

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio n. 2617**

## **Abuso edilizio su bene vincolato - Momento di creazione del vincolo**

*Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 10 novembre 1999*

### **1. Il problema**

Può accadere che allorché si costruisca abusivamente un manufatto, sull'area non esista alcun vincolo *ex art.* 32 della legge 47 del 1985 sul condono edilizio ma che tale vincolo sorga successivamente. Si tratta di sapere quale sia la sorte di questo vincolo successivo all'abuso: influisce esso sul procedimento in corso di concessione in sanatoria, oppure non se ne deve tener conto? L'abuso commesso quando il vincolo era inesistente, insomma, deve essere sanato senza tener conto del vincolo imposto successivamente, oppure il procedimento di sanatoria resta comunque, ai fini della sua definizione, condizionato dal sub-procedimento attinente al parere sul vincolo sopravvenuto?

Questi dubbi avevano dato luogo a divergenti opinioni in seno a sezioni distinte del Consiglio di Stato, il che aveva costretto il supremo giudice amministrativo ad occuparsi del problema in sede di adunanza plenaria, pervenendo alle seguenti conclusioni (Cons. Stato, Ad. plenario, 22 luglio 1999, n. 20, in Cons. Stato, 1999, pag. 1080): «l'obbligo di pronuncia da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo sussiste in relazione alla esistenza del vincolo al momento in cui deve essere valutata la domanda di sanatoria, a prescindere dall'epoca dell'introduzione del vincolo».

Nella sostanza il Consiglio di Stato, con questa decisione, che ha una sua autorevolezza trattandosi di pronuncia emessa in adunanza plenaria, ha ritenuto che nel procedimento di sanatoria per abuso edilizio occorre tener conto dell'esistenza o meno del vincolo nel momento in cui l'autorità preposta alla tutela del vincolo sta per emettere il proprio parere, altrimenti qualificato come nullaosta amministrativo; non si tiene cioè conto né del momento in cui l'abuso è stato commesso; né del momento in cui è presentata domanda di condono.

Su questo problema in una precedente circolare il Consiglio nazionale del notariato (*Consiglio nazionale del notariato, Condono edilizio e commerciabilità dell'edificio abusivo dopo la legge collegata alla finanziaria 1997*, Circolare 3 febbraio 1997, riprodotta in *Consiglio nazionale del notariato, Condono edilizio. Circolari, studi e riflessioni del Notariato*, Milano, 1999, pag. 87) era giunto alla stessa conclusione del Consiglio di Stato, affermando quanto segue: in linea di principio l'esistenza del vincolo rileva nel momento in cui occorre definire il procedimento di condono, perché è quello il momento nel quale l'autorità preposta al vincolo deve esprimersi ed è quello il momento nel quale il provvedimento di sanatoria deve tener conto del nullaosta amministrativo nel quale si sostanzia detto parere. Fa eccezione, si era poi specificato in detta occasione, la norma sui parchi, perché essa prevede che si tenga conto dei parchi nazionali e regionali «qualora istituiti prima dell'abuso»; per il vincolo attinente ai parchi, insomma, sulla base del chiaro testo legislativo, l'abuso commesso prima dell'istituzione del parco non subisce alcun ritardo a motivo dei vincoli dipendenti dall'istituzione del parco.

Peraltro il problema del rapporto tra il momento dell'abuso edilizio e il momento in cui sorge il vincolo previsto dall'art. 32 della legge 47 del 1985 non aveva costituito oggetto di approfondita disamina.

La recente decisione del Consiglio di Stato in adunanza plenaria rende il problema di attualità, non solo per la soluzione del problema in sé, ma anche perché è stato sollevato il seguente dubbio: poiché il Consiglio di Stato ha fondato la sua conclusione su argomenti di carattere sostanziale, coinvolgendo soprattutto gli interessi fortemente protetti dalla legislazione sui vincoli, può desumersene che sia cambiato qualcosa anche sull'interpretazione da dare a quella parte della norma sui vincoli che si riferisce ai parchi, norma ove è detto espressamente che il vincolo derivante dai parchi sorge soltanto nel momento in cui il parco viene istituito? L'approccio sistematico sviluppato dal Consiglio di Stato per la soluzione del problema ha messo cioè in allarme perché ha fatto sorgere il dubbio che le argomentazioni del giudice amministrativo potessero coinvolgere, malgrado il chiaro tenore letterale, anche la norma contenuta nell'art. 32, 3° comma della legge 47 del 1985 (ove è detto espressamente che occorre il nullaosta per il rilascio della concessione edilizia in sanatoria per opere eseguite su immobili in relazione a vincoli dei parchi nazionali o regionali «qualora istituiti prima dell'abuso»).

