

# IL “SILENZIO-RIGETTO” SULL’ISTANZA PER ACCERTAMENTO DI CONFORMITÀ EDILIZIA AI SENSI DELL’ART. 36, D.P.R. N. 380/2001: UNA SOLUZIONE CHE NON SODDISFA.

**Maria Difino**

**Abstract:** l’articolo evidenzia la necessità di rivedere, soprattutto alla luce delle recenti modifiche che stanno interessando l’azione amministrativa, il significato che il Testo unico dell’edilizia (d.p.r. n. 380/2001) assegna attualmente al silenzio dell’amministrazione in tema di accertamento di conformità di cui all’art. 36. Lo spunto per una riflessione seria sull’istituto del silenzio nella materia edilizia e sulla crisi della amministrazione c.d. “decidente” (in contrapposizione a quella prestazionale) è offerto dalla recente decisione della Consulta n. 42/2023 che, sebbene abbia cassato per difetto di motivazione la questione di legittimità costituzionale della disposizione normativa (co. 3) sollevata con ordinanza di rimessione dal Tar Lazio, ne ha puntualmente evidenziato i profili problematici meritevoli di approfondimento, che sono stati sviluppati, seppure brevemente, dall’autore.

**Abstract:** the article highlights the need to review, especially in light of the recent changes that are affecting administrative action, the meaning that the Consolidated Building Act (Presidential Decree no. 380/2001) currently assigns to the silence of the administration on the subject of conformity assessment pursuant to art. 36. The starting point for a serious reflection on the institution of silence in construction matters and on the crisis of the so-called administration “deciding” (as opposed to performance) is offered by the recent Council decision no. 42/2023 which, although it was quashed due to lack of motivation, the question of constitutional legitimacy of the regulatory provision (paragraph 3) raised with a referral order from the Lazio TAR, promptly highlighted the problematic profiles worthy of further investigation, which were developed, albeit briefly, by the author.

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. La controversa natura del potere sanzionatorio in materia edilizia - 3. Il silenzio rigetto nell’art. 36 TU edil. e le criticità della disposizione - 4. Considerazioni conclusive.

## **1. Premessa**

L’istituto del silenzio della pubblica amministrazione e il vasto (e devastante) ricorso che ne è stato fatto, da un certo momento in poi del cammino di *emancipazione* del diritto amministrativo, è il chiaro sintomo di mali più profondi della società contemporanea.

Alla sfiducia verso l’attività della pubblica amministrazione e il suo agire “discrezionale”<sup>1</sup>, il sistema ha reagito con il ricorso a meccanismi di c.d. *ingegneria amministrativa* che hanno

---

<sup>1</sup> La bibliografia sulla discrezionalità amministrativa è a dir poco sterminata. Qui si segnala solo, da ultimo, S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn.dir.ammin.* n. 6/2022 in cui l’autorevole Autore spiega come questa questione si ponga oggi in termini nuovi rispetto al passato, e di come il regime e la estensione della discrezionalità dipendano dall’assetto costituzionale e, in particolare, dal mutamento della declinazione della separazione dei poteri.

legittimato l'ingresso, nel panorama giuridico, non solo del "silenzio" ma anche di altri istituti come la DIA e la SCIA. Tutto questo nella logica della c.d. semplificazione e della liberalizzazione<sup>2</sup>, che però ha pagato lo scotto della rinuncia alla decisione amministrativa espressa, fortemente voluta dal legislatore del 1990 quale momento conclusivo, e apice, del procedimento amministrativo<sup>3</sup>; d'altra parte, che l'uso del *silenzio* abbia portato a problemi maggiori di quanti nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto risolverne<sup>4</sup>, è sotto gli occhi di tutti varcando le aule della giustizia amministrativa.

L'applicazione dell'istituto del *silenzio*, laddove riferito alle c.d. "sanatorie edilizie", presenta poi zone d'ombra particolarmente marcate, in ragione della sua interferenza con altre categorie giuridiche, anch'esse complesse sotto il profilo dogmatico. E mi riferisco alle c.d. "sanatorie edilizie" che, a seconda della loro tipologia, sono interessate da significati diversi assunti dal comportamento inerte della p.a.

