

RIVISTA GIURIDICA DELL'EDILIZIA

Anno LIII Fasc. 3 - 2010

Paolo Tanda

SANATORIA GIURISPRUDENZIALE: AUSPICABILE UN INTERVENTO DELL'ADUNANZA PLENARIA

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, 2 novembre 2009, n. 6784 — Pres. TROTTA — Est. DE FELICE — M. B. e M. A. (avv.ti Campagni e Righi) c. Comune di Vaiano (avv. Giovanelli), P. M. e M. F. (avv.ti Barletta e Camici).
(*Conferma T.A.R. Toscana, Sez. III, n. 429 del 2009*).

Concessione edilizia - Concessione in sanatoria - Rilascio - Doppia conformità - Necessità - Ratio.

Per ottenere una concessione edilizia in sanatoria è necessaria la c.d. doppia conformità e cioè occorre dimostrare che l'opera abusiva è conforme non solo alla disciplina urbanistica vigente alla data in cui viene richiesta ma anche a quella vigente all'atto della realizzazione dell'opera. L'art. 13 della l. n. 47 del 1985 (ora art. 36 t.u. edilizia), in quanto norma derogatoria al principio per il quale i lavori realizzati sine titulo sono sottoposti alle prescritte misure ripristinatorie e sanzionatorie, non è suscettibile di applicazione analogica né di una interpretazione riduttiva, secondo cui, in contrasto con il suo tenore letterale, basterebbe la conformità delle opere con il piano regolatore vigente al momento in cui sia definita l'istanza di sanatoria. Pertanto, la sanabilità postula la conformità dell'intervento alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione sia a quella in vigore alla data della presentazione della domanda (1).

(1) Segue una nota di P. TANDA.

(*Omissis*). — 1. Con l'atto di appello vengono proposti i seguenti motivi di censura.

Con il primo motivo di appello (pagine 16, 17, 18 e 19) gli appellanti M. lamentano che il primo giudice abbia ritenuto erroneamente tardiva la istanza di accertamento di conformità in sanatoria da essi avanzata, violando l'art. 140 della l.r. 1/2005 che consentirebbe di proporre la istanza fino alla notifica della ingiunzione di pagamento delle sanzioni amministrative di cui all'art. 2 r.d. 639 del 1910, nella specie non emessa né notificata.

Il motivo è infondato.

Il giudice di prime cure ha correttamente ragionato nel senso che è tardiva la richiesta avanzata, perché presentata successivamente al parziale pagamento della sanzione irrogata per gli abusi che si era richiesto di sanare.

L'articolo 14 della legge regionale toscana n. 1 del 2005 stabilisce che l'avente titolo può ottenere la attestazione di conformità fino alla «irrogazione» della sanzione amministrativa, dovendosi intendere avvenuta la preclusione anche a seguito dell'inizio della fase esecutiva, consistente nel pagamento parziale.

La esistenza del provvedimento sanzionatorio non impedisce la sanatoria solo laddove lo stesso non sia ancora stato eseguito o qualora non sia stata ancora iniziata la procedura di riscossione coattiva, mentre nella specie gli appellanti hanno dato parzialmente attuazione e esecuzione alla ordinanza-ingiunzione ancora prima di avanzare la istanza di cui all'art. 140 su menzionato.

Gli appellanti hanno concordato il piano di rateizzazione e quindi corrisposto l'importo della prima rata ancora prima della presentazione della istanza.

Occorre osservare inoltre da parte di questo giudicante che, come eccepito dal Comune appellato, il provvedimento di diniego di sanatoria era retto da due motivi distinti: la insussistenza del requisito del doppia conformità richiesto dall'art. 140 l.r. n. 1 e la insussistenza del requisito relativo alla effettiva possibilità di presentazione della istanza.

Con i motivi aggiunti al ricorso principale gli attuali appellanti non avevano dedotto alcunché avverso la prima statuizione negativa (il requisito mancante della doppia conformità).

Il p.r.g. del Comune di Vaiano vigente al momento dell'abuso ammetteva come massimo intervento la ristrutturazione edilizia D1 di cui all'allegato A della legge regionale Toscana n. 59 del 1980, nel cui novero sono compresi gli interventi di ristrutturazione edilizia a condizione che gli stessi non comportino alterazione dei volumi o superfici, né modifiche agli elementi strutturali, ai caratteri architettonici e decorativi dell'edificio e agli elementi di arredo urbano.

Sono (erano) vietati quindi gli interventi di ristrutturazione edilizia come quelli in questione, che hanno determinato un passaggio da un edificio rurale a uno residenziale nonché un aumento significativo di superficie e volumi, creazione di nuovi vani, la completa alterazione dei caratteri strutturali e architettonici del complesso colonico per effetto della modifica delle aperture dei prospetti, la totale modifica dei tratti distintivi dell'area pertinenziale all'esito di lavori di sbancamento, scavo, livellamento, aggiunta di plurimi elementi di arredo e così via.

Vale inoltre la considerazione per cui allorché sia controversa la legittimità di un provvedimento fondato su una pluralità di ragioni di diritto tra loro in-

dipendenti, l'accertamento dell'«inattaccabilità» anche di uno solo di esse vale a sorreggere il provvedimento stesso, sì che diventano, in sede processuale, inammissibili per carenza di interesse le doglianze fatte valere avverso le restanti ragioni (così, Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 2008 n. 5503).

Nella specie la sanzione pecuniaria è stata irrogata con ordinanza notificata ai signori M. in data 6 ottobre 2006; il Comune di Vaiano ha richiesto il pagamento della sanzione irrogata il successivo 6 luglio 2007 avvisando i trasgressori della possibilità di rateizzare l'importo; i signori M. hanno presentato istanza in tal senso chiedendo la ripartizione del pagamento in rate trimestrali; l'amministrazione ha accolto la richiesta stilando un piano di rateizzazione in otto rate trimestrali di importo pari a euro 65.162,91 oltre accessori; in data 19 luglio 2007 i M. hanno provveduto al pagamento della prima rata; in data 10 agosto 2007 hanno presentato istanza di attestazione di conformità in sanatoria.

Gli appellanti hanno, con il primo motivo di appello, lamentato la ingiustizia della sentenza, che ha dichiarato inammissibile il primo motivo di ricorso per motivi aggiunti, avendo accertato la legittimità del diniego in relazione alla istanza tardivamente presentata: secondo i primo giudici non poteva in alcun caso applicarsi il meccanismo della c.d. sanatoria giurisprudenziale con esito favorevole, in quanto la istanza era stata tardivamente proposta.

Il primo motivo di ricorso va rigettato in quanto la istanza era tardiva e tale considerazione è assorbente ai fini del rigetto della maggior parte dei motivi di appello, ritenendo il Collegio di dover esaminare, per completezza, anche gli altri motivi.

2. Con l'appello si sostiene non solo che la istanza era tempestiva e quindi da esaminare, ma anche che sussistevano i presupposti per la doppia conformità.

In relazione a tale proposizione il Comune appellato eccepisce la inammissibilità del primo motivo di appello, nella parte in cui mira a contestare un provvedimento divenuto definitivo, oltre che a introdurre domande nuove in appello, contro il principio di cui all'art. 345 c.p.c.

L'appello lamenta la erroneità della sentenza, anche perché ha ommesso di pronunciare sulla illegittimità del Comune di Vaiano, che ha ritenuto che la sanatoria edilizia dell'art. 36 d.p.r. 380 del 2001 e dell'art. 140 l.r. T. 1/2005, richiedendo la c.d. doppia conformità, non poteva essere rilasciata per mancanza della conformità urbanistica al momento della realizzazione delle opere.

Secondo gli appellanti, dovendo valutarsi la conformità alla data di presentazione della istanza (10 agosto 2007) e al momento di adozione del provvedimento negativo da parte del Comune (7 novembre 2007) lo strumento urbanistico rilevante per valutare la ammissibilità era il regolamento urbanistico, che consente per gli edifici di interesse storico architettonico (quale il Complesso Le Casacce) la ristrutturazione edilizia.

Conseguentemente, secondo l'appello, sino alla integrale corresponsione della sanzione pecuniaria e anche successivamente vi è interesse alla concessione in sanatoria e essa non poteva essere negata in presenza della conformità urbanistica al momento dell'esame della domanda da parte del Comune.

Il motivo è infondato, valendo al contrario il principio opposto rispetto a quello invocato.

In sede di esame della richiesta di concessione edilizia in sanatoria, non è possibile applicare la cosiddetta sanatoria giurisprudenziale che, infatti, come spesso accade per gli istituti di ispirazione pretoria, non ha trovato conferma nella recente legislazione, la quale invece prevede il presupposto della c.d. doppia conformità non essendo stato recepito nell'art. 36 t.u. edilizia l'auspicio in tal senso della Adunanza Generale del Consiglio di Stato. Deve ritenersi quindi che allo stato attuale per ottenere una concessione edilizia in sanatoria sia necessaria la c.d. doppia conformità e cioè occorra dimostrare che l'opera abusiva è conforme non solo alla disciplina urbanistica vigente alla data in cui viene richiesta ma anche a quella vigente all'atto della realizzazione dell'opera (così, Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 settembre 2007 n. 4838).

L'art. 13 della legge 47 del 1985 (ora art. 36 t.u. edilizia) in quanto norma derogatoria al principio per il quale i lavori realizzati *sine titulo* sono sottoposti alle prescritte misure ripristinatorie e sanzionatorie, non è suscettibile di applicazione analogica né di una interpretazione riduttiva, secondo cui, in contrasto con il suo tenore letterale, basterebbe la conformità delle opere con il piano regolatore vigente al momento in cui sia definita la istanza di sanatoria.

Pertanto la sanabilità postula la conformità dell'intervento alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione sia a quella in vigore alla data della presentazione della domanda.

Nella specie le opere realizzate abusivamente non risultavano comunque neppure conformi allo strumento urbanistico vigente alla sola data di presentazione della istanza di attestazione di conformità (cioè al 18 luglio 2007).