La decisione del Consiglio di Stato e i dubbi che essa ha provocato impongono di riprendere in esame l'intero problema e di approfondirne le implicazioni.

## **2. Rapporto tra vincolo e concessione edilizia**

Il problema prospettato coinvolge il problema più ampio dell'incidenza dei vincoli sul procedimento di concessione edilizia.

L'esistenza del vincolo condiziona sempre il provvedimento di concessione edilizia, sia iniziale che in sanatoria, nel senso che la mancanza di parere, oppure il parere negativo sul vincolo, impedisce al Comune di rilasciare la concessione edilizia traducendosi in difetto, secondo un'opinione nel vizio di annullabilità della concessione edilizia, secondo un'altra opinione nel vizio d'inefficacia di essa <sup>1</sup>.

In dottrina e in giurisprudenza si discute sul problema dell'impugnabilità autonoma del parere sul vincolo e si propende per l'affermativa, soprattutto nei casi in cui la concessione edilizia sia emessa senza attendere l'esito del parere e questo sia emanato successivamente con contenuto negativo.

La giurisprudenza amministrativa sembra propendere per l'inefficacia dell'atto di concessione edilizia emesso senza parere sul vincolo, ma ammette che il provvedimento concessorio possa anticipare il parere, fermo restando che il parere sopravvenuto darà *ex nunc* efficacia alla precedente concessione <sup>2</sup>. Ciò significa che una concessione edilizia priva del parere, pur completa nei propri elementi strutturali realizza un atto valido e legittimo, ma inefficace fino al momento in cui interverrà il parere (è questa del resto, anche l'opinione della Cassazione <sup>3</sup>).

A stretto rigore, pertanto, se la concessione edilizia è inefficace perché priva di parere favorevole sul vincolo, essa non potrebbe legittimare né l'inizio della costruzione, né la conclusione del procedimento di condono (sulla base del criterio di una relativa piena corrispondenza tra concessione edilizia iniziale e concessione in sanatoria).

Ma se tutto ciò coinvolge il bene nella sua oggettività, con riferimento alla regolarità urbanistica, non vale certamente per la commerciabilità del bene stesso, per la quale il legislatore ha ritenuto di intervenire, limitandola appunto al solo abuso edilizio e segnatamente allo stretto spazio temporale tra il momento della domanda di condono e quello della conclusione del procedimento di condono per silenzio assenso.

Basta considerare le seguenti norme.

L'art. 17 della legge 47 del 1985, che disciplina la commerciabilità del bene non abusivo, cioè assentito regolarmente prima della costruzione (o eccezionalmente sanato *ex art. 13*, ritenuta una sorta di sanatoria a regime), non menziona asso-

---

<sup>1</sup> V. per tutti MIGLIARESE, *Nullaosta amministrativo*, in *Enc. giuridica*, Roma, 1990, pag. 3.

<sup>2</sup> Cfr. Cons. Stato 30 ottobre 1979, n. 670, in *Cons. Stato*, 1979, I, 1414, il quale afferma espressamente: «le licenze edilizie, all'origine irregolari» sono state «regolarizzate con il sopravvenire del nullaosta, ma gli effetti di tale regolarizzazione non risalgono al giorno del rilascio ma alla data in cui il nullaosta viene adottato».

<sup>3</sup> Cfr. Cass. 28 ottobre 1980, n. 5631, in *Cons. Stato*, 1981, II, 24.

lutamente i vincoli, dal che si desume che se il bene è stato assentito l'interessato, ai fini della sua negoziabilità, si limiterà ad indicare gli estremi dell'intervenuta concessione edilizia.

