

# Permesso di costruire annullato: quando non si applica l'art. 38 del Testo Unico Edilizia

*Il Consiglio di Stato chiarisce i limiti del rimedio previsto dal d.P.R. n. 380/2001: niente fiscalizzazione in caso di vizio sostanziale e difetto di legittimazione*

di [Redazione tecnica](#) – 08.04.2026

È possibile evitare la demolizione quando un **permesso di costruire viene annullato**? La **sanzione pecuniaria** è davvero un'alternativa generalizzata o solo un rimedio eccezionale? **L'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001** può essere utilizzato anche se l'intervento si configura come illegittimo fin dall'origine?

Questa norma viene spesso evocata come possibile soluzione per evitare la rimessione in pristino e altrettanto spesso interpretata in modo estensivo, quasi come se introducesse una sorta di sanatoria applicabile ogni volta che il titolo edilizio viene meno.

Ma il testo normativo, così come l'orientamento della giurisprudenza in merito, raccontano una realtà molto diversa.

L'art. 38 non è una scorciatoia ma un **rimedio eccezionale** che presuppone condizioni tali per cui non può essere utilizzato per legittimare interventi che risultano incompatibili con la disciplina urbanistica o anche con i diritti reali, come la proprietà, in particolare quando si determina una **lesione diretta dei diritti dominicali di terzi**.

Conferma ne è la sentenza del Consiglio di Stato del 26 marzo 2026, n. 2545, con cui Palazzo Spada ha ribadito la legittimità di un ordine di demolizione impartito su un immobile a seguito di annullamento del permesso di costruire in quanto l'opera era stata realizzata in assenza di uno dei **presupposti essenziali per il rilascio del titolo**: la **piena titolarità dell'area oggetto di intervento**.

## Permesso di costruire annullato: perché l'art. 38 NON si applica in caso di illegittimità originaria

Vale la pena ricordare che l'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001, invocato dai ricorrenti per evitare la demolizione, disciplina gli interventi eseguiti in base a permesso di costruire successivamente annullato.

La norma interviene in una **fase patologica del procedimento edilizio** e prevede che, in caso di annullamento del titolo, qualora non sia possibile, sulla base di una valutazione motivata, rimuovere i vizi delle procedure amministrative oppure procedere alla restituzione in pristino, l'amministrazione applichi una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere, con un effetto particolarmente rilevante: l'integrale pagamento della sanzione produce gli stessi effetti del permesso di costruire in sanatoria.

L'applicazione della sanzione non è automatica, ma è subordinata a una verifica sia della possibilità di eliminare il vizio sia di procedere alla demolizione.

L'art. 38, quindi, non introduce una forma alternativa di regolarizzazione dell'abuso, ma disciplina un **rimedio eccezionale**, destinato a operare solo quando le **ordinarie modalità di ripristino della legalità** non risultano praticabili.

In questa prospettiva, la norma si configura anche come una **declinazione del potere di convalida** di cui all'art. 21-nonies, comma 2, della Legge n. 241/1990, applicabile nei soli casi di **vizi procedurali**.

Questo assetto trova un ulteriore punto di equilibrio nell'art. 11 del medesimo Testo Unico, che definisce la natura del permesso di costruire.

Il titolo edilizio, infatti:

- è rilasciato al proprietario o a chi abbia titolo;
- è trasferibile, ma non incide sulla titolarità dei diritti reali;
- soprattutto, **non comporta limitazione dei diritti dei terzi**.

Il permesso di costruire resta quindi sempre subordinato alla **conformità dell'intervento alla disciplina urbanistica** e agli interessi tutelati dall'ordinamento, fermo restando che l'amministrazione, pur non dovendo dirimere controversie civilistiche, non può ignorare elementi oggettivi che mettano in dubbio la legittimazione del richiedente.

## Permesso di costruire annullato per difetto di proprietà: le conseguenze

La vicenda si è sviluppata attorno a un intervento eseguito sulla base di un permesso di costruire rilasciato senza che il soggetto fosse legittimato perché non proprietario di una parte dell'area in cui era stato realizzato l'immobile.

Il titolo era stato rilasciato assumendo come esistente una disponibilità dell'area che, in realtà, non sussisteva: ed è proprio questo elemento che ha indotto l'amministrazione ad intervenire in autotutela, annullando il permesso di costruire in quanto la **mancanza di legittimazione del richiedente** incideva direttamente sulla possibilità stessa di rilasciare il titolo.

Ne è nato il contenzioso sull'ordine di demolizione: secondo i ricorrenti l'intervento, essendo stato eseguito sulla base di un titolo formalmente valido al momento della realizzazione, avrebbe potuto essere mantenuto attraverso l'applicazione dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001.

In questa prospettiva, la sanzione pecuniaria veniva letta come uno strumento idoneo a evitare la demolizione, valorizzando il fatto che l'opera non era stata realizzata in assenza di titolo, ma sulla base di un permesso successivamente annullato.

Una tesi che però non ha convinto Palazzo Spada, che ha ricondotto la vicenda nell'alveo dei **vizi sostanziali**, escludendo **in radice** la possibilità di applicare il rimedio previsto dall'art. 38.