D'altronde, attesa la natura degli interventi, definiti consistenti e che non possono essere qualificati minimali e non alterativi dello stato dei luoghi e del valore agro-ambientale-insediativo (così la Sezione nelle ordinanze in sede cautelare), non può ritenersi che sussistesse tale conformità, sia pure limitata alla data di presentazione della istanza di attestazione di conformità (18 luglio 2007), in quanto in relazione alla strada nella quale è ubicato l'immobile in questione (Via Bronia), tramite un rinvio dell'art. 35.1, comma quarto del R.U. del Comune di Vaiano all'art. 24, settimo comma lettera a), vale la regola per cui per la classe RI gli interventi di ristrutturazione edilizia dovranno essere eseguiti nel rispetto delle caratteristiche tipologiche, formali e strutturali dell'organismo edilizio esistente, con l'impiego di appropriate caratteristiche costruttive che garantiscano la salvaguardia degli elementi architettonici e decorativi caratterizzanti l'edificio.

Pertanto, le opere abusive realizzate non erano conformi neppure allo strumento urbanistico vigente alla data di presentazione della istanza di attestazione in conformità, perché realizzate contro il disposto di cui agli articolo 35.1, quarto comma e 24 settimo comma lettera a) del R.U. del Comune di Vaiano, applicabile a tale data.

Allo stesso modo è infondata la censura di appello con la quale si lamenta la mancata applicazione dell'art. 33 Regolamento edilizio che contempla la sanatoria amministrativa, poiché non sussistevano i presupposti, essendo la istanza stata presentata dopo i termini per la richiesta di sanatoria.

3. Con altro motivo di appello si contesta la qualificazione di «ristrutturazione edilizia» attribuita all'intervento, che invece consisterebbe in un lieve intervento di manutenzione ordinaria e straordinaria (demolizione e sostituzione di pavimenti, rimozione di intonaci, nuove aperture interne, tamponamento di porte interne, demolizione di parapetto, sostituzione di pavimenti) nonché di restauro e risanamento conservativo (realizzazione di servizio igienico, impianti termici); nella definizione di risanamento conservativo rientrerebbe anche il mutamento di destinazione di uso dell'immobile.

Il diniego della istanza di sanatoria, secondo l'appello, avrebbe pertanto omesso di valutare la reale portata e tipologia delle opere realizzate, sulla base della situazione dei luoghi, nonché non tenendo in considerazione il fatto che da tempo il complesso edilizio aveva destinazione civile e non costituiva più un fabbricato rurale.

Secondo la prospettazione dell'atto di appello le misure di salvaguardia hanno efficacia limitata nel tempo (nella specie fino al marzo 2005, tre anni dalla data di adozione, secondo la normativa regionale), sicché le opere, in corso di esecuzione alla data del 22 dicembre 2005 (secondo gli accertamenti della Polizia Municipale) sono state effettuate quando oramai le norme di salvaguardia erano decadute ed era vigente il nuovo regolamento urbanistico, che consente per l'immobile in questione interventi fino alla ristrutturazione edilizia.

Il motivo è infondato.

La doppia conformità di un intervento edilizio deve essere verificata anche in relazione agli strumenti urbanistici soltanto adottati e non ancora approvati, sia alla data di esecuzione delle opere che a quella della presentazione della domanda.

Come ammettono i medesimi appellanti il Piano Strutturale del Comune di Vaiano era stato adottato e non ancora approvato alla data di realizzazione degli abusi e consentiva sul complesso immobiliare di loro proprietà soltanto gli interventi fino al restauro e risanamento conservativo.

Le opere abusivamente realizzate, in quanto qualificabili come ristrutturazione edilizia, non erano ammesse al momento della loro realizzazione.

In ordine poi alla affermazione dei signori M. che negano che i fabbricati in questione avessero destinazione rurale e alla asserita mancanza del cambio di destinazione di uso, deve rilevarsi che la precedente destinazione a pollaio del piano terreno dell'edificio «A» risulta inequivocabilmente dalle stesse dichiarazioni espresse circa la destinazione dei locali dagli odierni appellanti nella pratica edilizia n. 136 del 2002.

È errata altresì la pretesa appellante di ritenere decadute le misure di salvaguardia del Piano Strutturale alla data del 22 dicembre 2005, perché sarebbero state vigenti dal 27 marzo 2002 al 27 marzo 2005. Il piano strutturale è stato adottato con delibera consiliare n. 22 del 27 marzo 2002 e approvato con successiva delibera consiliare n. 17 del 15 aprile 2004.

Poiché tale piano era stato adottato e approvato prima della entrata in vigore della legge regionale n. 1 del 2005, non potevano trovare applicazione le norme richiamate ma quelle della L.R. 1 del 2005, che sanciva un regime quinquennale di operatività delle salvaguardie ordinarie e uno triennale ma decorrente dalla data di approvazione del P.S. di operatività delle salvaguardie spe-

ciali, entrambe pienamente efficaci alla data di esecuzione delle opere abusive contestate.

Inoltre l'art. 50 del P.S. del Comune di Vaiano stabiliva espressamente che le misure di salvaguardia dal medesimo previste dovevano avere efficacia sino alla approvazione del R.U. e comunque non oltre tre anni dalla data di approvazione (non di adozione) del Piano Strutturale e quindi comunque fino al 15 aprile 2007.

Va respinta anche ogni doglianza che — a parte la valutazione della eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, attesa la contrarietà urbanistica in ogni momento rilevante — contesta una ipotetica omissione di istruttoria e motivazione della sentenza impugnata, circa il periodo temporale di realizzazione delle opere abusive, che invece è ben individuato dalla data di presentazione della variante finale relativa alla d.i.a. per il rifacimento del tetto, 28 maggio 2002, alla data del sopralluogo, 22 dicembre 2005.

4. Con ulteriori motivi di appello (pagina 32, pagina 33, pagine 34 e seguenti dell'appello) si lamenta la illegittimità dell'operato del comune: *a)* riguardo all'epoca dei lavori e al periodo di realizzazione dell'opera contestata; *b)* circa la mancanza del parere della Commissione edilizia; *c)* circa la consistenza e natura dell'intervento, da intendersi risanamento conservativo e non ristrutturazione edilizia.

Premesso che i motivi riguardanti l'epoca di realizzazione dei lavori e la consistenza e natura dell'intervento — in realtà ristrutturazione edilizia e non mero risanamento conservativo — sono stati ampiamente affrontati e rigettati in precedenza, va per completezza esaminata la censura consistente nella mancanza acquisizione del parere della Commissione edilizia.

A parte i rilievi di inammissibilità del riproposto motivo, il Collegio osserva che il parere della richiamata Commissione (di istituzione facoltativa) era previsto dal regolamento edilizio comunale unicamente per i procedimenti ordinari e non anche per quelli di sanatoria edilizia.

Si ritiene inoltre che nel procedimento di rilascio della concessione edilizia in sanatoria il parere della Commissione edilizia comunale considerata la mancanza di espressa previsione normativa e la specialità del procedimento deve essere considerato facoltativo (così, Cons. Stato, Sez. V, 8 maggio 2007).

Vale in ogni caso il principio per cui attesa la difformità dalle misure di salvaguardia degli interventi abusivi, il provvedimento ancorché in teoria privo del parere della Commissione edilizia, non potrebbe o avrebbe potuto avere un contenuto diverso rispetto a quello in concreto adottato.

È da rigettare anche ogni doglianza con la quale gli appellanti sostengono che dalle consulenze in atti sarebbe emerso quanto segue: assenza di incremento superficiale; che l'edificio non avrebbe mai mutato la sua destinazione d'uso non essendo mai stato adibito a pollaio; che tutti gli interventi avrebbero dovuto essere qualificati come di manutenzione ordinaria o restauro conservativo e che solo su parte del fabbricato sui era concretizzata una ristrutturazione edilizia.

Il giudice di primo grado ha puntualmente elencato le opere effettuate: in particolare per l'edificio principale «A» costituente nuova abitazione colonica, esse sono consistite nella realizzazione di un nuovo vano e di nuove aperture

interne, nella trasformazione in civile abitazione costituente autonoma unità immobiliare composta da cucina, bagno e ripostiglio, di vecchi locali destinati a pollaio-ripostiglio, in modifiche di prospetti esterni, nella realizzazione di nuova apertura esterna in corrispondenza del nuovo locale bagno ubicato al piano terreno, in nuove aperture interne e di chiusura di altre, nella realizzazione di apertura sul solaio tra i piani terra e primo; per l'edificio C denominato ex fienile sono stati accertati il cambio di destinazione in civile abitazione composta da cucina soggiorno, 2 bagni, camera e sala, modifiche dei prospetti, la demolizione del solaio e la sua sostituzione con uno nuovo, posizionato a una quota inferiore, così da ottenere due piani fruibili, la creazione di un nuovo vano adibito a bagno, di nuove tramezzature interne e di varie aperture esterne.

Sono stati effettuati interventi che incrementano la superficie utile, modificano la distribuzione della superficie interna, incidono sul preesistente carico urbanistico (edifici A e C).

Dagli atti risultava che la attuale destinazione dell'edificio A è residenziale mentre prima una stanza risultava a pollaio, mentre per l'edificio C il piano terreno era fienile (pratica edilizia 201 del 1999).

Tali interventi, mutando le aperture dei due edifici e in parte la destinazione di uso degli stessi non si limitano all'inserimento di nuovi elementi accessori propri del risanamento conservativo, che presuppone la conservazione di tipologia, forma e struttura, ma si sono sostanziati in una vera e propria ristrutturazione edilizia, cioè in lavori che danno vita a organismi edilizi in parte diversi da quelli originari, con parziale cambio di destinazione di uso.

Mentre il risanamento e il restauro hanno la finalità di rinnovare l'edificio in modo sistematico e globale ma tale finalità va perseguita nel rispetto dei suoi elementi essenziali dal punto di vista tipologico, formale e strutturale, la ristrutturazione edilizia (di tipo invasivo) riguarda le opere rivolte a creare un organismo in tutto o in parte diverso da quello oggetto di intervento.

