

RIVISTA GIURIDICA DI URBANISTICA

diretta da
LEOPOLDO MAZZAROLLI GHERARDO BERGONZINI

1/2004



III E
MAGGIOLI
EDITORE

ISSN 0394-8420

Pubb. trim. Anno XX, "Gennaio-Marzo 2004" – Sped. in a.p. • 45% • art. 2 comma 20/b legge 662/96 – DCI Umbria

La sanatoria degli abusi edilizi di creazione giurisprudenziale

di MASSIMO GIAVAZZI

SOMMARIO: 1. Le origini del mito: la sanatoria di creazione giurisprudenziale, nel regime normativo anteriore alla novella della legge n. 47 del 1985. – 2. L'archetipo delle autorizzazioni amministrative in sanatoria. – 3. L'antitesi della sanatoria degli abusi edilizi di carattere sostanziale con il detto archetipo. – 4. La conferma di detta antitesi. – 5. L'ambito di discrezionalità nella repressione dell'abusivismo edilizio, nel sistema della legge n. 765 del 1967. – 6. L'ambito di detta discrezionalità nel sistema vigente. – 7. Le conseguenze di ciò sulla sanatoria giurisprudenziale dell'abuso edilizio. – 8. La sopravvivenza della sanatoria di creazione giurisprudenziale alla novella legislativa della legge n. 47 del 1985, nella prassi giurisprudenziale. – 9. Il contrasto giurisprudenziale di merito. – 10. L'interpretazione adeguatrice dell'art. 13 della legge n. 47 del 1985 al precetto di efficienza dell'azione amministrativa espresso dall'art. 97 della Costituzione. – 11. Prospettive di sopravvivenza della sanzione amministrativa di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1985 nel diverso regime della sanatoria giurisprudenziale, e verifica della sua compatibilità con il precetto *nullum crimen nulla pena sine lege*. – 12. La reale natura della sanzione prevista per l'ipotesi dell'accertamento di conformità. – 13. Il contrasto della detta interpretazione adeguatrice con l'art. 3 della Costituzione. – 14. La novella del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. – 15. Considerazioni conclusive.

1. – L'Araba Fenice viveva per secoli per poi ardere sul rogo e quindi rinascere, dalle sue stesse ceneri, più pura e più bella: allo stesso modo, l'accertamento di conformità degli abusi edilizi di carattere sostanziale, abiurato, a più riprese, dal legislatore sembra, invero, ogni volta, rinascere, sempre più rinvigorito, nella giurisprudenza del supremo consesso di giustizia amministrativa.

L'istituto dell'accertamento di conformità, per la prima volta disciplinato in via normativa dall'art. 13 della legge 23 febbraio 1985, n. 47, trae origine da una precedente prassi amministrativa, avallata da un consolidato orientamento giurisprudenziale, volta a riconoscere alla pubblica amministrazione la potestà di rilasciare licenze edilizie in sanatoria, ogni qual volta il manufatto, abusivamente realizzato, fosse, nondimeno, conforme alla disciplina urbanistica e edilizia vigente al momento della sanatoria ⁽¹⁾.

Nel difetto di un'esplicita disciplina normativa, la giurisprudenza amministrativa aveva, infatti, confermato la scelta di alcuni enti locali di rilasciare la licenza in sanatoria di un intervento edilizio, realizzato

(1) Cfr. Consiglio di Stato, sentenza 13 ottobre 1993, n. 1031, ove si legge che "anche nel regime introdotto dalla l. 28 gennaio 1977, n. 10, è legittimo il rilascio della concessione edilizia in sanatoria, purché conforme alle prescrizioni urbanistiche vigenti, nell'esercizio di un potere ampiamente discrezionale, che trova limite nell'esigenza di tutela dell'interesse pubblico".

dal privato senza ottenere il loro preventivo assenso, quando il manufatto fosse conforme agli strumenti urbanistici vigenti al momento della presentazione della domanda di sanatoria: fossero essi in vigore al tempo della realizzazione dell'abuso o, diversamente, sopravvenuti in epoca successiva.

Si era, con ciò, voluto colmare un preteso vuoto normativo, ritenendo che la demolizione di un immobile, pure abusivo, ma sostanzialmente conforme alla disciplina urbanistica e edilizia vigente al momento della regolarizzazione, contrastasse con principi connaturati al sistema, quali quelli della conservazione dei valori giuridici e economici, di ragionevolezza e di equità: sarebbe, infatti, stata priva di logica alcuna, ma, soprattutto, sommamente ingiusta e, in definitiva, lesiva degli stessi interessi collettivi una disciplina normativa che imponesse la demolizione di un manufatto abusivo, che sarebbe, poi, potuto essere di nuovo edificato, nel pieno rispetto della legge, il giorno successivo alla sua distruzione, non appena ottenuto il necessario assenso della pubblica amministrazione ⁽²⁾.

La sanatoria di elaborazione giurisprudenziale, originariamente, colmava, dunque, un asserito vuoto normativo, e la magistratura amministrativa, in tal modo, esercitava, in via di interpretazione, una funzione di supplenza del legislatore, facendo applicazione, nella particolare vicenda, del più generale istituto delle autorizzazioni amministrative in sanatoria, elaborato dalla dottrina ⁽³⁾ e dalla giurisprudenza ⁽⁴⁾, pure nell'assenza di una disciplina normativa esplicita.

(2) Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli, sentenza 25 gennaio 1999, n. 161, ove si legge che "nel regime normativo anteriore alla legge per l'edificabilità dei suoli del 1977 (n. 10), si è generalmente riconosciuta la possibilità di ottenere una licenza in sanatoria allorché il carattere abusivo delle opere derivi unicamente dall'inosservanza delle formalità prescritte e non emerga alcun contrasto sul piano sostanziale con gli strumenti ed i vincoli vigenti. In definitiva si è inteso che, nonostante il silenzio del legislatore in ordine alla possibilità di provvedere alla sanatoria di opere illecite sol perché prive del previo assenso, abbiano prevalenza, nell'ordinamento, il principio della conservazione dei valori giuridici ed economici, nonché i criteri di ragionevolezza e di equità, posto che sarebbe illogico, ingiusto e lesivo per gli stessi interessi collettivi un sistema che pretendesse la distruzione di un'opera, inficiata da vizi meramente formali, nonostante la consapevolezza che la stessa opera potrebbe essere di nuovo realizzata, legalmente, il giorno dopo la sua distruzione, non appena ottenute le necessarie autorizzazioni. Anche a seguito della legge n. 10 del 1977 e prima che la materia trovasse espressa regolamentazione normativa nell'art. 13 della legge n. 47 del 1985, la giurisprudenza, dopo qualche iniziale oscillazione, ha sostanzialmente confermato il riconoscimento di un potere generale di sanatoria".

(3) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, pag. 552, il quale sostiene che gli atti amministrativi di sanatoria sono "manifestazione di potestà generali che l'amministrazione possiede per dar ordine alla propria attività, ossia di potestà che non sono volte alla cura di questo o dell'interesse pubblico positivo, bensì

2. – Si trattava, per vero, già allora, di una forzatura, perché, in effetti, la sanatoria degli atti amministrativi è, più propriamente, l'attività per mezzo della quale la pubblica amministrazione tende a eliminare i vizi formali dei propri atti ⁽⁵⁾.

