di permesso di costruire, in totale difformità oppure con variazioni essenziali, articolato in una serie di fasi puntuali disciplinate dall’art. 31 del Testo Unico dell’Edilizia.

La prima di esse è la ingiunzione a procedere alla demolizione dell’opera abusiva, ed al ripristino dello stato dei luoghi, da eseguire entro 90 giorni dalla notifica del provvedimento<sup>60</sup>.

56 Tar Sicilia, Palermo, 8.1.2015, n. 56 in *Foro Amm. Tar.*, (II) 2015, 1, 234.

57 Cass. Pen., Sez. VI, 9.7.2012, n. 4013 in *Foro amm. CDS* 2012, 7-8, 2052 ; CdS, 2.2.2009, n. 537, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

58 Tar Liguria, Genova, 5.07.2011, n. 1051, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 5, 1368.

59 V.Gastaldo, *La natura e l’onere di motivazione delle sanzioni pecuniarie in materia edilizia*, op. cit., 1193.

60 *La diffida a demolire le opere edilizie realizzate abusivamente è una sanzione amministrativa di carattere ripristinatorio, rivolta a rimuovere una situazione di fatto oggettivamente antiggiuridica che deve essere intimata oltre che all’autore materiale responsabile della costruzione abusiva anche a chi risulti essere proprietario dell’immobile interessato dall’abuso al momento dell’emanazione dell’ingiunzione di demolizione, anche se estraneo all’illecito*. Così Tar Campania, Napoli, 23.10.2013, n. 4679, in *Foro amm. Tar.*, II, 10/2013, 3158.

Essa è rivolta al soggetto responsabile dell'abuso, nei cui confronti il proprietario, se diverso, potrà eventualmente rivalersi, ovvero nei confronti del titolare del permesso, in caso di difformità totale o parziale.

Come si è posto in luce in precedenza, l'ingiunzione deve essere notificata nei confronti del proprietario del manufatto abusivo e del suolo, così che il proprietario che non abbia personalmente dato luogo all'illecito, possa attivarsi affinché si proceda alla demolizione.

Le misure ripristinatorie che conseguono all'accertamento della illegittimità di un manufatto realizzato in assenza di titolo abilitativo o in difformità allo stesso, quale è la demolizione, sono sanzioni di carattere reale, che non mirano a sanzionare il comportamento che ha generato l'abuso, in quanto volte a ripristinare l'ordine violato prima ancora che sul piano materiale su quello giuridico, turbato dalla presenza di un manufatto non autorizzato<sup>61</sup>.

Qualora il responsabile dell'abuso non provveda alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi entro 90 giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, vengano acquisiti *ipso iure* gratuitamente al patrimonio comunale.

L'acquisizione avviene *ope legis* per mero decorso del tempo, ma, a tenore del comma 4 dell'art. 31, il dirigente comunale è comunque tenuto a notificare agli interessati un atto di accertamento dell'inottemperanza, il quale costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari.

Per quanto concerne il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale delle opere abusivamente realizzate, e non demolite, come si legge in Tar Sicilia, Catania, 10.4.2015, n. 1068<sup>62</sup>, esso ha natura di atto meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto di legge, determinato dalla emanazione del provvedimento con il quale sia stata accertata la natura abusiva della costruzione e prodottosi alla scadenza del termine concesso al privato per procedere alla demolizione del manufatto. Se il destinatario impugni il provvedimento di acquisizione al patrimonio pubblico, ciò non incide in alcun modo sulla natura abusiva dell'intervento, *quando non sia stato a suo tempo contestato in sede giurisdizionale anche il provvedimento (l'ordinanza-ingiunzione di demolizione) che ha precedentemente accertato quest'ultimo aspetto*.

In realtà la stessa qualificazione di 'sanzione' della misura ripristinatoria sarebbe impropria, perché non si tratta di sanzionare, cioè di punire, un comportamento, bensì solo di adottare una misura di ricomposizione dell'ordine urbanistico prima dell'intervento, e diretta solo all'eliminazione degli effetti materiali dell'avvenuta sua ingiustificata alterazione<sup>63</sup>.

Una volta acquisiti al patrimonio comunale il bene e la relativa area sulla quale lo stesso insiste, il dirigente comunale è tenuto ad emettere il provvedimento di demolizione delle opere

61 Sul tema cfr. S. de Laurentiis, *L'estensibilità ad altri manufatti di un ordine di demolizione disposto con sentenza passata in giudicato*, in Riv. giur. edil., 3/2009, 981 ss..

62 Tar Sicilia, 10.04.2015, n. 1068 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

63 Così Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 1927 del 15.4.2015, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

abusive acquisite gratuitamente, a spese dei responsabili dell'abuso solidalmente obbligati.

Il Legislatore ha però previsto puntualmente la possibilità di sostituire la sanzione della demolizione con una sanzione pecuniaria, disciplinando puntualmente ciascuna ipotesi all'interno degli artt. 33 e 34 del Testo Unico dell'Edilizia. Tale possibilità è consentita soltanto in caso di abusi di minore gravità, nelle ipotesi in cui non sia materialmente possibile procedere alla esecuzione della misura ripristinatoria, in quanto ciò potrebbe arrecare un potenziale pregiudizio anche alle altre legittime parti del fabbricato.

In particolare, si legge nell'art. 33, *“qualora, sulla base di motivato accertamento dell'ufficio tecnico comunale, il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile, il dirigente o il responsabile dell'ufficio irroga una sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento di valore dell'immobile, conseguente alla realizzazione delle opere”*, mentre l'art. 34, *in caso di interventi eseguiti in parziale difformità del permesso di costruire (o Segnalazione Certificata di Inizio Attività) dispone che “quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base al, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale”*<sup>64</sup>.

La valutazione della possibilità di ripristino dello stato dei luoghi, ai fini dell'irrogazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria, attiene alla fase esecutiva, presentandosi l'emanazione dell'ingiunzione di demolizione come atto dovuto in presenza di opere costruite *sine titulo*<sup>65</sup>.

Dunque il primo ineludibile passaggio del procedimento per la repressione degli abusi edilizi è costituito dalla diffida dell'autorità comunale indirizzata nei confronti del responsabile dell'opera perché questi provveda alla demolizione, conformandosi spontaneamente all'ordine di ripristino della legalità edilizia, per poi lasciare all'Amministrazione la scelta successiva di ordinare la demolizione o piuttosto irrogare una sanzione pecuniaria, in ragione delle esigenze concrete che si prospettino nella fattispecie<sup>66</sup>.

