

PAOLO TANDA

*Attività edificatoria realizzata sulla base di concessione
con efficacia sospesa*

Estratto da
RIVISTA PENALE DELL'ECONOMIA
N. 1 - 1991

Edizioni Scientifiche Italiane

Attività edificatoria realizzata sulla base di concessione con efficacia sospesa

di Paolo Tanda

G.i.p. Pretura Napoli, 5 giugno 1990 (ord.).
Est. Esposito, imp. Noto.

Tra i poteri del sindaco non è previsto quello di sospendere l'efficacia di una concessione edilizia precedentemente rilasciata: l'eventuale ordinanza sospensiva deve ritenersi illegittima e quindi va disapplicata.

Conseguentemente non costituisce reato la realizzazione di attività edificatoria posta in essere sulla base di concessione la cui efficacia sia stata sospesa.

(l. 28-2-1985 n. 47, artt. 4 e 20 lett. b).

(*Omissis*).

Le opere edili sequestrate dalla polizia giudiziaria in danno di Noto Antonio furono autorizzate dal competente sindaco di Terzigno con concessione n. 196/1987, la cui efficacia fu sospesa con successiva ordinanza n. 3/1988 emessa dalla stessa autorità amministrativa. In virtù della predetta ordinanza il p.m. chiede il rigetto dell'istanza di dissequestro presentata nell'interesse del Noto, motivando la propria richiesta in esigenze probatorie in relazione all'ipotizzato reato di costruzione senza concessione edilizia. Tale reato viene configurato equiparando alla mancanza della concessione edilizia l'esistenza di una concessione con efficacia sospesa dal sindaco.

La richiesta del p.m. non può essere accolta.

Invero, nel sistema sanzionatorio delineato dalla l. 28 febbraio 1985 n. 47 per il controllo e la repressione degli abusi edilizi, al sindaco va attribuito, in presenza di determinati presupposti normativamente tipizzati, soltanto i seguenti poteri: a) provvedere «alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi» (art. 4 c. 2); b) ordinare «l'immediata sospensione dei lavori» (art. 4 c. 3); c) ingiungere «la demolizione» delle opere abusive; d) emettere «ordinanza di demolizione a spese dei responsabili dell'abuso».

L'ordinanza sindacale sospensiva della efficacia di una concessione edilizia precedentemente rilasciata non può qualificarsi esercizio di nessuno dei sopra indicati poteri sanzionatori, tanto meno può ritenersi espressione del potere di auto-tutela che nel nostro ordinamento è riconosciuto in via generale ad ogni ente pubblico.

L'autotutela, estrinsecandosi nei poteri di annullamento,

di revoca e di sospensione, si risolve in un riesame della legittimità (annullamento) o della opportunità (revoca e sospensione) di atti amministrativi precedentemente emanati. Orbene la sospensione, determinando una temporanea inefficacia dell'atto, si ricollega necessariamente ad un vizio di merito ed è logicamente incompatibile con la nozione di illegittimità. Quest'ultima, essendo per sua natura assoluta, può condurre soltanto all'annullamento e non anche alla mera quiescenza dell'atto amministrativo viziato. Pertanto, la sospensione (il discorso vale per la revoca) implicando un riesame del merito dell'atto amministrativo, resta esclusa nei confronti di quegli atti con la cui emanazione l'organo pubblico esaurisce il proprio potere di amministrazione attiva e dà vita a posizioni soggettive di terzi qualificabili come diritti soggettivi perfetti. Questa situazione si verifica dopo il rilascio della concessione edilizia, in quanto il sindaco non può più esercitare in senso favorevole al privato il potere attribuitogli dalla legge a tutela dell'ordinato sviluppo urbanistico-edilizio del territorio comunale, essendosi con l'esercizio favorevole di tale potere verificata l'espansione del c.d. *ius aedificandi* potenzialmente insito nel diritto di proprietà.

Cosicché il diritto soggettivo perfetto, di cui il privato è titolare dopo il rilascio della concessione edilizia, può essere inciso dal sindaco nell'esercizio del potere di auto-tutela soltanto per motivi di legittimità e non anche per motivi di merito. Conseguentemente il sindaco può annullare una concessione edilizia, sempre che sussista un interesse pubblico concreto ed attuale che non si esaurisce in quello diretto alla mera restaurazione dell'ordine giuridico violato alla caducazione dei vizi di legittimità cui essa è affetta, ma non può né revocarla (in tale senso dispone espressamente la l. 28-1-1977 n. 10) né sospenderla. Invero la sospensione potrebbe essere disposta sia pure a diverso titolo (sanzionatorio o cautelare) solo se al sindaco fosse attribuito questo diverso potere da specifiche norme legislative che mancano nel vigente ordinamento giuridico. Alla luce delle considerazioni sopra-esposte l'ordinanza n. 3/1988 emessa dal sindaco di Terzigno deve essere disapplicata nella fattispecie in esame ai sensi dell'art. 5 l. 20-1-1865 n. 2248 all. E, in quanto non conforme a legge.

