

Vinicio Brigante

---

**ACCERTAMENTI DI  
CONFORMITÀ: TRACCE DI UNA  
CONTROVERSA EVOLUZIONE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ACCERTAMENTI DI CONFORMITÀ:  
TRACCE DI UNA CONTROVERSA EVOLUZIONE

SOMMARIO: 1. Natura giuridica e *ratio* dell'istituto. — 2. Inquadramento dogmatico. — 3. Requisito della doppia conformità tra dubbi interpretativi e necessità di certezza. — 4. Brevi riflessioni conclusive

1. *Natura giuridica e ratio dell'istituto.*

L'istituto dell'accertamento di conformità, pur sottoposto a costante e diligente analisi da parte di dottrina e giurisprudenza, è foriero di esegesi difforme e contrasti interpretativi mai sedati.

Appare opportuno, sin da subito, svelare l'attuale centralità del tema, oggetto, negli ultimi anni — e talvolta nelle vesti di parametro indiretto di legittimità — di pronunce della Corte Costituzionale, che saranno analizzate nel corso della trattazione.

La vigente disposizione, articolo 36 del d.p.r. 6 giugno 2001, t.u. dell'edilizia, rappresenta una *species* del più ampio *genus* dei c.d. permessi in sanatoria (1).

In materia urbanistica, il termine sanatoria è diretto ad identificare realtà e fattispecie giuridicamente diverse (2).

(1) In tal senso, cfr. V. SCJARABBA, *sub* art. 36, in R. FERRARA e G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario al Testo Unico dell'edilizia*, Padova, 2010, 393 ss., “l'articolo in esame avrebbe dovuto forse intitolarsi permesso in sanatoria, piuttosto che accertamento di conformità, che costituisce solo un passaggio, pur decisivo, della più complessa fattispecie considerata. Questo spostamento del centro di attenzione potrebbe dunque apparire come una improprietà o un errore di tecnica legislativa: ma forse, a ben vedere, può anche rivelarsi non privo di valore ai fini della corretta lettura della disposizione, valendo ad evidenziare l'ottica e il valore dominante che caratterizza gli istituti in esame, al di là della loro immediata facies di clemenza nei confronti dell'attività edilizia abusiva”.

(2) Cfr. L. MIGLIORINI, *Ancora sulla c.d. sanatoria in materia urbanistica*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 12, “l'effetto sanante viene a prodursi con riguardo ad una attività edilizia svoltasi senza il titolo abilitante o in contrasto con esso. È chiaro però che, in presenza dei presupposti indicati, il titolo abilitante viene rilasciato ora per allora, tant'è che ad esso si ricollega l'estinzione del reato”. L'Autore richiama la posizione di F.G. SCOCA, *La concessione nel sistema di governo del territorio*, in *Atti del convegno sulla nuova disciplina per la edificabilità dei suoli*, Perugia, 1977, secondo cui la concessione edilizia è mero strumento di controllo e pertanto non ha contenuto concessorio; in senso parzialmente difforme, P.F.

Da un punto di vista puramente strutturale, l'istituto in esame sintetizza tutti i caratteri del provvedimento “*squisitamente amministrativo*” (3); in altri termini, in quel pendolo perenne che oscilla tra attività autoritativa e attività contrattuale della pubblica amministrazione, l'accertamento di conformità è espressione di un'impostazione “*attocentrica*” (4) del diritto amministrativo.

Più precisamente, sul piano puramente terminologico, la c.d. sanatoria edilizia ha lo scopo “*di esimere da conseguenze deteriori una precedente condotta materiale destinata altrimenti a sottostarvi*” (5).

Il tema dei provvedimenti in sanatoria in materia edilizia rappresenta un osservatorio privilegiato per apprezzare lo stato dell'arte di diverse questioni classiche del diritto amministrativo, sostanziale e processuale: la discrezionalità, gli accertamenti costitutivi, la retroattività degli effetti della sanatoria, il bilanciamento tra interessi pubblici e privati.

Il ricorso all'accertamento di conformità presuppone la previa commissione di un illecito, che rientra nell'amplissima categoria dell'abusivismo (6)(o *spontaneismo* (7)) edilizio.

Argomentando a contrario, nel tentativo di definire la nozione stessa di conformità, la difformità si configura qualora l'opera, o una parte di essa, non coincida con quanto ha formato oggetto di concessione (8). Tuttavia l'accertamento di conformità opera su un piano diverso, ossia quello della violazione puramente formale, cui corrisponde una sostanziale corrispondenza rispetto agli strumenti urbanistici generali.

L'abusivismo, vocabolo che ricomprende un campo semantico vasto e diver-

GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia successiva atipica e accertamento di conformità*, in questa Rivista, 2004, 1399, “*parlare di sanatoria è un errore comune. In verità, la scelta lessicale era in qualche modo giustificata dalla pacifica acquisizione dell'ammissibilità delle autorizzazioni tardive e della sanatoria delle approvazioni fondata su di una motivazione estensibile al caso in questione, e cioè che non può porsi in dubbio la rispondenza del provvedimento, ancorché tardivo, a quelle stesse esigenze che l'ordinamento aveva inteso assicurare chiedendone l'intervento in una fase antecedente*”.

(3) B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl. 2012, 14; sul versante puramente processuale, cfr. S. VACCARI, *Ordinanza di demolizione e procedimento di sanatoria: alcuni risvolti di ordine processuale*, in Dir. proc. amm., 2017, 1158, “*è agevole constatare una divisione giurisprudenziale, che ormai persevera da anni, circa la complessa relazione giuridica che intercorre tra il provvedimento amministrativo (nella veste formale di ordinanza) di demolizione e restituzione in pristino di un manufatto o di un intervento edilizio abusivo — e, dunque, illegittimo — e il procedimento di sanatoria (sub specie di accertamento di conformità) attivato dal presunto trasgressore per poter aspirare a una sanatoria ex post (laddove possibile) del realizzato*”.

(4) R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 2.

(5) P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia successiva atipica e accertamento di conformità*, in questa Rivista, 2004, 1398 ss.

(6) Sul tema, la letteratura è amplissima, per tutti cfr. G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 741 ss.; A. GUIZZI, *Dall'abusivismo ai condoni, all'abusivismo di ritorno. Necessità di modifiche della l. n. 47 del 1985 e della l. n. 724 del 1994*, in questa Rivista, 2003, 7 ss.

(7) A. CLEMENTI e F. PEREGO, *La metropoli spontanea. Il caso di Roma 1925-1981: sviluppo residenziale di una città fuori dal piano*, Bari, 1983.

(8) In tal senso, A. CUTRERA, *Concessione edilizia e pianificazione urbanistica*, Milano, 1977, 212.

sificato, racchiude due aspetti: la violazione di una norma di diritto positivo o “*anche il risultato tangibile di queste costruzioni che incidono sulla realtà del territorio senza essere state colpite da sanzioni*” (9).

Come autorevolmente sostenuto, “*la violazione di un regolamento edilizio configura un comportamento doppiamente illecito: lede l’interesse soggettivo dell’amministrazione (in genere comunale) alla salvaguardia di una certa caratteristica dei luoghi e l’interesse obiettivo al rispetto delle norme*” (10). Interesse sostanziale il primo, strumentale il secondo.

Al fine di predisporre un’indagine analitica, appare opportuno operare una premessa sulla genesi storica e sulla relativa evoluzione giuridica dell’istituto.