L'occasione di questa riflessione che, come si avrà modo di accennare, si presenta tra l'altro oggi di particolare interesse per le proposte di riforma - c.d. *mini condono edilizio* - messe di recente in cantiere dal legislatore nazionale per la modifica dell'art. 36 del testo unico edilizia ("Accertamento di conformità"), è stata offerta da un arresto della Corte Costituzionale di marzo 2023 su una questione di legittimità del co. 3 di quella norma, sollevata dal TAR Lazio, sezione II *bis*, con ordinanza n. 178 del 22.07.2022<sup>5</sup>. Sebbene la questione sia stata cassata dalla Consulta per difetto di motivazione<sup>6</sup>, l'arresto appare nella

---

2 Gli istituti di *semplificazione* e di *liberalizzazione* sono certamente coerenti con il nuovo spirito dell'azione amministrativa e strettamente connessi alla riduzione dei tempi amministrativi. La "semplificazione" interpreta la volontà di snellimento dell'attività amministrativa, di riduzione degli adempimenti incombenti sui cittadini e di accelerazione dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo, in un'ottica strumentale alla funzionalità ed economicità dell'*agere* pubblico. In relazione al procedimento amministrativo, la semplificazione ha comportato l'introduzione di norme a carattere autorizzatorio, attraverso la eliminazione della necessità di un provvedimento espresso. Si tratta di una tendenza che sta alla base del meccanismo del silenzio assenso, orizzontale e verticale, degli accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. 241/90 ed anche rispetto alla conferenza dei servizi. La "liberalizzazione", invece, pur rispondendo alle medesime finalità della semplificazione presuppone la non necessità di un titolo abilitativo e, quindi, la non necessità di un procedimento amministrativo; è ispirata al *principio di sussidiarietà orizzontale*, secondo cui lo Stato, ove non necessario, deve ritirarsi consentendo la libera iniziativa dei privati. Ciò ricorre nelle ipotesi in cui l'iniziativa privata è legittimata direttamente dalla legge, senza la necessità di una intermediazione dell'organo amministrativo, come ad esempio nella SCIA (liberalizzazione parziale).

3 Per una interessantissima analisi sulla problematica della discrezionalità e della codificazione amministrativa anche in merito ai limiti e ai nuovi orizzonti del potere di controllo del giudice nell'era del PNRR, si veda F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il giudice*, in [www.lamagistratura.it](http://www.lamagistratura.it), n. 2-2022.

4 M.A.SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della PA*, in *Giust.civ.*, 1994, p. 485 e ss. dove già si evidenziava come l'istituto del silenzio assenso sulle autorizzazioni edilizie, da eccezione ha finito per diventare la regola; ma, soprattutto, da strumento di vantaggio per gli amministrati è divenuto, in questa materia, la causa principale di incertezza giuridica.

5 Sentenza *Corte Cost.* 16.03.2023 n. 42 su ordinanza di rimessione del *TAR del Lazio sez. II bis del 22.07.2022 n. 178* (quest'ultima su G.U. n. 46 del 17.11.2021)

6 A questo proposito ricordiamo che le due condizioni che rendono proponibile, da parte del giudice *a quo*, il giudizio incidentale di legittimità costituzionale di una legge sono il "requisito di rilevanza" e quello di "non manifesta infondatezza". Il *requisito di rilevanza costituzionale* attiene al fatto che la questione di costituzionalità deve riguardare una norma (sostanziale o processuale) applicabile nel giudizio *a quo* ed influente per la sua definizione; ciò spiega sia la sospensione del giudizio in corso fino alla decisione della Corte Costituzionale (art. 23 co. 3 legge n. 87/1953), sia l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità (art. 30 legge n. 87/1953). Il *requisito della non manifesta infondatezza*, invece, riguarda la motivazione da parte del giudice *a quo*, il quale deve dimostrare di aver effettivamente svolto la sua deliberazione e di escludere altre possibili letture costituzionalmente conformi della norma impugnata; in questo modo ponendo la Corte

sostanza particolarmente interessante, non solo per l'attualità delle problematiche giuridiche poste sul tavolo, ma soprattutto per una percepita tensione, da parte della Corte, ad evidenziare l'importanza dei dubbi sollevati, quasi nell'auspicio di una futura corretta formulazione dei quesiti da porre ai fini di una proficua decisione; al punto da spingersi, il giudice delle leggi, ad indicare esso stesso le ordinate da seguire in vista di una futura positiva presa in carico del quesito.