5. Con altro motivo di appello (pagine 38 e seguenti) si deduce la violazione dei principi in tema di onere della prova nei giudizi, dell'obbligo di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, del principio dispositivo, in quanto il primo giudice avrebbe posto a fondamento della sua decisione sulla consistenza effettiva dei lavori solo gli atti provenienti dalla amministrazione comunale, mentre avrebbe omesso di considerare la documentazione agli atti, tra cui la perizia della c.t.u. in altro giudizio, dalla quale emergerebbe che il solaio intermedio era già esistente.

I motivi sono infondati, essendo invece chiaro ed evidente che — in disparte il principio del libero apprezzamento del giudice delle risultanze tecniche, oltre alla osservazione che tali perizie tecniche sono state espresse in altri giudizi, definiti in diverse giurisdizioni e soprattutto in assenza del contraddittorio con le parti avversarie nel giudizio in questione — il primo giudice ha adeguatamente motivato, rappresentando i motivi per i quali riteneva di dovere accogliere le osservazioni della amministrazione nella relazione tecnica di replica alla c.t.u. richiamata da parte appellante, redatta dall'ing. L., né gli appellanti hanno fornito prove sufficienti a smentire le risultanze ricavabili dagli elaborati di cui alle pregresse pratiche edilizie.

Vale inoltre il principio secondo cui il giudice amministrativo non è affatto obbligato ad accogliere la istanza di consulenza tecnica di ufficio avanzata né deve tanto meno spiegare le ragioni per le quali sulla base del suo libero convincimento ritiene che dagli atti di causa siano ad esso offerti elementi sufficienti per decidere «causa cognita» sulla questione sottoposta al suo esame.

6. Con altro motivo di appello si deduce la erroneità della sentenza, nel punto in cui ha concluso per la mancata dimostrazione dell'interesse dei ricorrenti alla applicazione della misura ripristinatoria in luogo della misura pecuniaria, in quanto è invece evidente che la prima avrebbe comportato una spesa di importo ben inferiore alla somma dovuta di euro 486.000.000, pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'intero immobile.

Sostengono gli appellanti che avrebbe dovuto essere ad essi applicato l'art. 132 della legge regionale Toscana n. 1 del 2005, che prevede in caso di esecuzione di opere abusive la irrogazione della sanzione demolitoria e non quella pecuniaria, prevista dall'art. 134 soltanto nella ipotesi alternativa alla demolizione nel caso in cui le opere non siano ripristinabili.

Secondo la tesi di parte appellante essi avrebbero potuto abbattere le sole parti abusive e ciò sarebbe stato più conveniente della disposta sanzione pecuniaria.

Il motivo è infondato.

Il giudice di primo grado ha condivisibilmente osservato che in generale gli effetti della sanzione demolitoria sono più gravi degli effetti della sanzione pecuniaria; nel caso specifico, inoltre, i ricorrenti non avevano provato in alcun modo che la demolizione sarebbe stata per loro più conveniente del pagamento richiesto.

Allo stesso modo, con l'appello, gli appellanti si limitano a riferire che la sanzione pecuniaria avrebbe potuto essere più conveniente, senza nulla addurre in relazione alla rimozione degli abusi, alla ripristinabilità di interventi che in un tutt'uno non possono essere eliminati senza pregiudicare la parte intera.

Vale inoltre la considerazione che l'art. 134 l.r. 1/2005 sanziona con la sanzione pecuniaria proprio tutti gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'art. 79 comma secondo lettera *d*, e quindi anche quelli comportanti un mutamento parziale di destinazione di uso.

In ordine alla asserita ripristinabilità delle opere, il giudice di prime cure ha osservato come la amministrazione comunale abbia compiuto tale valutazione, precisando che la demolizione delle opere abusive non sia possibile in quanto le stesse sono completamente integrate con quelle legittime.

Tale valutazione di tipo tecnico è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione comunale, è limitatamente sindacabile e nella specie non appare né illogica, né irragionevole in rapporto alla incisività degli interventi sanzionati (in tal senso, sul principio generale del sindacato limitato, Cons. Stato, Sez. VI, 8 novembre 2000; nella specie, ordinanza n. 392 del 3 luglio 2007, Sezione quarta).

7. Con altro motivo di appello, gli appellanti deducono che la stima dell'aumento del valore dell'immobile conseguente alla realizzazione delle opere

contestate avrebbe dovuto essere determinata in base ai criteri posti dall'art. 33 d.p.r. 380 del 2001 che detta i principi fondamentali ai quali le Regioni debbono adeguarsi, anziché sulla base dell'art. 13 l.r. Toscana n. 1 del 2005.

Il primo giudice avrebbe omesso di ravvisare la non manifesta infondatezza della censura di incostituzionalità in riferimento all'art. 117 Cost., avendo una legge regionale previsto una disciplina configgente con i principi fondamentali dettati dal testo unico edilizia in una materia di legislazione concorrente.

Il motivo è del tutto infondato.

L'art. 134 l.r. ha rispettato il principio dettato dalla normativa statale a norma del quale il parametro da porre a base di calcolo è costituito dall'aumento di valore conseguente alla realizzazione delle opere. Tale valore è stato assunto dalla legge regionale come «fondamento e parametro» della sanzione, stabilita, infatti, in misura pari al doppio, prevedendo poi legittimamente una disciplina di dettaglio difforme da quella di cui al d.p.r. 380 del 2001 in merito «al calcolo» della sanzione.

Il meccanismo matematico utilizzato per il calcolo della sanzione non è un principio fondamentale riservato alla legislazione statale, ma è un aspetto rientrante nella potestà legislativa regionale a norma dell'art. 117 terzo comma Cost.

Correttamente il primo giudice ha rigettato la censura con la quale si lamentava l'utilizzo quale metodo di stima dell'aumento di valore del metodo sintetico comparativo, che prende a riferimento il prezzo di mercato di immobili simili a quello considerato, anziché il metodo di cui alla legge 392 del 1978, richiamato dal solo d.p.r. 380 del 2001.

Il primo giudice ha considerato che la legge regionale non prevede alcun richiamo alla legge n. 392 del 1978 e che, nel silenzio della legge, il metodo basato sul valore di mercato della zona non solo è logico, ma costituisce il più attendibile ed autorevole parametro di raffronto per la determinazione del valore venale cui fa riferimento il legislatore (così anche Consiglio Stato, Sez. V, 25 novembre 1988 n. 729).

È da rigettare anche la doglianza con la quale si lamenta erroneità dei calcoli effettuati in quanto questi, come chiarito dalla Agenzia del Territorio di Prato, sono stati effettuati facendo riferimento allo stato di conservazione dell'immobile, tenendo conto del fatto che «una considerevole consistenza del corpo A e parte del corpo C risultano in uno stato di manutenzione definito tecnicamente al grezzo».

8. Con altro motivo di appello si contesta la stima effettuata sotto altro profilo e cioè riguardo all'effettivo ampliamento della superficie. Secondo l'appello, come risulta dall'accertamento della Polizia Municipale di Vaiano e dalla c.t.u. menzionata a firma dell'ing. L., l'edificio avrebbe la superficie di mq 211 e quindi vi sarebbe una inalterata consistenza rispetto allo stato originario.

Il motivo è del tutto infondato.

Come rilevato dal primo giudice, la stima della Agenzia del territorio è stata effettuata sulla base dello stato di fatto risultante dalle planimetrie allegate alla pratica edilizia n. 201 del 1999, mai in realtà contestate da controparte. Tali atti indicano in mq 161 la consistenza dell'immobile preesistente alle opere abu-

sive, mentre ora gli appellanti affermano che la superficie originaria dell'immobile sarebbe di mq 211.

Inoltre, sia il verbale di sopralluogo della Polizia Municipale che la comunicazione di avvio del procedimento, contengono un esplicito riferimento alla costruzione di un nuovo solaio al posto del preesistente collocato ad una quota inferiore rispetto a prima, in quanto posizione idonea a ottenere due piani in luogo di uno solo.

La accertata creazione di un nuovo piano abitabile rende evidente l'ampliamento della superficie residenziale, alla quale si aggiunge la realizzazione di un nuovo vano ottenuto con scavo esterno al perimetro dell'edificio.

9. Con altro motivo di censura gli appellanti lamentano la ingiustizia della sentenza e la illegittimità della attività comunale, che ha omesso di irrogare la sanzione pecuniaria anche agli esecutori delle opere abusive, signori P.M. e M.F.

Anche tale motivo è infondato.

L'accertamento condotto sulla circostanza della assenza e del non reperimento in cantiere al momento del sopralluogo rende legittimo il procedimento nel quale i soggetti invocati dagli appellanti quali esecutori delle opere abusive (P. e M.) non sono stati coinvolti.

Dalla documentazione in atti si vinceva soltanto che i due signori invocati avevano realizzato lavori di intonacatura, restauro e stuccatura, consentiti in quanto rientranti nella manutenzione ordinaria.

I signori menzionati P. e M. hanno effettuato lavori legittimi di manutenzione ordinaria, mentre il signor D. è risultato l'esecutore materiale delle opere abusive di ristrutturazione edilizia.

In ogni caso, a parte la sua infondatezza, il motivo che si rifà alla mancata notificazione a eventuali corresponsabili non è in grado di inficiare la legittimità della ordinanza.

10. Con gli ultimi motivi di appello si deduce la violazione del dovere di comunicare l'avvio del procedimento sanzionatorio, nonché la illegittimità del diniego di rimborso.

Il motivo relativo alla partecipazione è infondato, in quanto se è vero che la presentazione della domanda di sanatoria preclude la adozione di misure repressive fino alla conclusione del procedimento così instaurato, una volta definito il procedimento di sanatoria legittimamente l'amministrazione può irrogare sanzioni, dal momento che la circostanza che sia stata richiesta (e non sia stata rilasciata) la attestazione di conformità in sanatoria non rende necessaria la emissione di un nuovo avviso di avvio del procedimento, che risulterebbe funzionale ad assicurare un ulteriore apporto collaborativo del privato che invece ha già svolto le sue difese nella prima fase del procedimento.

Nella specie, alla iniziale comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio per opere di ristrutturazione edilizia non ripristinabili eseguite in assenza di d.i.a. sono seguite le osservazioni degli interessati appellanti odierni.