Consequentemente svanisce allo stato degli atti la configurabilità del reato ipotizzato dal p.m. (costruzione senza concessione edilizia) in base alla equiparazione della concessione edilizia con efficacia sospesa alla mancanza di concessione edilizia, postulando tale equiparazione la legittimità del provvedimento sospensivo dell'efficacia dell'atto concessorio, che nella fattispecie in esame non sussiste.

Né, infine, dall'esame degli atti, emerge l'ulteriore ipo-

tesi contravvenzionale ipotizzata dal p.m. (prosecuzione dei lavori nonostante l'ordine di sospensione art. 20 lett. b) l. 47/1985) in quanto non risulta che i lavori in esame siano stati sospesi.

Pertanto il sequestro del bene immobile situato in Terzigno al viale Europa eseguito dai CC. il 16-12-1989 deve ritenersi illegittimo, mancando il reato, per le cui esigenze probatorie il sequestro stesso fu convalidato dal p.m.

(*Omissis*).

Con concessione n. 196/1987 il sindaco di Terzigno autorizzava opere edili che in data 6-12-1989 venivano sottoposte a sequestro dalla polizia giudiziaria in quanto lo stesso sindaco con ordinanza n. 3/1988 sospendeva l'efficacia della succitata concessione.

Sull'istanza di dissequestro della parte interessata il giudice per le indagini preliminari, nonostante la contraria richiesta del p.m., disponeva la restituzione dell'immobile all'avente diritto.

Il provvedimento del G.i.p. è ineccepibile sotto il profilo logico-giuridico.

Dall'articolato sistema sanzionatorio previsto dalla l. 28-2-1985 n. 47 non si evince alcun potere sindacale di sospensione di una concessione edilizia precedentemente rilasciata (1), potere che si fonda su una mera revisione nel merito della valutazione già compiuta al momento del rilascio dell'atto concessorio (2).

Diverso è il potere sospensivo che la normativa urbanistica attribuisce al sindaco in funzione sanzionatoria o cautelare: in tali casi il fondamento del potere prescinde del tutto da un riesame nel merito della valutazione fatta al momento dell'emanazione del provvedimento.

Il potere sospensivo riconosciuto al sindaco in funzione cautelare o sanzionatoria si fonda su valutazioni del tutto nuove e diverse che solo in via riflessa e meditata vengono a riverberarsi sugli effetti dell'atto. Tale potere prescinde del tutto da ogni valutazione del contenuto del provvedimento in precedenza emanato: in base ad elementi del tutto nuovi e diversi da quelli che legittimarono il rilascio della conces-

sione edilizia, si colloca in uno stato di quiescenza la situazione giuridica soggettiva resa operativa dall'«effetto espansivo» del provvedimento autorizzatorio, immobilizzando, così, in funzione cautelare o sanzionatoria lo *ius aedificandi*.

In questi casi l'ordinanza sospensiva del sindaco non comporta l'affievolimento o il venir meno della situazione giuridica soggettiva acquisita per effetto della rimozione – operata dall'atto concessorio – dell'ostacolo all'operatività dello *ius aedificandi*: tale situazione giuridica soggettiva viene più semplicemente a trovarsi in uno stato di «inattività forzata» durante il quale il titolare non potrà legittimamente svolgere attività edificatorie.

Pertanto se dal quadro normativo si evince l'esistenza di un potere sospensivo in funzione cautelare o sanzionatoria, lo stesso non può dirsi per il potere di sospensione che presuppone una revisione delle considerazioni di merito fatte al momento del rilascio della concessione.

È evidente quindi che la sospensione cautelare o sanzionatoria non solo non si fonda su una nuova valutazione degli elementi che portarono alla emanazione dell'atto concessorio ma, al contrario, postula l'esistenza di una valida concessione essendo tale tipo di sospensione diretta a tutelare proprio la disciplina posta dal provvedimento concessorio: il potere sospensivo in funzione cautelare o sanzionatoria è volto a tutelare gli effetti del predetto provvedimento nei limiti di tale tutela (3).