Nello specifico, la vicenda oggetto di attenzione nell'arresto n. 42/2023, attiene alla figura del silenzio significativo (nel caso di specie, *silenzio rigetto*) come espressamente contemplata dall'art. 36 dpr n. 380/2001 in tema di sanatoria edilizia (c.d. doppia conformità)<sup>7</sup>.

Sul ricorso principale proposto al Tar Lazio avverso una ordinanza di demolizione di un manufatto (per un assunto difetto di notificazione del provvedimento amministrativo) e le conseguenti sanzioni pecuniarie, si innestava da parte della società ricorrente, con motivi aggiunti, il ricorso avverso il silenzio-rigetto formatosi *ex lege* per avvenuta decorrenza del termine di sessanta giorni previsto dal co. 3 dell'art. 36, nonché la richiesta di declaratoria giurisdizionale di sussistenza della doppia conformità urbanistico - edilizia.

Il Tar Lazio, al cospetto di queste tre domande (sulla demolizione, sul silenzio e sull'accertamento della doppia conformità) riteneva di dover sollevare d'ufficio - ai sensi dell'art. 1 della legge cost. n. 1/1948 e art. 23 legge n. 87/1953 - questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 dpr n. 380/2001 nella parte in cui stabilisce che, in mancanza di una pronuncia espressa da parte degli uffici amministrativi entro il termine di sessanta giorni dalla richiesta di permesso di costruire in sanatoria, la medesima si intende rifiutata (co. 3). E, ciò, attese le ricadute processuali della disposizione normativa che, in caso di accoglimento dei proposti motivi aggiunti avrebbe nella, fattispecie, inciso anche sull'esito del ricorso avverso la demolizione e la irrogazione delle sanzioni<sup>8</sup>.

Leggendo l'ordinanza di rimessione in effetti si fatica ad inquadrare i vari profili di dubbia legittimità costituzionale sollevati (a parere di chi scrive anche a ragione) dal giudice *a quo* in merito al comma 3 dell'art. 36 T.U. edilizia. Profili che, invece, vengono ineccepibilmente ricostruiti, nella loro dimensione sistemica, dalla Corte Costituzionale e riassunti in quattro rilievi, di carattere sostanziale e processuale: I) l'impossibilità di fatto, per il cittadino, di comprendere le ragioni della reiezione della istanza e, di conseguenza, la difficoltà dello stesso di offrire il proprio apporto nella fase istruttoria del procedimento; II) l'ingiusta differenza del regime sul silenzio nella sanatoria ordinaria ex art. 36 co. 3 (silenzio rigetto) rispetto a quella prevista per il condono edilizio ex art. 37 (silenzio assenso); III) l'aggravamento della posizione processuale del cittadino costretto ad un ricorso

---

costituzionale in condizione di valutare i motivi sui quali il remittente medesimo ancora la denuncia della sussistenza di un contrasto della norma legislativa con i parametri specificamente oggetto di richiamo.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 36 d.p.r. n. 380/2001 il responsabile dell'abuso o l'attuale proprietario dell'immobile possono ottenere il permesso in sanatoria - *accertamento di conformità* - a condizione che l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda. Decorsi sessanta giorni dalla richiesta, senza che sia intervenuta una pronuncia adeguatamente motivata da parte dell'Ufficio comunale, la stessa si intende rifiutata (co.3). Il regime si presenta invece diverso nel caso della SCIA edilizia in sanatoria ex art. 37 co.4 d.p.r. 380/2001 dove, non essendo il silenzio espressamente qualificato dalla norma, è stato interpretato dal giudice amministrativo in termini di *silenzio-inadempimento*, con la conseguente applicazione, della disciplina di cui agli articoli 31 co. 2 e 117 c.p.a.: cfr. *Cons. St. sez. II, 20.02.2023 n. 1708*.