Deve tenersi presente che a ragione del loro contenuto rigidamente vincolato gli atti sanzionatori in materia edilizia, non preceduti dalla comunicazione

di avvio del procedimento, non possono essere annullati se il loro esito sarebbe stato il medesimo.

È evidente come consequenzialità logica della ritenuta legittimità dei provvedimenti sanzionatori, il rigetto del rimborso di quanto asseritamente non dovuto e, invece, per i sopra esposti motivi, dovuto all'amministrazione comunale.

11. Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va respinto, con conseguente conferma della impugnata sentenza. (*Omissis*).

Sanatoria giurisprudenziale: auspicabile un intervento dell'Adunanza plenaria.

SOMMARIO: 1. La fattispecie concreta. — 2. La tesi favorevole alla sanatoria giurisprudenziale e quella contraria. — 3. Considerazioni conclusive.

1. *La fattispecie concreta.*

Di particolare interesse, tra le tematiche analizzate dal Consiglio di Stato nella sentenza in commento, risultano essere le considerazioni fatte in ordine all'istituto della cosiddetta sanatoria giurisprudenziale. Nel giudizio *de quo* gli appellanti criticano la sentenza di primo grado adducendo una serie di motivi. In particolare, ai fini della problematica in esame, è opportuno soffermarsi sul motivo di appello relativo all'asserita erroneità della sentenza che avrebbe omesso di pronunciarsi in merito alla posizione assunta dal Comune di Vaiano, secondo il quale la sanatoria edilizia di cui all'art. 36 t.u. edilizia e all'art. 140 l. Regione Toscana 1/2005, essendo fondata sulla cd doppia conformità, non poteva essere rilasciata, stante la mancata sussistenza del requisito in questione con riferimento al momento della realizzazione delle opere. Diverge da tale asserzione la tesi prospettata dagli appellanti, per i quali, ai fini della verifica della doppia conformità, assumerebbero rilievo il momento della presentazione dell'istanza unitamente al momento dell'adozione da parte del Comune del provvedimento negativo: di conseguenza, la richiesta di sanatoria non avrebbe potuto essere oggetto di rigetto, risultando conforme allo strumento urbanistico applicabile al momento dell'esame della domanda stessa da parte del Comune. Si rileva, inoltre, come non venga di certo meno, anche dopo la corresponsione della sanzione pecuniaria, l'interesse alla concessione in sanatoria. L'appello sostiene altresì la tempestività della domanda — e, dunque, l'erronea valutazione da parte della p.a. del mancato rispetto dei termini —, prospettazione dinanzi alla quale il Comune appellato eccepisce la inammissibilità, stante la asserita impossibilità di contestare un provvedimento divenuto definitivo nonché il divieto di introdurre nuove domande in appello sancito dall'art. 345 c.p.c.

Dinanzi alla tesi sostenuta dagli appellanti, il Consiglio di Stato si pone nel senso dell'inammissibilità della c.d. sanatoria giurisprudenziale, attingendo ampiamente le proprie argomentazioni da quel filone giurisprudenziale (peraltro, come si vedrà, assolutamente non pacifico) dello stesso Consiglio di Stato, secondo cui la doppia conformità imposta dall'art. 36 t.u. dell'edilizia richiede che l'opera abusiva per essere sanata deve risultare conforme non solo alla disciplina urbanistica vigente alla data in cui viene richiesta la sanatoria, ma anche a quella vigente all'atto della realizzazione dell'opera (1). Inoltre, la

(1) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 settembre 2007 n. 4838, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 9, 2449; Id., 12 dicembre 2006 n. 6474, in *Urb. e app.*, 2007, 339. Anche la prevalente giurisprudenza amministrativa di primo grado nega l'ammissibilità della c.d. sanatoria giurisprudenziale: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 9 gennaio 2009 n. 5, in *www.altalex.com*; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 20 aprile 2005 n. 1094, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15 gennaio 2004 n. 16, *ivi*; T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 giugno 2003 n. 870, in *Urb. e app.*, 2003, 1091. Anche T.A.R. Veneto, 23 dicembre 1996 n. 2200, ha affermato che in tema di concessione in sanatoria non si può aderire all'indirizzo della c.d. sanatoria giurisprudenziale, sia perché l'art. 12 l. n. 47 del 1985, intitolato «*accertamento di conformità*», prevede testualmente che la conformità deve sussistere «*sia al momento della realizzazione dell'opera che al momento della*

pronuncia in esame sottolinea l'impossibilità di applicare analogicamente o di interpretare riduttivamente il citato art. 36 t.u. edilizia in tema di deroga alle misure ripristinatorie e sanzionatorie nell'ipotesi di lavori realizzati senza titolo: viene esclusa, in particolare, ai fini del buon esito della sanatoria, la sufficienza della conformità al piano regolatore al momento della presentazione della domanda. Nell'occasione, il Consiglio di Stato rileva altresì l'insussistenza della ulteriore tesi — sostenuta dagli appellanti — della illegittimità della mancata applicazione della normativa in tema di sanatoria amministrativa, trattandosi di istanza presentata dopo la scadenza dei termini consentiti (2).

2. La tesi favorevole alla sanatoria giurisprudenziale e quella contraria.

La rigorosa e corretta posizione per così dire « negazionista » assunta dal Consiglio di Stato nella recentissima sentenza in commento non affievolisce l'interesse, come si affermava in apertura, verso l'istituto della c.d. sanatoria giurisprudenziale, riconosciuto da un orientamento minoritario incline, appunto, ad una interpretazione più mite dell'art. 36 del testo unico dell'edilizia, ammettendo la sanabilità di un'opera anche se abusivamente realizzata, qualora ne risulti la conformità alla disciplina urbanistica vigente al momento del rilascio del titolo abilitativo e addirittura anche solamente a quella applicabile al momento della presentazione dell'istanza (3). Tale orientamento individua la sua *ratio*

domanda», sia perché diversamente si finirebbe per attribuire al legislatore una finalità premiale verso gli autori di abusi edilizi in senso sostanziale, atteso che essi verrebbero trattati allo stesso modo di coloro che abbiano realizzato, senza richiedere il previo rilascio del titolo integrativo, modifiche non in contrasto con le norme edilizie e comunque si legittimerebbe, di fatto, l'istituto della concessione *a posteriori* che rappresenta una *contradictio in adiecto*; nondimeno, pur non essendo l'abuso sanabile, non può essere ordinata ex art. 92 l. reg. n. 61/85 la demolizione dell'opera che risulti conforme agli strumenti *medio tempore* approvati. Tale pronuncia si pone il problema della demolizione dell'opera che risulti conforme agli strumenti *medio tempore* approvati, sostenendo in tal caso l'inammissibilità della sanzione demolitoria. Tuttavia, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 5 gennaio 2008 n. 13, in *Giur. amm.*, 2008, II, 132, ha affermato che, in virtù degli artt. 36 e 38 del t.u. dell'edilizia « è configurabile un principio generale in base al quale il soggetto che ha posto in essere un intervento edilizio in forza di un titolo giuridico valido ed efficace *ratione temporis*, ma che poi sia venuto meno in quanto annullato in autotutela, ha la possibilità di chiedere all'amministrazione competente d'accertare che l'opera, seppure formalmente abusiva, è dal punto di vista sostanziale compatibile con le norme, i piani e le prescrizioni concernenti i profili urbanistico-edilizi e paesaggistici ».

(2) In altro motivo di doglianza, gli appellanti contestano la qualificazione di ristrutturazione edilizia e di restauro e risanamento conservativo attribuito alle opere, consistenti — secondo la tesi prospettata dagli stessi — in un lieve intervento di manutenzione ordinaria e straordinaria. Secondo l'atto di appello, inoltre, le norme di salvaguardia di cui si era rilevata l'inosservanza, essendo dotate di un'efficacia limitata nel tempo, erano in realtà decadute al momento della realizzazione delle opere in questione e, di conseguenza, queste ultime erano ormai assoggettate al nuovo regolamento urbanistico, aperto alla possibilità di interventi di ristrutturazione edilizia in relazione all'immobile *de quo*. Anche rispetto a tale prospettiva, però, il Consiglio ne rileva l'infondatezza. In particolare, non assume rilievo, secondo il giudice di seconde cure, la circostanza che lo strumento urbanistico di cui trattasi non fosse stato approvato, dovendosi badare, ai fini di una valutazione di conformità dell'opera — da effettuarsi sempre con riguardo pure al momento della realizzazione della stessa — anche ai piani meramente adottati e non ancora oggetto di provvedimento di approvazione, *status* in cui di certo versava, per ammissione degli stessi appellanti, anche il piano del Comune controparte: non era, dunque, consentito ai ricorrenti intervenire in ristrutturazione edilizia sui fabbricati, tanto più che la destinazione rurale originaria degli stessi e il conseguente mutamento di destinazione d'uso, secondo il Consiglio di Stato, risultano acclarati. D'altronde, la stessa pretesa decadenza delle norme di salvaguardia non ha alcun fondamento, dovendosi aver riguardo, per definirne l'operatività, non al momento dell'adozione ma a quello dell'approvazione del piano strutturale del Comune: rilevano, a tal proposito, la l.r. della Toscana n. 1/2005 — che nel sancire l'efficacia quinquennale per le salvaguardie ordinarie e triennale per le salvaguardie speciali, chiarisce come, in quest'ultimo caso, il termine decorra dalla data, appunto, di approvazione del piano strutturale — nonché lo stesso Piano Strutturale del Comune appellato, che conferma la medesima individuazione del *dies a quo*. Oltre che inammissibile per carenza di interesse, è di certo infondata la contestazione di una presunta omissione di istruttoria e di motivazione della sentenza impugnata, relativamente all'individuazione dell'arco temporale di realizzazione delle opere, risultando lo stesso circoscritto quantomeno dalla presentazione di una variante relativa al tetto e dal sopralluogo risultanti agli atti.