L’articolo 108, r.d. 3 marzo 1934 n. 383, t.u. della legge comunale e provinciale, disponeva che il Sindaco, qualora l’illecito edilizio avesse arrecato danno al Comune, poteva subordinare l’accoglimento della domanda di oblazione di un illecito edilizio alla circostanza che il colpevole eliminasse le conseguenze della trasgressione e lo stato di fatto che la costituiva.

L’interesse strumentale del Comune era soddisfatto attraverso l’oblazione, mentre l’interesse sostanziale poteva essere soddisfatto alternativamente, o attraverso l’esecuzione in forma specifica, o con una forma riparatoria che eliminasse le conseguenze della trasgressione (*id est* risarcimento danni), in pari tempo con una sanatoria per la costruzione *contra jus* (11).

Il provvedimento in sanatoria non eliminava l’illecito in sé, a differenza di ciò che accadeva con il rilascio di una c.d. licenza in deroga, sia pure concessa *ex post*.

Quest’ultimo istituto si può considerare l’antesignano dell’attuale categoria dei permessi in sanatoria, anche se operava in forza di presupposti e in una visuale totalmente difforme ed era denominato, dalla giurisprudenza, licenza in sanatoria.

Si riteneva che la licenza concessa in sanatoria non agisse sul reato di costruzione abusiva (attività edificatoria non autorizzabile), poiché “*la sanatoria non prende il posto dell’autorizzazione, ma più semplicemente, la sostituisce*” (12).

Nel sostanziale silenzio della legge urbanistica del 1942, l’ipotesi di un titolo abilitativo edilizio postumo, da rilasciare dopo l’ultimazione del fabbricato, era avallata dalla giurisprudenza amministrativa, al fine di mitigare, seppur in via pretoria, la rigidità e il rigore della normativa vigente (13).

(9) A. PREDIERI, *Prefazione*, in A. PREDIERI (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, 15 ss., “*da ogni punto di vista, socio-economico o strettamente giuridico, non c’è un abusivismo; vi è una pluralità di abusivismi*”.

(10) F. BENVENUTI, *Violazione delle norme edilizie e poteri di sanatoria del Sindaco*, in *Riv. amm.* 1958, 3 ss., “*stante la diversità dei piani su cui essi si trovano, le contemporanee violazioni di quei due interessi possono avere diverse conseguenze; e, precisamente la violazione dell’interesse sostanziale può essere trattata alla stregua di un qualunque illecito civile che dà luogo a un risarcimento in forma specifica o in forma di danni; la violazione, invece, dell’interesse strumentale non può essere trattata che alla stregua di un illecito amministrativo che dà luogo a una sanzione penale*”.

(11) Sul tema, in senso ampio, cfr. A.M. SANDULLI, *Costruzioni contra jus e provvedimenti di sanatoria*, in questa *Rivista*, 1958, 91 ss.

(12) A. IANNELLI, *Le violazioni edilizie*, Milano, 1976, 58.

(13) Per tutti, si v. Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 1966 n. 172, in *Foro amm.*, 1966, I, 2, 214; G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2002, 1078 ss., si giudicava improprio, sul piano logico e della ragionevolezza, imporre la rimozione di opere edilizie per le quali,

Per differente ricostruzione (14), la prima disposizione che disciplinava il permesso in sanatoria era l'articolo 15 della l. 28 gennaio 1977 n. 10, la c.d. legge Bucalossi (15), applicabile espressamente alle ipotesi di annullamento della concessione edilizia o di varianti non essenziali.

Nella vigenza di tale legge era valutato come legittimo il rilascio della concessione in sanatoria, la quale, tuttavia, implicava accertamenti e valutazioni puramente discrezionali (16).

considerata la relativa conformità alla pertinenti previsioni regolatrici, si sarebbe potuta ottenere regolare licenza, anche se in via postuma; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 25 gennaio 1999 n. 161, in *Foro amm.*, 1999, 1328, “*premesse che, nel regime normativo anteriore alla l. 28 gennaio 1970 n. 10 per l'edificabilità dei suoli 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, e che, a seguito della medesima legge e prima dell'entrata in vigore della regolamentazione normativa di cui all'art. 13 l. 28 febbraio 1985 n. 47, la giurisprudenza ha sostanzialmente riconosciuto un potere generale di sanatoria*”; B. GRAZIOSI, *La sanatoria giurisprudenziale. Note critiche sul dogma della “doppia conformità” secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 538 ss., “*il rilascio di licenze o concessioni edilizie ex post è stato a lungo considerato perfettamente ammissibile, ed espressione di un principio generale, sotteso o non contraddetto dalla l. n. 1150/1942, immanente all'ordinamento. Su questo principio, enunciato negli anni '60, vi fu presto una convergenza della giurisprudenza e della dottrina. In questo primo momento, il consenso fu praticamente plebiscitario, pur nella molteplicità delle argomentazioni portate in aggiunta a quelle di fondo della configurabilità della sanatoria come istituto generale. Si sottolineava da una parte come sarebbe stato abnorme trattare normativamente in modo uguale un'opera difforme e una conforme dall'ordine urbanistico vigente, dall'altra che la natura della sanzione, ripristinatoria e non affittiva (cui provvedeva la contestuale norma incriminatrice penale) era insanabile contraddizione con l'effetto cui avrebbe messo capo, e cioè l'eliminazione di una res licita*”.

(14) In tal senso, si v. F. SAITTA, *Permesso di costruire in sanatoria e requisito della doppia conformità*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 2016, “*già allora non appariva giustificabile che, in presenza di opere sostanzialmente conformi alle norme urbanistiche quantomeno al momento dell'esame della domanda di sanatoria, per le quali, per varie ragioni, non era stato richiesto alcun titolo abilitativo, si dovesse procedere alla demolizione, con possibile successiva ricostruzione senza modifiche, unicamente per la presenza di un difetto formale*”.

(15) Sul tema, cfr. E. FOLLIERI, *Profili problematici della concessione in sanatoria, con riferimento alle sanzioni amministrative previste dalla l. 28 gennaio 1977 n. 10*, in questa *Rivista*, 1978, II, 239 ss.; L.V. MOSCARINI, *Proprietà dei suoli, jus aedificandi, licenza e concessione in sanatoria*, in *Cons. St.*, 1979, II, 571 ss.; A. CROSETTI, *La nuova disciplina per l'edificabilità dei suoli*, Genova, 1977; G. FRAGOLA, *Il regime dei suoli edificatori*, Padova, 1979; G. PAGLIARI, *Concessione edilizia in sanatoria: stato del dibattito e spunti ricostruttivi*, in questa *Rivista*, 1981, II, 144 ss.

