

Studio Legale Mantini e Basile

Prof. Avv. Pierluigi Mantini
Avv. Elisabetta Mariotti
Avv. Costantino Ruscigno

Avv. Francesco Basile
Avv. Adriana Cavaliere
Dott. Alberto Scaravaggi

Ill.mo

**Presidente dell'Ordine degli Architetti
della Provincia di Milano**

Alla c.a. dell'arch. Daniela Volpi

consiglio@ordinearchitetti.mi.it

PARERE LEGALE *PRO-VERITATE*

in merito agli effetti sulle pratiche edilizie comportanti ristrutturazione con demolizione e ricostruzione fuori sagoma della sentenza della Corte Costituzionale del 21 novembre 2011, n. 309, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale degli artt. 27, comma 1, e 103 della L.R. n. 12 del 2005 e dell'art. 22 della legge n. 7/2010.

**** *
**** *
**** *

Con riferimento al quesito sottoposto, si esprimono per le vie brevi le seguenti conclusioni.

1. Con la sentenza 21 novembre 2011, n. 309, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che nel territorio della Regione Lombardia consentiva di comprendere nella tipologia della ristrutturazione edilizia la demolizione e successiva ricostruzione di un edificio senza il rispetto della sagoma originaria.

In estrema sintesi, la decisione della Corte è stata motivata dal contrasto della disciplina regionale con quella statale inserita nel testo unico dell'edilizia, ritenuta norma di principio della materia, che ammette nell'ambito della ristrutturazione edilizia gli interventi di demolizione e ricostruzione ma nel rispetto del volume e della sagoma originari.

A prescindere da ogni valutazione di merito della scelta della Corte, gli effetti giuridici prodotti dalla decisione devono essere attentamente valutati anche alla luce della posizione che sul punto hanno avuto la dottrina e la giurisprudenza.

Andando con ordine, occorre evidenziare innanzitutto che ai sensi dell'art. 136 della Costituzione, “*quando la Corte dichiara la illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”.

Secondo la citata norma, le norme dichiarate incostituzionali vengono espunte dall'ordinamento non potendo trovare più applicazione all'indomani della pubblicazione della decisione, come espressamente previsto dall'art. 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953 (contenente la disciplina sul funzionamento della Corte Costituzionale).

La perdita di efficacia (o disapplicazione) della norma dichiarata incostituzionale comporta che tanto il giudice che ha rimesso la questione di legittimità alla Corte sia gli altri giudici chiamati ad applicare in un giudizio la norma medesima non possano più farlo stante l'intervenuta sentenza di accoglimento.

Tale conseguenza si produce in ragione dell'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte Costituzionale la quale riguarda lo stesso legislatore cui viene imposto di accettare l'immediata cessazione dell'efficacia giuridica della norma illegittima (cfr. sentenze Corte Cost. nn. 73/1983; 88/1966 e 223/1983).

Una volta acclarato che la norma dichiarata incostituzionale non ha più efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, occorre valutare le conseguenze della stessa sui rapporti giuridici già regolati dalla suddetta norma.

Infatti, la sentenza della Corte Costituzionale opera non solo per il futuro ma anche retroattivamente relativamente a tutte le fattispecie ancora pendenti, ossia regolate dalla norma incostituzionale ma i cui effetti non si siano ancora consolidati.

Tale effetto retroattivo opera in quanto le sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale non sono assimilabili alle norme successive che abrogano norme precedenti: in questo caso, la norma abrogata può legittimamente continuare ad applicarsi ai rapporti sorti durante la sua vigenza in forza del principio *tempus regit actum* mentre, nel caso delle sentenze di accoglimento della Corte, l'effetto che si produce è assimilabile all'annullamento che elimina dall'ordinamento giuridico la norma dichiarata incostituzionale.

Sul punto, la stessa Corte Costituzionale ha autorevolmente affermato che *“l’abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera temporale di efficacia, e quindi l’applicabilità, ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo, che coincide, per solito e salvo sia diversamente disposto dalla nuova legge, con l’entrata in vigore de quest’ultima. La declaratoria di illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto, impedisce, invece, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Altro è, infatti, il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, altro l’accertamento della illegittimità costituzionale: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte”*. (Corte Cost. 2 aprile 1970, n. 49).

Acclarato che le sentenze della Corte Costituzionale hanno effetto retroattivo, occorre ora verificare fino a che punto si estenda tale effetto di disapplicazione della norma incostituzionale.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, il punto d’arresto dell’effetto retroattivo della pronuncia della Corte deve essere individuato dai rapporti già regolati in via definitiva dalla norma incostituzionale, quali possono essere quelli oggetto di sentenze passate in giudicato, da atti amministrativi definitivi e che non siano soggetti a sindacato giurisdizionale per la medesima violazione della norma costituzionale, ovvero tutti quei rapporti giuridici per i quali siano già decorsi i termini di prescrizione o decadenza con l’unica eccezione, prevista dall’art. 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953 relativamente a sentenze di condanna penale fondate sulla norma illegittima delle quali cessano sia l’esecuzione che gli effetti penali.

