

All'Adunanza Plenaria i criteri di determinazione della sanzione pecuniaria nel caso di fiscalizzazione dell'abuso edilizio

Nota a Consiglio di Stato, sez. II, 13 luglio 2023, n. 6865.*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I fatti di causa. 3. L'ordinanza di rimessione alla Plenaria. 4. Considerazioni conclusive.specie.

VALERIA VENTURA

ABSTRACT: Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 6865 del 2023 (nonché con le ordinanze n. 6864 e 6863 del 13 luglio 2023), ha rimesso all'Adunanza Plenaria alcune questioni interpretative inerenti la disciplina della c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio. In particolare, l'ordinanza ha chiesto alla Plenaria di chiarire, ai fini della determinazione della giusta sanzione pecuniaria ex art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380 del 2001: i) cosa debba intendersi con l'espressione "data di esecuzione dell'abuso"; ii) se, in mancanza dei decreti ministeriali di determinazione del costo di produzione per la realizzazione degli immobili ex art. 22 della l. n. 392 del 1978, è possibile procedere, al momento di irrogazione della sanzione pecuniaria, all'attualizzazione del costo di costruzione secondo gli indici ISTAT dei valori risultanti dagli ultimi decreti ministeriali (D.M. 30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998), ovvero se l'attualizzazione possa essere quanto meno limitata al momento della scoperta dell'abuso o della sua denuncia (istanza di condono).

ABSTRACT: *The Council of State, with the order n. 6865 del 2023, has referred to the Plenary Session some interpretative issues inherent in the discipline of the fiscalization of building abuse. Particularly, the order asked to clarify, in order to determine the appropriate financial penalty ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001: i) what exactly means the expression "execution date of the abuse"; ii) and also, in the absence of ministerial decrees determining the cost of production for the building's constructions ex art. 22 della l. n. 392 del 1978, if it's possible, at the moment of the imposition of the penalty, to update according to the Istat indices the value resulting from the latest ministerial decrees (D.M. 30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998), or if the update of the value should at least be limited to the moment of the discovery of the abuse or denunciation (application for building amnesty).*

1. Premessa

Il Consiglio di Stato, con l'ordinanza 13 luglio 2023, n. 6865, chiede l'intervento dell'Adunanza Plenaria su un tema – quello della determinazione della sanzione pecuniaria nel caso di c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio di cui all'art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380 del 2001 - di particolare interesse per i Comuni, anche in ragione delle numerose pratiche ad oggi ancora pendenti in tema di condono edilizio, ritenendo trattarsi di questione che, in mancanza di puntuali e significativi precedenti, possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali.

* In Giurisprudenza e Controllo

2. I fatti di causa

L'ordinanza oggetto d'esame origina dall'appello proposto avverso la decisione del T.A.R. per la Lombardia che ha respinto un ricorso proposto avverso il provvedimento con cui il Comune di Bormio ha disposto la c.d. fiscalizzazione dell'abuso ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. n.380/2001.

In particolare, parte ricorrente ha presentato nel 1995 un'istanza di condono edilizio ai sensi dell'art. 39 della l. 724/94 per opere edilizie eseguite abusivamente. L'istanza era stata rigettata dal Comune che aveva, quindi, adottato l'ordinanza di demolizione e rimessione in pristino delle unità immobiliari abusive. A seguito dell'ordinanza di demolizione e messa in pristino, la ricorrente ha, tuttavia, dichiarato che la demolizione delle opere edilizie abusive della sua unità immobiliare avrebbero arrecato pregiudizio alle adiacenti unità immobiliari, legittimamente realizzate, cosicché il Comune ha disposto la c.d. fiscalizzazione dell'illecito, determinando in €. 62.566,58 la sanzione prevista dall'art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380/2001.

Con il ricorso al T.A.R. per la Lombardia, la ricorrente ha chiesto l'annullamento di tale provvedimento sanzionatorio, lamentandone l'illegittimità per "Violazione di legge dell'art. 33 del D.P.R. 380/2001; eccesso di potere per erronea applicazione della norma, travisamento dei fatti".

In effetti, senza contestare né la determinazione della superficie convenzionale, né quella del costo di produzione al momento dell'abuso, la ricorrente si duole esclusivamente dell'attualizzazione di quel costo unitario all'anno 2020, in palese violazione dell'art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380/2001, il cui tenore letterale - a suo avviso - inequivocabilmente fissa il valore del costo di produzione al momento dell'abuso (nel caso di specie al 1993).