Sul piano del diritto sostanziale, infatti, la sanatoria neutralizza l'efficacia destabilizzante di un vizio formale, attraverso la rinnovazione del procedimento: ciò che consente alla pubblica amministrazione di dimostrare, con l'evidenza dei fatti, che, se anche, per ipotesi, fosse stato, sin da subito, seguito il corretto incedere procedimentale, e non fosse, perciò, stato commesso l'errore formale, la sua scelta concreta non sarebbe, comunque, potuta essere diversa ⁽⁶⁾.

alla cura di quell'interesse di ambito generale, che l'amministrazione ha in ordine ad un corretto, ordinato e pertinente svolgimento della propria attività"; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2, 1987, pag. 145, il quale afferma che "la sanatoria opera la convalida di quegli atti che siano invalidi per la mancanza di un presupposto di legittimità ovvero per il mancato compimento di un atto del procedimento".

(4) Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 6 giugno 1986, n. 380, ove si legge che "nell'ambito del procedimento amministrativo, la natura normalmente preventiva dell'autorizzazione non esclude che essa possa essere rilasciata *ex post*, in via di sanatoria; deve ritenersi, infatti, sempre possibile l'eliminazione di vizi del procedimento, ancorché essi consistano nella mancanza di atti presupposti, ove ciò non sia precluso dalla peculiare finalità dell'atto omesso, che, se emanato successivamente, verrebbe a perdere la sua funzione". Si veda, pure, Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 6 maggio 1996, n. 571, ove si afferma che "la pubblica amministrazione ha la possibilità di adottare provvedimenti in sanatoria, ora per allora, relativamente a situazioni non perfettamente rispondenti, sotto il profilo procedurale, all'astratta fattispecie legale, ogni qualvolta tali situazioni, pur legittime, non risultino che abbiano osservato puntualmente adempimenti solo di natura procedurale; pertanto, allorché l'amministrazione abbia ritenuto legittima la situazione, ben può sanare il vizio procedurale con l'emanazione del relativo atto di propria competenza".

(5) Cfr. Tribunale superiore delle acque, sentenza 11 maggio 1998, n. 46, ove si legge che "nel diritto amministrativo si fa riferimento alla nozione giuridica di sanatoria con riguardo a tutti i casi di invalidità conseguente alla mancanza, nella cadenza procedimentale, di uno degli atti preparatori necessari per l'emanazione del provvedimento finale; tale sanatoria comporta l'eliminazione del vizio mediante il tardivo intervento dell'atto mancante o, quanto meno, di un atto di natura giuridica diversa, ma idoneo ad esplicare effetti analoghi ed a consentire che dalla non osservanza dell'ordine processuale non derivino, con riguardo all'atto finale, conseguenze pregiudizievoli". Interessante, a tal proposito, è, pure, quanto si legge in Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sentenza 23 novembre 1990, n. 1144, ove si afferma che "mentre l'atto di sanatoria e/o convalida appare diretto a sanare un provvedimento illegittimo a conclusione di un apposito procedimento di riesame di quel medesimo atto, appare diverso il caso in cui l'amministrazione, in un procedimento di diverso tipo, si trovi a dover riesaminare non l'atto in sé, ma la fattispecie che ne abbia costituito oggetto, ritenendo, in tale occasione, di optare per un assetto di interessi affidati alle sue cure del tutto coincidente con la scelta già in precedenza operata".

(6) Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 2, 409, ove, appunto, si legge che la "sanatoria rende irrilevante la violazione commessa, se le formalità omesse sono successivamente

Il punto di contatto tra la sanatoria degli atti amministrativi e quella degli abusi edilizi d'elaborazione giurisprudenziale passa, dunque, attraverso la similitudine del giudizio di prognosi postuma, con il quale, in ambedue le ipotesi, immaginando come realizzata la formalità omessa (in un caso dalla pubblica amministrazione, e, nell'altro, dal privato), si dimostra che la violazione delle regole del corretto incedere amministrativo non ha, in realtà, pregiudicato il bene della vita che il procedimento era chiamato a proteggere in una prospettiva, per così dire, dinamica.

In altre parole, in entrambi i casi, il corretto, seppure tardivo, svolgimento del procedimento amministrativo dimostra, a posteriori, che, nel caso concreto, la violazione di regole formali non è stata veicolo d'illegittimità sostanziali, e impedisce, perciò, di reprimere il risultato utile di tale condotta, essendo lo stesso, appunto, sostanzialmente conforme al precetto legislativo.

In entrambi i casi, difetta, dunque, un preventivo atto amministrativo d'autorizzazione dell'attività del privato: perché, a ben vedere, per ciò che qui interessa, affermare (nel caso della sanatoria degli atti amministrativi) l'esistenza di un atto amministrativo viziato, e, perciò stesso, destinato a essere eliminato dall'ordinamento con efficacia *ex tunc*, equivale, nella sostanza delle conseguenze pratiche, ad affermare (nel caso della sanatoria degli abusi edilizi) l'inesistenza tout court di un atto amministrativo.

Sia nel caso della sanatoria degli atti amministrativi, sia nell'ipotesi della sanatoria degli abusi edilizi, la pubblica amministrazione abdica, dunque, alla propria funzione di mediatore tra la legge e il privato ⁽⁷⁾, il quale opera, quindi, nel vuoto di validi atti volitivi della pubblica amministrazione, e in quel nulla si muove con solo avallo della legge, che gli attribuisce, direttamente, il divisato bene della vita.

In ambedue le ipotesi, il controllo esercitato dalla pubblica amministrazione sulla ricorrenza, nel caso concreto, dei presupposti legittimanti l'esercizio della pretesa di diritto sostanziale, riconosciuta, in

assolte e gli adempimenti prescritti sono rinnovati in modo conforme a diritto (e) si produce solo se la rinnovazione di passaggi del procedimento o l'integrazione del medesimo non introducono elementi suscettibili di influenzare il contenuto del provvedimento in senso diverso da quello che esso ha assunto, cosicché diviene possibile escludere che, nel caso concreto, la violazione delle regole formali sia stata veicolo di illegittimità sostanziali".

(7) Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 18 giugno 1979, n. 47, ove si afferma che "risponde ad un fondamentale interesse pubblico, avvertito dal legislatore già da lungo tempo, sottoporre l'attività edilizia al controllo preventivo della pubblica amministrazione, con conseguente imposizione, a chi voglia edificare, dell'obbligo di richiedere l'apposita autorizzazione amministrativa".

astratto, dalla legge, è, perciò, realizzato solo dopo che il privato ha agito per il soddisfacimento del suo interesse.

Ciò corrisponde, in effetti, a esigenze di buona amministrazione insite nel sistema: a tal proposito, si sostiene, infatti, che "la mancanza di una norma espressa che ammetta il rilascio di provvedimenti in sanatoria, non significa che l'amministrazione sia esonerata dal potere-dovere di pronunciarsi sulla attività assoggettata ad autorizzazione e debba invece limitarsi all'applicazione della misura sanzionatoria: per cui, in via di principio ed in mancanza di specifiche disposizioni contrarie, il potere autorizzatorio contiene in sé anche il potere di legittimare, se del caso, quelle opere per le quali sia mancato un tempestivo rilascio dell'assenso necessario" ⁽⁸⁾.

Detto modello, del resto, non è, certo, alieno alla teoria amministrativa, là dove, appunto, è oggi senz'altro ammesso, e, pure legislativamente disciplinato, il rapporto diretto del privato con la legge, e, dunque, con il bene tutelato, senza la preventiva e necessaria mediazione della pubblica amministrazione preposta alla sua salvaguardia.