La giurisprudenza sul punto ha infatti chiarito che *“l'ingiunzione di demolizione costituisce la prima ed obbligatoria fase del procedimento repressivo, in quanto ha natura di diffida e presuppone solo un giudizio di tipo analitico-ricognitivo dell'abuso edilizio commesso, mentre il giudizio sintetico-valutativo, di natura discrezionale, circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria - disciplinato dall'art. 33 comma 2, e dall'art. 34 comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001- può essere effettuato soltanto in un secondo momento, cioè quando il soggetto privato non ha ottemperato spontaneamente alla demolizione e l'organo competente emana l'ordine di esecuzione per reprimere le opere realizzate in*

<sup>64</sup> In tale ultima ipotesi, la giurisprudenza amministrativa ritiene che ai fini della determinazione della sanzione pecuniaria debba tenersi conto della situazione al momento della domanda di sanatoria e non al momento dell'abuso, dato che quest'ultimo ha carattere permanente, nonché per evitare un potenziale vantaggio possa determinarsi in capo all'autore dell'illecito in conseguenza del decorso del tempo. Così Tar Lombardia, Milano, 30.3.2015, n. 857, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>65</sup> T.A.R. Napoli Campania sez. VII, 11 ottobre 2012, n. 4071, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>66</sup> Cons. St., 27.11.2014, n. 5888, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

*assenza o in totale difformità dal permesso di costruire o delle opere edili costruite in parziale difformità dallo stesso*<sup>67</sup>.

Dunque il soggetto privato destinatario di un ordine di demolizione per la costruzione di un immobile abusivo non potrà invocare a propria difesa l'applicazione della disposizione di cui all'art. 34 comma 2 del TUED, se non fornendo una seria ed idonea dimostrazione del pregiudizio stesso sulla struttura e sull'utilizzazione del bene residuo, considerando inoltre che l'applicazione della sanzione pecuniaria trae origine da un'istanza presentata a tal fine dall'interessato e non già da una verifica tecnica di cui la parte pubblica non può venire ragionevolmente gravata, *"essendo proprio la parte privata, autrice dell'opera e del progetto, ad essere a conoscenza di come esso è stato eseguito e di quali danni potrebbero prodursi, a seguito di demolizione, in pregiudizio della parte conforme"*<sup>68</sup>.

In ordine alla natura delle sanzioni pecuniarie previste in materia urbanistica, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che le stesse non siano soltanto strettamente correlate alla responsabilità personale del soggetto autore dell'illecito, ovvero che esse non abbiano un intento punitivo, bensì che abbiano finalità puramente ripristinatorie, di carattere patrimoniale, e che siano trasmissibili agli eredi; pertanto allorquando uno dei responsabili proceda al pagamento della sanzione, l'obbligazione è da ritenersi estinta e non reiterabile nei confronti di altri soggetti<sup>69</sup>.

#### **4. Sanatoria degli illeciti edilizi ed estinzione dei reati.**

Alla luce di quanto in precedenza esposto, il tempo pare non scalfire in alcun modo i profili di responsabilità di cui è connotato un abuso edilizio, anche se perpetrato a notevole distanza di tempo da momento in cui viene di fatto esercitata l'azione repressiva sullo stesso da parte della P.A.

Attesa dunque la più volte citata natura permanente degli abusi, è opportuno soffermarsi sulle fattispecie di estinzione dei reati edilizi<sup>70</sup>.

La demolizione spontanea del manufatto abusivo non estingue il reato edilizio, dal momento che la fattispecie non è sussumibile entro alcuna previsione normativa tipica e che non potrebbe determinare l'effetto estintivo nemmeno secondo i principi generali del diritto penale sostanziale<sup>71</sup>.

Pertanto, escludendo le ipotesi di cd. condono edilizio, espressamente disciplinate da apposite leggi speciali<sup>72</sup>, allo stato l'art. 45 comma 3 del DPR 380/2001<sup>73</sup>, prevede che il rilascio di un

67 Così Tar Campania, Salerno, 6.12.2011, n. 1925, in *Foro amm. T.A.R.* 2011, 12, 4058 ss.; nello stesso senso, più recentemente, si è espresso il TAR Campania, Napoli, 4.4.2014, n. 1969, in *Foro amm. Tar.*, II, 2014, 4, 1268.

68 Tar Campania Napoli, Sez. II, 15.1.2015, n. 233 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

69 Così Tar Abruzzo, Pescara, 2.2.2015, n. 41, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

70 R. Felici, *Diritto penale dell'edilizia*, in *Giur. Merito*, 4/2007.

71 Trib. Napoli, 1.4.2015, n. 1756; Cass. Sezione III, 5.3.2013, n. 10245.

72 Attesa la complessità del tema dei condoni edilizi, si rimanda per una più compiuta disamina ai contributi di P. Tanda, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2013, 783 ss.; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012, 232 ss.; N. Assini - P. L. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2007, 937 ss..

73 Secondo Cass. Pen. Sezione III, 15.01.2015, n. 7405 *"In tema di reati urbanistici, la sanatoria degli abusi edilizi"*

permesso in sanatoria, determini, sul piano penale, l'estinzione di un reato urbanistico di natura contravvenzionale<sup>74</sup>, mentre sul piano amministrativo, la regolarizzazione degli interventi edilizi alle prescrizioni di legge<sup>75</sup>.

A tali scopi, l'art. 36 del medesimo Testo Unico dell'Edilizia richiede la cd. "doppia conformità", ovvero la norma prevede che siano suscettibili di sanatoria *"interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 22, comma 3, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda"*.

Il legislatore esige dunque che l'intervento realizzato sia conforme alla normativa urbanistica ed edilizia vigente sia al momento di realizzazione dell'opera, che in quello della presentazione dell'istanza di sanatoria<sup>76</sup>.

La sanatoria potrà poi essere rilasciata entro il termine ultimo di esecuzione o della irrogazione delle sanzioni, in caso si tratti di sanzioni pecuniarie.

Una volta proposta l'istanza in sanatoria, da parte del responsabile dell'abuso o dal proprietario attuale, si pronuncerà il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata. Avverso tale diniego è proponibile a sua volta gravame entro il termine ordinario di 60 giorni<sup>77</sup>.

Orbene, sul punto la giurisprudenza di legittimità pacificamente assume che, nell'ambito

---

*idonea ad estinguere il reato di cui all'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001 può essere conseguita solo qualora ricorrano tutte le condizioni espressamente indicate dall'art. 36 d.P.R. cit. e, precisamente, la conformità delle opere alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione del manufatto che al momento della presentazione della domanda di sanatoria, dovendo escludersi la possibilità di una legittimazione postuma di opere originariamente abusive che, successivamente, siano divenute conformi alle norme edilizie ovvero agli strumenti di pianificazione urbanistica. (Fattispecie relativa ad illegittimo rilascio di un permesso di costruire in sanatoria rilasciato per intervento eseguito su particella catastale alla quale, successivamente all'abuso, era stata asservita altra particella al fine di superare il limite di cubatura stabilito dalle previsioni urbanistiche)".*

74 Secondo M.Gambardella, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 2/2013, 742 ss., la natura dei poteri esercitati dal giudice penale è quella di verificare che sussistano le condizioni per applicare la causa estintiva del reato, così svolgendo un compito primario riservato alla giurisdizione, ai sensi degli artt. 101 comma 2, 104, 104 comma 1 e 112 della Costituzione, che di per sé non potrebbe in alcun modo essere delegato alla Pubblica Amministrazione nemmeno con legge ordinaria.