Il T.A.R. per la Lombardia, con la sentenza n.362 del 18 marzo 2022, ha respinto le censure, rilevando:

- che l'art. 33 del d.P.R. n. 380/2021 è meno chiaro di quanto appaia, in quanto "se è chiara la scelta del legislatore di rapportare l'entità della sanzione al doppio dell'aumento di valore dell'immobile determinato alla data di ultimazione dei lavori in base ai criteri della legge n. 392/78, meno chiaro è il riferimento sia all'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, sia soprattutto alla necessità dell'aggiornamento alla data dell'esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione".

- che "Se, infatti, la "data di esecuzione" coincidesse puramente e semplicemente con quella di "ultimazione dei lavori" – come sembra sostenere la parte ricorrente – allora non avrebbe alcun senso il riferimento all'aggiornamento secondo l'indice ISTAT. In altri termini, una volta fissato il valore secondo la legge n. 392/1978 al momento dell'ultimazione dei lavori, non si comprenderebbe la necessità di un aggiornamento secondo gli indici ISTAT, per cui la seconda parte della norma suindicata non troverebbe mai attuazione. Al contrario, per evitare di incorrere in una interpretazione sostanzialmente abrogante di parte del comma 2 dell'art. 33, è giocoforza ritenere che la "data di esecuzione dell'abuso", cui è riferito l'aggiornamento, non è quella della mera ultimazione dei lavori, bensì quella in cui l'abuso viene per così dire fiscalizzato, essendo l'abuso edilizio un illecito permanente, che resta in "esecuzione" finché, come nel caso di specie, non viene determinata la sanzione pecuniaria sostitutiva di quella demolitoria nei confronti del responsabile".

Secondo il TAR "Una simile interpretazione, oltre a consentire l'applicazione dell'aggiornamento ISTAT preteso dalla norma di legge, appare corretta anche da un punto di vista sistematico, ponendosi in armonia con la complessiva legislazione che consente la c.d. fiscalizzazione dell'abuso, in caso di impossibilità della riduzione in pristino. Infatti, nell'ulteriore ipotesi dell'art. 34 del Testo Unico, relativo agli interventi

eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, qualora la demolizione non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, l'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione stabilito secondo la legge n. 392/1978 e la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che la fiscalizzazione degli abusi edilizi deve tenere conto dei valori vigenti al momento di presentazione della relativa domanda, per evitare che l'autore dell'abuso possa lucrare sul tempo intercorrente fra la conclusione dei lavori – cui fa seguito il godimento dell'immobile abusivo – e la determinazione della sanzione, considerato sempre che l'illecito edilizio ha carattere permanente, per cui continua nel tempo fino al ripristino della situazione originaria oppure sino al verificarsi degli altri casi di cessazione espressamente previsti dall'ordinamento (cfr. sul punto TAR Piemonte, Sezione II, sentenza n. 44/2019 e la sentenza di questa Sezione n. 568/2018). Sempre con riguardo all'art. 34 succitato, lo stesso attiene a condotte (difformità parziale dal titolo edilizio) oggettivamente meno gravi di quelle dell'art. 33 (difformità totale o assenza di titolo) per cui sarebbe paradossale che la sanzione pecuniaria per il caso dell'art. 33 fosse più lieve di quella invece prevista per la fattispecie dell'art. 34. Sempre con riguardo all'art. 33 comma 2, per i casi di abusi su immobili ad uso diverso da quello abitativo (si veda l'ultimo periodo del comma 2) è prevista una sanzione pari al doppio dell'aumento del valore venale, determinato dall'Agenzia del territorio e non si tratta certo del valore venale al momento di completamento dei lavori bensì di quello al momento della domanda di fiscalizzazione, sempre per evitare che il responsabile tragga un vantaggio ingiustificato dal decorso del tempo, durante il quale ha comunque goduto del bene ancorché.

