



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Il Commissario Straordinario del Governo per la ricostruzione
nei territori dell'isola di Ischia interessati dagli eventi sismici del 21 agosto 2017

Spett.le Commissario Straordinario
 On. Avv. Giovanni Legnini

Oggetto: provvedimenti di condono edilizio rilasciati dai Comuni sulla base di pareri favorevoli ex art. 32 della legge n. 47 del 1985 acquisiti per silenzio-assenso della Soprintendenza.

La Soprintendenza eccepisce l'improcedibilità o l'inammissibilità delle domande di contributo nel caso di edifici per i quali il Comune abbia rilasciato un condono edilizio fondato su un asserito silenzio-assenso della Soprintendenza medesima sulla domanda di parere ai sensi dell'art. 32 della legge n. 47 del 1985.

Secondo la Soprintendenza, poiché il silenzio-assenso non dovrebbe trovare applicazione in tali fattispecie, il condono edilizio non sarebbe valido e, conseguentemente, l'edificio non godrebbe di uno stato legittimo, con la conseguente impossibilità di esaminare favorevolmente la domanda di contributo.

La più recente giurisprudenza in effetti nega che il silenzio-assenso, neppure nella sua forma speciale, tra pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 17-*bis* inserito nella legge n. 241 del 1990 dall'art. 3 della legge n. 124 del 2015, possa trovare applicazione riguardo al parere dell'autorità preposta alla gestione del vincolo, di cui al citato art. 32 della legge sul condono edilizio del 1985.

Sussiste, dunque, verosimilmente, un vizio di legittimità di tali sanatorie edilizie (condoni) rilasciati dai Comuni sull'asserita, intervenuta formazione del silenzio-assenso della Soprintendenza.

Tuttavia le conclusioni ostative cui perviene la Soprintendenza non sono condivisibili. La tesi ostativa dell'Ufficio di tutela, infatti, postula un insussistente potere della conferenza speciale di servizi di controllo di legittimità degli atti amministrativi pregressi, adottati da altre autorità, e un connesso – altrettanto inconfigurabile – potere di disapplicazione o di annullamento di tali atti, comunque prodotti all'interno della conferenza di servizi dalle parti legittimate o dalle amministrazioni partecipanti.

Nel nostro sistema amministrativo, sin dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo (all. E alla legge n. 2248 del 1965), vige il principio così detto della "equiparazione", in forza del quale l'atto amministrativo illegittimo è annullabile – nelle sedi e nei modi tassativamente previsti e disciplinati dalla legge – ma è efficace, anche se sospettato di invalidità, fino a che uno degli organi competenti non ne abbia sospeso l'efficacia o lo abbia annullato nei modi di legge ("equiparazione" dell'atto illegittimo all'atto legittimo, quanto alla produzione degli effetti). Solo l'atto inesistente, irricognoscibile come tale o radicalmente nullo non produce mai effetti.



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Il Commissario Straordinario del Governo per la ricostruzione
nei territori dell'isola di Ischia interessati dagli eventi sismici del 21 agosto 2017

Il suddetto potere di sospensione e di annullamento spetta, come è noto, esclusivamente all'amministrazione che ha adottato l'atto, in autotutela (si veda, oggi, il Capo IV-*bis* della legge n. 241 del 1990), o al Giudice amministrativo. La disapplicazione è consentita solo al Giudice ordinario (art. 5 legge n. 2248 del 1965 *cit.*).

Di conseguenza, un atto amministrativo della cui legittimità si possa dubitare, non può per ciò solo essere privato di efficacia, finché tale efficacia non sia stata sospesa o rimossa dagli organi suddetti e nei modi strettamente tipizzati dalla legge.

Decorsi i termini brevi di impugnazione dinanzi al Giudice amministrativo (60 e 120 giorni) e decorso il termine di 12 mesi dall'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici per l'eventuale esercizio dei poteri di autotutela dell'amministrazione, l'atto, ancorché illegittimo, diviene inoppugnabile e consolida definitivamente la sua efficacia (effetto così detto di "convalescenza" dell'atto amministrativo).