L'art. 2, 58° comma della legge 662 del 1996, che disciplina la commerciabilità attuale del bene abusivo, menziona invece il vincolo, sotto un duplice riflesso: se il procedimento di sanatoria è ancora *in itinere*, basta indicare l'attestazione dell'avvenuta richiesta di parere sul vincolo; se il procedimento di sanatoria si è concluso per silenzio assenso, come elemento costitutivo del silenzio assenso occorre indicare anche dichiarazione dell'autorità preposta alla tutela del vincolo.

Pertanto, ed in sintesi, allorquando si disponga di una concessione edilizia formale (sia iniziale che in sanatoria) il vincolo non ha alcuna influenza sulla validità dell'atto negoziale posto in essere, poiché nessuna norma impone di tenerne conto a pena di nullità, allorquando si dispone negozialmente del bene.

Diverso è il discorso se, a condono edilizio instaurato, questo non si sia concluso ancora con una concessione formale in sanatoria, oppure si tratti di stabilire se si sia formato il silenzio assenso. Ed è evidente che il problema qui sollevato, se occorra o meno tener conto del momento in cui insorge il vincolo, vale soltanto in queste limitate ipotesi <sup>4</sup>.

### **3. Momento del vincolo e concessione in sanatoria**

Nell'ipotesi che il vincolo sia sorto prima del momento in cui è stato realizzato l'abuso edilizio nessuno dubita che esso vincola incida pienamente sul procedimento di sanatoria, con tutte le implicazioni che lo riguardano.

Il dubbio sorge soltanto per l'abuso commesso in un momento in cui il vincolo non era ancora sorto e qui si prospettano due possibilità:

a) vincolo sorto dopo l'emissione del provvedimento concessorio o dopo il formarsi del silenzio-assenso;

b) vincolo sorto prima dell'emissione del provvedimento concessorio o prima del formarsi del silenzio-assenso.

La fattispecie sub a) non pone particolari problemi, perché ai nostri fini quello che conta è l'influenza del vincolo ai fini della commerciabilità e si è visto più sopra che la rilevanza del vincolo vale solo nella fase in cui il procedimento di sanatoria è ancora *in fieri*, o per attestare l'intervenuto silenzio assenso.

Chiarito ciò, sembra giunto il momento di precisare le posizioni finora assunte in proposito dal giudice amministrativo e dalla dottrina; sottolineando peraltro che

---

<sup>4</sup> Va da sé che il notaio attento non si accontenterà di non incorrere nella nullità dell'atto, ma si preoccuperà di informare le parti, sul piano di una adeguata professionalità, sulle conseguenze che sul bene negoziato potrebbero derivare per effetto di una parere sfavorevole sul vincolo.

dottrina e giurisprudenza non hanno esaminato il problema con stretta attinenza ai profili di commerciabilità, bensì in via generale, con riferimento all'influenza del vincolo sul provvedimento concessorio.

#### **a) Opinione che dà rilievo al vincolo successivo**

A larga maggioranza le sezioni semplici del Consiglio di Stato, prima della decisione assunta dall'adunanza plenaria, hanno ritenuto che anche il vincolo sorto successivamente all'abuso rileva ai fini del procedimento di sanatoria in corso<sup>5</sup>. Ed hanno addotto, a sostegno di questa opinione, le seguenti argomentazioni:

a) l'art. 32 da una parte stabilisce che il parere sul vincolo va dato a corredo della concessione in sanatoria, ma da un'altra parte non prevede che il vincolo debba necessariamente sorgere prima del momento di realizzazione dell'abuso;

b) il parere sul vincolo va riguardato come una sorta di contrappeso destinato a riequilibrare e a correggere il provvedimento concessorio necessitato derivante da un procedimento di sanatoria instaurato;

c) gli interessi pubblici sottesi al vincolo sono di valore primario rispetto agli interessi che giustificano il condono edilizio;

d) il vincolo ha natura oggettiva e la sua gestione ne richiede soltanto l'esistenza.

