

La sanatoria giurisprudenziale tra principio di legalità e ragionevolezza dell'agire amministrativo.

- **Francesco Foggia**
Membro Consiglio Direttivo
Osservatorio Giuridico Italiano
Sezione Napoli

La legislazione urbanistica conosce due tipi di sanatoria: la sanatoria di conformità (o ordinaria), disciplinata dall'art. 13 L. n. 47/1985 ed ora dagli artt. 36 e 37 D.P.R. 380/2001; ed il condono edilizio (o sanatoria straordinaria), disciplinato da leggi speciali.

La differenza tra tali due tipi di sanatoria edilizia sta nel fatto che, mentre per il riconoscimento della prima è necessario che la P.A. accerti la conformità dell'opera abusivamente realizzata agli strumenti urbanistici in vigore sia al momento della sua realizzazione sia al momento della richiesta di sanatoria (cd. doppia conformità); per il rilascio della seconda, invece, è necessario semplicemente che le opere, sebbene non conformi allo strumento urbanistico, siano state realizzate entro certi limiti dimensionali e temporali previsti dalla legge speciale. Entrambe le figure di sanatoria descritte fanno venir meno, per effetto del loro riconoscimento, le sanzioni penali ed amministrative connesse alla realizzazione dell'abuso

Accanto a tali figure di sanatoria edilizia la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto, da lunghissimo tempo, una terza tipologia di sanatoria edilizia che, proprio perché non trova spazio nella legislazione in materia edilizia, è stata definita "sanatoria giurisprudenziale".

Tale istituto pretorio, che affonda le sue radici sotto la vigenza della Legge n. 1150 del 1942 (prima, quindi, anche della creazione della figura della concessione edilizia ad opera della Legge Bucalossi), riconosce l'inopportunità del rimedio demolitorio rispetto a manufatti edilizi che, seppur non conformi rispetto agli strumenti urbanistici vigenti al momento della loro emanazione, sono tuttavia assentibili rispetto alla normativa vigente al momento della presentazione della domanda di sanatoria; in altre parole, la *ratio* socio-economica di tale indirizzo si fonda sulla considerazione della irragionevolezza di una sanzione demolitoria riguardo ad un'opera che potrebbe essere realizzata nuovamente, identica, in quanto conforme alle previsioni urbanistiche attuali¹. L'indirizzo chiaramente si ispira al principio di ragionevolezza e di buon andamento dell'azione amministrativa.

Tuttavia, tale istituto (teorizzato e confermato nel tempo in particolare dalla

¹ Tra le pronunce precedenti all'introduzione della Legge n. 47 del 1975, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 1966, n.968, in Cons. Stato 1966, I, 1455; Sez. V, 5 novembre 1968, n. 1405, in Riv. Giur. Edil. 1968, 1458; Sez. V, 14 marzo 1972, n.168, ivi 1972, I, 512 e Giur. It. 1972, III, I, 484, con nota di A.M. Sandulli; Ad. plen. 17 maggio 1974, n. 5, in Foro It. 1975, III, 106. Sul punto vd. anche M. GIAVAZZI, *La sanatoria degli abusi edilizi di creazione giurisprudenziale* (nota a Cons. di Stato, sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6498), in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2004, fasc. 1, pagg. 40 ss.

Sezione Quinta del Consiglio di Stato) non ha mai ricevuto pacifica legittimazione da parte di dottrina e giurisprudenza².

Nella giurisprudenza di merito, in particolare, il Tar Veneto si è sempre mostrato apertamente critico nei confronti della creazione da parte del Consiglio di Stato della sanatoria in discussione. Il motivo principale di tale avversità è individuato nella lesione del principio di legalità degli atti amministrativi che si ravviserebbe in tutti i casi in cui il soggetto esecutore dell'abuso edilizio vedrebbe sanato il proprio manufatto in ragione della normativa vigente al momento della sola presentazione della domanda ed a prescindere, dunque, del requisito della doppia conformità previsto dalla legge (ed in base al quale non potrebbe, quindi, neanche provvedere a sanare l'opera mediante istanza di conformità ex art. 36 T.U.E.)³.

² Per un'analisi delle posizioni dottrinali sul punto cfr. A. CORTESI, *I termini del dibattito in corso in tema di <<sanatoria giurisprudenziale>>*, nota a Tar Lombardia, Brescia, 23 giugno 2003, n. 870, in *Urbanistica e Appalti*, 9/2003, 1093 ss.

³ Cfr. Tar Veneto, sent. 23.12.1996 n. 2200 *"In tema di concessione in sanatoria, non si può aderire all'indirizzo della c.d. sanatoria giurisprudenziale, sia perché l'art. 13 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 domanda», sia perché diversamente si finirebbe per attribuire al legislatore una finalità premiale verso gli*

Ed in effetti l'affermazione della figura della sanatoria giurisprudenziale comporta una seria riflessione circa la tenuta dell'istituto rispetto a tale fondamentale principio di diritto pubblico che impone alla P.A. di contenere la propria azione nei limiti specificamente previsti dalla legge e di esercitare le proprie funzioni in conformità alla disciplina sostanziale posta dalla stessa ⁴. Non a caso, con l'art. 13 della Legge n. 47/1985, che introduceva nell'ordinamento una norma espressa in tema di sanabilità di abusi edilizi, condizionata alla verifica della doppia conformità, sembrava che il legislatore avesse messo un punto alla diatriba nata sulla nascente figura della sanatoria giurisprudenziale, decretando la vittoria di chi ha sempre osteggiato la legittimità di tale figura.