A completamento del proprio convincimento, il Tribunale ha aggiunto, da un lato, che “Del resto, anche per la differente ipotesi del condono edilizio ed in particolare per quello di cui al DL n. 269/2003 convertito con legge n. 326/2003 (c.d. terzo condono), la legislazione lombarda in materia ha previsto che gli oneri di urbanizzazione ed il costo di costruzione da corrispondersi in caso di accoglimento dell'istanza di condono siano determinati non con riferimento al momento di deposito dell'istanza stessa ma a quello del rilascio del titolo in sanatoria, ancorché ciò avvenga diversi anni dopo (così l'art. 4 comma 6 della legge regionale della Lombardia n. 31/2004) e questo per aggiornare gli importi del contributo concessorio all'atto del perfezionamento del procedimento di sanatoria (cfr. sul punto la sentenza di questa Sezione n. 7221/2010)” e, dall'altro, che “L'art. 33 comma 2 del vigente Testo Unico ricalca la disposizione dell'abrogato art. 9 della legge n. 47/1985, la quale però non conteneva alcun riferimento all'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale ed aggiornato sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione. L'inserimento nel testo dell'art. 33 comma 2 di tale novità si spiega con la circostanza che la legge n. 392/1978 è stata in parte abrogata dalla legge n. 431/1998, che ha espunto dall'ordinamento le norme (in particolare gli articoli 12 - 26) sulla fissazione ex lege del canone per le locazioni abitative (c.d. equo canone), fra cui quella dell'art. 22 della legge del 1978, che prevedeva l'adozione annuale di decreti ministeriali recanti il costo base di produzione al metro quadrato. L'emanazione di tali decreti consentiva l'adeguamento periodico del costo di produzione, con conseguenti effetti automatici nella fissazione della sanzione secondo il citato art. 9. Per effetto dell'abrogazione dell'art. 22, però, tale adeguamento automatico è venuto meno, per cui l'aggiornamento del testo dell'art. 33 rispetto a quello dell'art. 9 vale a garantire che la misura della sanzione pecuniaria non sia ancorata al momento di conclusione dei lavori abusivi bensì sia aggiornata mediante l'applicazione dell'indice ISTAT. In caso contrario, giova ancora ricordarlo, il responsabile dell'abuso o il suo avente causa finirebbero per lucrare ingiustificatamente sul decorso del tempo intercorrente dalla realizzazione dell'abuso”.

Avverso la sentenza di primo grado la parte appellante ha formulato un unico

articolato motivo di gravame, rubricato “Erroneità della sentenza appellata per violazione del canone di stretta interpretazione della norma e per travisamento e falsa applicazione della prescrizione normativa di cui all’art. 33 del d.P.R. 380/2001”, con cui ha riproposto in sostanza il motivo di censura sollevato in primo grado.

In particolare, l’appellante ha contestato l’interpretazione della norma offerta dal Tribunale insistendo sul suo chiaro tenore letterale della stessa che non ammetterebbe alcuna attualizzazione del valore immobiliare al momento della richiesta di fiscalizzazione, fissando il valore dell’immobile esclusivamente al momento dell’esecuzione dell’abuso.

In definitiva, secondo l’appellante, se il legislatore avesse voluto ancorare l’attualizzazione dell’ammontare della sanzione al momento della richiesta di fiscalizzazione avrebbe dovuto prevederlo espressamente, così come espressamente ha fissato il momento della determinazione del valore “alla data di esecuzione dell’abuso”, e soprattutto non avrebbe diversificato la disciplina delle fattispecie di cui agli artt. 33 e 34 d.P.R. 380/2001.

3. L’ordinanza di rimessione alla Plenaria.

L’ordinanza muove dall’analisi dell’istituto della c.d. fiscalizzazione dell’abuso edilizio ed, in particolare, dalla disamina dell’art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380 del 2001 (rubricato “Interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità”) il quale dispone che “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, determinato, con riferimento alla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri previsti dalla legge 27 luglio 1978, n. 392, e con riferimento all’ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell’abuso, sulla base dell’indice ISTAT del costo di costruzione, con la esclusione, per i comuni non tenuti all’applicazione della legge medesima, del parametro relativo all’ubicazione e con l’equiparazione alla categoria A/1 delle categorie non comprese nell’articolo 16 della medesima legge. Per gli edifici adibiti ad uso diverso da quello di abitazione la sanzione è pari al doppio dell’aumento del valore venale dell’immobile, determinato a cura dell’agenzia del territorio”.

La fiscalizzazione dell’abuso rappresenta, quindi, una sanzione derogatoria rispetto a quella primaria della rimozione o della demolizione, ammessa eccezionalmente (nella fase esecutiva della sanzione ripristinatoria) quando emergano obiettive difficoltà tecniche di esecuzione⁽¹⁾.

Chiarisce il Consiglio di Stato che la ratio della deroga va ricercata nell’intento del legislatore di salvaguardare lo status esistente al momento della rimozione o della demolizione, ogniqualvolta il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile, per il pregiudizio che potrebbe derivarne a quanto legittimamente edificato.