#### **b) Opinione sull'ininfluenza del vincolo successivo**

Un'altra opinione, peraltro minoritaria, ha affermato che il vincolo incide sul procedimento di sanatoria soltanto se creato anteriormente alla realizzazione dell'opera abusiva<sup>6</sup>; e giustifica questa conclusione sulla base dei seguenti argomenti:

a) l'art. 32, 1° comma della legge 47 del 1985 parla di «aree sottoposte a vincolo», presupponendo con ciò un vincolo insorto prima del compimento dell'abuso edilizio;

b) l'art. 33, 1° comma della legge 47 fa riferimento al vincolo di inedificabilità assoluta e prevede espressamente che esso opera qualora il vincolo sia stato imposto «prima dell'esecuzione dell'opera». Sulla base di questa norma si traccia la seguente riflessione: è possibile che vincoli così forti come quelli d'inedificabilità previ-

---

<sup>5</sup> Così Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 1991, n. 326, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1019; Cons. Stato, Sez. VI, 22 dicembre 1994, n. 1574; Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1997, n. 158; Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 1997, n. 1461.

<sup>6</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1030, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1281; Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 1997, n. 356, in *Foro amm.*, 1997, I, 826.

sti dall'art. 33 vengano ad incidere solo se anteriori all'abuso ed i vincoli di minor rilievo (perché tutti diversi dall'inedificabilità assoluta) previsti dall'art. 32 possano invece incidere anche se successivi all'abuso?

Questa obiezione appare sufficientemente forte e su di essa si tornerà più avanti, per cercare di comprendere come vadano coordinati l'art. 32 e l'art. 33 della legge 47 del 1985.

### **c) Opinione intermedia**

Un'opinione intermedia, sostenuta dal Consiglio di Stato in sede consultiva <sup>7</sup>, ritiene che il vincolo rileva se imposto prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda di condono. Sulla base di quest'opinione, non occorrerebbe tener conto del momento anteriore o posteriore all'abuso, ma solo del momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di condono: rileverebbero i vincoli insorti prima, sarebbero irrilevanti quelli insorti dopo.

Questa opinione è stata criticata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato come priva di contenuto logico, perché a stretto rigore il termine da prendere in considerazione dovrebbe essere quello della presentazione della domanda di condono e non quello di scadenza del termine entro il quale la domanda va presentata.

### **d) Opinione del Consiglio di Stato in adunanza plenaria**

Data la disparità di decisioni esistente fra le varie sezioni del Consiglio di Stato, la VI sezione, con decisione del febbraio 1999 <sup>8</sup>, atteso il contrasto giurisprudenziale sorto sul punto, ha rimesso all'adunanza plenaria la decisione di fare chiarezza sul problema in esame, a norma dell'art. 45 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

Il Consiglio di Stato, con la predetta decisione in adunanza plenaria, ha sposato la soluzione sub a), sulla base delle seguenti osservazioni:

a) il legislatore non offre alcuna indicazione per risolvere il problema e pertanto non si può fare affidamento sul testo della legge;

b) vengono passati in rassegna gli argomenti avanzati dalle varie sezioni del Consiglio di Stato, giudicati tutti «non condivisibili»;

c) «la cura del pubblico interesse, in che si concreta la pubblica funzione, ha come sua qualità essenziale la legalità: è la legge che attribuisce la funzione e ne definisce le modalità di esercizio, anche attraverso la definizione dei limiti entro i quali possono ricevere attenzione gli altri interessi, pubblici e privati, con i quali l'esercizio della funzione interferisce. Compito, questo, peraltro, che nessun'altra

---

<sup>7</sup> Cons. Stato, Sez. II, Parere 20 maggio 1998, n. 403/1988.

<sup>8</sup> Decisione 1 febbraio 1999, n. 103, in *Foro amm.*, 1999, 376.

norma può svolgere se non quella vigente al tempo in cui la funzione si esplica (*tempus regit actum*). Ne consegue che la pubblica amministrazione ... deve necessariamente tener conto, nel momento in cui provvede, della norma vigente e delle qualificazioni giuridiche che essa impone».

In definitiva, afferma l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con questo che costituisce l'argomento di base, se occorre tener conto della disciplina della funzione nel momento in cui la funzione viene esplicata (nel nostro caso, nel momento in cui si esprime il parere sul vincolo) è giocoforza affermare che il momento da prendere in considerazione per individuare la normativa ed i vincoli esistenti sia quello in cui il parere viene formalizzato.

### **e) Opinione della dottrina**

La dottrina, in linea di principio, non ha approfondito il problema della rilevanza del momento di nascita del vincolo. In via generale essa si è richiamata alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, limitandosi ad acquisirla, senza precisi schieramenti.