75 Non bisogna trascurare un dato di non poco momento, ovvero la presentazione di una domanda di condono, o di accertamento di conformità, prodromica al rilascio di un titolo abilitativo in sanatoria, in data precedente all'impugnazione dell'ordinanza di demolizione, comporteranno, *ipso iure*, l'effetto di rendere inammissibile l'impugnazione per carenza di interesse, giacché l'istanza di sanatoria determina il riesame dell'abusività dell'opera attraverso l'emanazione di un nuovo provvedimento, di accoglimento o di rigetto, che vale in ogni caso a superare il provvedimento sanzionatorio oggetto dell'impugnativa. Così Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 2.4.2015, n. 813, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

76 Sul tema P.Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, 146.

77 Sul tema puntuale l'intervento di A. Vacca, *il silenzio della pubblica amministrazione sull'istanza di accertamento della conformità urbanistica ex art. 36, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380: natura sostanziale, profili processuali ed alterazioni procedurali*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2006, 3, 358.

dei reati edilizi, il permesso in sanatoria estingue l'illecito penale, *“ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 36, solo se le opere abusive risultano, per quanto difformi dal titolo abilitativo, in sè non contrastanti con gli strumenti urbanistici vigenti sia al momento della loro realizzazione che al momento della presentazione della domanda, con la conseguenza che detta vicenda non può prodursi se sia necessario procedere ad ulteriori interventi che riconducano i lavori realizzati a tale doppia conformità”*<sup>78</sup>.

È inoltre necessario che la sanatoria riguardi l'intervento edilizio nella sua totalità, per cui può aversi soltanto in caso ricorrano tutte le condizioni di cui all'art. 36 del Testo Unico dell'Edilizia, e dunque la doppia conformità delle opere alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione del manufatto, che al momento della presentazione della domanda di sanatoria, ed è esclusa la possibilità di legittimare soltanto in via postuma degli interventi che soltanto dopo, in virtù della cd. sanatoria giurisprudenziale o impropria siano diventate conformi a norme edilizie o agli strumenti di pianificazione vigenti<sup>79</sup>.

Il rilascio del permesso in sanatoria è condizionato al pagamento del contributo relativo in misura doppia, a titolo di oblazione, mentre invece, in caso il permesso sia gratuito, al pagamento in misura normale<sup>80</sup>.

È consentita anche una sanatoria parziale, in caso appunto di difformità parziale dell'opera, nel qual caso la sanatoria va ad incidere soltanto sulla porzione di opera difforme, e l'oblazione da pagare va calcolata proprio sulla parte di opera non conforme al permesso.

Invece la cd. sanatoria giurisprudenziale, o impropria, ha una finalità precipua puntualmente individuata nelle parole del Consiglio di Stato<sup>81</sup> nella *“esigenza di non imporre la demolizione di un'opera abusiva che, in quanto conforme alla disciplina urbanistica in atto, dovrebbe essere successivamente autorizzata su semplice presentazione di istanza di rilascio in tal modo evitando uno spreco di attività inutili, sia per l'Amministrazione, che per il privato autore dell'abuso”*.

Dunque in passato era consentito che un'opera anche se al momento della sua realizzazione non fosse conforme alle prescrizioni vigenti, potesse diventare legittima successivamente, al momento in cui veniva chiesta la sanatoria; attualmente però la sanatoria per vizi non meramente formali non sarebbe più tollerata come prima. Come rileva autorevole dottrina<sup>82</sup>, infatti, appare logica la sanatoria di un'opera che al momento della realizzazione contrastava con le prescrizioni vigenti, ma che dopo sia divenuta conforme alla disciplina vigente al momento della sanatoria; per cui, prosegue l'Autore, si arriverebbe al paradosso per cui l'intervento finirebbe per essere sanzionato o demolito, e poi verrebbe ricostruito esattamente come era prima, con inevitabile danno economico sia

78 Così Cass. Pen., Sez. III, 25.2.2015, n. 12229.

79 Cass. Pen., Sez. III, 21.10.2014, n. 47402, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

80 Si legge in Tar Abruzzo, L'aquila, 15.04.2015, n. 282, in *Redazione Foro Amministrativo* 2015, 4, il pagamento per intero della somma versata a titolo di oblazione per la definizione di un illecito edilizio, in caso sia intervenuta sentenza di condanna non comporta in alcun modo l'estinzione del reato, né la caducazione automatica dell'ordine di demolizione.

81 Cons St, Sentenza 6.7.2012, n. 3961, in *Foro Amm.* CdS, 7/8 2012, 1967 ss.; *amplius* sul tema della sanatoria giurisprudenziale, si segnala il recentissimo arresto del Cds, VI Sezione, 5.6.2015, n. 2764, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

82 G.C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico, op. cit.*, 1011.

per il soggetto che per la collettività intera. E con l'ulteriore conseguenza di svilire il rigore di quanto disposto dall'art. 36, che – con a sua regola della doppia conformità urbanistica – è lo strumento previsto dalla legge per la titolazione postuma di manufatti realizzati senza previo titolo. La differenza tra le due tipologie di sanatoria risiede nel fatto che con il procedimento di accertamento di conformità vengono di fatto ad estinguersi le connotazioni penali dell'abuso, mentre con la sanatoria giurisprudenziale la costruzione abusiva è un innegabile fatto costituente reato nel momento in cui è stato edificato, e sanato soltanto dopo ma, si badi, il tutto soltanto sotto il profilo amministrativo e di eliminazione del danno all'interesse pubblico, mentre il rilievo penale della condotta resta del tutto inalterato<sup>83</sup>. Del resto il Consiglio di Stato<sup>84</sup>, con riferimento alla sanatoria giurisprudenziale ha ribadito la natura strettamente pretoria dell'istituto, ribadendo che *“l'agire della pubblica amministrazione deve essere in ogni sua fase retto dal principio di legalità, inteso quale regola fondamentale cui è informata l'attività amministrativa e che trova un fondamento positivo in varie disposizioni costituzionali (artt. 23, 97, 24, 101 e 113 Cost.). Pertanto, non è ipotizzabile un'antinomia tra efficienza e legalità atteso che non può esservi rispetto del buon andamento della pubblica amministrazione, ex art. 97 Cost., se non vi è nel contempo rispetto del principio di legalità”*.

## 5. Il legittimo affidamento rispetto alla conservazione dell'abuso: forme di tutela del privato nell'ambito degli illeciti edilizi alla luce dell'orientamento dell'unione europea.