3. – Nell'ipotesi dell'atto amministrativo di sanatoria, l'attività sanante della pubblica amministrazione passa attraverso la mera dimostrazione dell'irrilevanza della formalità omessa, nel senso, cioè, che la pubblica amministrazione fornisce la prova concreta che, nella particolare vicenda, la violazione di regole formali non è stata veicolo di illegittimità sostanziali: infatti, attraverso la rinnovazione del procedimento, la pubblica amministrazione, con l'espletamento tardivo della formalità omessa, dimostra, appunto, nella concretezza dei fatti, che, se anche non fosse stata commessa la trasgressione delle regole del procedimento, nondimeno, si sarebbe giunti al medesimo risultato utile ⁽⁹⁾.

La sanatoria dell'abuso edilizio si muove, dunque, nell'ambito della più generale categoria degli atti amministrativi di sanatoria, soltanto nella misura in cui la pubblica amministrazione limiti l'atto di clemenza agli abusi di carattere formale: quelli, cioè, attraverso i quali il privato abbia, nondimeno, realizzato un intervento edilizio sostanzialmente conforme alla disciplina urbanistica e edilizia vigente all'epoca della costruzione.

(8) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sentenza 25 gennaio 1999, n. 161.

(9) F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 2, 409, la quale afferma che "nella sostanza, il procedimento di sanatoria è il modo con il quale è fornita la dimostrazione dell'irrilevanza del vizio, non il modo per rimediare alla violazione commessa", e che, solo in questo modo, si può giustificare il fatto che "l'espletamento tardivo delle formalità previste – vale a dire la parziale rinnovazione del procedimento di formazione dell'atto – non modifichi la decorrenza degli effetti dell'atto sanato".

In questi casi, secondo il modello dell'atto amministrativo in sanatoria, la pubblica amministrazione imposta, a posteriori, il corretto procedimento di rilascio del permesso di costruire, e dà la prova del fatto che, nel caso concreto, la violazione di regole formali non è stata, appunto, mezzo di contagio d'illegittimità sostanziali, dimostrando che se anche, per ipotesi, fosse stato, sin da subito, seguito il corretto incedere, e il privato avesse, dunque, dato, tempestivamente, impulso al procedimento di rilascio del permesso di costruire, la scelta dell'amministrazione comunale non sarebbe potuta essere diversa.

Nei casi in cui, attraverso la sanatoria degli abusi edilizi, si voglia, invece, sanare, pure, quei manufatti originariamente in contrasto con la disciplina urbanistica e edilizia, ci muoviamo, però, in un ambito affatto diverso.

In simili ipotesi, infatti, se si applicasse il consueto modello degli atti amministrativi in sanatoria, attraverso la rinnovazione del procedimento amministrativo, con l'impostazione della premessa maggiore del sillogismo giuridico sulla disciplina urbanistica e edilizia vigente all'epoca in cui si vogliono retrodatare gli effetti della sanatoria, la conclusione dovrebbe, invero, essere quella del diniego del permesso di costruire.

In questi casi, la sanatoria dell'abuso edilizio consegue, in realtà, alla mera valutazione dell'inopportunità di reprimere una condotta illecita, che, col passare del tempo, ha perso la sua originaria carica eversiva, e comporta la deliberazione di un atto amministrativo che legittima un'attività altrimenti *contra ius*.

Nell'ipotesi della sanatoria di abusi edilizi di carattere sostanziale, la pubblica amministrazione rinuncia, appunto, all'esercizio della potestà sanzionatoria, e ciò, in buona sostanza, in ragione del solo fatto che, quando essa è chiamata a esercitare la repressione dell'abuso edilizio, invero, più non vi è l'interesse pubblico, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata, a reprimere l'attività illecita del privato, essendo, frattanto, stata modificata la disciplina urbanistica e edilizia del territorio, ed essendo, in tal modo, venuto meno il contrasto tra l'attività edilizia arbitrariamente posta in essere dal privato e la regolamentazione pubblicistica di tale attività.

In simili casi, siamo, però, appunto, assolutamente al di fuori dello schema degli atti amministrativi in sanatoria.

4. - A riprova di ciò, si consideri che, in effetti, se la sanatoria degli abusi edilizi di carattere sostanziale fosse, davvero, espressione del più generale istituto delle autorizzazioni amministrative in sanatoria, non si potrebbe, allora, trascurare di considerare che, con il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, verrebbe meno, con

efficacia *ex tunc*, pure l'antigiuridicità della condotta del privato, che, nell'ambito di un giudizio di prognosi postuma, andrebbe, dunque, esente da censure, anche nella sfera dei suoi riflessi penali.

Si dovrebbe, perciò, affermare l'inesistenza di un reato ogni qual volta vi sia stato l'esercizio della sanatoria: ma, invero, non pare sia questa l'intenzione di coloro che, ancora oggi, affermano la sopravvivenza del permesso di costruire in sanatoria, là dove non sussista la doppia conformità, richiesta, ora, dall'art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia ⁽¹⁰⁾.

Tutto ciò induce, dunque, ad affermare che la sanatoria degli abusi edilizi di carattere sostanziale non è espressione del più generale istituto degli atti amministrativi di sanatoria, ma è mera rinuncia all'esercizio della potestà di repressione dell'attività illecita del privato; e tale rinuncia è, certo, legittima solo nella misura in cui, effettivamente, la pubblica amministrazione possa, discrezionalmente, abdicare all'esercizio di tale potestà, per perseguire superiori interessi collettivi.

5. – L'art. 13 della legge 6 agosto 1967, n. 765 statuiva che, "qualora non (fosse) possibile procedere alla restituzione in pristino ovvero alla demolizione delle opere eseguite senza la licenza di costruzione o in contrasto con questa, si applica(va) in via amministrativa una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'Ufficio tecnico erariale"; e il Consiglio di Stato aveva interpretato la cennata disposizione normativa nel senso che, "ai sensi dell'art. 13 della legge 6 agosto 1967, n. 765, la scelta della

(10) Cfr. Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 9 febbraio 1998, n. 1492, ove si legge che "la sussistenza della c.d. doppia conformità distingue la concessione in sanatoria di cui agli artt. 13 e 22 legge n. 47 del 1985 da quella così detta di origine giurisprudenziale, per la quale è sufficiente la rispondenza della costruzione allo strumento urbanistico solo al momento di presentazione della domanda. Quest'ultimo istituto, che discende dai principi generali attinenti al buon andamento ed all'economia dell'azione amministrativa, non configura una causa estintiva, bensì consente esclusivamente in sede amministrativa e penale di rendere inapplicabili le sanzioni ed in particolare l'ordine di demolizione ex art. 7, comma ultimo, legge n. 47 del 1985". A tal proposito, la Corte Costituzionale, con sentenza 13.5.1993, n. 231, ha affermato che "la sanatoria ex art. 13 della legge n. 47 del 1985 presuppone la verifica dell'intrinseca giustizia sostanziale dell'opera, che deve risultare conforme agli strumenti urbanistici già nel momento della costruzione: l'estinzione del reato trova dunque giustificazione nell'accertata inesistenza del danno urbanistico". Si legge, inoltre, nella sentenza della Pretura di Ivrea del 15.6.1989 che "può essere assentita con concessione edilizia in sanatoria (c.d. impropria) – estintiva solo delle sanzioni amministrative, ma non di quelle penali – la costruzione abusiva difforme dalla normativa urbanistica vigente al momento della sua realizzazione, ma conforme a quella in vigore o adottata al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria".

sanzione pecuniaria in luogo della misura principale, della demolizione dell'opera abusiva, non è esclusivamente determinata dall'impossibilità materiale della riduzione in pristino, costituendo invece espressione di un potere discrezionale del sindaco, il quale deve quindi giustificare con idonea motivazione, in riferimento alle specifiche fattispecie considerate, le ragioni di pubblico interesse per cui non adotta il provvedimento ripristinatorio e fa luogo, in sua vece, a quello sanzionatorio" (11).