(16) Sul punto, si v. A. MONACO, *Urbanistica, ambiente e territorio*, Napoli, 2008, 966. Inoltre, si v. Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 1993 n. 1031, in *Foro amm.*, 1993, 2084, “*il potere autorizzatorio, intesa l'eccezione in senso ampio, può essere in generale esercitato per consentire attività permesse dall'ordinamento, ancorché le attività stesse siano state effettuate in difetto dell'assenso dell'autorità amministrativa prescritto dalla legge, con la sola eccezione che la legge stessa lo impedisca. Conseguentemente deve ammettersi il rilascio della concessione edilizia in sanatoria purché l'intervento sia conforme alle prescrizioni urgenti e non siano ravvisabili implicazioni negative sulla tutela del pubblico interesse. È legittimo il rilascio della concessione edilizia in sanatoria condizionata all'approvazione della variante dello strumento urbanistico entro un termine certo, rappresentato dal periodo di vigenza delle misure di salvaguardia*”. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 1979 n. 112, in *Foro amm.*, 1979, I, 346, “*la sanatoria di opere risultate in contrasto con l'autorizzazione edilizia è possibile solo quando le opere stesse siano*

Tuttavia, l'interpretazione prevalente, precedente anche all'entrata in vigore della norma — che non si basava su alcuna disposizione normativa, bensì su principi generali — era di tipo estensivo, poiché ammetteva la sanatoria di ogni opera affetta solo da vizi formali, ma sostanzialmente conforme alle norme vigenti al momento della richiesta (17).

Inizialmente, in giurisprudenza, è stata sostenuta una tesi sulla radicale illegittimità costituzionale delle leggi statali che prevedevano una sorta di generale sanatoria degli illeciti commessi in materia edilizia: *“tale indiscriminata sanatoria finisce con l'attribuire valore meramente facoltativo all'osservanza dei doveri gravanti sul cittadino in materia edilizia, dando riconoscimento al principio, assai poco civile, del fatto compiuto, mortificando tutti coloro che hanno sinora dato ossequio alla normativa vigente, ed attribuendo definitivamente un ingiusto arricchimento ai costruttori abusivi”* (18).

È opportuno segnalare che, a causa dell'idiosincrasia statale a percepire l'urgenza del tema, si registrava *“l'apparire di una legislazione regionale di sanatoria”* (19), circostanza che causava talune incertezze sulla tenuta costituzionale delle stesse (20), nonostante l'articolo 49 della l. 47 del 1985 si proponeva di predisporre un raccordo tra la relativa legge e le c.d. sanatorie regionali.

Per tutte, la l.r. Sicilia 29 febbraio 1980 n. 7, disciplinava l'inserimento — subordinato a determinate condizioni di miglioramento delle infrastrutture — di nuclei edilizi abusivi negli strumenti urbanistici, con varianti ai piani generali e ai relativi strumenti attuativi (21).

*compatibili con la disciplina urbanistica ovvero, quantunque abusive, risultino conformi a sopravvenute modifiche della disciplina medesima*. In senso difforme, A. CUTRERA, *Concessione edilizia*, cit., 210, per il quale l'atto di concessione non può essere emanato in sanatoria di una preesistente situazione di illegittimità.

(17) Cons. Stato, Ad. Plen., 17 maggio 1974 n. 5, in *Foro it.*, 1974, I, 2, 507 ss.

(18) Pretura Orvieto, 11 ottobre 1983, in *Giur. cost.*, 1984, 766, l'ordinanza si riferiva al d.-l. 5 ottobre 1983 n. 529 che recava *“Norme per la rilevazione e la sanatoria delle opere edilizie abusive”*, mai convertito successivamente in legge.

(19) L'espressione è di A. PREDIERI, *Prefazione*, cit., 22. Sul tema, cfr. E. CHELI, *Legge retroattiva di sanatoria e giudicato costituzionale*, in *Giur. cost.* 1962, 599 ss.

(20) Corte cost., 15 febbraio n. 13, in *Giur. cost.*, 1980, 102; sulla sentenza, si v. M. BASSANI e V. ITALIA, *Sanatoria e condono edilizio*, Milano, 1985, 102, *“nonostante la sua ampiezza, è particolarmente delusiva, in quanto non coglie quegli aspetti essenziali che la Corte, pur senza interferire con scelte di politica legislativa, avrebbe dovuto prendere in considerazione. Sorprende anche che di fronte a leggi di questo genere, la posizione della Corte costituzionale si sia arenata su posizioni di dettaglio, senza cogliere i punti che per gli stessi statuti delle Regioni (in particolare l'art. 14 dello statuto della Regione siciliana) dovrebbero essere presi in considerazione”*.

(21) Per una disamina più analitica, G. CAMARDA, *Leggi di cosiddetta sanatoria: profili costituzionali e problematiche sulla responsabilità* e A. DE ROBERTO, *Il disegno di legge-quadro sul recupero urbanistico e le leggi delle regioni Lazio e Sicilia*, in *Assemblea regionale siciliana*, IX legislatura, “Quaderni”, a cura dell'Ufficio studi legislativi, n. 16, Palermo, 1982. A. PREDIERI, sub art. 49, n. A. PREDIERI (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, 624 ss., *“si ponevano norme per l'abusivismo cosiddetto plurimo, cioè quello di costruzione e realizzazione massiccia di nuclei edilizi abusivi, o con un eufemismo, spontanei. Nelle leggi di sanatoria si prevedeva l'inserimento di tali nuclei negli strumenti urbanistici, inserimento ottenuto con varianti ai piani generali e agli strumenti attuativi: in sostanza, la tecnica del riconoscimento del fatto compiuto, passata poi nell'articolo 29 della l. n. 47/85. Il riconosci-*

La vigente disposizione è introdotta nel nostro ordinamento, con qualche differenza di rilievo, dall'articolo 13 della l. 28 febbraio 1985 n. 47, la c.d. legge-quadro sul condono edilizio (22).

La struttura del condono, rispetto all'istituto indagato in questa sede, configura un rimedio di carattere eccezionale e temporaneo; il permesso in sanatoria — di cui l'accertamento di conformità è l'elemento qualificante — si consegue in via ordinaria, poiché il relativo rilascio è subordinato al mero “*controllo della sostanziale inesistenza di un danno di natura urbanistica*” (23).

Il meccanismo introdotto con la legge del 1985 consentiva di sanare tutto ciò che era stato realizzato, in assenza di previo titolo, ma in conformità con la normativa di zona, o in altri termini, in conformità con la disciplina sostanziale (24).

In altri termini, il titolo abilitativo legittimante, diretto a fornire riscontro della conformità dei fabbricati agli strumenti urbanistici, interviene dopo il completamento dell'opera; tuttavia, rispetto alla legislazione previgente, “*è pretesa una più articolata e severa prognosi di compatibilità urbanistica*” (25).

*mento va inteso non nel modo più banale e rozzo di pura e semplice perimetrazione ricognitiva, ma con l'introduzione di previsioni di miglioramento di infrastrutture, con il riferimento di base, anche se non esclusivo, all'abusivismo plurimo, inteso come fattispecie diversa, assunta come presupposto fattuale che richiedeva rimedi consistenti in atti generali quali i piani e le perimetrazioni”. Sul tema, cfr. F. TERESI, La legislazione urbanistica siciliana al vaglio dei giudici costituzionali, in Le Regioni, 1980, 686 ss., “la legge contiene una parte relativa alla sanatoria dell'abusivismo edilizio, che costituisce certamente una novità assoluta non rinvenibile nella legislazione statale”.*

(22) Tale legge operava una distinzione tra abusivismo sparso e abusivismo diffuso, riguardante interi insediamenti abitativi, per il quale prevedeva complessi procedimenti di recupero urbanistico-ambientale. Sul tema, in senso più ampio, si v. M. BASSANI e V. ITALIA, *Sanatoria e condono edilizio*, Milano, 1985; N. ASSINI, M. CICALA e E. FORTUNA, *Condono edilizio. Recupero urbanistico e sanatoria*, Padova, 1985, 4, “*deve essere chiaro che la sanatoria, come tale, non è isolabile dal conteso generale della complessiva riforma recata dalla legge che si pone anche come il punto di arrivo di una ben precisa tendenza legislativa iniziata con la c.d. legge Bucalossi (27 gennaio 1977 n. 10). Anzi è bene spiegare che moltissimi dei problemi formanti oggetto di altre disposizioni dello stesso provvedimento legislativo, possono essere meglio decifrati proprio tenendo conto della disciplina della sanatoria, in cui possono riscontrarsi affermazioni di portata assai ampia e comprensiva*”.