La conferenza di servizi, modulo procedimentale di semplificazione, accelerazione e migliore concertazione delle decisioni amministrative così dette "pluristrutturate" (che coinvolgono più sub-procedimenti miranti all'acquisizione di pareri e di atti di assenso comunque denominati che condizionano la conclusione positiva del procedimento principale), certamente non ha tra le sue funzioni (e tra i poteri dell'autorità procedente) quello di sospendere e/o di annullare atti divenuti inoppugnabili introdotti in seno alla conferenza dalle parti legittimate o dalle altre amministrazioni partecipanti.

L'unica eccezione a questa regola fondamentale è costituita dai casi, invero residuali, di radicale nullità dell'atto amministrativo invalido, ipotesi nella quale in effetti l'atto non ha mai prodotto effetti. Tale più grave invalidità può in qualsiasi tempo essere accertata, anche nel corso - deve ritenersi - di ulteriori procedimenti nei quali quell'atto debba essere acquisito a presupposto per l'adozione di atti successivi.

I casi di nullità radicale dell'atto amministrativo sono, tuttavia, come detto, del tutto eccezionali, poiché la regola generale nel diritto amministrativo (ciò che costituisce un riflesso applicativo del suindicato principio della equiordinazione) è la conversione (o assorbimento) dei vizi del provvedimento in motivi di impugnazione, in perfetto parallelismo con il diritto processuale, in cui tutti i vizi della sentenza si traducono in motivi di appello o di impugnazione (articolo 161 c.p.c.). La riforma del 2005 della legge n. 241 del 1990 (legge 11 febbraio 2005, n. 15), ha poi "positivizzato" le regole giurisprudenziali in tema di nullità dell'atto amministrativo introducendo l'art. 21-septies (*Nullità del provvedimento*), in base al quale "1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge". In sintesi, si ha nullità (e radicale improduttività degli effetti) dell'atto amministrativo solo quando ci si trovi al cospetto di un atto abnorme, irricognoscibile come tale, promanante da un'autorità del tutto priva di competenza nella materia, oppure ci si trovi dinanzi a un atto privo di una sua parte essenziale (autorità emanante, motivazione, dispositivo, firma).



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Il Commissario Straordinario del Governo per la ricostruzione
nei territori dell'isola di Ischia interessati dagli eventi sismici del 21 agosto 2017

Calando le ora esposte coordinate ermeneutiche nella fattispecie in esame, deve ritenersi che gli atti di sanatoria edilizia (condono) rilasciati dai Comuni e introdotti in conferenza di servizi dalle parti legittimate o dai predetti Comuni, non presentano alcuna delle suddette carenze macroscopiche, poiché promanano dall'autorità competente, contengono tutti gli elementi essenziali, non violano alcun giudicato contrario (con la ovvia precisazione che non costituisce "violazione del giudicato" un asserito contrasto con una linea interpretativa giurisprudenziale di diverso segno) e recano una motivazione che, pur essendo errata, appare non implausibile, ove si consideri il complesso dissidio interpretativo, che ha visto contrasti anche al livello giurisprudenziale e dottrinario, circa l'ambito di applicabilità, in particolare, del nuovo art. 17-*bis* inserito nella legge n. 241 del 1990 dall'art. 3 della legge n. 124 del 2015.

Non è infatti senza rilievo, ai fini della qualificazione del tipo di invalidità che affetta il condono edilizio rilasciato sulla base di un parere dell'organo di tutela asseritamente acquisito per silenzio-assenso, la circostanza che, al tempo dell'adozione di tale provvedimento, non vi era certezza giuridica sull'interpretazione dell'ambito applicativo del ripetuto art. 17-*bis* della legge n. 241 del 1990 e, in particolare, sulla sua applicabilità nella materia paesaggistica, né circa l'applicabilità o meno dell'art. 146 del codice dei beni culturali e del paesaggio per l'acquisizione del parere di cui all'art. 32 della legge n. 47 del 1985, sicché l'errore interpretativo nel quale sarebbe incorso il Comune potrebbe anche essere considerato sotto questo profilo scusabile; esso risulta comunque tale da non poter costituire un caso di radicale nullità dell'atto.