In tal senso è stato affermato che *“la dichiarazione di illegittimità costituzionale ha efficacia invalidante e non abrogativa con conseguenze assimilabili a quelle dell’annullamento, spiegando effetti non soltanto per il futuro ma anche*

retroattivamente in relazione a fatti o a rapporti instauratisi nel periodo in cui la norma incostituzionale era vigente, con esclusione però delle situazioni giuridiche ormai esaurite, non suscettibili cioè di essere rimosse o modificate, quali il giudicato, l'atto amministrativo non più impugnabile, l'operatività della sanzione della decadenza, la preclusione processuale" (Tar Lombardia, sez. Brescia, 21 febbraio 2009, n. 324).

2. Prima di giungere alle conclusioni è però opportuno puntualizzare quando la “pratica edilizia” possa dirsi definitiva al punto da non consentire l’efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità.

Innanzitutto, occorre stabilire se al momento della pubblicazione della pronuncia della Corte Costituzionale la “pratica edilizia” riguardante un intervento di demolizione e ricostruzione fuori sagoma poteva ritenersi definitiva, ossia se il titolo edilizio doveva ritenersi “definitivo” o meno.

Ciò che rileva, infatti, non è l’avvenuto inizio o la conclusione dei lavori ma la circostanza se il titolo per la realizzazione dei lavori fosse o meno definitivo ossia se il procedimento fosse stato effettivamente concluso con il rilascio del provvedimento o con il maturare degli effetti previsti dalla legge.

Se, come esaminato in precedenza, il punto di arresto della forza retroattiva della sentenza dichiarativa dell’incostituzionalità della norma è data dalla definitività dell’atto amministrativo, non occorre prendere in esame se i lavori siano stati eseguiti o se siano ancora in corso perché questi costituiscono l’esecuzione del titolo edilizio.

Semmai, una riflessione deve essere attentamente compiuta distinguendo gli interventi oggetto di un permesso di costruire da quelli oggetto di una denuncia di inizio attività poiché il procedimento, la natura e gli effetti sono differenti tra loro.

Prima di analizzare le due ipotesi è comunque necessario precisare che si sta trattando il caso in cui i titoli edilizi non siano stati oggetto di impugnazione innanzi all’Autorità giurisdizionale poiché, in tale evenienza, l’atto non assumerebbe natura definitiva (essendo *sub judice*) e ove fosse stato contestato il medesimo motivo di

incostituzionalità della norma regionale l'esito del giudizio sarebbe certamente di annullamento.

Per quanto concerne gli interventi edilizi oggetto di un permesso di costruire, è possibile affermare di essere in presenza di un provvedimento definitivo solo quando il provvedimento stesso sia stato effettivamente rilasciato dal Comune al richiedente non essendo sufficiente il semplice preavviso di rilascio il quale assolve finalità differenti.

Dal momento in cui l'atto risulta rilasciato, la pronuncia di incostituzionalità non produce effetti né nei confronti dell'atto né nei confronti dell'attività edilizia svolta o in corso, a meno che non sia stato promosso nei termini ordinari di decadenza un ricorso giurisdizionale.

Per quanto riguarda, invece, gli interventi edilizi oggetto della procedura della DIA, occorre necessariamente premettere che il legislatore ha recentemente risolto, con l'art. 6, comma 1, lett. C, del d.l. n. 138/2011 convertito nella legge n. 148/2011, l'annosa questione sulla impugnabilità diretta o meno della DIA introducendo il comma *6-ter* dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990 (applicabile come noto alla materia edilizia), secondo cui la segnalazione certificata di inizio attività e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 4 del d.lgvo n. 104/2011 (c.p.a.).

Non vi è dubbio che, a differenza del caso precedentemente esaminato, per gli interventi oggetto di una DIA il momento in cui ritenere che la situazione diventi definitiva non dipende dal rilascio di un provvedimento ma dal momento in cui assume certezza il mancato esercizio dei poteri inibitori ordinari.

Infatti, avendo il legislatore chiaramente escluso l'impugnabilità della DIA (trattandosi di atto privato), la fattispecie regolata da tale procedura può ritenersi definitiva soltanto quando sia spirato il termine di impugnazione di 30 giorni dalla presentazione della DIA medesima per la adozione dei provvedimenti amministrativi inibitori con la conseguente piena efficacia del titolo edilizio.

3. Sulla base delle premesse appena esposte, si può tentare di trarre alcune conclusioni con la necessaria avvertenza che permangono comunque difficoltà interpretative in ragione della molteplicità delle casistiche possibili.