Ciò, tuttavia, non si traduce nell’abdicazione del potere sanzionatorio, trasformando piuttosto la misura reale in misura pecuniaria ed assegnando a quest’ultima la stessa identica funzione risarcitoria della collettività, offesa dall’abuso edilizio.

In una tale prospettiva si inserisce la previsione contenuta nel citato comma 2 dell’art. 33 del d.P.R. n.380/2001, il quale ai fini della determinazione della sanzione pecuniaria (pari al doppio dell’aumento di valore dell’immobile conseguente alla

¹ ex multis, Cons. Stato, se. II, 27 novembre 2019, n. 8100; sez. VI, 8 gennaio 2023, n. 2423; 28 marzo 2022, n. 2273; 10 gennaio 2020, n. 254; 21 novembre 2016, n. 4856.

realizzazione delle opere) fissa due riferimenti temporali: il primo costituito dalla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri della legge 27 luglio 1978, n. 392; il secondo rappresentato dall'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso dell'indice ISTAT del costo di costruzione.

Dalla combinazione dei due menzionati riferimenti, afferma il Consiglio di Stato, si ricava la giusta quantificazione della sanzione pecuniaria sostitutiva di quella ripristinatoria, idonea a contemperare l'interesse punitivo dell'amministrazione, per il vulnus inferto con l'abuso edilizio, e quello del privato a non vedersi imporre un ripristino materialmente impossibile senza compromissione di ulteriori beni, anch'essi ugualmente da tutelare.

Ciò chiarito in ordine alla struttura, ratio e finalità della norma, ritiene il giudice di secondo grado che dubbi, tuttavia, emergono dalla sua applicazione in concreto, sia quanto alle modalità di individuazione "dell'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato dalla data di esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di produzione", sia con riferimento al giusto significato da attribuire all'espressione "alla data di esecuzione dell'abuso".

Con riguardo alla individuazione dell'"ultimo costo di produzione" rileva, innanzitutto, il Consiglio di Stato che è intervenuta l'abrogazione ad opera dell'art. 14 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, dell'art. 22 della legge 27 luglio 1978, n. 392, con conseguente venir meno dei decreti ministeriali annuali di determinazione del costo base di produzione per la realizzazione degli immobili adibiti ad uso di abitazione: l'ultimo decreto emanato è quello del 18 dicembre 1998.

Ne consegue, secondo quanto sostenuto dall'appellante, che mancando gli ulteriori decreti ministeriali, il momento da considerare per stabilire il valore dell'immobile resterebbe fissato definitivamente alla data dell'ultimazione dell'abuso (1993) o tutt'al più alla data dell'ultimo aggiornamento (D.M. del 18 dicembre 1998).

Osserva, però, la Sezione che l'accoglimento di detta tesi determinerebbe un vulnus significativo alla ratio e alla finalità perseguite dall'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001 in quanto la sanzione pecuniaria così determinata assicurerebbe un evidente vantaggio ingiusto a chi ha commesso l'abuso edilizio, non garantendo né l'effettività della pretesa punitiva, né il giusto risarcimento alla comunità danneggiata dall'abuso.

Quanto al secondo profilo, osserva il Consiglio di Stato, che anche l'espressione "momento dell'esecuzione dell'abuso" è meno inequivoca di quanto sembri; essa sconta almeno due problematiche: quella della natura permanente dell'illecito edilizio (cui si collega il potere dell'amministrazione di perseguirlo senza alcun termine di prescrizione) e di conseguenza quella della individuazione del momento in cui si verifica l'esecuzione dell'abuso, cui è ragionevole rapportare l'aumento di valore dell'immobile, così da rendere effettiva la sanzione pecuniaria sostitutiva della sanzione reale,

Sotto tale profilo, ad avviso della Sezione, occorrerebbe aversi riguardo, proprio in ragione della natura permanente dell'illecito edilizio, quanto meno al momento della scoperta o dell'accertamento dell'illecito, da parte dei competenti uffici pubblici o dalla parte dello stesso responsabile dell'abuso nel caso di richiesta di condono ovvero ancora, secondo la tesi sostenuta nel caso di specie dall'amministrazione, al momento di irrogazione della sanzione.