(3) La sanatoria giurisprudenziale è così chiamata perché introdotta, nel sistema, dalla giurisprudenza amministrativa in epoca antecedente all'art. 13 della l. 28 febbraio 1985 n. 47: Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 1966 n. 968, in *Cons. Stato*, 1966, I, 1455; Id., 5 novembre 1968 n. 1405, in questa *Rivista*, 1968, 1458; Id., 14 marzo 1972 n. 512, in *Giur. it.*, 1972, III, I, 484, con nota di A.M. SANDULLI; Id., Ad. plen., 17 maggio 1974 n. 5, in *Foro it.*, 1975, III, 106; Id., Sez. V, 8 luglio 1977 n. 755, in *Cons. Stato*, 1977,

nell'esigenza di non imporre la demolizione di un'opera prima di ottenere la concessione per realizzarla nuovamente(4). In questo modo sostanzialmente si supera e si svuota di significato la previsione della doppia conformità delle opere (che si intendono sanare) agli strumenti urbanistici vigenti all'epoca della realizzazione ed all'epoca della domanda di sanatoria.

L'orientamento prevalente, però, criticando l'impostazione della sanatoria giurisprudenziale, riafferma i molteplici argomenti che militano in favore della necessità della doppia conformità. Posto che — come già accennato — l'accertamento di conformità previsto prima dall'art. 13 della l. 28 febbraio 1985 n. 47 ed ora dall'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001 è diretto a sanare — a regime — le opere solo formalmente abusive, in quanto eseguite senza titolo abilitativo ma conformi nella sostanza alla disciplina urbanistica applicabile per l'area su cui sorgono, vigente sia al momento della loro realizzazione che al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria (5), si possono fondatamente ritenere non condivisibili le ragioni addotte a sostegno della tesi contraria a quella seguita dal sopraindicato prevalente orientamento.

A favore della c.d. sanatoria giurisprudenziale si invoca comunemente la asserita necessità di rapportare il controllo sull'attività edificatoria dei privati al principio costituzionale di buon andamento della p.a., per effetto del quale, in sede di accertamento di conformità ex art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, non potrebbe non essere accolta l'istanza di sanatoria per quei manufatti che potrebbero ben essere realizzati sulla base della disciplina urbanistica vigente al momento della richiesta di sanatoria, ancorché non conformi alla disciplina vigente al momento della loro realizzazione. In questo modo si verrebbe ad evitare uno spreco di inutili attività sia dell'amministrazione (il procedimento amministrativo finalizzato all'adozione del provvedimento di demolizione e, dopo l'abbattimento e la nuova richiesta di permesso, il provvedimento volto al rilascio, appunto, del titolo per la nuova edificazione) sia del privato (la demolizione, la richiesta del nuovo titolo abilitativo e la successiva nuova edificazione).

Si fa notare che sarebbe essere del tutto artificiosa quella sorta di antinomia che si vorrebbe creare con l'affermazione della c.d. sanatoria giurisprudenziale — e, quindi,

I, 1197; Id., 26 luglio 1984 n. 578, in *Giust. civ. Rep.*, 1984, v. Edilizia 340; T.A.R. Lazio, 13 marzo 1984 n. 1110, in *TAR*, 1984, I, 2470; Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 1986 n. 193, in *Cons. Stato*, 1986, I, 312. Secondo Cons. Stato, Sez. VI, 12 novembre 2008 n. 5646, la sanatoria edilizia può bene intervenire a seguito di conformità «sopraggiunta» dell'intervento in un primo tempo illegittimamente assentito, divenuto cioè permessibile al momento della proposizione della nuova istanza dell'interessato, posto che questa si profila come del tutto autonoma rispetto all'originaria istanza che aveva condotto al permesso annullato in sede giurisdizionale, in quanto basata su nuovi presupposti normativi in materia edilizia. A tale orientamento pare, pertanto, palesemente irragionevole negare una sanatoria di interventi che sarebbero legittimamente concedibili al momento della nuova istanza. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2005 n. 1796. Anche Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6498, ritiene che gli artt. 13 e 15 della legge 28 febbraio 1985 n. 47, i quali richiedono, per la sanatoria rispettivamente delle opere eseguite senza concessione e delle varianti non autorizzate, che l'opera sia conforme tanto alla normativa urbanistica vigente al momento della realizzazione dell'opera quanto a quella vigente al momento della domanda di sanatoria, sono disposizioni contro l'inertza dell'amministrazione, e significano che, se sussiste la doppia conformità, a colui che ha richiesto la sanatoria non può essere opposta una modificazione della normativa urbanistica successiva alla presentazione della domanda. Tale pronuncia afferma che ancora la succitata regola non preclude il diritto ad ottenere la concessione in sanatoria di opere che, realizzate senza concessione o in difformità dalla concessione, siano conformi alla normativa urbanistica vigente al momento in cui l'autorità provvede sulla domanda di sanatoria; non essendovi nessuna ragione di ritenere che l'ordinamento imponga di demolire un'opera prima di ottenere la concessione per realizzarla nuovamente. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1995 n. 238, in *Foro amm.*, 1995, 359 (con nota critica di G. TERRACCIANO), secondo cui la concessione in sanatoria è istituto dedotto dai principi generali attinenti al buon andamento ed all'economia dell'azione amministrativa, e consiste nell'obbligo di rilasciare la concessione quando sia regolarmente richiesta e conforme alle norme urbanistiche vigenti al momento del rilascio, anche se l'opera alla quale si riferisce sia già stata realizzata abusivamente; pertanto, tale generale istituto resta fermo anche successivamente alla previsione espressa dalla concessione in sanatoria di cui all'art. 13, l. 28 febbraio 1985 n. 47.

(4) Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 11 maggio 2007 n. 534. Sul punto si rinvia anche alle altre pronunce indicate nella nota n. 3.

(5) Nel senso indicato nel testo cfr., oltre alle pronunce riportate nella nota n. 1, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 21 marzo 2008 n. 1460; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 13 dicembre 2007 n. 620; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 9 giugno 2006 n. 1352, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

con il sostanziale ripudio dell'esigenza della doppia conformità, ad onta della sua esplicita previsione nell'art. 36 cit. — tra i principi di legalità e di buon andamento della p.a., con assegnazione della prevalenza a quest'ultimo, in nome di una asserita logica «efficientista».

Anche in dottrina si è affermato che «non esiste solo il principio di legalità, esistono anche la proporzionalità e (...) l'efficienza e l'economicità», ritenendo possibile nella materia in esame «argomentare in termini di legalità “sostanziale”» (6).

Si è anche affermato che l'abusività dell'opera — in quanto costruita senza titolo abilitativo — non potrebbe compromettere la sua *sostanziale* attuale conformità agli strumenti urbanistici (7).

Il frequente richiamo, da parte dell'orientamento favorevole alla c.d. sanatoria giurisdizionale, dei concetti di legalità sostanziale ed efficienza amministrativa rende necessario un approfondimento, in particolare, dei rapporti intercorrenti tra questi due concetti.

L'impostazione favorevole alla c.d. sanatoria giurisprudenziale apparentemente sembra trovare avallo nel noto fenomeno dell'emersione di una concezione sostanzialistica del principio di legalità (8), la quale ha avuto un'importante conferma, tra l'altro, con la l. 11 febbraio 2005 n. 15 (in particolare cfr. art. 21-*octies*) (9).

Si deve rilevare come questo processo tragga indubbiamente le mosse dalle riforme degli anni '90 del secolo scorso, artefici non solo dell'abbandono di un'amministrazione autoritativa e formale, mera esecutrice delle leggi e strumento del potere esecutivo, ma anche della contestuale adozione di un'amministrazione responsabile, partecipata e destinata ad operare al servizio della collettività.

Le rilevanti innovazioni apportate al nostro sistema hanno comportato, in particolare, una nuova connotazione delle pubbliche amministrazioni secondo caratteri sempre più marcatamente economico-aziendali, determinando il riconoscimento del rilievo giuridico del risultato e il superamento della sua concezione meramente economica: oggi l'amministrazione è tenuta al conseguimento del risultato, la cui rilevanza giuridica non è limitata a determinati ambiti, ma coinvolge tutte le sue componenti e forme di manifestazione.

Il primato dell'economia sulla politica, soggetta ad un sensibile ridimensionamento nella sua configurazione tradizionale, ha determinato, dunque, l'idea di un'amministrazione pubblica tenuta a conformarsi non solo ai canoni della c.d. *new economy* (trasparenza, economicità, efficacia, qualità, ecc.) (10), ma altresì al dovere di perseguire risultati

(6) In questi termini si esprime L. ROMANUCCI in una nota del 20 gennaio 2010 a T.A.R. Sicilia, Sez. I, 9 gennaio 2009 n. 5, in www.altalex.com.

(7) B. GRAZIOSI, *A proposito dell'ammissibilità della c.d. «sanatoria giurisprudenziale» (e dei suoi intrecci con il condono edilizio)*, in questa *Rivista*, 2004, 40 ss.

(8) In merito ci sia consentito di rinviare a P. TANDA, *Principio di legalità ed efficienza amministrativa*, in www.giustamm.it, 2010.

(9) In questo contesto si radica la concezione di un'amministrazione intesa come un potere non imposto come tale ma esercitato legittimamente solo in quanto strumentale al perseguimento di determinati obiettivi: si tratta, in altri termini, di un potere la cui stessa esistenza è giustificata dallo scopo ed in relazione allo scopo il potere è altresì delimitato e conformato alla situazione concreta. È su queste basi che, oggi, si posa il significato di «amministrare», non più coincidente con l'assunzione di una posizione autoritaria ma consistente in un ruolo di servizio alla collettività (*ad minus stare*). La consapevolezza della dottrina sul punto ha determinato, non casualmente, una nuova sensibilità — in vari ambiti — nel circoscrivere il campo di indagine, producendo uno spostamento dell'interesse dall'organizzazione in senso statico al relativo profilo dinamico, dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dall'autorità alla partecipazione, dalla legittimità formale al risultato. Rileva F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, 239 ss., che il rapporto tra amministrazione e cittadini ha subito un radicale rovesciamento, proprio in virtù dello spostamento del fulcro dell'attività amministrativa autoritativa dall'atto conclusivo alla precedente fase della formazione della decisione: «è profonda indubbiamente la modificazione del sistema e una sua attuazione completa potrà realizzarsi solo gradualmente. Laddove il comando legislativo viene rispettato favorendo la massima rappresentazione delle differenti situazioni soggettive coinvolte dall'esercizio della potestà, si determina una migliore soddisfazione del pubblico interesse, sancendo il passaggio da un'amministrazione di tipo monologico ad una di tipo dialogico».