<sup>8</sup> Nella ordinanza dei giudici laziali si legge «Ne consegue che l'eventuale accoglimento dei motivi aggiunti avverso il silenzio-diniego inciderebbe anche sulla lite introdotta col ricorso avverso l'ordinanza di demolizione d'ufficio n. ... e la correlata sanzione pecuniaria irrogata con atto n. ... . Ciò renderebbe inefficace anche l'ordinanza di demolizione originaria n. ..., sebbene impugnata con gravame definitivamente respinto ( cfr. Tribunale amministrativo regionale Lazio, II -bis , n. 10753 del 2019 e Cons. Stato, VI, n. 1064 del 2020)».

giurisdizionale “al buio” per via della mancanza di un provvedimento espresso di rigetto; IV) l’illegittimità di una cornice normativa in cui al giudice amministrativo viene chiesto di pronunciarsi sulla istanza di sanatoria edilizia, prerogativa della P.A., in spregio del principio di separazione dei poteri.

Alla luce delle argomentazioni portate dai soggetti costituiti in giudizio (Tar Lazio, PCM.-Avvocatura, Roma Capitale) la Corte, pur ritenendo la questione di legittimità costituzionale manifestamente infondata per motivazione insufficiente<sup>9</sup>, si premura di fornire, essa stessa, “*un breve inquadramento del permesso in sanatoria*” sugli aspetti interessati dalla questione, indicando tre punti che il giudice remittente avrebbe, a suo giudizio, trascurato di motivare, ovvero: la *natura del potere*, la *ratio del silenzio rigetto*, la questione della *tutela* come diversamente affrontata dalla giurisprudenza.

A tal riguardo va osservato che, in realtà, in più passaggi della ordinanza di rimessione, il Tar Lazio fa riferimento solo ed esclusivamente alla giurisprudenza della propria sezione, omettendo quel confronto con altri orientamenti che la Corte, condivisibilmente, ritiene fondamentale ai fini della motivazione della non manifesta infondatezza<sup>10</sup>.

Ciò posto, la Corte Costituzionale preliminarmente stigmatizza la differenza tra i due istituti previsti dal legislatore in deroga alla disciplina generale del preventivo permesso di costruire, ovvero: la sanatoria edilizia ordinaria (doppia conformità) e quella straordinaria (c.d. condono edilizio), precisando che nel primo caso trattasi di abusi solo formali in quanto *privi di danno urbanistico*, mentre nel secondo caso l’abuso ha carattere sostanziale, in quanto consistente in una vera e propria *violazione della disciplina urbanistico-edilizia*<sup>11</sup>.

Lo schema argomentativo suggerito dalla Corte è quindi chiarissimo, a dispetto di una ordinanza di rimessione in cui, sebbene la denuncia di incongruenze e distonie giuridiche non sia mancata, la stesse è stata, però, innegabilmente troppo sommaria e mal esposta.

La Corte redarguisce il giudice remittente per aver dato per scontato il presupposto della natura discrezionale del potere sanzionatorio esercitato dalla p.a., osservando che, invece, *per giurisprudenza largamente prevalente (ex plurimis e da ultimo, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 15 settembre 2022 n. 7993)* il provvedimento di sanatoria di cui all’art. 36 T.U.edil.,

9 Secondo la Corte l’ordinanza di rimessione presenterebbe «una ricostruzione della cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento per molti versi carente ed in parte erronea».

10 Ne *Il libro della giustizia amministrativa 2021*, Torino, 2021, la terza sezione dell’opera è dedicata proprio alle ordinanze dei TT.AA.RR. di rimessione delle questioni controverse alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia UE, in un’ottica di continua osmosi tra giudice amministrativo, giudice delle leggi e giudice europeo, nella consapevolezza che nessun giudice oggi può considerarsi una monade isolata, ma deve necessariamente essere parte di un dialogo, proficuo e collaborativo, tra giurisdizioni, non solo interne.