(23) S. RAIMONDI, *sub art. 36*, in AA. VV. (a cura di), *Testo unico sull'edilizia*, Milano, 2003, 502.

(24) P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*<sup>4</sup>, Milano, 2016, 114, “*ciò che in definitiva rileva nei rapporti tra proprietario e autorità amministrativa non è tanto che la trasformazione sia stata preceduta dal controllo del progetto da parte della seconda o che comunque il controllo sia stato reso possibile, quanto che in definitiva la trasformazione stessa non contrasti con la normativa di zona*”; per tutti, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 6 dicembre 2011 n. 5668, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 12, 4019, “*L'accertamento di conformità previsto dall'art. 13, l. n. 47 del 1985, poi confluito nell'art. 36, d.p.r. n. 380 del 2001, è diretto a sanare le opere solo formalmente abusive, in quanto eseguite senza il previo rilascio del titolo, ma conformi nella sostanza alla disciplina urbanistica applicabile per l'area su cui sorgono*”.

(25) Cfr. P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia*, cit., 1398 ss., “*la legge urbanistica del 1942, nel disciplinare il titolo abilitativo all'edificazione, nulla diceva circa la possibilità di un suo conseguimento a posteriori, ad opere già eseguite*”.

## 2. *Inquadramento dogmatico.*

Per consolidata e uniforme interpretazione della giurisprudenza, l'accertamento di conformità configura un provvedimento che assume connotazione oggettiva e vincolata, priva di apprezzamenti discrezionali (26). “*L’attività è talmente vincolata, immediata e di raffronto tecnico, che la mancata risposta lascia chiaramente intendere che l’opera non sia conforme*” (27); si tratta di un accertamento vincolato, di una verifica cartolare di natura tecnico-certificativa (28).

Non ci si riferisce ad una attività provvedimentale in senso proprio della pubblica amministrazione, ma ad un accertamento, ad un riscontro, che si sostanzia in una verifica cartolare tra l’edificato e gli strumenti urbanistici.

Per differente ricostruzione, “*la legge lascia un ampio margine di apprezzamento anche tecnico, circa l’emanazione ed il contenuto del provvedimento, sicché tali accertativi vanno ricondotti a veri e propri atti di giudizio*” (29).

Tuttavia, è sempre attuale e significativa l’affermazione secondo cui “*non è l’elemento della discrezionalità che può da solo decidere della natura di un atto*” (30).

L’apprezzamento di cui è titolare l’amministrazione comunale, per l’emanazione del provvedimento, non può essere ricondotto alla categoria degli accertamenti costitutivi, secondo un retto criterio di inquadramento e sistemazione degli atti amministrativi.

(26) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013 n. 3235, in questa *Rivista*, 2013, 5, I, 920, “*L’attività sanzionatoria della pubblica amministrazione sull’attività edilizia abusiva è connotata dal carattere vincolato e non discrezionale. Infatti, il giudizio di difformità dell’intervento edilizio rispetto al titolo abilitativo rilasciato, che costituisce il presupposto dell’irrogazione delle sanzioni, non è connotato da discrezionalità tecnica, ma integra un mero accertamento di fatto e, pertanto, l’ordine di demolizione di opere abusive non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest’ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo ammettersi l’esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può mai legittimare*”; T.A.R. Liguria, Sez. I, 4 dicembre 2013 n. 1467, in *Foro amm.*, 2013, 12, 3696, “*la sanabilità degli abusi edilizi è ammessa soltanto entro i limiti delineati dal legislatore, in termini di accertamento di conformità, senza alcuna estensione discrezionale da parte della P.A., per cui sarebbe illegittimo un provvedimento di sanatoria che, al fine di rendere l’esistente conforme alle prescrizioni urbanistiche vigenti, preveda l’esecuzione di ulteriori lavori*”.

(27) A. PAGANO, *L’accertamento di conformità: alcune considerazioni eretiche sulla giurisprudenza dominante*, in *Urb e app.*, 2009, 363.

(28) In senso ampio, cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 208, “*vi sono molti casi in cui la determinazione amministrativa è la diretta ed esclusiva conseguenza di un accertamento di carattere tecnico. Ciò avviene in tutti i casi in cui si sia già stabilito con disposizione di carattere generale quale debba essere la conseguenza giuridica di una data risultanza*”.

(29) F. SAIITA, *sub art. 36*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell’edilizia*, Milano, 2009, 625.

(30) L’affermazione è di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*<sup>3</sup>, Padova, 1914, 1229; sul tema, cfr. K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte: Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Berlino, 1910, 49, secondo cui alla distinzione tra atti discrezionali e vincolati è negato ogni carattere di assoluta certezza.



Per una classificazione dogmatica è opportuno distinguere gli atti di accertamento dagli atti certificativi.

Gli atti certificativi costituiscono prove rinnovabili senza limiti, con i quali l'amministrazione palesa, a favore della collettività, dati e situazioni giuridiche già acquisite.

Gli accertamenti rivelano l'esistenza di dati oggettivi allo scopo di precostituire un elemento di prova ufficiale, in funzione di un'inderogabile necessità di certezza giuridica.

L'istituto in esame sembra poter essere ricondotto all'ultima categoria, con un ulteriore elemento di qualificazione; *“in vista del fatto che essi attuano un'operazione di giudizio di importanza primaria e con carattere originario, vengono a costituire una prova particolarmente qualificata, alla quale bisogna attingere per ottenere ogni altro strumento probatorio di uso comune”* (31).

Di conseguenza pare pacifica l'esclusione dell'accertamento di conformità dal novero degli atti di giudizio, quali valutazioni e decisioni.

Per altro verso, si può ipotizzare che l'istituto in esame configuri un accertamento c.d. valutativo, che non smarrisce il carattere di vincolatività dell'azione amministrativa nel suo insieme, ma si realizza negli accertamenti di natura complessa, nei quali la pluralità degli elementi da accertare richiede una valutazione più articolata (32).

Tale teoria deve essere disattesa e l'accertamento di conformità deve essere inquadrato — in virtù della tesi che distingue i giudizi di probabilità dai giudizi di esistenza (33) — in quest'ultima categoria; è necessario che l'amministrazione verifichi l'esistenza della conformità o, in altri termini, l'inesistenza di qualsiasi difformità (*rectius* *“non contrasto”* (34)) del fabbricato rispetto agli strumenti urbanistici generali.

(31) Sul tema degli accertamenti valutativi, cfr. G. VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi*, Milano, 1950, 21 ss., altra distinzione utile può essere fondata sul criterio che gli accertamenti debbano essere compiuti in base a una procedura rigorosamente predeterminata dalla legge, o invece consentano all'amministrazione una valutazione, in parte almeno discrezionale, della situazione accertata. In altri termini, S. GATTO COSTANTINO e P. SAVASTA, *Manuale dell'urbanistica, dell'edilizia e dell'espropriazione*, Roma, 2010, 641, nell'ipotesi di cui all'art. 36 del Testo Unico dell'edilizia, si verifica che *“manca l'accertamento costitutivo del titolo, ma, nella realtà sostanziale del manufatto, quest'ultimo corrisponde alla previsione dello strumento urbanistico, ossia realizza concretamente, in parte qua, il progetto di sviluppo del territorio che lo strumento urbanistico aveva previsto e, quindi, consentito”*.