Al fine comunque di individuare alcuni punti fermi, si può prudentemente ritenere che non subiscano effetti dalla dichiarazione di incostituzionalità della norma:

a) gli interventi edilizi oggetto di un permesso di costruire o una DIA già conclusi con la fine lavori nei riguardi dei quali non siano pendenti ricorsi innanzi al Giudice amministrativo;

b) gli interventi edilizi oggetto di un permesso di costruire già rilasciato ed efficace (non quindi il semplice preavviso di rilascio) alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale (30 novembre 2011) e ciò indipendentemente dall'inizio o meno dei lavori e sempre che nei riguardi dei quali non siano pendenti ricorsi innanzi al Giudice amministrativo;

c) gli interventi edilizi oggetto della procedura di DIA nel caso in cui alla data di pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale (30 novembre 2011) fosse già decorso il termine di 30 giorni per l'esercizio dei poteri inibitori senza l'esercizio degli stessi da parte del Comune sempre che nei confronti dell'inerzia dell'Amministrazione comunale non siano stati esperiti ricorsi giurisdizionali innanzi al Giudice amministrativo e non vi siano i presupposti per l'esercizio dei poteri di autotutela amministrativa (vedi *infra*).

Con riferimento in particolare a tale ultima ipotesi, rimane da evidenziare la possibilità che il Comune eserciti i poteri di autotutela amministrativa.

Se, relativamente ai terzi, la mancata pendenza di un ricorso giurisdizionale nei confronti dei titoli edilizi preclude la pronuncia giurisdizionale di annullamento, l'Amministrazione comunale può, ove ricorrano i presupposti, esercitare tale potere annullando il permesso di costruire o eliminando gli effetti della DIA.

In ogni caso, è comunque necessario affinché il potere di autotutela venga esercitato legittimamente, il rispetto dei presupposti previsti dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, ossia, oltre all'illegittimità dell'atto (che nel caso di specie sarebbe dato dalla

applicazione della norma dichiarata incostituzionale), la sussistenza di un interesse pubblico prevalente rispetto a quello del privato e la ragionevolezza del termine entro cui disporre l'annullamento rispetto all'adozione dell'atto.

La prevalenza dell'interesse pubblico, in particolare, si manifesta in modo evidente quando l'interesse del privato non si sia ancora consolidato: ciò si verifica quando i lavori non siano stati ancora iniziati o quando gli stessi non abbiano avuto uno sviluppo tale da determinare una ben definita fisionomia del bene da realizzare.

In tal senso, è stato affermato che *“il limite alla retroattività delle pronunce di incostituzionalità di una legge, derivante dai rapporti ormai esauritisi, opera con riferimento alla posizione del privato interessato dagli atti attuativi della norma dichiarata incostituzionale (nel senso che egli non ne può più chiedere l'annullamento ove siano decorsi i termini decadenziali di impugnazione), e non anche con riferimento alla posizione dell'amministrazione, il cui potere di autotutela non è condizionato dal trascorrere del tempo, ma dall'esistenza dei presupposti per il suo esercizio”*.

Mancando i presupposti innanzi esposti, è invece precluso anche all'Amministrazione comunale intervenire sulle “pratiche edilizie” oggetto di procedure o atti definitivi.

4. Per quanto concerne infine il comportamento che il professionista deve tenere, riteniamo che debba essere opportunamente considerata ogni singola fattispecie non essendo necessario procedere ad una generalizzata sospensione dei lavori se non nei casi in cui sia altamente probabile che il titolo edilizio possa essere travolto dagli effetti della Corte costituzionale.

In particolare, possono rientrare in tale categoria le seguenti ipotesi:

- 1) titoli edilizi (DIA o permesso di costruire) rilasciati o formati prima del 30 novembre 2011 ma oggetto di ricorso al TAR, non ancora deciso nel merito, con il quale sia stato sollevato il motivo di contrasto dell'art. 27 della legge regionale n. 12 del 2005, essendo probabile l'accoglimento dello stesso;

- 2) permessi di costruire rilasciati dopo il 30 novembre 2011 o procedure di DIA per le quali, alla stessa data, non erano ancora decorsi i trenta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori e questi non erano stati attivati;
- 3) permessi di costruire rilasciati prima del 30 novembre 2011 o procedure di DIA per le quali, alla stessa data, erano già decorsi i trenta giorni per l'esercizio dei poteri inibitori e questi non erano stati attivati, qualora i lavori non siano stati ancora iniziati o lo siano stati da poco tempo, essendo probabile che il Comune attivi il procedimento di autotutela amministrativa dovendo ritenere ammissibile, in questi casi, la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere.

**** *

Rimanendo a disposizione per quanto opportuno, porgo cordiali saluti.

avv. Francesco Basile