Nella vigenza del vecchio regime di sanatoria giurisprudenziale degli abusi edilizi, formatosi prima della novella della legge 28 febbraio 1985, n. 47, si era, perciò, correttamente, sostenuto che "il rilascio della concessione edilizia in sanatoria costituisce non già un obbligo, bensì una facoltà discrezionale dell'amministrazione la quale, di fronte all'abuso edilizio sanabile, dispone di un potere alternativo di sanatoria o di repressione" (12).

L'arret giurisprudenziale, seppure datato, è, nondimeno, attuale, perché coglie la reale essenza della sanatoria dell'abuso edilizio, là dove la pone in stretta alternativa all'esercizio della repressione, e fonda la scelta della pubblica amministrazione tra le due alternative ipotesi sulla valutazione discrezionale dell'opportunità dell'intervento repressivo.

Trova, dunque, conferma quanto dinanzi affermato, in merito al fatto che la sanatoria dell'abuso edilizio di carattere sostanziale costituisce mera rinuncia all'esercizio della repressione, e si muove, perciò, al di fuori dello schema delle autorizzazioni amministrative in sanatoria, al cui novero appartiene solo il così detto accertamento di conformità, ora, disciplinato dall'art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia.

In realtà, però, la rinuncia all'esercizio della facoltà di richiedere la riduzione in pristino dell'originario stato dei luoghi si giustificava, nell'ambito della vecchia disciplina normativa, solo perché l'art. 13 della legge 7 agosto 1967, n. 765 prevedeva la demolizione e la sanzione pecuniaria come alternative misure di repressione delle costruzioni abusive (13).

(11) Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 27 marzo 1981, n. 113.

(12) T.A.R. Campania, Salerno, sentenza 27 gennaio 1983, n. 52.

(13) Cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite, sentenza 7 maggio 1980, n. 3001, ove si legge che, "qualora l'ordinamento preveda una sanzione amministrativa pecuniaria, in via alternativa con misure di carattere ripristinatorio, rimettendo la relativa scelta alla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, come nel caso della sanzione pecuniaria prevista per le opere edilizie abusive dall'art. 13 della legge 6 agosto 1967, n. 765 (sostitutivo dell'art. 41 della legge 17 agosto 1942, n. 1150), la posizione soggettiva del privato, ponendosi a fronte di un potere pubblicistico direttamente rivolto alla cura di interessi generali, assume natura e consistenza di mero interesse legittimo".

6. - La riferita considerazione dello stretto nesso di consequenzialità logica tra l'affermazione della possibilità di sanare l'abuso edilizio e il riconoscimento di un pur minimo margine di discrezionalità nell'esercizio della repressione dell'attività edificatoria realizzata dal privato in difetto dell'atto d'assenso della pubblica amministrazione impone di verificare la tenuta del modello teorico della vecchia sanatoria giurisprudenziale alle successive modifiche legislative.

Vi è, dunque, da verificare se, effettivamente, ancora esista un margine di discrezionalità nella repressione degli abusi edilizi, perché la loro sanatoria potrà sopravvivere, anche al di fuori dell'ambito espressamente, ora, delineato dall'art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, solo a condizione che si affermi l'esistenza di tale discrezionalità: infatti, la sanatoria dell'abuso edilizio è nient'altro che la dichiarazione di rinuncia all'esercizio della repressione, che la pubblica amministrazione esprime all'esito della valutazione discrezionale dell'inopportunità dell'intervento coercitivo, e un siffatto provvedimento di sanatoria potrà, dunque, essere deliberato solo a condizione che la pubblica amministrazione abbia, effettivamente, ancora oggi, la possibilità di valutare discrezionalmente la convenienza dell'intervento coercitivo.

Orbene, si può, senza tema di smentita, ora, affermare che, nel vigente sistema normativo, la pubblica amministrazione non gode più d'alcuna discrezionalità nella repressione dell'abuso edilizio.

Il sistema sopravvissuto all'abrogazione della legge ponte, ha, infatti, modificato l'approccio del legislatore all'abusivismo edilizio, sicché la situazione è, poi, completamente, mutata, costituendo, ora, *ius receptum* della giurisprudenza amministrativa l'affermazione che, "in caso di costruzione senza titolo (o anche in totale difformità dal medesimo) l'ordine di demolizione è atto vincolato (in alternativa con la confisca) nel sistema di sanzioni previsto dall'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, mentre in base alla normativa previgente (legge 6 agosto 1967, n. 765) la medesima fattispecie consentiva all'autorità comunale la scelta discrezionale tra ordine di demolizione e sanatoria dell'abuso con contestuale irrogazione della sanzione pecuniaria" (14).

Prova ne è il fatto che, in origine, si sosteneva da taluni che il rifiuto dell'esercizio della repressione dell'abuso edilizio non fosse sindacabile dalla giurisdizione amministrativa, perché l'esercizio di tale potestà si sarebbe, allora, connotato d'ampi spazi di discrezionalità, sia nell'accertamento dell'illecito, sia nella scelta della misura repressiva: e conseguentemente, si negava, pure, la possibilità d'impugnare il silenzio-rifiuto, in relazione alla condotta della pubblica

(14) Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 4 maggio 1983, n. 159.

amministrazione, che avesse ommesso d'infliggere la sanzione prevista per l'abuso; ma, ora, il detto orientamento è stato profondamente modificato dalla più recente giurisprudenza, che si è, infatti, da ultimo, consolidata nel senso che "l'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive prevista dall'art. 7, l. 28 febbraio 1985, n. 47 è un atto vincolato, privo di discrezionalità" ⁽¹⁵⁾, giungendo, infine, addirittura, a riconoscere al privato, pure, la facoltà di convenire in giudizio la pubblica amministrazione renitente all'esercizio della potestà sanzionatoria ⁽¹⁶⁾; e ciò perché nel vigente sistema normativo "l'adozione dei provvedimenti repressivi contemplati dalla legge costituisce un vero e proprio obbligo per l'amministrazione, sicché non residua alcun margine di discrezionalità in ordine all'applicazione delle sanzioni" ⁽¹⁷⁾.

7. – Si traduce in un'evidente contraddizione affermare, da un lato, il carattere doveroso della repressione dell'abuso edilizio, e, dall'altro, e al contempo, sostenere che, in talune circostanze, venuto meno il carattere eversivo dell'abuso edilizio rispetto alla sopravvenuta disciplina urbanistica e edilizia, sia, però, possibile rinunciare all'esercizio della repressione, sanando, con ciò, l'abuso edilizio, solo perché ciò imporrebbe la corretta considerazione dei "criteri di ragionevolezza e di equità, posto che sarebbe illogico, ingiusto e lesivo per gli stessi interessi collettivi un sistema che pretendesse la distruzione di un'opera, inficiata da vizi meramente formali, nonostante la consapevolezza che la stessa opera potrebbe essere di nuovo realizzata,

(15) Cfr. Consiglio di Stato, sezione II, sentenza 8 maggio 1996, n. 3135.