Tuttavia, è proprio su una certa interpretazione condotta su tale

disposizione che il Consiglio di Stato ha rafforzato la propria teoria circa l'opportunità della figura giurisprudenziale di sanatoria edilizia. Infatti, i Giudici di Palazzo Spada, lungi dal ritenere l'art. 13 Legge n. 47/1985 come "norma di chiusura" nei riguardi delle di contrasto all'edilizia abusiva, hanno ritenuto, invece, che l'art. 13, nella parte in cui prevede, per il rilascio della concessione in sanatoria, il requisito della "doppia conformità", non può ritenersi diretto a disciplinare l'ipotesi inversa dello *ius superveniens* edilizio favorevole, rispetto al momento ultimativo della proposizione dell'istanza⁵.

Il principio è stato ripreso dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato anche in seguito all'emanazione del D.P.R. n. 380 del 2001, nel quale il legislatore non ha previsto la sanatoria dell'abuso conforme al solo strumento urbanistico vigente al momento della

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". Cfr. anche M. G. ZAMBURLIN, "Sulla cd. "sanatoria giurisprudenziale", in venetoius.myblog. it

⁴ Cfr. M. Magri, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano 2002.

⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 1995, n. 238 (Pres. Catalozzi, Est. Carboni, in Foro Amm., 1995, pag. 349, con nota critica di G. TERRACCIANO): "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".

presentazione dell'istanza, continuando a richiedere, per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, la conformità dell'opera "alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda"⁶. L'istituto di creazione pretoria si fonda, come è chiaro, sul fatto che appare irragionevole ordinare la demolizione di un'opera che è del tutto legittima alla luce della normativa vigente al momento della richiesta di conformità.

Le stesse ragioni sono state richiamate anche a sostegno della recente pronuncia

del Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 7 maggio 2009, n. 2835, nel quale si è tornato ad affermare che *"imporre per un unico intervento costruttivo, comunque attualmente "conforme", una duplice attività edilizia, demolitoria e poi identicamente riedificatoria, lede parte sostanziale dello stesso interesse pubblico tutelato, poiché per un solo intervento, che sarebbe comunque 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"*.

È del tutto evidente che, allora, nel caso di specie, è in discussione il bilanciamento tra due principi di diritto che trovano parimenti protezione costituzionale nel corpo del medesimo art. 97 (nonché nella formulazione dell'art. 1 della Legge n. 241 del 1990) : il principio di legalità ed il principio di

⁶ Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6498 (Pres. Quaranta, Est. Carboni): "Il Collegio non può che confermare i propri precedenti, citati dall'appellante e dalla stessa sentenza, che ha dichiarato di non condividerli, secondo cui gli articoli 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'inerzia 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"; ed ancora: "Tale 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".

⁷ A giudizio di chi scrive appare particolarmente pregevole l'argomentazione del Consiglio di Stato nella sentenza *de qua* quando la stessa sostiene che *"pare palesemente irragionevole negare una sanatoria di interventi che sarebbero legittimamente concedibili al momento della nuova istanza, perdendo oltretutto automaticamente efficacia, a seguito della presentazione di questa, il pregresso ordine di demolizione e ripristino, secondo l'orientamento di questo Consiglio in tema di rilevanza su tale ordine dell'istanza di sanatoria"*.

ragionevolezza, efficienza e buona amministrazione.

Ragionando per criteri generali, si potrebbe affermare che il principio di buona amministrazione (nei suoi connotati estrinseci di imparzialità, efficienza, efficacia, trasparenza e ragionevolezza) debba essere valutato nella cornice dei poteri e nei limiti tracciati dalla legge, posto che le funzioni della P.A. sono disegnate e circoscritte unicamente dalla legge attributiva del potere amministrativo⁸; dall'altro lato, tuttavia, si potrebbe altrettanto giustamente ritenere che il principio di buona amministrazione imponga all'amministrazione l'attuazione e l'interpretazione delle leggi nel senso della ragionevolezza e dell'efficacia dell'azione amministrativa⁹.