Da tali premesse ne consegue che là dove l'attività edificatoria sia conforme

alla disciplina posta dalla concessione e tuttavia questa sia in contrasto con le norme urbanistiche generali, l'atto concessorio sarà illegittimo ed il potere di sospensione non risulterà assolutamente conferente in *subiecta materia*.

L'eliminazione dell'indicato vizio di legittimità potrà aver luogo unicamente attraverso il ricorso al potere di annullamento e non già a quello sospensivo che non può ritenersi – sotto il profilo indicato – attribuito al sindaco.

Del resto l'inesistenza di un potere sospensivo fondato su considerazioni di merito fatte al momento dell'emanazione dell'atto si evince anche dal principio generale della intangibilità della concessione edilizia per vizi di merito nel momento in cui l'atto ha esaurito la funzione per cui è stato emanato: non potrà revocarsi e quindi sospendersi una concessione dopo che il soggetto abbia realizzato l'attività assentita (4).

Del resto dal venir meno del potere di valutazione di merito e dall'effetto espansivo dell'atto concessorio scaturisce la piena operatività del diritto facente capo al privato. Questi, con l'espansione dello *ius aedificandi*, acquisisce un diritto soggettivo perfetto che, dopo il rilascio della concessione, può essere caducato dal sindaco solo per motivi di legittimità e non anche per vizi di merito. Diversamente, «in contrasto col principio di legalità, sarebbe lasciata in balia dell'Amministrazione – cui sono riservate le valutazioni inerenti il caso – la certezza delle posizioni soggettive dei singoli» (5).

Opportunamente, pertanto, il giudi-

ce delle indagini preliminari nel provvedimento che si annota ha ritenuto di disapplicare (6) l'ordinanza n. 3/1988 emessa dal sindaco di Terzigno in quanto illegittima per i motivi innanzi esposti.

Di conseguenza è venuta meno la

(1) Per la scarsa dottrina sul punto cfr. BONAUDI, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908; CATTANEO, *Note intorno al concetto di «sospensione» degli atti amministrativi ad opera di autorità amministrative, in particolare delle licenze edilizie*, Riv. giur. ed. 1962, 3 ss.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 654.

Inoltre, anche se non specificamente sul punto, v. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, 1 ss.; ANDRIOLI, *Sulla sospensione del provvedimento impugnato, disposta dal giudice amministrativo*, Riv. dir. proc. civ. 1942, II, 32 ss.; GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, Napoli, 1948, 3; NIGRO, *Sulla natura giurisdizionale della sospensione da parte del Con-*

figurabilità della contravvenzione urbanistica ipotizzata dal pubblico ministero sulla base della equiparazione tra mancanza di concessione e concessione con efficacia sospesa, attesa l'insussistenza, nel caso di specie, di una legittima ordinanza sospensiva.

siglio di Stato, Foro amm. 1941, I, 2, 276; ROCCO, *Il rimedio della sospensione dell'esecutorietà dell'atto amministrativo dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 515 ss.; ZAPPULLI, *Il provvedimento di sospensione dell'atto amministrativo innanzi al Consiglio di Stato*, Riv. dir. pubbl. 1943, II, 390.

(2) Il potere discrezionale di cui gode la P.A. nel rilascio della concessione edilizia deve essere inquadrato nell'ambito dell'intero procedimento di pianificazione del territorio, di cui essa costituisce semplicemente un profilo attuativo: la pubblica amministrazione in tale contesto vede ridursi progressivamente il proprio margine di discrezionalità via via che si passa, come attra-

Da tali argomentazioni discende la restituzione all'avente diritto dell'immobile illegittimamente sequestrato non sussistendo gli estremi di un reato per le cui esigenze probatorie il sequestro stesso era stato convalidato dal p.m.

verso un imbuto, dalle formule pianificatorie ai loro strumenti attuativi.

(3) CATTANI, *Note intorno al concetto di «sospensione» degli atti amministrativi*, cit., 6.

(4) QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1982, 294.

(5) SANDULLI, *Manuale*, cit., 627.

(6) Trattasi di una tipica ipotesi di disapplicazione *in bonam partem*: su punto cfr. TANDA, *Il potere di disapplicazione del giudice penale, in particolare l'ipotesi di concessione edilizia illegittima*, Riv. giur. ed. 1990, 17 ss.; TANDA, *La disapplicazione da parte del giudice penale di concessione edilizia illegittima*, in questa Riv. 1989 n. 1, 173 ss.