Di recente, peraltro, un Autore <sup>9</sup> ha sviluppato questa conclusione: il momento della creazione del vincolo (ad esclusione del vincolo da parchi e degli altri vincoli che siano trattati in modo espresso diversamente dalla legge) rileva ai fini del condono edilizio, purché sia sorto anteriormente alla data di presentazione della domanda di sanatoria.

Per effetto di quest'opinione, insomma, va certamente tenuto conto del vincolo sorto successivamente all'abuso, ma non del vincolo sorto dopo la presentazione della domanda di condono; il che porta a queste conseguenze per un vincolo sorto successivamente alla domanda di condono:

a) né l'amministrazione comunale né l'interessato alla sanatoria debbono presentare richiesta di parere sul vincolo;

b) il provvedimento formale di concessione in sanatoria non è condizionato da alcun parere sul vincolo ancorché si tratti di vincolo esistente al momento dell'atto in cui viene emesso il provvedimento comunale di sanatoria;

c) il termine per il silenzio-assenso si sviluppa senza alcuna interruzione.

Questa opinione è stata disattesa dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria e non sembra condivisibile, come si vedrà più avanti.

## **4. Rilevanza del momento di emissione del parere sul vincolo**

---

<sup>9</sup> BOTTARO, *Il regime di circolazione dei beni immobili abusivi*, Milano, 1999, pagg. 54 e segg.

Si ritiene di dover ribadire, in piena adesione alla soluzione accolta dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, quanto affermato altra volta: essere cioè necessario valutare l'esistenza o meno del vincolo nel momento in cui la pubblica amministrazione esprime il parere.

Si afferma in questo modo che il vincolo condiziona il procedimento di sanatoria:

a) se il vincolo è anteriore all'abuso;

b) se il vincolo è posteriore all'abuso, ma comunque anteriore al momento in cui l'autorità comunale provveda con concessione formale in sanatoria, oppure anteriore al momento in cui si concluda il procedimento di sanatoria per silenzio assenso.

Affermando che occorre tener conto del momento in cui, a procedimento di condono non ancora concluso, viene emanato il parere sul vincolo, si critica sia l'opinione che afferma l'incidenza del vincolo soltanto se anteriore all'abuso, sia l'opinione che afferma detta incidenza soltanto in caso di vincolo anteriore alla domanda di condono.

La prima delle due opinioni, al di là degli argomenti formali desumibili dall'incerto testo legislativo, è basata su un argomento all'apparenza caratterizzato da plausibilità. Questa teoria afferma: come è possibile che il legislatore, all'art. 33 della legge 47 del 1985, per i vincoli di inedificabilità assoluta, che non danno alcuno spazio alla sanatoria, abbia previsto che il vincolo deve essere anteriore all'abuso, mentre per gli abusi di minor rilievo il legislatore accetti che si tenga conto anche dei vincoli successivi all'abuso? In tal caso un abuso minore sarebbe trattato con maggior rigore di un abuso minore.

L'obiezione ha un certo fascino e pretende una risposta che dia una giustificazione della norma. La risposta viene data dalla dottrina<sup>10</sup> la quale afferma che nell'art. 33 non è richiesto il parere sul vincolo se il vincolo è anteriore, mentre è richiesto se posteriore. In altre parole, secondo quest'opinione, la norma contenuta nell'art. 33 della legge 47 non va interpretata nel senso che se il vincolo d'inedificabilità è successivo all'abuso, la sanatoria possa avvenire senza richiedere il parere sul vincolo, ma nel senso che di inedificabilità assoluta si può parlare solo se il vincolo è anteriore all'abuso, mentre in tutti gli altri casi si dovrebbe parlare di inedificabilità relativa, restando peraltro la relativa fattispecie interamente sottoposta all'art. 32 della legge 47.