Alla luce di quanto sinora esposto, viene legittimamente da chiedersi quale influenza possa esercitare il passaggio del tempo rispetto alla contestazione di un addebito di responsabilità di un'opera abusiva in capo al privato, che adduca a propria difesa la configurabilità di una condotta dell'Amministrazione precedente che abbia ingenerato una condizione di legittimo affidamento circa la conformità dell'opera realizzata.

Il principio del legittimo affidamento identifica l'aspettativa che il privato ripone affinché la condotta della pubblica Amministrazione sia conforme ai principi di correttezza e buon andamento, cui istituzionalmente la stessa ha l'obbligo di uniformare il proprio operato<sup>85</sup>, allor-

83 IBIDEM.

84 Ex multis, Cds, 6.7.2012 n. 3961, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 1967.

85 Sul tema la bibliografia è vastissima; senza pretesa di esaustività, E.CASETTA-F.FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, 39 ss; F. G.SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014; ID., *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A.Burdese*, Padova, 2003; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; S.CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 17; I.FRANCO, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, 2012, 84; V. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, Riv. giur. edil., 2012, II, 148; P.M. VIPIANA, *I procedimenti amministrativi*, Padova, 2012, 48, D. U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, la luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 1912 ss; ID., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata* in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 757 ss.; S.ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione*, Torino, 2005; R.CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione e tutela dell'addiamento*, in *Urb. e app.*, 2003, 566; F.MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni “trenta” all’alternanza”*, Milano, 2001; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento del cittadino tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; V. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, 1998; F. MANGANARO, *Principio di buona fede attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; P.M. Vipiiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione*,

quando essa intervenga su una situazione consolidatasi per effetto di un atto o di un comportamento della p.A. stessa.

Tale principio viene tradizionalmente ricondotto entro la nozione di buona fede in senso oggettivo<sup>86</sup>, nonché nei principi di imparzialità e buon andamento di cui agli artt. 97 e 28 Cost., al principio di solidarietà di cui all'art. 2 ed al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.<sup>87</sup>.

Gli elementi di cui si compone sono tre: in primo luogo, un elemento oggettivo, per cui l'affidamento può essere ritenuto ragionevole nel caso in cui il vantaggio che il privato ottiene derivi da un comportamento attivo, da un atto formale, nonché da un provvedimento efficace e vincolante; un elemento soggettivo, in virtù del quale il privato riceve tutela solo se questi abbia agito con buona fede; ed infine un elemento cronologico, il decorso del tempo, che rende l'affidamento stabile.

Dunque un principio che si sostanzia in una condizione di fiducia generatasi in capo ad un soggetto in conseguenza del protrarsi di una situazione di fatto che si stabilizza e consolida in seguito al protrarsi di un lungo periodo di tempo di una condizione di *apparentia iuris*, cioè di apparenza del diritto<sup>88</sup>.

Il principio di tutela del legittimo affidamento si è progressivamente consolidato nell'ordinamento comunitario e in ciascuno degli Stati membri secondo differenti schemi di giudizio, seppur in mancanza di una espressa previsione normativa, ma per effetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il cui apporto è risultato assolutamente essenziale, atteso che la tutela dell'affidamento non può ritenersi propriamente parte del complesso dei principi comuni a quelli dei Paesi membri ma, piuttosto, è tratta da peculiari esperienze nazionali, come quella tedesca ed olandese<sup>89</sup>.

Proprio l'ordinamento comunitario<sup>90</sup> sta esercitando un'influenza notevolissima sull'applicazione nel nostro ordinamento del principio, *in primis*, per via del processo di contaminazione

---

Milano, 1990.

86 Sul punto F. MERUSI (*L'affidamento del cittadino, op. cit.*), pone in luce la sostanziale differenza tra i concetti di affidamento e di buona fede; l'affidamento infatti rappresenta una applicazione particolare del principio, di matrice romanistica, di buona fede, ed ha il compito precipuo di fornire tutela alle aspettative prodottesi a seguito di una condotta della p.A. o del Legislatore, mentre la buona fede ha dei margini di operatività più ampi, in quanto agisce anche in caso le suddette condotte non abbiano ingenerato alcun affidamento nei destinatari. Inoltre l'Autore si riferisce in particolare alla buona fede in senso oggettivo, ovvero la regola di condotta che deve informare l'operato di ciascuno, e non in senso soggettivo, ossia una condizione psicologica dell'agente di ignoranza e di errore.

87 F. RONCAROLO, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1278 ss..

88 Sul tema M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, op. cit., 58; F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, *Intervento al Convegno tenuto a Palazzo Spada il 24 ottobre 2007*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), sostiene che "l'affidamento legittimo e ragionevole (reasonable) è espressione di un principio che impone al soggetto pubblico che voglia allungare le sua fauci lato sensu ablatorie di tenere nel debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio/bene/utilità conseguito in buona fede dal privato grazie ad un previo chiaro atto della pubblica amministrazione all'uopo diretto; e tanto specie se detto vantaggio si sia consolidato per effetto del decorso di un significativo asso temporale".

89 M. GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2012, 133.

90 B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2007, 1223.

tra gli ordinamenti dei vari Stati membri; di lì poi, il rinvio operato ai principi dell'ordinamento comunitario nell'art. 1 l. n. 241/1990, modificato dalla l. n. 15/2005<sup>91</sup>, ha consentito al suindicato principio di assumere un valore crescente anche nell'ordinamento italiano<sup>92</sup>.

Tale impostazione ben si raccorda con le istituzioni giuridiche dell'ordinamento sovranazionale in cui risulta oramai costituzionalizzato il "*diritto alla buona amministrazione*" tra i diritti connessi alla posizione fondamentale di cittadinanza (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Si tratta dunque di un principio di importanza pregnante, attesa la predominante connotazione etica che ne sta a fondamento, dal momento che "*l'idea di un rapporto tra governanti e governati fondato sulla fiducia fa emergere, innanzi tutto, una legittimazione del potere pubblico che matura, per così dire, nei fatti, e che non solo viene dal basso, ma presenta caratteri più specifici e concreti di quella fondata sulla rappresentanza politica o che comunque - nel caso dell'amministrazione - è a questa riconducibile, prospettando così, in una logica circolare, un arricchimento e una articolazione delle forme di legittimazione*"<sup>93</sup>.

Dunque nel principio di tutela del legittimo affidamento trova riconoscimento la trasposizione generale della garanzia che la funzione amministrativa venga esercitata nel fine ultimo di assicurare un effettivo bilanciamento tra interessi contrapposti, e nel contempo, l'assunzione di una posizione qualificata del cittadino che entri in relazione con la p.A., in quanto titolare di una pretesa autonoma contrapposta a quella dell'amministrazione<sup>94</sup>, che sia fondata appunto sull'affidamento.