(16) Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 21 ottobre 2003, n. 6531, ove si legge che "sull'accertata sussistenza di una posizione qualificata e legittimante, e di un'istanza circostanziata e specifica relativa a presunte realizzazioni abusive, il comune è tenuto a corrispondere sull'istanza (anche e solo per dimostrarne l'eventuale infondatezza di presupposti), in quanto da un lato tale compartecipazione si conforma all'evoluzione in atto dei rapporti tra amministrazione e amministrato (titolare di una specifica posizione), e dall'altro perché in tale ipotesi il comportamento omissivo (spesso causa di un'inerte complicità agevolatrice del degrado edilizio), assume una sua sindacabile connotazione negativa". Allo stesso modo, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 14 febbraio 2003, n. 808, ove si afferma che "non v'è dubbio, inoltre, che l'adozione dei provvedimenti repressivi contemplati dalla legge citata costituisce un vero e proprio obbligo per l'amministrazione, sicché, nella ricorrenza dei presupposti prima indicati, non residua alcun margine di discrezionalità in ordine all'applicazione delle sanzioni (e) ne consegue che l'atto di significazione e diffida, a fronte del quale l'amministrazione è rimasta inerte, deve ritenersi idoneo a costituire un obbligo di provvedere, in quanto diretto a stimolare l'esercizio di un potere imposto obbligatoriamente al comune dalla legge".

(17) Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 24.3.1998, n. 345.

legalmente, il giorno dopo la sua distruzione, non appena ottenute le necessarie autorizzazioni" (18).

Come si è visto, la sanatoria dell'abuso edilizio si è affermata nel vigore della legge 6 agosto 1967, n. 765: all'epoca, però, la rinuncia all'esercizio della repressione era, perfettamente, compatibile con la disciplina della licenza edilizia allora vigente. È, dunque, ora, un errore, per così dire, di prospettiva storica l'affermazione della perdurante vigenza di un principio formatosi in un sistema di repressione dell'abuso edilizio di carattere assolutamente discrezionale in un altro, ove, invece, è, certamente, accolto il diverso principio dell'inevitabilità dell'intervento sanzionatorio.

Non si può, perciò, convenire con chi invoca a presidio del corretto esercizio della potestà di repressione dell'abusivismo edilizio i principi non scritti di buona amministrazione, elaborati per l'esercizio discrezionale di una potestà amministrativa.

Infatti, se è, certamente, doveroso il raffronto tra le finalità d'interesse collettivo perseguite dalla pubblica amministrazione e l'interesse del privato, nell'esercizio di una potestà di repressione dell'abuso edilizio prevista, originariamente, nel 1967, solo come eventuale, altrettanto non può dirsi nel nuovo sistema delineato a partire dal 1977, nel quale l'ordine di demolizione è, invece, previsto come atto dovuto.

Solo nel primo dei due menzionati sistemi possono essere considerati i criteri di ragionevolezza e d'equità che potrebbero, eventualmente, indurre la pubblica amministrazione a rinunciare all'esercizio della repressione dell'abuso edilizio, unicamente perché sarebbe inutilmente vessatorio pretendere la distruzione di un manufatto, che, poi, il privato potrebbe riedificare nel pieno rispetto della legge.

Come si è dinanzi scritto, la più recente giurisprudenza è orientata nel senso che la pubblica amministrazione non disponga, a fronte degli abusi edilizi, di alcun margine di discrezionalità, e abbia, perciò, l'obbligo di intervenire con un atto repressivo, vincolato nel suo contenuto, senza che su di esso possa influire alcuna comparazione tra interessi pubblici e privati (19), e il presupposto per l'adozione dell'ordine di demolizione di opere edilizie abusive è, ora, dunque, soltanto la constatata esecuzione dell'opera in totale difformità dal permesso di costruire, o in assenza del medesimo, con la conseguenza che tale provvedimento – ove ricorrano i predetti requisiti – è, ora, un atto dovuto (20).

(18) Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli, sentenza 25.1.1999, n. 161.

(19) Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, sentenza 30.1.2002, n. 90.

(20) Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 28.3.1998, n. 363.

In questa nuova prospettiva, non pare, dunque, possa sopravvivere alcun margine di discrezionalità, che consenta alla pubblica amministrazione di rinunciare all'esercizio della repressione, e di condonare, in tal modo, l'abuso edilizio: ciò a prescindere dal fatto che, in effetti, l'attività edificatoria abbia, davvero, perso la sua carica eversiva della disciplina del territorio, e appaia, dunque, irragionevole ordinare la distruzione di un manufatto che, bene, potrà essere riedificato, nel rispetto delle nuove regole, frattanto, deliberate da quella stessa pubblica amministrazione, che, in un'apparente schizofrenia, promuove la repressione dell'abuso edilizio, da essa, in definitiva, condonato, con la variante urbanistica.

8. – L'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, nel solco dei consolidati orientamenti giurisprudenziali, ha decretato che, fino alla scadenza del termine assegnato nell'ordinanza di demolizione, "il responsabile dell'abuso può ottenere la concessione o l'autorizzazione in sanatoria quando l'opera eseguita in assenza della concessione o dell'autorizzazione è conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati e non in contrasto con quelli adottati sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda", sussumendo, perciò, la sanatoria degli abusi edilizi nella più generale categoria degli atti amministrativi di sanatoria, e limitando, dunque, la sua efficacia esimente, appunto, ai soli abusi di carattere formale.

La portata innovativa della novella legislativa è stata, però, da taluni, attenuata, e il Consiglio di Stato è, infine, giunto ad affermare che "l'articolo 13 della legge n. 47 del 1985 non ha inteso ridurre il campo di applicazione dell'istituto della sanatoria, ma semmai, estenderlo anche in favore delle situazioni che non potrebbero beneficiarne in quanto contrastanti con modifiche di piano sopravvenute dopo la presentazione della domanda di sanatoria. In altre parole, l'effetto innovativo dell'art. 13 consiste nel rendere possibile e doveroso il rilascio del provvedimento di sanatoria, ogni volta che sussistano le rigorose condizioni ivi precisate, anche se dopo la presentazione della domanda il piano è stato variato in modo tale da non rendere più possibile, allo stato attuale, il rilascio di una concessione per un edificio nuovo. Quante volte, però, l'opera abusivamente realizzata risulta conforme alle previsioni del piano regolatore attualmente vigente, la sanatoria è dovuta (in forza dei principi generali, e non necessariamente dell'art. 13 strettamente inteso) a prescindere dal fatto che la conformità sussistesse o meno nel momento della realizzazione dell'opera" (21).

(21) Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 13.2.1995, n. 238. Si veda, pure,

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato, dunque, ribadisce, oggi, un principio, già nel passato affermato, ma sovente disapplicato dalla giurisprudenza di merito: il supremo consesso di giustizia amministrativa conferma, da ultimo, infatti, la sopravvivenza della così detta sanatoria giurisprudenziale all'istituto normativo dell'accertamento di conformità, in origine, disciplinato dall'art. 13 della legge n. 47 del 1985, e, ora, recepito nell'art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia.