(10) Tale modello di amministrazione pubblica è peculiarizzato, in particolare, da un vero e proprio dovere giuridico — e, quindi, non più solo socio-politico né solo interno — «di raggiungere presto, bene, con economicità e con trasparenza risultati concreti, corrispondenti agli interessi determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dalla stessa amministrazione attraverso la funzione di indirizzo politico-amministrativo»: in questi termini L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMOR-

concreti orientati allo sviluppo economico, elevato dal legislatore — art. 1/6 l. n. 59/1997 — al rango di interesse pubblico primario: l'amministrazione di risultato è chiamata, in definitiva, al rigoroso rispetto dei parametri di efficacia, economicità, tempestività, qualità e quantità (11).

La positivizzazione del principio di efficacia — quale doveroso perseguimento del risultato in funzione della concreta soddisfazione dell'interesse pubblico — ha prodotto, in altri termini, la transizione da un'amministrazione di tipo soggettivo-istituzionale ad una di tipo oggettivo-funzionale (12): l'efficacia, divenuta un obbligo per l'amministrazione, penetra nella struttura della responsabilità, diventandone elemento costitutivo (13), sancendo la profonda responsabilizzazione dell'azione amministrativa, in tutte le sue possibili estrinsecazioni, in relazione al risultato (14).

Le menzionate riforme legislative, unitamente all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, hanno originato un proficuo potenziamento del giudizio di legittimità, non più identificabile in un mero riscontro norma-atto: il sindacato amministrativo di legittimità, infatti, cessa di configurarsi come mero giudizio di legalità formale consistente in una verifica della corrispondenza tra la norma e l'atto, per qualificarsi quale vera e propria verifica della validità sostanziale dell'azione amministrativa, privilegiando il giudizio di adeguatezza e idoneità al perseguimento del risultato, sulla base di un necessario ricorso ai principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, a quelli di efficienza, economicità ed efficacia.

Tali ultimi principi rappresentano doveri che, in virtù di quanto statuito dalla legge sul procedimento amministrativo, anche per effetto delle modifiche apportate dalle leggi n. 15/2005 e n. 69/2009, conferiscono un'impronta ben precisa al principio costituzionale del buon andamento sul piano dinamico dell'attività.

DINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 435. Efficacia, economicità, trasparenza, tempestività, qualità e quantità ineriscono all'aspetto tecnico ed economico dell'amministrazione di risultato: le relative regole ormai costituiscono parametri giuridici delle decisioni tecniche, la cui sindacabilità, riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa, è stata ammessa anche dal legislatore (l. n. 205/2000), estendendo la consulenza tecnica alla giurisdizione generale di legittimità. La giurisdizione di legittimità, anche per effetto dell'estensione della consulenza tecnica, è divenuta giurisdizione piena: in merito A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. I Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; ID., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 754 ss. Secondo L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, l'ammissione della consulenza tecnica nel giudizio amministrativo ha eliminato il velo dell'intoccabilità del merito amministrativo.

(11) Conseguenza pratica dell'affermazione contenuta nel testo è la sindacabilità, alla luce dei parametri citati, delle decisioni tecniche dell'amministrazione: una possibilità di controllo che, ammessa dalla giurisprudenza amministrativa, è stata oggetto di riconoscimento espresso anche da parte del legislatore — l. n. 205/2000 — che ha esteso la consulenza tecnica alla giurisdizione generale di legittimità.

(12) In tal senso G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e amministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1308 ss. Rileva B. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, cit., 331, che l'obbligo generale di buon andamento « impone la soluzione che, al tempo stesso, sia la più efficiente in quanto la più economica ».

(13) Non a caso la l. n. 241/1990 è stata definita come « legge sulla responsabilità dell'amministrazione »: così G. PASTORI, *Presentazione del tema*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*. Atti del XLII Convegno di Scienza dell'amministrazione, Trezzano 19-21 settembre 1996, Milano, 1997, 8 ss., il quale sottolinea come tutta la legislazione degli anni '90 sia strumentale ad una amministrazione di risultato, attribuendo rilievo prevalente alla posizione dei cittadini e della società (di cui l'amministrazione è posta al servizio) piuttosto che a quella dell'Esecutivo.

(14) Il risultato, in virtù dello stretto legame di funzionalità diretta tra responsabilità ed efficienza, non rappresenta più un elemento meramente esterno all'ordinamento e rilevante solo in un momento successivo alle decisioni — quale parametro idoneo a vagliare dal di fuori, appunto, la coerenza, la giustizia e l'efficacia del sistema amministrativo — ma diviene anche elemento interno al diritto e alle decisioni giuridiche, capace di porsi come canone per le citate verifiche già al momento della formazione delle decisioni stesse, lasciando impregiudicati i controlli esterni e successivi.

La logica di risultato ha generato, inoltre, nuove e più moderne forme di responsabilità e corrispondenti tipologie di controllo. Queste ultime si esplicano con particolare riguardo all'adeguatezza sostanziale dell'atto amministrativo rispetto alla funzione esercitata: rappresentano, in definitiva, un sindacato sulla razionalità dell'azione pubblica che incontra il suo unico limite nel divieto di esame del merito.

Tale prospettiva induce a ricostruire il rapporto tra legalità ed efficacia non in termini di contrasto ma di doverosa integrazione: non è più necessario, cioè, sacrificare la legalità perché la pubblica amministrazione raggiunga gli opportuni livelli di efficacia, ma quest'ultima deve essere perseguita come valore anch'esso ancorato al principio di legalità, unica vera garanzia, in definitiva, dell'efficacia, dell'economicità e dell'efficienza.

3. Considerazioni conclusive.

Sulla base di quanto fin qui evidenziato, non si può non rilevare che l'agire della pubblica amministrazione deve essere in ogni sua fase retto dal principio di legalità, inteso quale regola fondamentale cui è informata l'attività amministrativa e che trova un fondamento positivo in varie disposizioni costituzionali (artt. 23, 24, 97, 101 e 113). Come già accennato, il principio del buon andamento della pubblica amministrazione non può non presupporre quello di legalità: in altre parole, al di là di asseriti contrasti fra efficienza e legalità, non può esservi rispetto del buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.) se non vi è al tempo stesso rispetto del principio di legalità. In tale ambito il legislatore tempera efficienza e legalità attraverso la previsione della sanatoria dei c.d. abusi formali: in effetti, il legislatore esclude in questo contesto la possibilità di abbattere le opere conformi alla disciplina sostanziale sull'utilizzo del territorio. Tale disciplina, in applicazione del principio di legalità, deve intendersi non solo quella vigente al momento dell'istanza di sanatoria, ma anche quella vigente all'epoca della loro realizzazione (e ciò costituisce, appunto, applicazione del principio di legalità). In questo modo il legislatore evita il sacrificio degli interessi dei privati che abbiano violato soltanto le norme relative al procedimento da seguire nell'attività edificatoria. Ciò costituisce una chiara applicazione dei principi di efficienza e buon andamento, che sarebbero irrimediabilmente violati nel caso di attribuzione di un peso preponderante agli aspetti solo formali rispetto a quelli del rispetto sostanziale delle norme generali e locali in materia di uso del territorio.

Se si accedesse all'orientamento favorevole alla c.d. di sanatoria giurisprudenziale, si verrebbe a determinare un'insanabile contraddizione, da un lato imponendo alle autorità comunali di reprimere e sanzionare gli abusi edilizi, dall'altro consentendo violazioni sostanziali della normativa del settore, come nel caso di opere prive di requisito della doppia conformità, visto che bisogna aver riguardo al momento della realizzazione dell'opera per l'accertamento dell'abuso (15).

Determinerebbe un grave *vulnus* al canone costituzionale del buon andamento ammettere la condotta dell'amministrazione che, di fronte ad interventi edificatori illegittimi, si determina nel senso di modificare la disciplina sull'uso del territorio, anziché reprimerli: si verrebbe, così, a determinare il perverso effetto di ingenerare future aspettative di modifiche della disciplina del settore, finendo per incoraggiare, anziché impedire, gli abusi urbanistico-edilizi.

Inoltre, non bisogna dimenticare che gli abusi sostanziali possono essere sanati non attraverso lo strumento dell'accertamento di conformità *ex art.* 36 cit., ma tramite il diverso istituto giuridico del condono (16), sempre che ne sussistano i presupposti normativamente stabiliti.

Del resto, depone inequivocabilmente in tal senso anche la *ratio* l'art. 36 t.u. dell'edilizia: la previsione della cosiddetta doppia conformità è stata voluta dal legislatore al chiaro scopo di predisporre una incisiva forma di tutela del territorio. Infatti, la necessità che l'opera edificatoria sia conforme agli strumenti urbanistici non solo al momento della proposizione della domanda in sanatoria ma anche al momento della realizzazione dell'opera stessa, risponde all'evidente obiettivo di evitare che possano essere sanate opere che, nel momento in cui sono sorte, erano state realizzate abusivamente con la speranza di poterle un giorno sanare. Si è pertanto voluto andare a colpire, imponendo lo specifico requisito della doppia conformità, proprio quelle opere abusivamente realizzate nell'aspettativa di una modifica degli strumenti urbanistici. È chiaro che prevedendo la necessità, ai fini della sanatoria, della conformità dell'opera non solo al momento della domanda di sanatoria stessa ma anche al momento della realizzazione, si viene a determinare un po-

(15) Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1352/2006 cit.