La portata fortemente innovativa del principio, nonché la matrice essenzialmente giurisprudenziale dello stesso, hanno generato problematiche applicative di non poco momento, tra cui, in primo luogo, il rapporto con il principio della certezza del diritto<sup>95</sup>, anch'esso a garanzia della stabilità dei rapporti giuridici<sup>96</sup>.

Del pari, non può trascurarsi il fatto che, nonostante il cospicuo numero di pronunce in materia, allo stato risultano ben poche quelle che fondano l'accoglimento del ricorso sul motivo della lesione del legittimo affidamento. Dunque, pur essendo un principio dalla portata fortemente rilevante nel panorama giuridico nazionale e comunitario, al contempo esso viene applicato molto raramente, dal momento che i giudici europei tendono

91 La dottrina (M.P.CHITI, *I principi*, in M.A.SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R.GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, 145), si è interrogata circa il tenore di tale rinvio, ritenendo che la peculiarità della formulazione della norma risieda non tanto nel fatto che l'azione amministrativa venga ad essere presieduta da principi già presenti nel diritto amministrativo, quanto nella espressa trasposizione di tali principi nell'ordinamento italiano.

92 A.MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V.CERULLI IRELLI, (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

93 Così M.GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, pag.2.

94 F.TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 844.

95 Nell'ordinamento tedesco, invece, il principio di affidamento è stato identificato come un corollario del principio di certezza del diritto ed un articolazione del principio dello Stato di diritto; in particolare secondo la *Schutzwürdiges Vertrauen*, ossia la concezione soggettiva dell'affidamento, esso può configurarsi come certezza in senso soggettivo e criterio di giustizia individuale, basata sulla fiducia del cittadino circa la stabilità di una determinata situazione; sul tema C. FRAENKEL – HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, il caso tedesco*, Trento, 2008, 18 ss..

96 P.CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di A.Pace*, Napoli, III, 2012.

a negare la sussistenza dei presupposti fondanti nel caso concreto<sup>97</sup>.

Ad ogni modo, in ambito comunitario, la tutela dell'affidamento risiede nell'individuazione e conseguente presa in considerazione dell'interesse del beneficiario di un provvedimento favorevole, che deve essere oggetto di idonea tutela<sup>98</sup>; inoltre è condizionata alla sussistenza di diversi presupposti, che la giurisprudenza stessa si è premurata di individuare in una precisa e puntuale opera di ricostruzione, dei quali raramente, come anticipato, rinviene la presenza, e qualora ciò avvenga, sanziona puntualmente la lesione dell'affidamento<sup>99</sup>.

In modo particolare, il sindacato dei giudici comunitari verte essenzialmente non sulla ponderazione degli interessi contrapposti, quanto sulla effettiva esistenza dei presupposti per la configurabilità di una situazione di legittimo affidamento, effettuando una ricognizione circa la persistenza di un elemento di tipo soggettivo, ovvero la condizione di fiducia di un soggetto destinatario di un atto favorevole circa la stabilità dello stesso, ed un elemento di carattere oggettivo, ossia relativo all'atto che ne sia a fondamento<sup>100</sup>.

A differenza di quanto accade in ambito comunitario, nonché nella giurisprudenza costituzionale, incline ad identificare l'affidamento con un elemento essenziale dello stato di diritto, fortemente correlato al principio di certezza<sup>101</sup>, sia la dottrina quanto la giurisprudenza nazionali, tendono a ricondurre il principio della tutela del legittimo affidamento a quello di buona fede, posto a garanzia delle aspettative circa la stabilità di una condotta, o di un atto emanato dalla p.A., in caso dal suo ritiro possa discendere un pregiudizio in favore dei soggetti interessati.

Ne deriva l'esigenza di garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici in capo ad un determinato soggetto, la quale consente la deroga alla regola di diritto positivo qualora la sua applicazione possa determinare conseguenze irragionevoli in conseguenza di un comportamento tenuto dall'autorità preposta in una determinata fattispecie.

Il pregnante contenuto valoriale del già citato art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (sul diritto ad una buona amministrazione), quale sintesi di equità e giustizia sostanziale (di cui sono derivazione anche i principi di proporzionalità e di precauzione), riveste una indubbia funzione di integrazione e interpretazione delle norme vigenti, imponendo di prendere in rinnovata considerazione la formulazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere; in particolare, consente di ricondurre la buona fede tra gli obblighi di comportamento dell'amministrazione esigibili dal privato, la cui pretesa a non veder frustrata l'aspettativa suscitata dall'altrui comportamento non va, tuttavia, disgiunta dalla buona fede di chi fa valere tale pretesa<sup>102</sup>.

97 M.GIGANTE, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, op.cit., 133.

98 M.GIGANTE, *Il principio*, cit., 136.

99 Corte giust. U.E. 5 giugno 2001, T-6/1999, *Esf Elbe c. Commissione*; Id., 24 novembre 1987, C-223/85, *RSV c. Commissione*; 26 febbraio 1987, C-15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Commissione*.

100 M.GIGANTE, *Il principio*, cit., 137.

101 Cfr. Corte cost. 28 marzo 2008, n. 74, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

102 Così testualmente si esprime il T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11.5.2010, n. 1455, in *Foro amm.-T.A.R.* 2010, 1601.

L'impostazione ormai tradizionalmente acquisita dalla giurisprudenza amministrativa assume che le fattispecie di illecito edilizio traggano origine dalla condotta di un soggetto contraria alle prescrizioni normative in materia, il quale poi confidi nella mancanza di controlli da parte dell'Amministrazione o nel protrarsi dell'inerzia dell'Ente nell'esercizio dei poteri di vigilanza sugli abusi; in questi casi, a parere del Consiglio di Stato<sup>103</sup>, *“il fattore tempo non agisce ... in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni amministrative pregresse”*.

Come argomentato in precedenza, gli illeciti di natura urbanistica, edilizia e paesistica sono di carattere permanente, atteso che il potere sanzionatorio dell'Amministrazione Pubblica di carattere ripristinatorio può essere esercitato in qualsiasi momento, e per di più senza alcun onere di motivazione in ordine al ritardo commesso, e che la p.A. è chiamata ad intervenire non su un illecito ormai esaurito<sup>104</sup>, ma su di una situazione antigiusuridica che perdura effettivamente sino a quel momento<sup>105</sup>. Dunque, è legittimo chiedersi in quali casi l'affidamento del privato può di fatto ricevere tutela, a fronte di interventi edilizi realizzati in assenza di titolo edilizio o in difformità dalle prescrizioni del titolo stesso e sanzionati a distanza di molto tempo dal momento della realizzazione dell'opera.