9. – Il principio, da ultimo, espresso dal Consiglio di Stato non è, appunto, una novità, e la sentenza non meriterebbe, dunque, un commento, se non fosse che il detto insegnamento è stato, in questi anni, sovente disatteso dalla giurisprudenza di merito, con argomentazioni di non poco rilievo, così che, forse, sarebbe stato lecito aspettarsi un *revirement* giurisprudenziale, o, perlomeno una più meditata argomentazione.

Scorrendo i repertori di giurisprudenza è, infatti, frequente imbattersi in affermazioni, a tenore delle quali "la legge n. 47 del 1985 ha predisposto una disciplina esaustiva e puntuale delle ipotesi di sanatoria, anche ai fini amministrativi, non lasciando alcun margine interpretativo per consentire la sopravvivenza della sanatoria così detta giurisprudenziale, non potendo, certo, ritenersi che la norma possa interpretarsi soltanto come una norma di salvaguardia contro l'inerzia amministrativa, al fine di rendere inopponibili, al richiedente, i mutamenti degli strumenti urbanistici, come ritenuto dal Consiglio di Stato" (22).

Al detto indirizzo interpretativo si contrappongono, tuttavia, pro-

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 13 ottobre 1993, n. 103, ove si legge che "Il potere autorizzatorio, intesa l'accezione in senso ampio, può essere in generale esercitato per consentire attività permesse dall'ordinamento, anche se *medio tempore* illegittimamente svolte per mancanza del necessario assenso dell'autorità amministrativa, a meno che la legge, ovvero una imprescindibile esigenza logica o funzionale, lo impediscano: il mero silenzio del legislatore non è perciò interpretabile come divieto di provvedere al rilascio di concessioni edilizie in sanatoria delle opere ormai assentibili". Si veda, inoltre, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 20 ottobre 1994, n. 1200, ove si legge che "l'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, non prescrive, per il rilascio della concessione in sanatoria, che i presupposti debbano sussistere alla data di proposizione della relativa istanza. Deve ritenersi, conseguentemente, che in materia sia valido il principio generale secondo cui detti presupposti devono essere realizzati alla data di emanazione del provvedimento concessorio in sanatoria". Vi sono, per altro, anche pronunce contrarie al menzionato principio. In tal senso, si veda Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 20 ottobre 1994, n. 1198, ove si legge che "ai sensi dell'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 le opere abusive non conformi agli strumenti urbanistici vigenti al momento della loro realizzazione, non possono essere sanate".

(22) Tra le tante, in questo senso, si è, da ultimo, espresso il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Brescia, con sentenza 23.6.2003, n. 873.

nunce coerenti al diverso principio che, "pur se l'ordinamento giuridico pretende che l'attività edilizia si svolga nel rispetto della disciplina urbanistica formale e sostanziale, le garanzie all'uopo apprestate non hanno il fine di reprimere la mera inosservanza dell'obbligo di munirsi preventivamente della concessione edilizia nei casi in cui l'opera realizzata *sine titulo* risulti conforme alla disciplina urbanistica sostanziale; pertanto, in presenza di un'istanza di sanatoria di opere edilizie abusive, la pubblica amministrazione è tenuta a verificare anche *ex post* se ricorrono condizioni e requisiti prescritti, alla luce della vigente disciplina urbanistica per il rilascio della concessione edilizia in sanatoria, non potendosi ritenere rispondente al pubblico interesse l'eventuale demolizione di un edificio suscettibile di autorizzazione ancorché successiva alla sua realizzazione" (23).

10. – La linea di confine tra i due opposti schieramenti interpretativi è, di solito, tracciata seguendo l'ombra riflessa dall'art. 97 della Costituzione sulla trama normativa della disciplina pubblicistica del territorio.

Si afferma, infatti, dagli uni che "sarebbe illogico, ingiusto e lesivo per gli stessi interessi collettivi un sistema che pretendesse la distruzione di un'opera, inficiata da vizi meramente formali, nonostante la consapevolezza che la stessa opera potrebbe essere di nuovo realizzata, legalmente, il giorno dopo la sua distruzione, non appena ottenute le necessarie autorizzazioni" (24); mentre gli altri replicano che "il principio di cui all'art. 97 della Costituzione, che farebbe ritenere illogica la demolizione dell'opera, quando la stessa potrebbe essere autorizzata sulla base della sopravvenuta strumentazione urbanistica, deve comunque recedere dinnanzi all'altro principio generale, 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" (25).

In effetti, il principio di efficienza, espresso dall'art. 97 della Costituzione, vincola la disciplina legislativa della pubblica amministrazione, e "comporta che, così con riguardo alla organizzazione degli uffici come con riguardo al loro funzionamento, la disciplina si debba ispirare ad un criterio di congruenza e di non arbitrarietà rispetto al fine che si vuol perseguire" (26).

(23) Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli, sezione III, sentenza 22 maggio 1990, n. 184.

(24) Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli, 25.1.1999, n. 161.

(25) Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Brescia, sentenza n. 873 citata.

(26) Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 24.3.1988, n. 331.

Orbene, a tal proposito, costituisce principio consolidato l'affermazione che l'interesse protetto dalla legge 28 febbraio 1985, n. 47 "non è quello formale o strumentale del controllo dell'attività edilizia riservata in mano pubblica, ma quello finale o sostanziale relativo alla tutela dell'assetto del territorio in conformità alla normazione urbanistica" (27): è, perciò, senz'altro, condivisibile l'insegnamento della Consulta, a mente del quale il precetto dell'art. 97 della Costituzione impone il rilascio della concessione edilizia in sanatoria, solo in considerazione del fatto che "la particolare sanatoria di regime (e non eccezionale e temporanea), prevista attraverso l'accertamento di conformità dagli articoli 13 e 22 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, comporta la verifica che, nel momento in cui le opere edilizie siano state realizzate, come nel momento della domanda, le stesse opere non si rilevino contrastanti con gli strumenti urbanistici generali e di attuazione, di modo che vi è un accertamento della natura solo formale e non sostanziale dell'abuso edilizio e di inesistenza di danno urbanistico e della mancanza *ex tunc* della antigiuridicità sostanziale del fatto reato" (28).

In altre parole, i principi di efficienza che debbono ispirare l'agire della pubblica amministrazione rendono necessaria la sanatoria degli abusi formali, perché il suo diniego sarebbe arbitrario rispetto alla finalità sostanziale della disciplina dell'attività edificatoria (29): ciò, del resto, nel solco tracciato dal più ampio istituto della sanatoria dei vizi formali del provvedimento.

Difatti, l'accertamento di conformità, è, in effetti, disciplinato a livello normativo, ma bene potrebbe essere deliberato anche in difetto di un'esplicita disciplina di legge, nel richiamo, appunto, al precetto dell'art. 97 della Costituzione.

L'accertamento di conformità di natura giurisprudenziale esula, però, dalla fattispecie della sanatoria dell'abuso edilizio di natura solo formale.

Nel caso in cui non vi sia la doppia conformità, ora, richiesta dall'art.

(27) Cfr. Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 6.2.1995, n. 350.

(28) Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza 30.4.1999, n. 149 ove si afferma "la natura particolare della estinzione dei reati urbanistici prevista dal combinato disposto degli articoli 13 e 22 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, risolvendosi in un accertamento dell'inesistenza del danno urbanistico, e cioè di mancanza *ex tunc* dell'antigiuridicità sostanziale del fatto reato urbanistico".