### **Art. 38 e vizi sostanziali: perché non si applica dopo l'annullamento del permesso**

Il passaggio più rilevante della sentenza riguarda la qualificazione del vizio che ha condotto all'annullamento del permesso di costruire e le conseguenze che da tale qualificazione derivano in termini di applicabilità dell'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001.

Nel caso esaminato, l'annullamento del permesso è stato determinato da un difetto di legittimazione del richiedente, emerso solo successivamente al rilascio del titolo. Tale difetto è stato qualificato in modo netto come **vizio sostanziale**, in quanto attiene alla titolarità stessa del diritto a edificare e non al mero svolgimento del procedimento amministrativo.

Questa qualificazione incide direttamente sull'intero impianto applicativo dell'art. 38.

### **Il punto di partenza: il "tridente" dei rimedi dell'art. 38**

A fondamento della propria tesi, il Consiglio di Stato ha ricordato che l'art. 38 si configura come un sistema articolato su tre possibili esiti, che si pongono in rapporto progressivo:

- la rimozione del vizio attraverso la convalida del titolo (quando il vizio è procedurale e sanabile);
- la demolizione quale forma ordinaria di ripristino della legalità;
- la sanzione pecuniaria (c.d. fiscalizzazione), solo quando la demolizione non sia praticabile.

Questa sequenza non è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, ma rappresenta un **percorso vincolato**, che presuppone una verifica progressiva delle condizioni previste dalla norma.

### **Il chiarimento decisivo: l'art. 38 riguarda solo vizi procedurali**

Sul punto, richiamando l'Adunanza Plenaria n. 17/2020, il Consiglio di Stato ha ribadito che i vizi rilevanti ai fini dell'art. 38 sono esclusivamente quelli di natura procedurale o formale.

La norma, infatti, fa espresso riferimento ai "vizi delle procedure amministrative", delimitando in modo preciso il proprio ambito applicativo. Ne deriva che restano fuori dall'art. 38 tutti i vizi che incidono sul contenuto sostanziale del titolo, cioè sulla compatibilità dell'intervento con la disciplina urbanistica o sulla legittimazione soggettiva a richiederlo.

Nel caso in esame, il difetto di legittimazione legato alla mancata titolarità dell'area rientra pienamente in questa seconda categoria e si configura come **vizio insanabile**.

Se l'amministrazione avesse conosciuto tale difetto al momento della domanda, non avrebbe potuto rilasciare il permesso di costruire. Di conseguenza, una volta emerso successivamente, il titolo non può che essere eliminato.

Questo esclude in radice:

- la possibilità di convalida del titolo;
- l'accesso al meccanismo dell'art. 38;
- qualsiasi valutazione fondata sulla buona fede del privato.

Il dato oggettivo – l'edificazione su area non legittimamente disponibile – prevale su ogni elemento soggettivo.

### **La funzione dell'art. 38: tutela dell'affidamento, ma entro limiti precisi**

Il Consiglio di Stato ha anche ricordato che la ratio della norma è quella di tutelare l'affidamento del privato nei soli casi in cui il vizio non incida sulla sostanza dell'intervento.

In questa prospettiva, l'art. 38 rappresenta una declinazione del potere di convalida di cui all'art. 21-nonies della Legge n. 241/1990, ma con un ambito applicativo limitato ai soli **vizi procedurali**.

Estenderne l'applicazione ai vizi sostanziali significherebbe, di fatto, introdurre una forma di **condono amministrativo in deroga** alla disciplina urbanistica, con effetti incompatibili con il principio di programmazione del territorio e con la tutela dei diritti dei terzi.

Una volta qualificato il vizio come sostanziale e non essendo possibile né la convalida né l'applicazione dell'art. 38, la demolizione diventa un **esito doveroso**.

Una volta venuto meno il titolo, l'intervento deve essere considerato abusivo nella sua interezza e trattato secondo il regime ordinario della repressione degli abusi edilizi.

### **Quando scatta la demolizione: effetti dell'annullamento del permesso di costruire**

L'appello è stato quindi respinto, confermando la legittimità dell'annullamento del permesso di costruire e del successivo ordine di demolizione, e quindi sottolineando l'impossibilità di applicare l'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001 nel caso esaminato.

La norma non è una valvola di compensazione generalizzata, ma un **rimedio eccezionale** delimitato ai soli vizi procedurali.

Quando il vizio che colpisce il titolo edilizio è di natura sostanziale, come nel caso del difetto di legittimazione del richiedente, l'intero impianto della norma non può essere attivato.

Da qui discendono alcune indicazioni operative molto nette:

- è sempre necessario qualificare preliminarmente la natura del vizio che ha determinato l'annullamento del titolo;
- solo i vizi procedurali possono, in astratto, consentire l'accesso al sistema dell'art. 38;
- i vizi sostanziali escludono sia la convalida sia la fiscalizzazione;
- la buona fede del privato non rileva in presenza di illegittimità originaria;
- una volta esclusa l'applicabilità dell'art. 38, il procedimento rientra nel regime ordinario della repressione degli abusi edilizi.

La demolizione diventa quindi **l'esito necessario** quando l'intervento non è assentibile sin dall'inizio, chiudendo definitivamente ogni spazio a letture estensive dell'art. 38.

Articolo tratto da *Lavori Pubblici*