Ebbene, ove il privato si sia reso coscientemente responsabile di atti o comportamenti in violazione della normativa urbanistico ed edilizia, presentando delle dichiarazioni non veritiere o con indicazioni progettuali contrarie alle prescrizioni imposte dall'Amministrazione, *“il pubblico interesse, attesa la natura permanente dell'abuso edilizio, assume una valenza del tutto contrastante con la pretesa a conservare l'intervento abusivo, concretizzandosi all'opposto nella finalità di garantire, mediante la misura demolitoria, uno sviluppo ordinato dell'attività edilizia pianificata”*<sup>106</sup>. L'orientamento giurisprudenziale prevalente più volte citato è concorde nel ritenere che *“il potere di applicare misure repressive in materia urbanistica ed edilizia può essere esercitato in ogni tempo, senza necessità, per i relativi provvedimenti, di alcuna specifica motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico a disporre una demolizione”*<sup>107</sup>.

Di converso, il privato può ricevere tutela qualora questi, sebbene avesse palesato la propria posizione all'Ente, sia stato indotto a ritenere legittimo il proprio operato per effetto di un provvedimento dell'Amministrazione o del silenzio che la stessa abbia tenuto<sup>108</sup>.

Puntuale ed esemplificativa la ricostruzione operata in un recentissimo arresto dai giu-

103 Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 5088, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 10, 2855; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2012, n. 2592, in *Foro -amm.- C.d.S.*, 2012, 1155.

104 T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 febbraio 2010, n. 860.

105 Cons. Stato, Sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2160, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 4, 828.

106 Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5509, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 1983.

107 Cons. Stato, Sez. IV, n. 5509/2009, cit; nel medesimo senso, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 febbraio 2010, n. 860, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

108 Sul punto P. OTRANTO, *Decorso del tempo e tutela della sanzione urbanistica: il Consiglio di Stato arricchisce la casistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 592 ss., assume che è configurabile un affidamento meritevole di tutela alla presenza di alcuni elementi, ovvero il consolidarsi nel tempo di determinate situazioni di fatto, il comportamento delle parti, e soprattutto la condotta inerte della p.A. che abbia ommesso di adottare una misura in maniera tempestiva, sebbene l'illecito perpetrato avrebbe potuto essere conosciuto o conoscibile da parte dell'Ente. A parere dell'Autore, l'assunto dovrebbe valere ancor di più qualora lo stesso destinatario della misura sanzionatoria abbia informato dell'opera abusiva l'Amministrazione, la quale però non ne aveva mai dichiarato l'illegittimità, o quando il privato, confidando nell'inerzia della p.A., faccia uso dell'immobile abusivo per fini commerciali o industriali.

dici amministrativi calabresi<sup>109</sup>, in cui si legge: “quando vi è un titolo che consente la realizzazione di manufatti, il mancato rispetto delle prescrizioni in esso contenute ed il conseguente contrasto con la previsione urbanistica, comporta una perdurante situazione *contra ius*, che consente all’amministrazione di emanare provvedimenti di autotutela o sanzionatori, finalizzati non solo al ripristino della legalità, ma anche ad imporre il rispetto dell’atto di pianificazione o che ha conformato l’area”.

La doverosità dell’attività repressiva degli abusi edilizi da parte dell’Amministrazione incontra però un limite nelle ipotesi in cui l’inerzia dell’Ente che si sia protratta per un considerevole lasso di tempo<sup>110</sup>, e in condizione di conoscibilità effettiva dello stato dei luoghi, abbia determinato di fatto in capo al privato un affidamento circa la irrilevanza dell’abuso (cd. buona fede oggettiva)<sup>111</sup>.

Sono configurabili forme “qualificate” di affidamento del privato al mantenimento dell’opera abusivamente realizzata a fronte di un notevole lasso di tempo rispetto al momento dell’irrogazione della sanzione; l’accertamento delle stesse è però interpretato in maniera fortemente restrittiva dalla giurisprudenza prevalente, che lo subordina alla sussistenza di molteplici presupposti, tra i quali, *in primis*, la prova, in capo al ricorrente, del momento, ragionevolmente certo, di realizzazione del manufatto<sup>112</sup>.

Viene in tale senso affermato che “la mancata dimostrazione del periodo di realizzazione delle opere in questione rende meramente assertiva ed indimostrata la stessa circostanza circa il lungo lasso di tempo intercorso tra la realizzazione e l’intervento sanzionatorio, presupposto dell’affidamento di cui si invoca tutela<sup>113</sup>”.

Ammettendo dunque che vi siano delle ipotesi in cui la sussistenza dell’abuso edilizio fosse conoscibile da parte dell’Amministrazione, ne discende che in questi casi il potere della p.A. di sanzionare gli illeciti edilizi sarebbe equiparabile al potere di annullamento in autotutela ex art. 21-nonies l. n. 241/1990, potere discrezionale sia nell’*an* che nel *quantum*<sup>114</sup>.

109 T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 10 aprile 2015, n. 358, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

110 Sul punto si segnala la pronuncia di T.A.R. Molise, 17 febbraio 2014, n. 114, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), la cui massima recita “E’ illegittimo, per difetto di motivazione, l’ordine di demolizione di un manufatto abusivo in muratura, che sia stato adottato dopo lunghissimo tempo (nella specie, a distanza di circa venti anni) dalla realizzazione dell’abuso, nel caso in cui l’Ente locale abbia omissso di effettuare la comparazione tra l’affidamento ingeneratosi in capo al proprietario dello stesso, in conseguenza della situazione di fatto protrattasi nel tempo e la necessità di sanzionare l’abuso e, quindi, di indicare, all’esito di tale comparazione, le ragioni di pubblico interesse ritenute prevalenti rispetto all’interesse privato”. Ciò anche, si legge nella pronuncia, “con specifico riferimento alla necessità di rispettare il principio di proporzionalità” (tenuto conto che nel caso di specie, per la modestissima entità del manufatto, la demolizione dello stesso avrebbe comportato la interruzione delle attività produttive del titolare, ed in una condizione non idonea a pregiudicare l’interesse pubblico all’ordinato assetto del territorio).

111 Cfr. secondo T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 27 marzo 2015, n. 521, “occorre invece che l’Amministrazione abbia tenuto un qualche comportamento che abbia indotto il privato a credere, sin dal momento della realizzazione dell’opera, che questa fosse legittima: ad esempio la constatazione che opere identiche realizzate nella medesima zona urbanistica erano state in precedenza assentite. Di fronte al mero decorso del tempo quello che matura in capo al privato è, semmai, l’affidamento sul fatto che la Amministrazione non si accorgerà mai dell’abuso e quindi non lo contesterà, che è cosa ben diversa dall’affidamento sulla legittimità dell’opera”.