11 La Corte Costituzionale (*sent. 26.09.2017 n. 232*) si è soffermata più volte sull’istituto dell’ *accertamento di conformità* di cui all’art. 36 T.U.edil. affermando che esso costituisce «principio fondamentale della materia del governo del territorio» (*sent. 107/2017*) ed è «finalizzato a garantire l’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*» (*sent. n. 101/2013*). Tale istituto è volto a «sanare opere che, sebbene sostanzialmente conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia, sono state realizzate in assenza del titolo stesso, ovvero con variante essenziale». Esso è da tenere distinto dal c.d. “*condono edilizio*” in cui, invece, la sanatoria dell’abuso non è solo formale ma bensì sostanziale, in quanto le opere non sono affatto conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia (*sent. n. 50/2017*). Si ricorda che in Italia si sono avuti ben tre leggi sul condono edilizio: n. 47/1985 (art. 31), 724/1994 (art. 39), d.l. 269/2003 (art.32). Sui mali del condono edilizio, si ricorda *C. Cost. 21.07.1995 n. 416*. E’ stato detto efficacemente che, per usare una nota formula di Massimo Severo Giannini, l’abusivismo e il condono, in Italia, sembrano non più far parte di un ordinamento giuridico “clandestino”; e che abusi e condoni edilizi hanno oramai dato vita a una specie di “giusnaturalismo”, che prima o poi consente allo Stato di riconoscere ai proprietari il diritto di edificare nei luoghi e nel modo nei quali i proprietari stessi hanno scelto di esercitarlo, così L. CASINI, *Abusi e condoni edilizi: dalla clandestinità al giusnaturalismo?*, in *Giorn.dir.amm.* n. 1/2019, p. 7.

avrebbe natura «vincolata»<sup>12</sup> o al più, *secondo altro e meno seguito orientamento*, natura «tecnico-discrezionale» o «solo tendenzialmente vincolata»<sup>13</sup>.

Data la peculiarità dell'art. 36 TU edil., quale *norma a carattere sostanziale, ma con effetti processuali*, il TAR del Lazio, da parte sua, afferma che a precludergli l'accertamento di conformità ivi disciplinato, sarebbe proprio la disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo: non solo perché all'attribuzione del *bene della vita* debba pervenirsi attraverso l'esercizio di funzione autoritativa, attesa l'impossibilità assoluta e oggettiva per il giudice di *pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi ancora non esercitati* (art. 34 co. 2 cpa), ma anche in virtù del principio secondo cui l'organo giurisdizionale può pronunciarsi sulla fondatezza della domanda solo quando ne sussistano i presupposti di legge, ovvero quando: - *“si tratti di attività vincolata”* - *“non residuano ulteriori margini di esercizio di discrezionalità”* - *“non siano necessari adempimenti istruttori”* a carico dell'amministrazione (art. 31 co. 3 cpa).

A voler liquidare sbrigativamente la contrastata questione, si potrebbe asserire, con formula secca e lapidaria, che il procedimento di sanatoria ordinaria ex art. 36 TU edil. ha natura di mero “controllo”, *equivalente* al permesso di costruire il quale, come si sa, è atto vincolato nell'*an* e nel *quid*, non essendo preordinato alla ponderazione di interessi, la quale avviene già all'interno del procedimento di pianificazione urbanistica. Detto altrimenti, in questo caso, la discrezionalità dell'amministrazione si consumerebbe tutta nel momento in cui l'esercizio della funzione precettiva, con l'approvazione del piano urbanistico, viene ad esaurirsi. D'altra parte, come sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale, la *natura vincolata* del permesso di costruire è confermata dal fatto che il titolo edilizio è, per legge, *irrevocabile*<sup>14</sup>.

Senonché la problematica appare ben più complessa e lo dimostra l'imperitura attualità del tema dei provvedimenti in sanatoria, che non solo sembra aver conservato intatto tutto il suo fascino, ma rafforza l'idea che la materia edilizia rappresenta, da sempre, un osservatorio privilegiato per apprezzare lo stato dell'arte di diverse questioni classiche del diritto amministrativo, sostanziali e processuali, quali la discrezionalità amministrativa, gli accertamenti costitutivi, la retroattività degli effetti della sanatoria, il silenzio della pubblica amministrazione, la inesauribilità del potere amministrativo, ed ora anche quello della inefficacia degli atti tardivi.