L'art. 33 della legge 47, cioè, non significa che il vincolo di inedificabilità assoluta sorto dopo l'abuso rende possibile la sanatoria, ma soltanto che, se il vincolo è sorto prima dell'abuso per impedire la sanatoria non occorre neppure il parere

---

<sup>10</sup> Cfr. BOTTARO, *Op. loc. cit.*

dell'autorità preposta al vincolo. Trattasi cioè di norma preclusiva in modo netto della sanatoria, senza attendere il parere sul vincolo; ma per realizzare questo rigore è indispensabile che il vincolo sia sorto prima dell'abuso o, il che è lo stesso, che chi ha commesso l'abuso sappia già che su quel bene esiste un vincolo di inedificabilità

Rigore, quindi, ma rigore netto se il vincolo è sorto prima, rigore attenuato, ma non escluso, se il vincolo è sorto dopo.

Insomma, l'art. 33 della legge 47 del 1985 non dice che se il vincolo di inedificabilità assoluta è successivo al momento dell'abuso, quest'ultimo possa essere sanato senza richiedere il parere sul vincolo. Più presumibilmente l'art. 33 è norma intesa ad operare una sorta di barriera, nei confronti dell'autorità proposta al vincolo, allorquando questa sarà chiamata ad esprimere parere sul vincolo. Si sa che il parere sul vincolo costituisce una sorta di discrezionalità amministrativa rispetto alla quale la pubblica amministrazione ha un certo gioco di flessibilità, rappresentato dal modo differenziato con il quale essa autorità deve esprimersi in materia.

Con l'art. 33 si è voluto escludere che l'autorità amministrativa avesse discrezionalità, disponendo in modo rigoroso la non sanabilità. L'art. 33, insomma, che va comunque applicato dall'autorità preposta al vincolo, toglie qualsiasi ambito di discrezionalità a questa, stabilendo un rigoroso limite oltre il quale non si può andare: se il vincolo è d'inedificabilità assoluta dell'area, e questa è imposta prima dell'opera, nessuno spazio può essere dato all'autorità preposta al vincolo. Trattasi di norma più rivolta alla pubblica amministrazione in negativo, impedendole di sanare l'opera, che norma rivolta al privato, in positivo; per consentire la sanabilità di vincolo imposto successivamente all'opera.

Per concludere, sarebbe oltretutto incongruo tener conto del momento in cui si è creato l'abuso, quando questo è un momento che non può essere preso in considerazione, trattandosi di momento caratterizzato da attività *contra legem*.

Stabilito, pertanto, che dall'art. 33 della legge 47 del 1985 non può desumersi che siano applicabili soltanto i vincoli esistenti anteriormente all'abuso, occorre esaminare l'esattezza dell'opinione secondo la quale occorre tener conto soltanto dei vincoli esistenti nel momento in cui è stata inoltrata domanda di condono. Questa opinione <sup>11</sup> appare fondata su un criterio analogo a quello utilizzato per stabilire quale sia la legge applicabile nel tempo, allorquando si abbia un mutamento di disciplina, e si voglia disciplinare il diritto transitorio, facendo appello alla teoria del diritto quesito o a quella del fatto compiuto. Sulla base di questo criterio si dovrebbe tener conto del momento in cui è stata presentata domanda di condono, perché è questo il momento in cui l'iniziativa del privato dà luogo ad un procedimento am-

---

<sup>11</sup> Cfr. BOTTARO, *Op. loc. cit.*

ministrativo che ha una sua lineare vicenda disciplinata dalla legge. Ma ragionando così si dimentica di considerare che il procedimento di condono è diverso dal procedimento inteso ad ottenere un parere sul vincolo, come del resto affermato dalla giurisprudenza amministrativa che ammette la separazione dei procedimenti e che attribuisce una propria individualità al parere sul vincolo, riconoscendone anche il valore *ex post* rispetto al procedimento di condono <sup>12</sup>.

Detto in altre parole, il procedimento di sanatoria e il procedimento di vincolo sono procedimenti distinti, previsti da norme diverse, attivabili separatamente, azionabili da soggetti diversi, conclusi con provvedimenti distinti, emanati da autorità diverse, per finalità del tutto separate. Quindi appare scarsamente logica la conclusione di rapportare la disciplina di uno dei due procedimenti alla disciplina dell'altro, o comunque di rendere rilevante per uno il comportamento adottato per l'altro.

Escluso che debba tenersi conto solo dei vincoli anteriori all'abuso, o di quelli anteriori alla presentazione della domanda di condono, occorre concludere che si debba tener conto dei vincoli insorti anteriormente al provvedimento di nullaosta, o comunque, ma questo soltanto ai fini della commerciabilità, solo dei vincoli anteriori al provvedimento di concessione in sanatoria (sia formale che per silenzio assenso).