(32) Sul tema, cfr. V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici della P.A.*, in *Studi in onore di V. Bachelet*, II, 403 ss. Sulla distinzione tra valutazione tecnica semplice e valutazione tecnica complessa, si rinvia a A. TRAVI, *Nota a Cons. Stato*, Sez. IV, 9 aprile 1999 n. 601, in *Foro. it.*, 2001, III, 9 ss.

(33) G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA. VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001. In maniera più articolata, F.G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107 ss., contrappone ai semplici giudizi di esistenza una categoria di giudizi che spaziano dai giudizi complessi in base a criteri obiettivi ai giudizi complessi secondo criteri opinabili fino ai giudizi complessi anche secondo criteri soggettivi, al fine di criticare l'atteggiamento giurisprudenziale che si serve di questa disomogenea categoria di giudizi per riconoscerli tutti riservati all'amministrazione e quindi insindacabili.

(34) P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia*, cit., 1397.

Sotto altro profilo, è pressoché pacifico che, a fronte di un'istanza di sanatoria, il silenzio dell'amministrazione costituisca un'ipotesi di silenzio significativo, evocativo di un rigetto della richiesta stessa del privato; tale provvedimento, in quanto tacito, è di per sé privo di corredo motivazionale (35).

Tale interpretazione è indicativa di un indirizzo ben preciso, anche alla luce del mantenimento del modulo reiettivo del silenzio nell'articolo 36 del t.u. dell'edilizia, entrato in vigore dopo le acquisizioni sull'estensione del silenzio, previste dalla l. 7 agosto 1990 n. 241 (36); appare consolidata una lettura riduttiva dell'onere motivazionale, anche qualora l'amministrazione si determini in forma espressa, poiché l'obbligo imposto dall'articolo 3, l. 241/90 risulta "*riducibile al minimo, stante il limitato oggetto dell'accertamento richiesto dal legislatore*" (37).

(35) *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 20 febbraio 2017 n. 998, "*il silenzio serbato dall'Amministrazione Comunale sull'istanza di accertamento di conformità urbanistica di cui al d.p.r. n. 380 del 2001 ha natura di atto tacito di reiezione dell'istanza e, quindi, di silenzio significativo e non di silenzio rifiuto. Ne discende che, una volta decorso il termine di 60 giorni, si forma il silenzio diniego (o silenzio rifiuto), che può essere impugnato dall'interessato in sede giurisdizionale nel prescritto termine decadenziale di sessanta giorni, alla stessa stregua di un comune provvedimento, senza che possano ravvisarsi in esso i vizi formali propri degli atti, quali i difetti di procedura o la mancanza di motivazione, con la conseguenza che il predetto provvedimento, in quanto tacito, è già di per sé privo di motivazione ed è impugnabile non per difetto di motivazione, bensì per il suo contenuto di rigetto. Pertanto, a seguito della presentazione dell'istanza di accertamento di conformità, non è rinvenibile in capo all'Amministrazione alcun obbligo di pronunciarsi con un provvedimento espresso, essendo dall'ordinamento qualificato il silenzio serbato sulla predetta istanza come tacito rigetto della stessa*"; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 20 luglio 2017 n. 836, "*In tema di richiesta di permesso in sanatoria, l'articolo 36, comma 3 d.p.r. n. 380 del 2001, già articolo 13 della l. n. 47 del 1985, configura a tutti gli effetti un'ipotesi di tipizzazione legale del silenzio serbato dall'Amministrazione. Pertanto, una volta decorso inutilmente sessanta giorni, sulla domanda di sanatoria si forma a tutti gli effetti un atto tacito di diniego, con conseguente onere a carico dell'interessato di impugnarlo, nel termine processuale di legge anch'esso pari a sessanta giorni, decorrente dalla data di formazione dell'atto negativo tacito*"; F. SAITTA, *sub art.* 36, cit., 627, "*la procedura di rilascio prevedeva il meccanismo del silenzio rigetto: se entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda il Comune non si fosse pronunciato, la richiesta si intendeva respinta ed il diniego tacito era immediatamente impugnabile*".

(36) In tal senso, da ultimo, si v. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 1 giugno 2017 n. 1231, "*Pur nel nuovo sistema introdotto dagli artt. 2 e 3, l. n. 241 del 1990, il silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza di accertamento di conformità urbanistica di cui all'art. 36, d.p.r. n. 380 del 2001, ha natura di atto tacito di reiezione dell'istanza (e quindi di silenzio-significativo e non di silenzio-rifiuto) e pertanto, una volta decorso il termine di 60 giorni, si forma il silenzio-diniego, che può essere impugnato dall'interessato in sede giurisdizionale nel prescritto termine decadenziale di sessanta giorni, alla stessa stregua di un comune provvedimento, senza che possano ravvisarsi in esso i vizi formali propri degli atti, quali i difetti di procedura o la mancanza di motivazione, con la conseguenza che il predetto provvedimento, in quanto tacito, è già di per sé privo di motivazione ed impugnabile non per difetto di motivazione, bensì per il suo contenuto di rigetto e pertanto, l'ordinamento, a seguito della presentazione dell'istanza di accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36, d.p.r. n. 380 del 2001, non prevede alcun obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi con un provvedimento espresso, qualificando il silenzio serbato sulla predetta istanza come rifiuto della stessa*".

(37) A. PAGANO, *L'accertamento di conformità*, cit., 363. In senso difforme, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 17 settembre 2007 n. 4838, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 4, II, 1219, "*è illegittimo il provvedimento di diniego di concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 13, l. 28 febbraio 1985 n. 47, in relazione all'installazione di antenne trasmittenti con relative cabine metalliche, che sia*

In una prospettiva più ampia, la categoria dei permessi in sanatoria è espressione del principio della conservazione dei valori giuridici ed economici, oltre che dei criteri di ragionevolezza ed equità.

La disciplina introdotta dapprima con la l. 28 febbraio 1985 n. 47 e poi trasfusa, con alcune modifiche, nel t.u. dell'edilizia è ispirata a un principio di economicità sostanziale, di conformità sostanziale agli strumenti urbanistici vigenti ma anche processuale; *“la scelta dell'amministrato consiste nella traslazione dell'opposizione alla demolizione, all'interesse ad una positiva delibazione della sua istanza di sanatoria”* (38).

La disposizione rappresenta una norma di chiusura, una prudente regola di condotta per l'amministrato e la ricerca di un punto di equilibrio da parte del legislatore; tuttavia, la disposizione rappresenta pur sempre una deroga al principio della legittimità della concessione, circostanza che deve costituire presupposto logico di ogni analisi sull'istituto (39).