(29) Cfr. Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 12 marzo 1999, n. 736, ove si legge che "in tema di violazioni urbanistiche l'interesse protetto dall'art. 20 della legge n. 47 del 1985, non è quello del rispetto delle prerogative della pubblica amministrazione nel controllo dell'attività edilizia e perciò la regolarità della procedura di concessione, ma quello sostanziale della protezione del territorio in conformità della normativa urbanistica complessivamente considerata".

37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, non si può, infatti, certo, affermare la mancanza *ab origine* dell'antigiuridicità sostanziale della condotta di colui che ha realizzato l'intervento edilizio, in difetto del preventivo assenso della pubblica amministrazione e, soprattutto, in contrasto con la disciplina urbanistica e edilizia all'epoca vigente: non vi è, perciò, a tal proposito, ragione, invero, d'invocare l'art. 97 della Costituzione, non essendo, certo, incongruente con la finalità del controllo dell'attività del territorio la sanzione di condotte eversive dell'ordine costituito, sol perché, in tal modo, si distruggerebbe, senza vantaggio per alcuno, il provento della condotta illecita.

11. – A ogni buon conto, quand'anche si accertasse l'esistenza di un insanabile contrasto tra la disciplina normativa dell'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (ora art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) e il fine che esso si è assegnato, e, perciò, per tale via, s'ipotizzasse l'esistenza di un'ineliminabile antinomia tra la menzionata norma di legge e il principio espresso dall'art. 97 della Costituzione, sarebbe corretto superare l'accertata incongruenza normativa attraverso un'interpretazione, sostanzialmente, abrogativa? E, poi, soprattutto, se pure, per ipotesi, si volesse brandire lo strumento ermeneutico a tutela del principio costituzionale di buona amministrazione, come si potrebbe, in seguito, recuperare la potestà sanzionatoria nel vuoto legislativo in tal modo creato, senza con ciò violare il principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, che, pure, presidia l'esercizio della potestà sanzionatoria anche in ambito amministrativo?

L'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 statuisce, infatti, che "il rilascio della concessione in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di concessione in misura doppia, ovvero, nei soli casi di gratuità della concessione a norma di legge, in misura pari a quella prevista dagli articoli 3, 5, 6 e 10 della legge 28 gennaio 1977, n. 10" ⁽³⁰⁾.

(30) Il medesimo concetto è, ora, espresso dall'art. 36 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, a mente del quale "il rilascio della concessione in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di concessione in misura doppia, ovvero, nei soli casi di gratuità della concessione a norma di legge, in misura pari a quella prevista dagli articoli 3, 5, 6 e 10 della legge 28 gennaio 1977, n. 10. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso".

Come noto, "i principi e le norme del capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689 si applicano pure agli illeciti amministrativi in materia urbanistica – edilizia e paesistica puniti con sanzione pecuniaria" (31), e l'art. 1 della legge n. 689 citata dispone che "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione": così che "le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati".

Ma se così è, come si può affermare, da un lato, di volere riservare all'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 il solo valore di una "norma di salvaguardia contro l'inerzia amministrativa" (32), interpretando tale disposizione di legge nel senso 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" (33), e, poi, dall'altro, al contempo, recuperare, in via di (interdetta) interpretazione analogica, la carica sanzionatoria (il pagamento del doppio del contributo della normale concessione edilizia) che il medesimo art. 13 reca con sé?

12. – Si è, per vero, affermato che "la sanzione costituita dal raddoppio del contributo concessorio a fronte del rilascio di una concessione in sanatoria ... trova giustificazione razionale e positiva nella sua affermata natura di oblazione, in senso tecnico, e quindi nell'estinzione del reato contravvenzionale ad essa conseguente" (34); ma si è, di contro, da altri, sostenuto che "il meccanismo di estinzione dei reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche, fissato dagli artt. 13 e 22 della legge n. 47 del 1985, contrariamente a quanto stabi-

(31) Cfr. Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 2.6.2000, n. 3184.

(32) Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 10.6.1985, n. 238.

(33) Cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 21.10.2003 n. 6498.

(34) Cfr. Tribunale Amministrativo Regionale Liguria, sentenza 27.5.1999, n. 230. In senso contrario, però, la Corte di Cassazione, sezione III, con sentenza 9.4.1997, n. 4398, ha affermato che "il meccanismo di estinzione dei reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche, fissato dagli artt. 13 e 22 della legge n. 47 del 1985, contrariamente a quanto stabilito per la procedura di condono, non si fonda su un effetto estintivo proprio connesso al pagamento di una somma a titolo di oblazione, bensì sul fatto diverso e successivo dell'effettivo rilascio della concessione sanante da parte del sindaco previo accertamento di conformità (o non contrasto) delle opere abusive non assentite con gli strumenti urbanistici vigenti (approvati o anche semplicemente adottati) nel momento della realizzazione ed in quello della richiesta. Trattasi, dunque, di un istituto di carattere generale (o di regime) qualificato da una fondamentale verifica di conformità, non disciplinato da disposizioni transitorie e caratterizzato da peculiari sbarramenti amministrativi e temporali in un contesto di rigoroso controllo della sostanziale inesistenza di un danno urbanistico".

lito per la procedura di condono, non si fonda su un effetto estintivo proprio connesso al pagamento di una somma a titolo di oblazione, bensì sul fatto diverso e successivo dell'effettivo rilascio della concessione sanante da parte del sindaco previo accertamento di conformità (o non contrasto) delle opere abusive non assentite con gli strumenti urbanistici vigenti (approvati o anche semplicemente adottati) nel momento della realizzazione ed in quello della richiesta" (35).

Che l'estinzione del reato sia, in sostanza, non già l'effetto dell'oblazione, bensì dell'accertamento dell'incapacità della condotta illecita di offendere il bene tutelato dalla norma pare essere più coerente con la finalità sostanziale della previsione della fattispecie di reato, che è, appunto, non già quella di tutelare la prerogativa della pubblica amministrazione di esercitare il controllo dell'attività edificatoria, bensì di garantire la tutela dell'assetto del territorio in conformità della disciplina urbanistica e edilizia (36).

L'accertamento di conformità dimostra, a posteriori, che l'opera realizzata dal privato in difetto del preventivo assenso della pubblica amministrazione è, nondimeno, conforme alla disciplina urbanistica e edilizia del territorio; di guisa che, all'esito di un giudizio di prognosi postuma, la condotta, suscettibile *ex ante* di pregiudicare l'interesse protetto al corretto assetto del territorio, appare a posteriori priva di reale capacità offensiva, e merita, per ciò solo, di andare esente da pena.

Nessuna rilevanza ha su ciò il raddoppio del contributo concessorio.

13. – Se, dunque, il raddoppio del contributo concessorio ha natura di semplice sanzione amministrativa, non costituendo, in realtà, il corrispettivo dell'estinzione del reato, il difetto di tale efficacia estintiva nella diversa ipotesi della sanatoria giurisprudenziale (37) non sarebbe di per sé solo sufficiente a giustificare la mancata irrogazione della sanzione nell'ipotesi della sanatoria dell'abuso edilizio, realizzata, appunto, al di fuori del paradigma normativo (originariamente delineato dall'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e ora tracciato dall'art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia).

(35) Cfr. Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 6.2.1995, n. 350.

(36) *Ivi*.