(16) Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, n. 1007/1990; T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1352/2006. cit.

tente deterrente nei confronti delle illecite condotte sopra indicate. Viceversa, ritenendo necessaria la conformità dell'opera abusiva agli strumenti urbanistici nel solo momento della domanda di sanatoria — conformemente alla tesi favorevole alla cosiddetta sanatoria giurisprudenziale —, si viene di fatto a depotenziare, se non a svuotare del tutto, l'efficacia della tutela predisposta dal legislatore contro i sopra indicati non infrequenti fenomeni di abusivismo edilizio. Anzi, si potrebbe fondatamente sostenere che l'impostazione da ultimo richiamata possa, anziché reprimere, incentivare le esecrabili condotte abusivistiche poste frequentemente in essere proprio in vista di una possibile sanatoria delle opere realizzate illecitamente. Invece, la previsione della certa impossibilità di sanare l'opera, anche se successivamente divenuta conforme allo strumento urbanistico, potrebbe essere — come detto — un fattore fortemente disincentivante le citate condotte del furbo abusivista che dovrebbe sperare, per sanare l'opera illecita, solo nell'intervento di uno straordinario provvedimento di condono che oggettivamente dovrebbe intervenire in archi temporali molto dilatati. Del resto non può sottacersi l'eventualità di modifiche allo strumento urbanistico (che rendano legittime opere originariamente abusive) per effetto di pressioni di centri di poteri indotti in tal senso anche da interessi ricollegabili, direttamente o indirettamente, agli autori di opere abusive poste in essere proprio nell'aspettativa di una modifica degli strumenti urbanistici. In tal senso non privo di significato è il fatto che il legislatore delegato nonostante un invito dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato (che nel proprio parere in ordine allo schema del t.u. dell'edilizia, aveva rilevato che «*pur non potendosi, in astratto, contestare la necessità del duplice accertamento di conformità, nella prassi l'applicazione del principio viene disattesa, ritenendosi illogico ordinare la demolizione di un quid che, allo stato attuale, risulta conforme alla disciplina urbanistica vigente e che, pertanto, potrebbe legittimamente ottenere, a demolizione avvenuta, una nuova concessione*», ed aveva conseguentemente proposto di valutare l'opportunità, in tali casi, di prevedere «*una forma di sanatoria che, fermo restando la sanzione penale per l'illecito commesso, fosse subordinata al pagamento di un'oblazione maggiore rispetto a quella richiesta nell'ipotesi di duplice conformità*»: Sez. Atti norm. 29 marzo 2001 n. 52/2001, in www.giustizia-amministrativa.it) ha, invece, inequivocabilmente ritenuto di «*non inserire una tale previsione, sia perché la giurisprudenza sul punto non è pacifica (sicché non può dirsi formato quel diritto vivente che avrebbe consentito la modifica del dato testuale) sia, soprattutto, per le considerazioni nettamente contrarie contenute nel parere espresso dalla Camera*» (17).

Pertanto, ha un rilievo determinante il fatto che la sanatoria giurisprudenziale non ha trovato conferma — come a volte accade con gli istituti di creazione pretoria — nella vigente legislazione, atteso che, l'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001 esplicitamente richiede la doppia conformità. In merito la sentenza che si annota opportunamente rileva che il mancato recepimento nella disposizione in esame (nonostante il citato auspicio in tal senso espresso nel parere del 29 marzo 2001 della Adunanza generale del Consiglio di Stato) dell'orientamento favorevole alla c.d. sanatoria giurisprudenziale, non consente che l'applicazione delle disposizioni che ammettono la sanatoria degli abusi — prevedendo un provvedimento tipico oggetto di una disciplina puntuale ed esaustiva nell'art. 36 t.u. dell'edilizia

(17) Relazione illustrativa al t.u. dell'edilizia, in questa *Rivista*, 2001, V, 332. Anche autorevole dottrina è favorevole all'indirizzo restrittivo fondato su una concezione più rigorosa del principio di legalità, che esclude l'ammissibilità di provvedimenti non previsti dalla legge: cfr. A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive: un istituto che non convince*, in *Urb. e app.*, 2007, 339 ss.; S. VINTI, *L'accertamento di conformità per opere realizzate in assenza di permesso o in violazione della normativa sulla d.i.a.*, in questa *Rivista*, 2004, II, 149 ss. Secondo M. GIAVAZZI, *La sanatoria degli abusi edilizi di creazione giurisprudenziale*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 61 ss., in caso contrario, «*si realizzerebbe una gestione dell'apparato sanzionatorio ingiustamente premiale dell'abusivismo e assolutamente inaccettabile da parte della maggioranza dei cittadini onesti e osservanti la legge, con conseguente violazione dei principi di eguaglianza, di ragionevolezza e di buona amministrazione*». Invece, secondo F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia successiva atipica di creazione giurisprudenziale*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 1412, pur essendo preferibile la soluzione negativa, afferma, che se si reputasse ammissibile la figura in esame, bisognerebbe ritenerla estranea, sotto ogni punto di vista, rispetto al diverso modello di cui all'art. 36 t.u. dell'edilizia. Infine, secondo B. GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità della c.d. sanatoria giurisprudenziale* («*e dei suoi intrecci con il condono edilizio*»), in questa *Rivista*, 2004, 40 ss., la c.d. sanatoria giurisprudenziale è da ritenersi esclusa soltanto per gli immobili gravati da vincolo paesaggistico.

— subisca ampliamenti in via interpretativa, e che in particolare prescindano dal requisito della c.d. doppia conformità (18).

Del resto, non può ritenersi privo di conseguenze pratiche il fatto che costituisce comunque reato la condotta del soggetto che realizza un'opera divenuta conforme agli strumenti urbanistici solo in un momento successivo rispetto a quello della realizzazione dell'opera stessa: in questi casi è pacifica la sussistenza del reato di costruzione abusiva. Pertanto, anche se l'opera diventi conforme agli strumenti urbanistici per effetto di sopraggiunte modifiche apportate a questi ultimi, l'autore della costruzione — abusiva al momento della sua realizzazione — non solo dovrà essere soggetto a condanna penale ma, quel che più interessa ai fini del presente studio, il giudice penale dovrà disporre, con la sentenza di condanna, anche l'abbattimento dell'opera, quantunque sia successivamente alla sua realizzazione diventata conforme agli strumenti urbanistici. Tale evenienza potrà essere esclusa solo laddove vi sia un provvedimento di senso contrario da parte della pubblica amministrazione, provvedimento che non può essere adottato proprio per effetto dell'inammissibilità della cosiddetta sanatoria giurisprudenziale.

Va, però, sottolineato che tale evenienza può essere superata unicamente nell'ipotesi di un provvedimento legislativo che escluda specificamente l'abbattimento per le opere abusivamente realizzate e successivamente divenute conformi alla disciplina urbanistica (19). Se, pertanto, è pacifico che costituisca un illecito penale realizzare un'opera abusiva anche se successivamente divenuta conforme alla disciplina urbanistica (20) non si riesce a capire per quale motivo non si debba considerare quella stessa condotta anche un illecito amministrativo e quindi ritenere non sanabile l'opera di chi ha costruito in difformità degli strumenti urbanistici nella aspettativa di una modifica della disciplina urbanistica. In questo caso non vi è dubbio che l'opera non possa essere sanata e che, quindi, ne debba essere disposto l'abbattimento nonostante l'opera risulti, anche se solo dopo la sua realizzazione, conforme alla normativa edilizia. Depongono in tal senso non solo l'obbligatorio ordine di abbattimento che dovrà essere disposto dal giudice penale (salva la deprecabile ipotesi in cui si arrivi ad una pronuncia di prescrizione) e, quindi, la natura incontrovertibilmente illecita — e non solo illegittima — della relativa condotta, ma anche elementari esigenze di rispetto della *ratio* dell'art. 36 t.u. dell'edilizia. Infatti, se il legislatore ha espressamente voluto escludere la possibilità di sanare opere che risultino comunque abusive al momento della loro realizzazione — anche se successivamente divenute conformi — evitando in questo modo di incentivare la diffusa ed esecrabile prassi di realizzare un'opera non conforme alla disciplina urbanistica nella aspettativa di una modifica di quest'ultima, è evidente che non ha alcun senso ritenere un paradosso abbattere un'opera che dovrebbe successivamente essere realizzata proprio perché conforme allo strumento urbanistico. Vero è che l'opera divenuta appunto conforme a tale strumento ben può essere oggetto di un nuovo permesso edilizio e quindi di una nuova sua riedificazione ma ciò non toglie che il legislatore proprio in vista di una incisiva ed efficace tutela del territorio ha imposto due specifici argini (cosiddetta doppia conformità), di talché è perfettamente compatibile con tale logica la possibilità di abbattere un'opera in origine abusiva che, per essere successivamente diventata conforme alla disciplina urbanistica, potrebbe essere riedificata previa richiesta di un permesso edilizio concedibile per effetto della nuova normativa urbanistica. Inoltre, è perfettamente compatibile con la logica della *ratio* dell'art. 36 cit. il fatto che il legislatore si sia prefigurata questa evenienza e nono-

(18) Nello stesso cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 aprile 2006 n. 2306. Si vedano anche le altre pronunce riportate nella nota n. 1.

(19) Cfr. art. 92 l. Regione Veneto n. 61/1985.