*affetto da vizio del difetto di motivazione”*; sotto altro profilo, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015 n. 4552, in questa *Rivista*, 2015, 6, I, 1420, *“deve ritenersi illegittimo per difetto di motivazione il provvedimento di annullamento d'ufficio del permesso di costruire in sanatoria, laddove tale provvedimento faccia esclusivo riferimento ai profili di originaria illegittimità connessi con la richiesta di sanatoria, con l'accertamento della doppia conformità, con l'asservimento di un fondo insistente sul territorio di Comune non limitrofo, nonché al requisito di imprenditrice a titolo principale indispensabile per utilizzare la volumetria massima in caso di accorpamento, senza evidenziare, al contempo, le ragioni di interesse pubblico specifico, concreto e attuale che possono giustificare, a distanza di un lasso di tempo ragguardevole dalla sanatoria, il ricorso alla autotutela”*.

(38) In tal senso si è espresso A. PAGANO, *L'accertamento di conformità*, cit., 362, *“il privato innesta un sub-procedimento teso al controllo cartolare: il provvedimento demolitorio resta fermo, la verifica documentale dirà soltanto se l'opera è, nella forma, legittima e quindi sanabile. Il procedimento è, pertanto, estremamente lineare.”*; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 30 ottobre 2008 n. 2721 in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 10, 2681, *“nel sistema delineato dall'art. 13, l. 28 febbraio 1985 n. 47 (ora, art. 36, d.p.r. n. 380 del 2001), ove l'interessato abbia attivato il procedimento per ottenere la concessione di costruzione edilizia in sanatoria, il ricorso proposto contro un provvedimento repressivo emesso in precedenza (nella specie, ordine di demolizione) è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, essendo tale ordinanza divenuta priva di efficacia, atteso che a seguito dell'istanza di sanatoria essa deve essere sostituita o dalla concessione in sanatoria (espressa o implicita) o da un nuovo provvedimento sanzionatorio”*.

(39) T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 6 luglio 2007 n. 589, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2007, 7-8, I, 2293, *“con la norma di cui all'art. 13, l. n. 47 del 1985, il legislatore ha specificatamente individuato un punto di equilibrio secondo il quale gli abusi formali (ovvero quelli consistenti in opere conformi 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) possono ottenere il rilascio di un titolo in sanatoria, solo a condizione del pagamento di una somma a titolo di oblazione”*; sul tema dei profili intertemporali della fattispecie, cfr. G.D. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto intertemporale nei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001; in senso conforme si v. Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 1994 n. 1200, in *Foro it.*, 1995, III, 608, *“l'art. 13 l. 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”*.

3. *Requisito della doppia conformità tra dubbi interpretativi e necessità di certezza.*

La formulazione della norma nel corpo della l. 47 del 1985 prevedeva la possibilità di ottenere il provvedimento in sanatoria qualora l'opera fosse conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati non in contrasto con quelli adottati sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda.

La norma costituiva una deroga al principio secondo cui la legittimità della concessione deve essere verificata al momento del relativo rilascio da parte dell'amministrazione (40).

Per una prima e più rigida ricostruzione, la c.d. doppia conformità avrebbe escluso la possibilità di conseguire la concessione in sanatoria, in relazione ad opere non conformi agli strumenti urbanistici vigenti al momento della realizzazione dell'opera (41).

Tale posizione era avallata da un celebre arresto dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in virtù del quale, *“per la sanatoria dell'opera abusiva non è sufficiente la compatibilità con gli strumenti urbanistici approvati o adottati al tempo della realizzazione, ma occorre la compatibilità anche con la pianificazione esistente nel momento in cui la sanatoria viene richiesta. In altre parole, chi ha costruito senza concessione, ma in conformità allo strumento urbanistico vigente, non ha un'aspettativa alla sanatoria incondizionata e illimitata nel tempo, perché detta aspettativa può venire in ogni momento travolta e posta nel nulla da una sopravvenuta diversa pianificazione, nei confronti della quale il titolare dell'opera abusiva non è protetto”* (42). Come rilevato più di recente, il principio di buon andamento, in virtù del quale sarebbe illogico ordinare la demolizione di ciò che sarebbe autorizzato in base alla disciplina vigente, è recessivo rispetto al principio — parimenti di rango costituzionale — di legalità (43).

(40) Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 1994 n. 1200, in *Giur. it.*, 1994, III, 1, 123, *“i presupposti per il rilascio della concessione in sanatoria devono sussistere alla data di rilascio del provvedimento, e non alla data della domanda”*.

(41) In tal senso, cfr. S. VINTI, *La sanatoria degli abusi edilizi in assenza della c.d. doppia conformità. Contraddizioni del sistema e proposte*, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 77 ss.; F. SAITTA, *sub art. 36, cit.*, 629, *“la ratio della previsione era individuata nel tentativo di evitare che taluno potesse essere indotto a realizzare opere in contrasto con la disciplina urbanistica vigente, confidando in un successivo mutamento della disciplina stessa con cui l'intervento realizzato risulti, invece, compatibile”*; B. GRAZIOSI, *La sanatoria giurisprudenziale*, cit., 540, *“la tesi contraria all'ammissibilità della sanatoria giurisprudenziale, infatti, per poter sostenere la assoluta del presupposto della doppia conformità, aveva, ed ha tuttora, un passaggio obbligato: quello di dimostrare che questo nuovo istituto è esaustivo della fattispecie della sanatoria edilizia, copre ogni ipotesi, senza margini residui. In altri termini era — ed è — necessario dimostrare che l'art. 13 della l. n. 47/1985 ha determinato, per così dire, l'indiretta abrogazione della sanatoria ordinaria per consumazione della fattispecie”*.

(42) Cons. Stato, Ad. Plen., 8 gennaio 1986 n. 1, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 53.

(43) T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 14 novembre 2016 n. 2474; in senso conforme, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 28 ottobre 2016 n. 5010, in questa *Rivista*, 2016, 6, I, 1080, *“il presupposto per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 d.p.r. n. 380/2001 è la sussistenza della c.d. doppia conformità, non rilevandosi sufficiente la sola conformità delle opere alla strumentazione urbanistica vigente all'epoca di proposizione dell'istanza di accerta-*

Secondo un diverso orientamento, definito più mite (44), peraltro avallato anche dalla giurisprudenza più risalente nel tempo (45), sarebbe stato apertamente in contrasto con il principio di economicità, negare la concessione in sanatoria in presenza di opere conformi agli strumenti urbanistici vigenti al momento della

*mento*"; in dottrina, M. BRESCIANO e A. PADALINO MORICHINI, *I reati urbanistici*, Milano, 2000, 430, la diversa terminologia utilizzata nella norma di riferimento per gli strumenti approvati — per i quali si richiede la conformità — e per quelli adottati — per i quali si richiede il “non contrasto” non è foriera di una distinzione di disciplina, ma pare essere diretta a prevenire una duplicazione terminologica; inoltre, come rilevato da P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia*, cit., 1402, “*tale apparato di riscontro, ben più complesso e severo del modello preoperante nella prassi e avallato dalla giurisprudenza, trova ragione nell'intento del legislatore, all'atto di disciplinare l'istituto, di circoscriverlo in confini tali da non prestarsi ad utilizzi sviati, anche in considerazione della sua aumentata portata legittimante ed esimente (pure di ordine penale, stante il successivo art. 22 della l. n. 47)*”.

(44) P. TANDA, *Sanatoria giurisprudenziale: auspicabile un intervento dell'Adunanza Plenaria*, in questa *Rivista*, 2010, 881, “*tale orientamento individua la sua ratio nell'esigenza di non imporre la demolizione di un'opera prima di ottenere la concessione per realizzarla nuovamente. 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*”; in senso conforme, cfr. 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., “*l'abusività dell'opera — in quanto costruita senza titolo abilitativo — non potrebbe compromettere la sua sostanziale attuale conformità agli strumenti urbanistici*”.