112 T.A.R. Umbria, 18 agosto 2009, n. 492; Id. , 18 marzo 2008, n.102; Id. ,13 maggio 2013, n.293, tutti in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

113 T.A.R. Umbria, 29 gennaio 2014, n. 66, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

114 Sul tema dell’esperibilità dei poteri di autotutela in materia edilizia, dottrina e giurisprudenza hanno diffusamente argomentato, oscillando tra una tesi che ne individua il fondamento in un potere puramente discrezionale e una

Alla luce di quanto sinora esposto, dal momento che l'Amministrazione è obbligata ad esercitare la propria funzione di vigilanza sugli abusi edilizi e ad adottare le conseguenti misure sanzionatorie, pur ammettendo di conferire tutela alle ipotesi in cui il privato abbia riposto legittimo affidamento incolpevole sulla correttezza del proprio operato, è legittimo chiedersi se il Legislatore possa di fatto consentire che l'incolpevole affidamento di un soggetto circa la conservazione di una situazione di abuso resti di fatto priva di una sanzione ripristinatoria, e dunque impunita<sup>115</sup>.

Orbene, una simile prospettazione finirebbe per collidere con tutte quelle fattispecie in cui la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la illegittimità della condotta inerente della p.A., condannando l'Ente a concludere il procedimento di verifica e repressione dell'abuso entro un termine stabilito, pena la nomina di un commissario *ad acta*<sup>116</sup>.

Il principio dell'affidamento tutela la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, ammettendo la rimozione di una situazione di vantaggio, attribuita ad un privato da un atto amministrativo specifico, soltanto al ricorrere di determinate condizioni, tra cui rientra un intervallo di tempo tale da non ingenerare nel privato la convinzione circa la stabilità del rapporto<sup>117</sup>.

L'affidamento costituisce l'aspettativa di coerenza dell'Amministrazione con il proprio precedente comportamento, la quale è fonte di un obbligo, per l'Amministrazione, di comportarsi secondo buona fede tenendo in adeguata considerazione l'interesse

---

diversa ricostruzione che invece lo identifica con una forma di potere strettamente vincolato.

Secondo il primo orientamento, l'esercizio di tali poteri è espressione della discrezionalità della p.A., per la quale sono necessari elementi ulteriori rispetto alla sola illegittimità dell'atto da ritirare, e dunque non soltanto il ripristino della legalità, quanto piuttosto il porre a fondamento della stessa un interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione del titolo illegittimo ed una comparazione tra il suddetto interesse ed il sacrificio imposto all'interesse del privato.

Di converso, l'orientamento opposto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2007, n. 6252, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) assume che l'interesse ad annullare i titoli illegittimi risiede intrinsecamente nell'interesse al ripristino della legalità violata, una forma di annullamento vincolato, a fronte del quale l'interesse del privato rileva soltanto in casi eccezionali. Sul punto il T.A.R. Sardegna, Sez. II, 29 maggio 2014 n. 386, in *Urb. e app.*, 2014, 1090 e ss., ha statuito letteralmente che "l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia (ora permesso di costruire) non necessita di un'espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse al ritiro, configurandosi questo nell'interesse della collettività al rispetto della disciplina urbanistica"; ciò in quanto, a parere del Tribunale sardo, "la concessione edilizia, rilasciata in violazione delle norme urbanistiche, pregiudica di per sé gli interessi alla cui salvaguardia è preordinata la stessa normativa. Di conseguenza, il contrapposto interesse del titolare della concessione edilizia può avere un limitato rilievo solo qualora sia incolpevole e consolidato, potendo solo in quest'ultimo caso essere posto a raffronto con quello al rispetto della normativa urbanistica (T.A.R. Sardegna, Sez. II, 16.10.2013 n. 651; Cons. Stato, Sez. V, 3.6.2013, n. 3037; Sez. IV, 28.5.2012, n. 3150)". In dottrina il percorso ricostruttivo del potere di autotutela ha seguito un proprio iter, dapprima intorno agli anni '30, in cui lo stesso veniva visto come esercizio di tipo obbligatorio di un potere, cui la p.A. era tenuta nell'esercizio dell'azione amministrativa (V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939). In seguito, intorno agli anni '50, Benvenuti individuava i poteri di autotutela in termini tipicamente discrezionali, in quanto rivolti non al ripristino dell'ordine giuridico violato quanto piuttosto al soddisfacimento di un interesse immediato e concreto dell'amministrazione (cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, *Diritto Amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 542). Il tutto prima dell'avvento di una disciplina normativa specifica sul punto in tema di autotutela, ad opera della l. n. 241/1990, art. 21 *nonies*, a tenore del quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato quando sussistono ragioni di interesse pubblico, per cui l'interesse che può giustificare l'annullamento è diverso dalla illegittimità e pertanto non può consistere in un mero interesse al ripristino della legalità violata (così P.M. VIPIANA, *Invaldità annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, 2007, 84 ss.).

115 F. MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, op. cit., 155.

116 Il riferimento è alle azioni di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., che prevedono un rito speciale per ricevere tutela in caso di inerzia della p.A.

117 Cons. Stato, Sez. IV, 16 aprile 2015, n. 1953, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

dell'amministrato, la cui protezione non si presenta come il prodotto, accessorio, della cura dell'interesse pubblico, ma come l'oggetto di una autonoma pretesa, contrapposta all'interesse dell'Amministrazione.

Pertanto, la verifica circa l'osservanza del principio di buona fede da parte della p.A. non è operata sulla base dei parametri di logicità e ragionevolezza; essa non coincide con quella svolta in termini di eccesso di potere, ma attiene alla puntuale osservanza dei principi di buona fede e correttezza, che si impongono all'Amministrazione nel rapporto con il cittadino<sup>118</sup>.

Qualora l'Amministrazione abbia ingenerato con il proprio comportamento l'erroneo convincimento circa la stabilità della posizione giuridica del privato, è tenuta, *de plano*, a tenere i soggetti coinvolti indenni dalle conseguenze pregiudizievoli di tale situazione.

Tale fattispecie può essere accostata, come anticipato, a quella che si presenta nelle ipotesi in cui, a seguito di ritiro conseguente all'annullamento giurisdizionale o all'esercizio legittimo del potere di autotutela, venga meno un provvedimento attributivo di una situazione di vantaggio, come un permesso di costruire o l'aggiudicazione di una gara d'appalto, su cui il privato abbia fondato il proprio legittimo affidamento. In tali casi, la tutela che il privato può invocare per la perdita della situazione di vantaggio generata dall'atto illegittimo, è quella risarcitoria del danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* per responsabilità da attività legittima della p.A.<sup>119</sup> dinanzi al giudice ordinario<sup>120</sup>.

In questi casi la giurisprudenza non richiede al privato che si ritiene leso un onere probatorio molto gravoso per dimostrare la responsabilità della p.A., potendo egli limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto in ipotesi foriero di danno e dovendosi fare rinvio, al fine della prova dell'elemento soggettivo della responsabilità, alle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727, c.c., mentre incombe sull'Amministrazione il compito di dimostrare di essere incorsa in un errore scusabile<sup>121</sup>.