È altresì da evidenziare che, nel caso in esame, nel quale il parere dell'autorità preposta alla gestione del vincolo è stato richiesto, ma non è mai pervenuto (o è pervenuto solo dopo che il Comune aveva già rilasciato la sanatoria, o è comunque intervenuto oltre il termine di legge), si profila un mero vizio procedimentale (consistente nell'erronea interpretazione circa l'applicabilità dell'istituto del silenzio-assenso) e non una carenza assoluta di un presupposto essenziale dell'atto conclusivo del procedimento (come sarebbe accaduto se il parere non fosse stato mai chiesto e non lo si fosse ritenuto acquisito *per silentium*). Inoltre, la tesi, evidentemente sostenuta dalla Soprintendenza – e che trova oggi il conforto dell'opinione prevalente –, della inapplicabilità del silenzio-assenso ex art. 17-*bis* della legge n. 241 del 1990 al parere ex art. 32 della legge n. 47 del 1985, implica la configurazione dell'atto *de quo* come mero parere ex art. 17 della citata legge n. 241 del 1990 e non già (nonostante la sua natura vincolante) come "co-decisione". Anche da questo punto di vista può dunque escludersi che l'erronea supposizione comunale dell'avvenuta acquisizione *per silentium* di tale parere equivalga a una mancanza radicale di un presupposto essenziale per la concessione del condono.

Ci si può infine domandare se, nel caso in cui non siano ancora trascorsi 12 mesi dall'adozione della sanatoria edilizia, la Soprintendenza possa esercitare una sorta di autotutela "ritirando" il suo (preteso) assenso tacito (erroneamente) ritenuto dal Comune e posto a base del condono. In realtà tale ipotesi non appare sostenibile perché l'autotutela è configurabile solo sugli atti provvedimentali finali e non anche sui pareri endoprocedimentali. Quando l'esigenza di riesame o revisione (in auto-annullamento o revoca) ha ad oggetto non già un precedente provvedimento conclusivo, ma un proprio precedente parere o atto di assenso endoprocedimentale (ancorché conclusivo di un sub-procedimento collegato e strumentale), l'amministrazione che lo ha espresso può tutt'al più



Presidenza del Consiglio dei Ministri

Il Commissario Straordinario del Governo per la ricostruzione
nei territori dell'isola di Ischia interessati dagli eventi sismici del 21 agosto 2017

sollecitare, in via collaborativa, l'autorità decidente, che ha la competenza primaria all'adozione dell'atto conclusivo, a rivedere a sua volta il provvedimento emanato, ma non può certo far "cadere" il provvedimento finale, adottato da un'altra autorità, semplicemente ritirando il proprio precedente parere.

In base al citato art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, l'esercizio del potere di autotutela da parte del Comune, ancorché sollecitato dalla posizione espressa dalla Soprintendenza, è e resta discrezionale e non vincolato, e resta subordinato alle stringenti condizioni poste dal predetto articolo della legge generale sul procedimento (oltre al riferito limite temporale, occorre che sussistano "*le ragioni di interesse pubblico . . . tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*", ragioni di interesse pubblico che, per pacifica giurisprudenza, non possono risolversi nell'interesse al mero ripristino della legalità, ma devono dimostrarsi prevalenti rispetto all'interesse del privato a conservare il vantaggio conseguito).

In ogni caso, il parere sfavorevole tardivamente presentato dalla Soprintendenza è da ritenersi inefficace a termini del nuovo comma 8-*bis* inserito nell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 dall'art. 12, comma 1, lett. a), n. 2), del decreto-legge n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120 del 2020 ("*8-bis. Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*").

In conclusione, non si ravvisano ostacoli alla procedibilità delle domande di contributo relative a edifici che hanno conseguito il condono edilizio, anteriormente all'entrata in vigore dell'ordinanza commissariale n. 17 del 2022, sulla base di un asserito silenzio-assenso della locale Soprintendenza.

Naturalmente le conclusioni ora esposte valgono sul piano generale e prescindono dalla disamina dei casi specifici portati all'esame dell'Amministrazione, per i quali le predette conclusioni potranno applicarsi solo a condizione che il parere della Soprintendenza sia stato ritualmente richiesto, il termine di legge sia effettivamente decorso inutilmente, non sia stato interrotto o sospeso da richieste di integrazioni documentali, nonché a condizione che di tali circostanze e della ritenuta applicabilità del silenzio-assenso si sia dato conto nella motivazione del provvedimento di sanatoria.

L'Esperto giuridico

Cons. Paolo Carpentieri