(45) Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 1965 n. 171, in *Cons. St.*, 1965, I, 297, “*nel caso in cui una licenza edilizia sia stata annullata per contrasto con norme regolamentari, ma successivamente queste siano modificate in modo che la predetta licenza venga a trovarsi con esse in una situazione di perfetta rispondenza, non può essere accolta la richiesta di demolizione del fabbricato a suo tempo illegittimamente eretto, perché si giungerebbe all'assurdo risultato di far ordinare la demolizione dell'edificio in applicazione di norme ormai abrogate, mentre il Comune potrebbe rilasciare una ulteriore autorizzazione a costruire un edificio identico, in base alle norme sopravvenute*”; Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 1971 n. 212, *ivi*, 1971, I, 478 ss., “*la licenza edilizia in sanatoria può essere rilasciata solo se sia conforme alle norme edilizie ed urbanistiche vigenti alla data in cui il provvedimento viene rilasciato. Non esiste una alternatività in senso assoluto tra ordine di demolizione di opere edilizie abusive e rilascio di licenza di costruzione in sanatoria, potendo quest'ultima intervenire solo se non sussista contrasto con le norme urbanistiche ed edilizie o con altri vincoli vigenti al momento della concessione della licenza de qua*”; Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 1972 n. 168, *ivi*, I, 395 ss., “*non è ammessa la convalida, con effetti ex tunc, di un atto amministrativo definitivamente annullato in sede giurisdizionale. Al fine di rilasciare una licenza edilizia in sanatoria, il Sindaco deve fare riferimento alle norme edilizie ed urbanistiche vigenti alla data in cui emette il relativo provvedimento. Il principio secondo il quale il provvedimento adottato sulla domanda di licenza edilizia deve fare applicazione delle norme edilizie ed urbanistiche vigenti alla data in cui viene emesso può trovare una deroga solo in presenza di un particolare obbligo, come nell'ipotesi di formazione del giudicato sull'obbligo di provvedere sulla domanda di licenza a seguito di silenzio-rifiuto, ovvero a seguito di ottemperanza ex art. 27, n. 4 26 giugno 1924 n. 1054*”; in dottrina, in senso conforme, G. FERRERO, *Sanatoria in tema di licenze*, in questa *Rivista*, 1968, 72, secondo cui l'articolo 32 della l. n. 1150 del 1942, in omaggio al principio di conservazione dei valori economici, ha conferito espressamente all'autorità amministrativa il potere di manifestare la volontà di regolarizzare una situazione, riconoscendo che la stessa è conforme o, comunque, non contrasta con disposizioni inderogabili dell'ordinamento edilizio.

richiesta (46). L'accoglimento di tale teoria è pienamente compatibile con la concezione oggettivo-funzionale dell'azione amministrativa (47).

Sulla questione *de qua*, il Consiglio di Stato, nel redigere il parere sullo schema del t.u., 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 vigente”* (48); appare, pertanto, palese l'emersione di una concezione sostanzialistica del principio di legalità. Tuttavia, depone in senso contrario l'argomento nominalistico, poiché non è prevista la codificazione di una sanatoria giurisprudenziale, definita anche *“minore”* (49).

Inoltre, in senso più ampio, la linea di tendenza ispiratrice delle riforme amministrative degli ultimi anni ha palesato la necessità di spostare il centro di gravità del sindacato amministrativo, da un mero giudizio di legalità formale a una verifica della generale validità sostanziale dell'azione amministrativa (50).

Per risolvere tale contrasto interpretativo, la giurisprudenza ha coniato, in via meramente pretoria, una sanatoria c.d. giurisprudenziale, al fine di ritenere legittime opere — originariamente abusive — ma divenute conformi al dettato legislativo solo al momento dell'istanza (51). In definitiva, in virtù di tale istituto è ammissibile il rilascio di un titolo postumo per opere conformi solo alla normativa vigente al momento della presentazione dell'istanza, ma in contrasto alla disciplina vigente al momento della commissione dell'abuso.

(46) *Ex multis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 31 gennaio 2008 n. 137, in questa *Rivista*, 2008, 3, I, 885, *“il rilascio della concessione, in sanatoria non può essere negato dall'amministrazione sulla base di una modificazione della disciplina urbanistica successiva alla presentazione della domanda, con la conseguenza che essa può essere assentita relativamente ad opere che, realizzate senza titolo edilizio o in difformità da esso, siano conformi alla normativa urbanistica vigente al momento il cui l'autorità comunale provvede sulla domanda di sanatoria”*; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004 n. 3431, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1429, *“anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 13, l. 28 febbraio 1985 n. 47, sono legittime le concessioni in sanatoria relative ad opere originariamente abusive ma conformi agli strumenti urbanistici venuti in essere successivamente, qualora vigenti all'epoca di presentazione dell'istanza di accertamento di conformità”*.

(47) Si v. G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e amministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1308.

(48) Cons. Stato, Ad. gen., 29 marzo 2001, parere n. 3.

(49) A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive: un istituto che non convince*, in *Urb e app.*, 2007, 340.

(50) Cfr. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato delle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO e 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”*.

(51) Sul tema della sanatoria giurisprudenziale, si è espresso a favore G. TORREGROSSA, *Sanzioni urbanistiche e recupero degli insediamenti e delle opere abusive*, in questa *Rivista*, 1985; l'istituto genera dalla sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1995 n. 238, in *Foro amm.-C.d.S.*, 1995, 349 ss., *“la concessione in sanatoria delle opere edilizie, che più propriamente è una autorizzazione postuma, è istituto dedotto, dalla prassi amministrativa e dalla giurisprudenza, dai principi generali attinenti al buon andamento ed alla economica 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”*.

Tuttavia, l'accoglimento di tale impostazione consentirebbe di recepire una lettura dell'intero plesso di disposizioni edilizie in un'ottica "*ingiustamente premiale dell'abusivismo*" (52)

La rinnovata formulazione della disposizione, ex articolo 36 del t.u. dell'edilizia, non ha risolto l'antinomia interpretativa.

In altri termini, le due teorie contrapposte si basano sulla valorizzazione di due principi di rango costituzionale; il buon andamento dell'azione amministrativa da un lato e il pedissequo e ininterrotto rispetto del principio di legalità dall'altro.

Tuttavia, appaiono decisivi due arresti giurisprudenziali della Corte Costituzionale (53), che hanno rivelato "*la volontà di liquidare definitivamente una sorta di abnorme aporia interpretativa*" (54); le due pronunce utilizzano l'articolo 36 del t.u. dell'edilizia quale principio fondamentale nella materia "*governo del territorio*", nella parte in cui subordina il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria alla riscontrata presenza del requisito della doppia conformità.

Le due sentenze accolgono la tesi più rigorosa — in relazione a contesti e attraverso percorsi argomentativi differenti — la quale assume l'accertamento di conformità quale unico modello normativo possibile di sanatoria, paradigma totalizzante dell'intera categoria dei titoli edilizi postumi, attraverso il superamento dell'istituto pretorio della sanatoria giurisprudenziale.

Si rileva una volontà di declinare in senso puramente formale il principio di legalità dell'azione amministrativa, ritenuto ontologicamente incompatibile con la sanatoria giurisprudenziale (55).