Dunque ci si chiede se un modello di responsabilità conseguente ad un comportamento

118 Così chiarisce T.A.R. Lombardia, Milano, 11 maggio 2010, n. 1455, cit. .

119 Sul tema la giurisprudenza si è sempre largamente adoperata per individuare ogni possibile sfaccettatura della responsabilità della Pubblica Amministrazione; sul tema cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 aprile 2012, n. 1646; Id., 3 ottobre 2012, n. 4017; Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

120 In argomento, da ultimo, Cass., Sez. un., ord. 22 gennaio 2015, n. 1162, che afferma la giurisdizione ordinaria sulla domanda risarcitoria: "Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di risarcimento del danno determinato dall'annullamento di un permesso di costruire allorché la domanda si basi esclusivamente sulla condotta, asseritamente colpevole per grave negligenza, con la quale il comune ha ingenerato nell'attrice l'affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo ed il conseguente incolpevole convincimento di potere procedere all'edificazione"; nel medesimo senso Cass., Sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, in Riv. giur. edil., 2011, I, rispettivamente 482 e 406 (con commento di R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, *ivi*, 413); Id., 23 marzo 2011, n. 6596, in *Foro it.*, 2011, 9, I, 2387, con commento di A. TRAVI; le ordinanze del 2011 sono commentate anche da M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2011.

121 Cons. Stato, Sez. III, 1 aprile 2015, n. 1717, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

dell'Amministrazione<sup>122</sup> lesivo del legittimo affidamento, possa di fatto attagliarsi anche all'ipotesi in cui un proprietario di opere abusive si veda notificare a notevole distanza di tempo una misura sanzionatoria per un abuso commesso a notevole distanza di tempo dal momento dell'irrogazione della misura, e della cui legittimità questi era stato ragionevolmente indotto a ritenere.

In tale ipotesi, infatti, la posizione di vantaggio in capo al privato è stata generata proprio dalla condotta inerte della p.A., tenuta invece ad esercitare la propria funzione di repressione dell'attività edificatoria illegittima, e si conclude al momento dell'emanazione del legittimo ordine ripristinatorio da parte dell'Ente. L'affidamento legittimo del privato può nascere non solo in conseguenza dell'emanazione di atti e provvedimenti amministrativi, ma anche in conseguenza di una condotta inerte dell'Amministrazione nell'assumere delle determinazioni e nello svolgere delle funzioni doverose *ex lege*<sup>123</sup>.

Se dunque proprio alle Sezioni Unite<sup>124</sup> va il merito di aver chiarito e sensibilmente ampliato il novero della risarcibilità delle ipotesi di responsabilità della pubblica Amministrazione per violazione del *neminem laedere* sino a ricomprendervi sia comportamenti attivi che condotte omissive, stigmatizzando l'azione amministrativa in violazione dei principi costituzionali di buona andamento, imparzialità e correttezza, allora potrebbe, del pari, essere corretto ammettere anche per il privato leso da una misura ripristinatoria disposta a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'abuso una tutela di tipo risarcitorio per lesione del legittimo affidamento alla conservazione di quella situazione<sup>125</sup>.

A parere di chi scrive la soluzione di estendere la tutela risarcitoria anche nei confronti del privato destinatario di un ordine ripristinatorio una volta decorso un arco temporale molto lungo rispetto al momento di realizzazione dell'opera, è di certo la via più diretta

122 Un definitivo riconoscimento dell'autonomia della posizione del legittimo affidamento e della cui conseguente risarcibilità della lesione, si è avuto con le storiche pronunce Cass., Sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6596, 6595 e 6594, secondo cui "viene in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento il cui contenuto certamente non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza".

Attesa l'ampiezza e la complessità del tema, si rimanda ad un più compiuto approfondimento con i contributi di A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1218; C.SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 1749 ss.; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen., 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS.UU., 23 marzo 2011 n. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); L.D'ANGELO, *Le Sezioni Unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?* In *Giust. Civ.* 10/2011, 2321; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss.; A TRAVI, *Annulamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro It.*, 9/2011, 2398; A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. giur.*, n. 28/2011, Vol. 28, 7, 933; R.CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 413 ss.; G. D. COMPORI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, 194.

123 F.MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, *op. cit.*, 157.

124 Cass., Sez. un., 23 marzo 2011, n. 6595, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 3, 445, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 2-3, I, 406 con nota di R.CAPONIGRO e in *Giust. civ.*, 2011, 10, I, 2315 con nota di F. D'ANGELO.

125 Così puntualmente conclude F.MELE, *Inconsumabilità del potere e affidamento legittimo nella repressione degli abusi edilizi*, *op. cit.*, 158.

per assicurare un minimo di garanzia ad un soggetto che legittimamente abbia confidato nel mantenimento dell'opera, soprattutto considerando che l'Amministrazione con il proprio comportamento silente protrattosi nel tempo ha rafforzato la convinzione circa la legittimità dell'intervento.

Va considerato che il rapporto di diritto pubblico, instauratosi tra un privato e la p.A., è intrinsecamente connotato da una posizione impari, per cui il cittadino di fondo sconta il *gap* che lo separa dall'Ente pubblico, intrinsecamente dotato di poteri potenzialmente in grado di incidere unilateralmente sulla sfera del privato; a ciò il Legislatore ha posto riparo ponendo alcuni fondamentali doveri cui la p.A. deve improntare la propria azione, e per la cui violazione la stessa è obbligata a tenere indenne il privato con cui è entrata in contatto.

Se quindi le disfunzioni endemiche della p.A. non devono in alcun modo danneggiare la posizione soggettiva dei privati che con la stessa entrino in relazione, allora, a parere di chi scrive, è ipotizzabile che il cittadino possa invocare la tutela risarcitoria nei confronti della p.A..

Quest'ultima potrà poi rivalersi nei confronti dei dirigenti e funzionari istituzionalmente tenuti a garantire l'esercizio tempestivo del potere di vigilanza e sanzionatorio.

Dunque partendo da una condizione di "inferiorità" intrinseca della posizione del privato, è proprio la p.A. che deve impegnarsi a che le proprie ontologiche disfunzioni interne, la lentezza e la complessità della "macchina burocratica" pubblica non finiscano per ripercuotersi sul cittadino incolpevole.

Ciò che emerge con evidenza è la necessità di realizzare un giusto equilibrio tra regole, giustizia ed economia. Il sistema normativo attuale è molto più complesso ed articolato rispetto a decenni orsono, il che ha complicato gli spazi del giudice e dato rilievo al "diritto vivente" ma con tutti i problemi di prevedibilità e di incertezza che ne derivano. Al legislatore si chiede invece, coerenza sistematica rispetto ad una giungla di leggi statali, regionali provinciali e regolamenti dove si assiste al trionfo dell'eccezione alla regola.

Solo in tal modo si potranno creare le condizioni per una sinergia positiva fondamentale per il funzionamento del sistema economico e del sistema delle regole oltre che a recuperare una capacità di dialogo tra amministrazione e cittadini.