La dottrina qualifica il vincolo in discorso come *nullaosta* <sup>13</sup>, cioè come «particolare figura di atto amministrativo, che interviene in un procedimento in vista di un provvedimento, e che ricorre allorché la norma ritiene che la tutela di un interesse pubblico possa essere efficacemente realizzata prescrivendo che un'autorità amministrativa manifesti il proprio assenso all'adozione di un provvedimento di competenza di altra autorità, assenso mediante il quale si accerti la sussistenza di

---

<sup>12</sup> Cfr. Cons. Stato 7 luglio 1981, n. 394, in *Foro amm.*, 1981, I, 1698, per il quale «il principio dell'autonomia del nulla osta della soprintendenza ai monumenti rispetto alla licenza edilizia va precisato nel senso che tra i due provvedimenti la legge (art. 25 r.d. 3 giugno 1940 n. 1357) ha posto un nesso di subordinazione della licenza edilizia al nulla osta, condizionando l'atto sindacale all'emanazione di quello soprintendentizio e attribuendo così a quest'ultimo il ruolo di presupposto»; Cons. Stato 26 aprile 1983, n. 236, in *Riv. giur. ed.*, 1983, I, 1009, per cui «l'esame del progetto e la successiva pronuncia da parte del soprintendente, giusta l'art. 7 della legge n. 1497/1939 devono precedere il rilascio della licenza edilizia (oggi "concessione") perseguendo quest'ultima altri e diversi obiettivi»; Cons. Stato 4 novembre 1977, n. 969, in *Cons. Stato*, 1977, I, 1663, per la quale « ai sensi del combinato disposto dell'art. 25 primo comma regio decreto 3 giugno 1940 n. 1357, in relazione alla legge 28 giugno 1939 n. 1497, e dell'art. 31 legge 17 agosto 1942 n. 1150, ai fini della costruzione di manufatti edilizi in zone comprese nei piani territoriali paesistici o sottoposte a vincolo come bellezza di insieme (complesso di cose immobili), occorrono due distinte autorizzazioni (una del sindaco e l'altra del soprintendente ai monumenti) rivolte a soddisfare interessi pubblici differenziati; di esse, l'autorizzazione sindacale è subordinata a quella soprintendentizia, nel senso che l'emanazione della prima è subordinata all'emanazione della seconda, che, così, assume il ruolo di presupposto della licenza comunale».

<sup>13</sup> Cfr. MIGLIARESE, *Nullaosta amministrativo*, in *Enc. giuridica*, Roma, 1990, pag. 1, che indica come esempio di nullaosta amministrativo proprio il parere dell'autorità preposta al vincolo per consentire al sindaco la concessione edilizia.

determinate situazioni di fatto ovvero l'osservanza, da parte del potenziale beneficiario del provvedimento finale, di determinati doveri»<sup>14</sup>.

Pertanto il parere sul vincolo, lo si ribadisce, ha lo scopo di instaurare un procedimento autonomo, che si inserisce nel procedimento principale, del quale condiziona l'effetto, alla luce di interessi generali che si prospettano come autonomi ed indipendenti rispetto all'interesse parimenti generale, inteso a riconoscere la sanatoria al privato che abbia presentato domanda di condono.

Trattandosi di procedimento autonomo, disciplinato da regole proprie, distinte da quelle concernenti il procedimento di sanatoria, non vi è dubbio che debba essere riguardato a se stante, non in relazione al procedimento di condono.

Da queste puntualizzazioni consegue che la pubblica amministrazione deve tener conto, nel momento in cui provvede, della norma vigente e delle qualificazioni giuridiche che essa impone. Ciò comporta che la comparazione dei diversi e talvolta contrapposti interessi (interesse all'assetto urbanistico del territorio; interesse a che non siano superati determinati vincoli imposti per salvaguardare finalità di grande valore) va effettuata nel momento in cui l'autorità preposta al vincolo si esprime.