Il bilanciamento operato dalla Corte, tra il buon andamento dell'azione amministrativa e il rispetto del principio di legalità, predilige quest'ultimo aspetto, da declinare nell'assoluto rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia durante tutto l'arco temporale compreso tra la realizzazione dell'opera e la presentazione dell'istanza volta ad ottenere l'accertamento di conformità.

Secondo tale impostazione, accolta in maniera pressoché unanime dalla giurisprudenza successiva, l'articolo 36 citato assorbirebbe tutte le fattispecie di regolarizzazione postuma, non residuando spazio alcuno per la c.d. sanatoria giurisprudenziale.

In altri termini, l'accertamento di conformità esaurisce l'intera fattispecie in esame, ragion per cui è necessario che l'opera risulti conforme alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione, sia al momento della presentazione dell'istanza.

La giurisprudenza amministrativa successiva alle due sentenze richiamate ha accolto tale orientamento (56), più rigoroso e rispettoso del principio di legalità in

(52) P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia*, cit., 1412.

(53) Corte cost., 11 maggio 2017 n. 107, in questa *Rivista*, 2017, 570 e Corte cost., 29 maggio 2013 n. 101, in *Foro it.*, 2014, 2298.

(54) B. GRAZIOSI, *La sanatoria giurisprudenziale*, cit., 538 ss.

(55) In tal senso, cfr. A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale*, cit., 339 ss.; il tema della sanatoria giurisprudenziale intercetta l'istituto dei poteri impliciti dell'amministrazione, si v. G. MORBIDELLI, *Della perequazione urbanistica*, in *www.giustamm.it*, 2009.

(56) Per tutte, appare particolarmente interessante una pronuncia del T.A.R. Toscana, 24 luglio 2017 n. 953, che accoglie un indirizzo ancora più restrittivo, in virtù del quale "*la sanatoria di opere abusivamente realizzate non può essere legittimata dalla presentazione di un*

senso formale; come rilevato, l'argomento pratico rappresentato dalla fattispecie di ordinare la demolizione di un immobile compatibile con la disciplina vigente al momento dell'istanza “è senza dubbio suggestivo, ma non può essere decisivo” (57).

Inoltre, la necessità di fornire un'interpretazione rigorosa della norma in esame si desume dalla condivisibile considerazione secondo cui “la netta distinzione tra abuso formale ed abuso sostanziale non è sufficientemente raffinata per abbracciare varie ipotesi intermedie che la prassi riscontra” (58).

In definitiva, non sembra esserci uno spazio residuo tra l'ordine di demolizione e la concessione in sanatoria subordinata al requisito della doppia conformità in senso stretto. L'accertamento cartolare definisce la possibilità di sanare l'opera o la necessità di eseguire l'ordine di demolizione, *tertium non datur*.

#### 4. *Brevi riflessioni conclusive.*

Il fascino problematico dell'accertamento di conformità rimane intatto, forse proprio a causa di queste oscillazioni interpretative, che rendono l'istituto destinatario di letture spesso difformi, proprio in relazione a ciò che costituisca oggetto dell'accertamento.

Il percorso evolutivo della categoria dei permessi in sanatoria non è lineare e i continui contrasti ermeneutici sono dovuti al sovrapporsi disordinato di regimi normativi transitori — spesso poi diventati definitivi, anche dopo il venir meno della causa di eccezionalità che li giustificava — di pronunce della Corte Costituzionale, di normative regionali che hanno reso particolarmente ardua la maturazione di una consapevolezza della materia.

L'attuale nodo problematico, in considerazione della tendenziale stabilità della norma, modificata solo in maniera marginale dal d. lgs. 25 novembre 2016 n. 222, ruota in relazione al requisito della doppia conformità, dalla cui interpretazione derivano una serie di conseguenze che inducono all'individuazione di due istituti diversi, in base alla soluzione prescelta e non a due interpretazioni di uno stesso istituto.

Accomunare le due interpretazioni all'interno di una stessa concezione dogmatica, anche se in una prospettiva puramente di collocazione normativa, appare una forzatura.

*P.M.A.A. (programma aziendale pluriennale di miglioramento agricolo) finalizzato alla modificazione della strumentazione urbanistica attuativa necessaria per assicurare all'opera il requisito della conformità allo strumento urbanistico vigente al momento della presentazione della domanda ex articolo 140, 1° comma l.r. 3 gennaio 2005 n. 1. Infatti, in materia di sanatoria edilizia il principio della doppia conformità impone che la legittimazione postuma delle opere abusivamente realizzate possa avere solo carattere edilizio ma non anche urbanistico. Il titolo legittimante resta quindi precluso tutte le volte che la conformità urbanistica possa ottenersi solo attraverso l'approvazione o la modifica di strumenti urbanistici anche di carattere attuativo”.*

(57) A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale*, cit., 340.

(58) A. CORTESI, *I termini del dibattito in corso in tema di “sanatoria giurisprudenziale”*, in *Urb. e app.*, 2003, 1095 ss., “una sanatoria svincolata rispetto al requisito della doppia conformità è suscettibile di incidere negativamente sull'attività di pianificazione urbanistica nel suo complesso. L'attività di programmazione interviene su di un corpo vivo, su di un assetto edilizio in perenne trasformazione, il cui sviluppo si cerca di governare razionalmente”.



Il rispetto ininterrotto della disciplina urbanistica — che rappresenta l'unica ipotesi di abuso puramente formale — non può essere equiparato all'ipotesi della costruzione di un'opera abusiva, divenuta poi conforme, per un casuale quanto non previsto mutamento dell'assetto normativo.

Auspicare una migrazione della circostanza che integra l'ipotesi della c.d. sanatoria giurisprudenziale in un'autonoma disposizione comporterebbe uno sdoppiamento dell'accertamento edilizio postumo, che rischierebbe di generare una complicazione ulteriore per l'interprete e gli stessi operatori edilizi.

Tuttavia, l'arresto della Corte Costituzionale del maggio del 2017 sembra sancire l'approdo finale del contrasto, imponendo l'effettivo rispetto della disciplina urbanistica vigente al momento della costruzione e al momento della presentazione dell'istanza.

Il sacrificio del principio di conservazione dei valori giuridici ed economici appare necessario di fronte alla necessità di conferire certezza formale e sostanziale alla tematica dei permessi in sanatoria.

Per il periodo antecedente alla sanatoria, l'illiceità, anche se solo formale, permane come realtà giuridica e, come tale, deve provocare la reazione dell'ordinamento giuridico.

L'esigenza di rispettare in maniera ininterrotta la disciplina urbanistica vigente dal momento della realizzazione dell'opera è il presupposto logico e giuridico della norma stessa, che giustifica la recessione di altri valori, anche se paradigmatici dell'intero assetto di principi dell'azione amministrativa.

VINICIO BRIGANTE

Segue un breve *abstract* in lingua inglese redatta dall'Autore.

*This essay aims to analyze the evolution and the judicial development of the legal arrangement regulated by the article no. 36 of the primary legislative text for the building regulation into the Italian legal framework, namely the conformity assessment procedure, taking into account doctrinal and case-law guidelines.*

*The legislative provision under investigation regulates a kind of amnesty procedure to redress construction built without appropriate permission, if the building is in accordance with the current urban planning tools.*

*The literal format of the rule raises serious doubts of interpretation that lead to different options, an array of different interpretations that must be prevented for the needs of legal certainty.*