(37) Cfr. Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 15.2.2002, n. 11149, ove si afferma che "ai fini dell'estinzione del reato di costruzione abusiva a seguito di rilascio di concessione in sanatoria, ai sensi dell'art. 22, l. 28 febbraio 1985, n. 47, occorre che detta concessione risulti rilasciata in conformità agli strumenti urbanistici vigenti tanto al momento della realizzazione dell'opera quanto al momento della presentazione della domanda".

Le due condotte subiscono differenti conseguenze in ambito penale, solo perché l'abuso formale è privo di reale capacità offensiva del bene protetto dalla fattispecie di reato, mentre l'abuso sostanziale ha senz'altro pregiudicato l'interesse al corretto assetto del territorio.

Nessuna rilevanza ha su ciò il raddoppio del contributo concessorio.

Affermare la sopravvivenza della sanatoria giurisprudenziale dell'abuso edilizio, al di fuori dell'ambito del mero accertamento di conformità ex art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, e, al contempo, ammettere l'impossibilità di applicare in via analogica la sanzione del raddoppio del contributo concessorio, conduce, dunque, all'incredibile risultato che il privato che abbia realizzato il manufatto in spregio alla disciplina urbanistica e edilizia vigente all'epoca del suo intervento edificatorio e, poi, sanato, a posteriori da una variante di piano regolatore generale sia esonerato dal pagamento di una sanzione (il raddoppio del contributo concessorio), che, invece, graverebbe su colui che si fosse reso responsabile della costruzione di un manufatto in perfetta coerenza con la menzionata disciplina urbanistica e edilizia, senza, però, munirsi del permesso di costruire.

In buona sostanza, bisognerebbe, dunque, affermare che colui che si è reso responsabile di un illecito di carattere meramente formale sia destinato a subire una reazione sanzionatoria (il raddoppio del contributo concessorio), che, invece, non colpirebbe colui che si fosse, di contro, reso responsabile di un (ben più grave) illecito di carattere sostanziale.

Diverso era, infatti, il regime della legge 6 agosto 1967, n. 765, che, appunto, prevedeva una specifica sanzione applicabile nell'ipotesi di rinuncia da parte della pubblica amministrazione all'esercizio della repressione dell'abuso edilizio. A quei tempi, invero, era, senz'altro, applicabile l'art. 13 della legge n. 765 citata, a mente del quale "qualora non sia possibile procedere alla restituzione in pristino ovvero alla demolizione delle opere eseguite senza la licenza di costruzione o in contrasto con questa, si applica in via amministrativa una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'Ufficio tecnico erariale".

Nel nuovo regime normativo, invece, l'unica sanzione conservativa applicabile a chi si sia reso responsabile della realizzazione di un intervento edilizio non autorizzato è quella prevista dall'art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, e tale sanzione non è estensibile in via analogia al caso di chi si sia reso responsabile di un abuso edilizio di carattere sostanziale, pena la violazione del precetto *nullum crimen nulla pena sine lege* codificato dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Credo sia bene evidente la grave tensione che simile affermazione provoca sul filo normativo che, nel doveroso rispetto del principio della gerarchia delle fonti, connette l'art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia al principio di eguaglianza espresso dall'art. 3 della Costituzione.

14. - La nuova disciplina del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia ricalca, sostanzialmente, quella dell'abrogato art. 13 della legge n. 47 del 1985 ⁽³⁸⁾. L'art. 37 del menzionato testo unico statuisce, infatti, che, "in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di denuncia di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 22, comma 3, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda".

Per vero, l'Adunanza generale del Consiglio di Stato, esprimendosi in merito allo schema del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, aveva obiettato 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", e aveva, perciò, suggerito all'amministrazione di valutare se non fosse "opportuno, in casi del genere, prevedere una forma di sanatoria che, ferma restando la sanzione penale per l'illecito commesso, sia subordinata al pagamento di un'oblazione maggiore

(38) A mente del quale "fino alla scadenza del termine di cui all'art. 7, comma 3, per i casi di opere eseguite in assenza di concessione o in totale difformità o con variazioni essenziali, o dei termini stabiliti nell'ordinanza del sindaco di cui al primo comma dell'art. 9, nonché, nei casi di parziale difformità, nel termine di cui al primo comma dell'art. 12, ovvero nel caso di opere eseguite in assenza di autorizzazione ai sensi dell'art. 10 e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso può ottenere la concessione o l'autorizzazione in sanatoria quando l'opera eseguita in assenza della concessione o dell'autorizzazione è conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati e non in contrasto con quelli adottati sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda".

rispetto a quella che si richiede nell'ipotesi di duplice conformità" (39), ma il legislatore delegato ha, poi, preferito "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 in senso nettamente contrario contenute nel parere espresso dalla Camera" (40).

Il contrasto interpretativo resta, dunque, aperto.

15. - L'Adunanza generale del Consiglio di Stato ha colto la reale essenza della problematica, suggerendo una soluzione de iure condendo.

In realtà, in una prospettiva di politica legislativa, sarebbe, in effetti, coerente con la Carta costituzionale una disciplina dell'abuso edilizio di carattere sostanziale riprodotiva del vecchio sistema di sanzione previsto nella legge Ponte: là dove, appunto, la demolizione dell'abuso edilizio era posto in alternativa all'applicazione di una "sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite" (41).

Non vi è, però, la possibilità di giungere al medesimo risultato attraverso l'ermeneutica della disciplina normativa vigente, passando, cioè, attraverso l'estensione, in via analogica, del disposto dell'art. 37 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia agli abusi edilizi di carattere sostanziale.

Ciò, in primo luogo, perché, nell'ossequio del precetto *nullum crimen nulla pena sine lege*, la sanzione *quivi* prevista non potrebbe, certo, estendersi, in via analogica, alla vicenda di colui che ha realizzato un manufatto in pregiudizio della disciplina urbanistica e edilizia sostanziale; di guisa che l'interpretazione suppletiva dovrebbe, semmai, limitarsi a convalidare la rinuncia alla repressione senza oltrepassare la soglia della sanzione: e, in questo modo, sarebbe, invero, difficile, difendere la contestata interpretazione dalla denuncia della sua antinomia con l'art. 3 della Costituzione.

(39) Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza generale, parere 29.3.2001.

(40) Cfr. la relazione illustrativa del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, redatta a cura del nucleo per la semplificazione delle norme e delle procedure presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, 5, 332.

(41) L'art. 13 della legge 6 agosto 1967, n. 765 statuisce che, "qualora non sia possibile procedere alla restituzione in pristino ovvero alla demolizione delle opere eseguite senza la licenza di costruzione o in contrasto con questa, si applica in via amministrativa una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'Ufficio tecnico erariale".

Secondariamente, ma non con minore rilevanza, vi sarebbe, comunque, da considerare che, a ogni buon conto, come, appunto, avvertito, pure, dal più autorevole sostenitore dell'interpretazione adeguatrice dell'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, anche a volere trascurare le riferite considerazioni critiche, non sarebbe, comunque, certo, corretto, assimilare, nelle conseguenze sanzionatorie, la condotta di colui che si è reso responsabile di un abuso di carattere sostanziale a quella di chi abbia, semplicemente, commesso un errore formale.

In difetto di una novella normativa, non vi è, dunque, a mio avviso, la possibilità di supplire alla carenza legislativa in via interpretativa, perché, 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.