E' plausibile, insomma, affermare che soltanto nel momento in cui deve esprimere il suo parere la pubblica amministrazione deve essere posta nella condizione di valutare: a) se il vincolo esiste; b) il tipo di vincolo; c) la possibilità o meno di coordinamento del vincolo con il tipo di abuso realizzato.

Poi non va dimenticato che oltre all'ipotesi di vincolo insorto successivamente, potrebbe verificarsi l'ipotesi opposta di vincolo venuto meno successivamente, cioè di vincolo esistente prima dell'abuso, o nel corso di tutta la fase del procedimento di sanatoria, ma venuto meno nel momento in cui l'autorità preposta al parere sul vincolo si accinga a provvedere sulla richiesta di nullaosta: non vi è dubbio che in tal caso l'autorità predetta dovrà esprimersi dichiarando che non esiste più un vincolo meritevole di nullaosta. Questa soluzione non potrebbe verificarsi se si aderisce all'opinione che conta il vincolo imposto prima dell'abuso o prima della domanda di condono, perché a stretto rigore in questi casi l'autorità preposta al vincolo dovrebbe esprimere il nullaosta come se il vincolo fosse esistente, ancorché trattasi di vincolo venuto meno.

## **5. Vincolo da parco**

Per i parchi l'art. 32, 3° comma della legge 47 del 1985 prevede espressamente che il parco, per operare come vincolo ai fini del condono edilizio, sia istituito

---

<sup>14</sup> Così SANINO, *Nullaosta*, in *Enc. del diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1978, pag. 852.

anteriormente alla data dell'abuso. La norma è chiara e non potrebbe essere interpretata diversamente.

Anzi, essa rappresenta una sorta d'eccezione rispetto alla regola generale desumibile dall'intera norma. E' come se l'art. 32, 3° comma stabilisse che, mentre per tutti i vincoli vale il principio di tener conto del momento in cui l'Autorità preposta al vincolo effettua il provvedimento di nullaosta, per i parchi si deve tener conto, in via eccezionale, solo dei vincoli relativi ma a patto che il parco sia sorto prima dell'abuso da sanare.

Ed infatti non risulta che il Consiglio di Stato, nella predetta adunanza plenaria, abbia stravolto l'interpretazione desumibile dal testo della legge: sia perché la fattispecie che ha dato luogo alla decisione del Consiglio di Stato concerneva un abuso realizzato a Sanremo (ove non esistono parchi nazionali o regionali), sia perché nel caso di specie si trattava di vincolo paesistico, imposto ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497, non di vincolo a parco.

Occorre poi riflettere che la norma che stabilisce l'incidenza del parco solo se questo è anteriore all'abuso, ha una sua precisa spiegazione logica: il parco costituisce un assetto unitario, in cui non rileva tanto questo o quel vincolo, quanto il fatto che un intero territorio è stato sottoposto a delimitazione e a preclusioni; trattasi insomma di una sorta di fotografia di una parte del territorio nazionale o regionale, nel quale, sempre a partire dalla creazione del parco, sono imposti vincoli.

Infatti, mentre i vincoli previsti dalla legge 1089 del 1939 (vincoli culturali) e quelli previsti dalla legge 1497 del 1939 (vincoli ambientali) impongono all'Amministrazione di correlare il parere tenendo conto del tipo di abuso in concreto realizzato e della sua omogeneità con le esigenze culturali o ambientali di un determinato bene o di una zona, i vincoli da parco, invece, sono vincoli generici, che trovano la propria ragion d'essere solo in quanto rientrano nel contenitore "parco": trova pertanto giustificazione che si debba tener conto del momento in cui il parco viene istituito.

## **6. Conclusioni**

A conclusione delle presenti note, si può riassumere il discorso sulla base delle seguenti affermazioni:

- a) il vincolo da parco sorge soltanto dopo l'istituzione del parco;
- b) il vincolo diverso da quello da parco sorge nel momento in cui l'autorità competente ad esprimere il parere deve provvedere a formalizzare il provvedimento di nullaosta;
- c) non si deve tener conto, ai fini della commerciabilità del manufatto abusivo, dei vincoli sorti dopo che sia stato emesso il provvedimento formale di concessione

in sanatoria, oppure dopo che si sia regolarmente formato il provvedimento di sanatoria per silenzio assenso.

*Giovanni Casu*

*(Riproduzione riservata)*