Sembra, invero, a chi scrive, che l'ostacolo principale che si frappone ad un riconoscimento pieno della sanatoria giurisprudenziale sia da ricercare, più che in un formalistico bilanciamento tra principi, nelle ansie giustizialiste che

sovente investono parte della dottrina e, ancor più, della giurisprudenza: ciò che maggiormente frena la giurisprudenza, soprattutto di merito, nel riconoscere la sanatoria giurisprudenziale è, infatti, l'inaccettabilità dell'idea che il soggetto che ha operato *contra ius* riesca a conservare il manufatto abusivamente realizzato (anche se al momento della presentazione della domanda di sanatoria l'opera non si pone più in contrasto con lo strumento urbanistico)¹⁰. La giurispru-

¹⁰ Cfr. Tar Sicilia, Catania, Sez. I, sent. 9.01.2009, n. 5, in cui si afferma che: "A ben guardare, invece, quella sorta di antinomia che si vorrebbe creare con l'affermazione della cd. sanatoria giurisprudenziale - e quindi con il sostanziale ripudio dell'esigenza della doppia conformità, ad onta della sua esplicita previsione negli artt. 13 e 36 citati - tra i principi di legalità e di buon andamento della P.A., con assegnazione della prevalenza a quest'ultimo, in nome di una presunta logica "efficientista", risulta artificiosa (cfr.: T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 09 giugno 2006, n. 1352).

Va innanzitutto osservato 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, 97, 24, 101 e 113 Cost.). In altri termini, lungi dall'esservi antinomia fra efficienza e legalità, non può esservi rispetto del buon andamento della p.a., ex art. 97 Cost., se non vi è nel contempo rispetto del principio di legalità. La vera insanabile contraddizione starebbe, da un lato nell'imporre alle autorità comunali di reprimere e sanzionare gli abusi edilizi, dall'altro consentire violazioni sostanziali della normativa del settore, quali rimangono - sul piano urbanistico - quelle conseguenti ad opere per cui non esista la cd. doppia conformità, dovendosi aver riguardo al momento della realizzazione dell'opera per valutare la sussistenza dell'abuso (cfr. la già richiamata sentenza del Tar Milano n. 1352/2006). [...] Si finirebbe così per incoraggiare, anziché impedire, gli abusi, perché ogni interessato si sentirebbe incitato

⁸ Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2006, p. 145.

⁹ A tal proposito non si può far a meno di ricordare la suggestiva tesi di V. ONIDA (*Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1957), che, nel solco di quanto affermato, giungeva a riconoscere in capo alle amministrazioni il *dovere di disapplicazione* di una legge ritenuta palesemente illegittima.

denza non ebbe, infatti, particolari difficoltà (cfr. Cass., Sez. Un., sentt. n. 1464/83, n. 3740/88 e n. 418/89; Corte Cost. sentt. n. 188/95 e n. 24/00) a far prevalere le ragioni di buona amministrazione su quelle del principio di legalità, laddove, ad esempio, si trattò di dare veste di legittimità alla pratica della P.A. che è andata poi sotto il nome di accessione invertita¹¹.

Appare, allora, opportuno ricercare nell'ordinamento vigente, i rimedi a carattere sanzionatorio che sarebbero comunque in grado di colpire la condotta di colui che abusivamente realizza un'opera abusiva e che, tuttavia, si pone come legittima alla luce degli strumenti urbanistici adottati successivamente dall'amministrazione: è necessario porre l'accento sul fatto che il committente l'abuso sarebbe comunque soggetto alle sanzioni penali previste dall'art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001 (nei limiti in cui non operi

alla realizzazione di manufatti difformi, contando sulla loro acquisizione di conformità ex post, a mezzo di modifiche della disciplina del settore.

¹¹ Anche dopo la sentenza di condanna pronunciata dalla Corte di Strasburgo sulla occupazione espropriativa (o accessione invertita) nel 2000, la Cassazione a Sezioni Unite con le sentt. n. 5902/2003 e n. 6853/2003, nonché con l'Adunanza Plenaria n. 2/2005, ha riaffermato la legittimità dell'acquisizione dei terreni occupati con opere della P.A.. Si segnala, da ultimo, l'ulteriore sentenza di condanna pronunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in sentenza 9 febbraio 2006.

l'istituto della prescrizione), nonché al pagamento delle previste dagli artt. 36 e 37 T.U.E. per i casi di sanatoria edilizia successiva all'accertamento di conformità. Tali misure appaiono sufficienti a rassicurare circa la finalità di prevenzione generale delle sanzioni comminate dall'ordinamento giuridico in caso di violazione delle norme di legge.

La negazione dell'istituto della sanatoria giurisprudenziale porta, tralaltro, ad esiti quanto mai discriminatori, se si pensa che l'amministrazione dovrebbe accordare il permesso di costruire a colui che chiedesse di realizzare un'opera identica nella tipologia, nella struttura e nella ubicazione a quella che era stata oggetto un minuto prima della demolizione ordinata dalla stessa P.A. per contrarietà alle prescrizioni edilizie vigenti al momento della sua edificazione¹².

Certamente auspicabile, sarebbe, tuttavia, che il legislatore statale o regionale, quest'ultimo, ovviamente, nei limiti della propria competenza concorrente, decidesse di statuire chiaramente al riguardo, anche per evitare che le amministrazioni locali si trincerino dietro una applicazione meramente formalistica della legge, da cui, peraltro, si originano onerose misure

¹² Cfr. sul punto M. GIAVAZZI, *La sanatoria degli abusi edilizi*, cit. p. 57 ss.

sanzionatorie (demolizione, immissione nel possesso...), nonché un copioso contenzioso che potrebbe ridondare a danno degli stessi bilanci comunali.