(20) Cass., Sez. III, 21 settembre 2009 n. 36350 (ud. 9 luglio 2009), ha ribadito che secondo il dato testuale di cui all'art. 36, co. 1 t.u. n. 380/2001, ai fini del rilascio del permesso di costruire in sanatoria, è necessario che l'opera eseguita abusivamente risponda al requisito della cosiddetta doppia conformità e, cioè, che la stessa sia conforme agli strumenti urbanistici vigenti sia al momento della sua realizzazione che a quello dell'emissione del provvedimento. In mancanza di tale duplice requisito deve escludersi che il provvedimento di sanatoria possa esplicare l'effetto estintivo del reato previsto dall'art. 45, co. 3 t.u. n. 380/2001. Anche Cass., Sez. III, 7 novembre 2008 n. 41858 (ud. 8 ottobre 2008), in www.lexambiente.it, ha ribadito che in materia edilizia, ai fini del permesso in sanatoria è richiesto che l'opera eseguita originariamente in assenza di concessione o autorizzazione presenti la cosiddetta doppia conformità ovvero che sia conforme agli strumenti urbanistici vigenti al momento del rilascio del provvedimento e che risultasse tale anche al momento della sua realizzazione.

stante tutto non abbia ritenuto di intervenire escludendo l'eventualità dell'abbattimento. Del resto tale evenienza non poteva *in toto* essere esclusa dal soggetto che ha realizzato l'opera originariamente abusiva: è chiaro, infatti, che la prospettiva di una successiva modifica dello strumento urbanistico e quindi la possibilità attraverso tale modifica di una successiva e sopravvenuta conformità dell'opera, rappresentano situazioni tutte ipoteticamente prevedibili ma non realizzabili con certezza. Anzi dovrebbe essere l'esatto opposto. Quindi chi realizza l'opera evidentemente già accetta il « rischio » di un abbattimento della stessa, rischio che deve tramutarsi in certezza, salvo ovviamente che intervenga un (inopportuno) condono. Pertanto, l'auspicabile consolidarsi di tale orientamento (non solo legislativo ma anche) giurisprudenziale costituirebbe un efficace deterrente nei confronti dei succitati fenomeni di abusivismo edilizio. La fondatezza di tale ricostruzione è ulteriormente suffragata dalla possibilità (prevista dal t.u. n. 380/2001) che l'opera abusiva, anziché essere abbattuta, venga acquisita gratuitamente al patrimonio comunale. In questa specifica ipotesi risulta evidentemente impossibile ipotizzare l'abbattimento e la ricostruzione della medesima opera. Non può, quindi, condividersi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il principio normativo della doppia conformità dovrebbe ritenersi riferibile all'ipotesi di garantire il richiedente dalla possibile variazione in senso peggiorativo della disciplina edilizia, a seguito di adozioni di strumenti che riducano o che escludano, lo *ius aedificandi* quale sussistente al momento della presentazione della richiesta di sanatoria (21). Né evidentemente può ritenersi che l'art. 36 t.u. cit. costituisca una disposizione prevista dal legislatore contro l'inerzia della p.a., con la asserita conseguenza che, sussistendo la doppia conformità, a colui che ha richiesto la sanatoria non può essere opposta una modificazione della normativa successiva alla presentazione della domanda (22). Ma ancora più inconcepibile è l'affermazione secondo cui, imporre per un unico intervento costruttivo — comunque attualmente conforme — una duplice attività edilizia (demolizione e successiva identica ricostruzione), verrebbe a ledere « parte sostanziale dello stesso interesse pubblico tutelato », in quanto per un unico intervento — che comunque sarebbe legittimamente realizzabile — si dovrebbe avere « un doppio carico di iniziative industriali-edilizie, con la conseguenza contrastante con il principio di proporzionalità di un significativo aumento dell'impatto territoriale ed ambientale » (23). Non vi è dubbio che tale orientamento giurisprudenziale, violando palesemente la lettera e la *ratio* dell'art. 36 cit., viene di fatto a disapplicare tale ultima norma (24). Né si può condividere l'opinione di chi ritiene che la questione in esame debba essere posta sul piano del primato della pianificazione conformativa, asserendo che l'abusività dell'opera — in quanto realizzata senza titolo abilitativo — non potrebbe compromettere la sua sostanziale attuale conformità all'attività edificatoria legittimamente concretizzatasi nello strumento urbanistico vigente. In altri termini, secondo tale ultima prospettazione teorica, l'illegittimità dell'attività costruttiva sarebbe, dal punto di vista della pianificazione conformativa, se non addirittura irrilevante, un mero vizio formale che non potrebbe incidere sulla valutazione sostanziale dell'opera e sul giudizio della sua conformità alla disciplina urbanistica (25).

Tuttavia, le considerazioni innanzi svolte in ordine al principio di legalità ed al suo rapporto con quello di efficienza amministrativa, unitamente alle argomentazioni approfondite in merito alla *ratio* della norma in esame, inducono a non condividere la succitata prospettazione. Del resto è stato efficacemente evidenziato (26) che l'art. 36 cit. non può non essere interpretato nel senso di escludere la cosiddetta sanatoria giurisprudenziale, anche in considerazione del fatto che, il principio di cui all'art. 97 Cost., che farebbe ritenere illogica la demolizione dell'opera, quando la stessa potrebbe essere autorizzata sulla base della sopravvenuta strumentazione urbanistica, deve, comunque, retrocedere dinanzi all'al-

(21) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2009 n. 2835, in www.altalex.com.

(22) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2009 n. 2835, cit.

(23) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2009 n. 2835, cit.

(24) M.G. ZAMBURLIN, *Sulla c.d. sanatoria giurisprudenziale, in venetious.myblog.it*, 2009, afferma che la *ratio* dell'art. 36 del t.u. dell'edilizia « la cui rigidità è giustificata da comprensibili esigenze di deterrenza di un uso scorretto degli strumenti urbanistici contrario all'interesse pubblico, risulta frustrata dalla "creatività" manifestata dalla giurisprudenza... il Consiglio di Stato, invece, con la sentenza n. 2835 del 7 maggio, nell'intento di correggere il sistema, finisce per non farci più capire che cosa significhi "principio di legalità" e se esso mantenga un significato nell'ordinamento italiano ».

(25) B. GRAZIOSI, *A proposito dell'ammissibilità della c.d. « sanatoria giurisprudenziale »*, cit., 40 ss.

(26) T.A.R. Toscana, Sez. III, 15 aprile 2002 n. 724, in www.giustizia-amministrativa.it.

tro principio, di rango costituzionale, e cioè il principio di legalità, che impone la necessaria e stretta osservanza della disciplina dettata dalla legge per la sanatoria delle opere abusive. Argomentare diversamente comporterebbe non solo che ogni ipotesi di abuso edilizio debba essere in ogni tempo sanato dal sopravvenire di una disciplina urbanistica con la quale esso non si trovi in contrasto, ma anche che l'istituto della sanatoria di cui all'art. 36 cit. (che disciplina l'unica ipotesi di sanatoria «a regime» prevista dalla disciplina di settore) non prevede alcuna deroga che possa legittimare ipotesi di sanatoria al di fuori delle condizioni e dei presupposti previsti dalla succitata norma. Non vi è dubbio che la mancanza di tali deroghe possa comportare delle conseguenze particolarmente onerose e punitive per chi realizza un'attività edificatoria originariamente illecita ma successivamente divenuta conforme. Tuttavia si tratta di conseguenze, come accennato in precedenza, ampiamente previste non solo dal legislatore ma anche dallo stesso abusivista (27). In considerazione di tali gravi conseguenze si è ritenuta la possibilità di sollevare da parte della giurisprudenza amministrativa — al fine di rendere più flessibile la disciplina in esame — una questione di costituzionalità della norma affinché il giudice delle leggi ne valutasse la ragionevolezza in relazione all'art. 3 Cost. (28).

Tuttavia, in senso contrario si può rilevare che tutte le sopraindicate considerazioni depongono inequivocabilmente nel senso dell'assoluta ragionevolezza ed adeguatezza della norma in esame, con la conseguenza che una eventuale questione di legittimità costituzionale sarebbe inevitabilmente destinata a non andare a buon fine. In ogni caso, l'eventualità di un'inopinata quanto inconcepibile pronuncia di accoglimento di legittimità costituzionale, verrebbe a determinare un pericoloso sgretolamento dell'adeguato sistema di tutela predisposto dal legislatore.

Né può ritenersi necessario, ai fini di un chiarimento in ordine alla problematica in esame, un intervento del legislatore (29): ancora una volta non può non rilevarsi che la chiara lettera e la inequivocabile *ratio* dell'art. 36 cit. inducono a ritenere tutt'altro che auspicabile un intervento del legislatore in un ambito in cui il legislatore stesso è quanto mai chiaro. Anzi, un eventuale ulteriore intervento legislativo non avrebbe altro effetto che quello di incrementare i dubbi già alimentati da un contrasto giurisprudenziale esistente all'interno del solo Consiglio di Stato. Infatti, la giurisprudenza amministrativa di primo grado è sostanzialmente univoca nel senso di escludere l'ammissibilità di questa figura di creazione giurisprudenziale (30). Pertanto, l'unico intervento auspicabile potrebbe essere quello dell'Adunanza plenaria dello stesso Consiglio di Stato: l'autorevolezza di una tale pronuncia potrebbe indurre a più miti consigli quei collegi che in più circostanze si sono schierati a favore della c.d. sanatoria giurisprudenziale. Pertanto, una decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che rimediti quanto affermato dall'Adunanza generale in ordine al succitato parere espresso sullo schema del t.u. dell'edilizia (31) e valuti approfonditamente tutte le molteplici argomentazioni addotte per negare la c.d. sanatoria giurisprudenziale, potrebbe portare una ad un definitivo affermarsi del principio sancito, oltre che dalla consolidata giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali, anche da molte pronunce dello stesso Consiglio di Stato (32). Si verrebbe così ad eliminare quella situazione di incertezza che molto spesso costituisce la «zona oscura» da cui può prender linfa l'escrabile fenomeno dell'abusivismo edilizio.

PAOLO TANDA

(27) Sulla problematica della sanatoria edilizia ci sia consentito di rinviare al nostro volume *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2010, 676 ss.

(28) In tal senso M.G. ZAMBURLIN, *Sulla c.d. sanatoria giurisprudenziale*, cit.

(29) In tal senso L. ROMANUCCI, nella già citata nota del 20 gennaio 2010 e T.A.R. Sicilia, Sez. I, 9 gennaio 2009 n. 5, in *altalex.com*, secondo cui «potrebbero essere maturi i tempi di una sanzione amministrativa, certamente statale, che acclari una volta per tutte la sopravvivenza o l'estinzione di un potere discrezionale, concreto ed attuale (non solo ideale e teorico), entro i limiti del quale le pp. aa. possono trovare un giusto modo di azione e operazione che elimini, finalmente, ogni residua incertezza sulla possibilità di mantenere in essere opere che sono, ad un tempo, abusive nel passato e regolari nel presente».

(30) Si vedano le pronunce dei Tribunali amministrativi regionali indicate nella parte finale della precedente nota n. 1.

(31) Sez. Atti norm. 29 marzo 2001, in *giustizia-amministrativa.it*.

(32) Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2009 n. 1126. Si vedano anche le altre pronunce indicate nella nota n. 1.