Ed invero, osserva la Sezione, che le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado non risultano *prima facie* irragionevoli, in quanto improntate ad un intento di giustizia sostanziale per evitare che, attraverso la c.d. fiscalizzazione dell'illecito edilizio, il cittadino, resosi colpevole dell'illecito non sanabile, possa avvantaggiarsi per l'impossibilità della demolizione attraverso l'imposizione di una sanzione pecuniaria del tutto inadeguata e priva di effettività sotto il profilo risarcitorio nei confronti

della collettività offesa dall'abuso edilizio. A tanto si giunge, anche in mancanza del decreto ministeriale annuale di adeguamento ISTAT, attraverso l'attualizzazione del valore dell'immobile calcolato con riferimento all'anno di costruzione ovvero alla data dell'ultimo decreto ministeriale all'anno di irrogazione della sanzione.

Per altro verso, il Consiglio di Stato riconosce che, come sostenuto dall'appellante, il dato testuale dell'art. 33, comma secondo, del d.P.R. n. 380 del 2001 appare escludere la possibilità dell'attualizzazione dell'aggiornamento ISTAT dei costi di produzione risultante dall'ultimo decreto ministeriale. Così come non può, peraltro, escludersi che, come nella fattispecie esaminata, l'anno di realizzazione delle opere (1993) possa anche coincidere con quello della materiale esecuzione dell'abuso e, cioè, della presentazione della domanda di condono.

Si tratta, tuttavia, di profili in relazione ai quali non è stato rinvenuto alcun puntuale e significativo precedente giurisprudenziale e per tale ragione la Sezione ritiene di dover rimettere l'affare alla Adunanza Plenaria, formulando i seguenti quesiti:

“- se con l'espressione “data di esecuzione dell'abuso”, di cui all'art. 33, comma 2, debba intendersi il momento di completamento dell'abuso ovvero in cui l'abuso è stato accertato dai competenti uffici pubblici ovvero sia stato denunciato dall'interessato a mezzo della richiesta di un condono o ancora quello di irrogazione della sanzione pecuniaria o demolitoria, intendendosi cioè l'espressione come momento di cessazione dell'abuso;

-se, in mancanza dei decreti ministeriali di determinazione del costo di produzione per la realizzazione degli immobili ex art. 22 della l. n. 392 del 1078), ai fini della determinazione della giusta sanzione pecuniaria ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa procedersi all'attualizzazione, secondo gli indici ISTAT, al momento di irrogazione della sanzione pecuniaria dei valori risultanti dagli ultimi decreti ministeriali (30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998) ovvero se ancora l'attualizzazione possa essere quanto meno limitata al momento della scoperta dell'abuso o della sua denuncia (istanza di condono).”

4. Considerazioni conclusive.

Come anticipato in premessa, le questioni deferite alla Plenaria dall'ordinanza in commento rivestono particolare interesse per gli enti comunali, i quali nello svolgimento dell'attività di quantificazione della sanzione pecuniaria, nel caso di fiscalizzazione dell'abuso, devono poter fare riferimento a criteri di determinazione che siano chiari ed univoci. Criteri i quali, in ogni caso, come in più occasioni evidenziato dalla giurisprudenza, non possono di certo prescindere dal dare attuazione alla esigenza di giustizia sostanziale sottesa alla normativa in questione e che devono, pertanto, condurre ad una determinazione che sia rispettosa del principio di effettività della sanzione e che tenda a far restituire dal trasgressore alla collettività offesa dall'abuso l'indebita utilità realizzata.

* * * * *

Massime:

Sono rimessi all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti: se con l'espressione “data di esecuzione dell'abuso”, di cui all'art. 33, comma 2, debba intendersi il momento di completamento dell'abuso ovvero in cui l'abuso è stato accertato dai competenti uffici pubblici ovvero sia stato denunciato dall'interessato a mezzo della richiesta di un condono o ancora quello di irrogazione della sanzione pecuniaria o demolitoria, intendendosi cioè l'espressione come momento di cessazione dell'abuso; se, in mancanza

dei decreti ministeriali di determinazione del costo di produzione per la realizzazione degli immobili ex art. 22 della l. n. 392 del 1078), ai fini della determinazione della giusta sanzione pecuniaria ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa procedersi all'attualizzazione, secondo gli indici ISTAT, al momento di irrogazione della sanzione pecuniaria dei valori risultanti dagli ultimi decreti ministeriali (30 gennaio 1997 e 18 dicembre 1998) ovvero se ancora l'attualizzazione possa essere quanto meno limitata al momento della scoperta dell'abuso o della sua denuncia (istanza di condono).