Nonostante l'apparente definitivo traguardo che la giurisprudenza costituzionale ha tentato di segnare attraverso una autorevole scelta di campo, con gli arresti n 101/2013 e n. 107/2017 (cui si farà cenno in seguito), il sentiero da percorrere verso una posizione che sia unanimemente condivisa - semmai ciò sia davvero possibile in un sistema tanto dinamico come quello del diritto amministrativo - appare ancora particolarmente accidentato, poiché

<sup>12</sup> Giurisprudenza prevalente, da ultimo *Cons. St. sez. VI n. 7993/2022* cit.

<sup>13A</sup> questo proposito la Consulta richiama due arresti del giudice amministrativo: *Cons. St., IV, 04.11.2022 n. 9664* in relazione al permesso di costruire e *TAR Campania-Salerno, 17.052022 n. 1270* su un caso relativo a permesso in sanatoria. In dottrina G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019.

<sup>14</sup> In merito, *C. Cost. 5.05.1983 n. 127*. La irrevocabilità del permesso di costruire è oggi sancita dall'art. 11 co. 2 del d.p.r. n. 380/2001 e si giustifica per la impossibilità, sul piano logico-giuridico (come oggi positivamente previsto dall'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990) della valutazione di “sopravvenuti motivi di pubblico interesse” ovvero del “mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento”, ovvero ancora, salvo le eccezioni previste, la “nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”. In dottrina si rinvia a S. CIVITARESE – P. URBANI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2020 pagg. 349 e 341, dove è precisato che nel nostro ordinamento la funzione essenziale del permesso di costruire è di «mero controllo di legittimità, senza alcuna funzione conformativa della proprietà», salvo l'ipotesi eccezionale di “permesso di costruire in deroga” ex art. 14 TUE. Sul punto si rinvia a P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984.

non privo di prospettazioni diverse e opposte rispetto a quella abbracciata attualmente dalla prevalente dottrina e giurisprudenza sul tema della sanatoria edilizia (o meglio, *delle sanatorie edilizie*). Prospettazioni diverse che, a sommosso giudizio di chi scrive, non sono meno convincenti della tesi maggioritaria a cui, tra l'altro, sembra aderire anche la Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 42/2023.

L'enorme vastità delle questioni implicate che una trattazione sul tema delle sanatorie edilizie inevitabilmente comporterebbe - e quindi il rischio di perdere i confini di un ordinato, seppur modesto ragionamento - induce chi scrive a seguire le coordinate argomentative tracciate dalla Consulta, così partendo dalla prima: la *natura giuridica* dell'istituto della sanatoria edilizia.

## 2. La controversa natura del potere sanzionatorio in materia edilizia.

La qualificazione giuridica dell'attività compiuta dall'amministrazione nel caso della sanatoria edilizia ordinaria ex art. 36 TU edil., assume rilevanza pratica proprio in relazione alle implicazioni derivanti, sul piano processuale da una norma, come questa, che assegna esplicitamente al comportamento inerte (silenzio) tenuto dalla p.a. sulla istanza del privato, il significato di *rigetto*. La questione che allora si pone è che, in questo modo, al giudice verrebbe demandato di sostituirsi all'amministrazione e di provvedere in prima battuta in luogo dell'autorità amministrativa, affinché proceda anche a valutazioni in varia misura discrezionali, di carattere tecnico e/o amministrativo: quindi, il vecchio ed ora più che mai attuale controverso rapporto tra il potere amministrativo e potere giudiziario, in una parola, il principio della *separazione tra poteri*. Esigenza apprezzabile «sia in caso di assenso che di diniego»<sup>15</sup>.

L'indagine va direttamente al cuore del problema, e la risposta dipende dalla lettura che si fa dell'art. 36 TU edil.: ovvero se testuale o, invece, in termini oggettivo-funzionali. Nel primo caso la linea sarà segnata da una concezione formalistica del *principio di legalità*, mentre nel secondo caso da una concezione sostanziale dello stesso.

A tal proposito una premessa appare d'obbligo: il principio di legalità viene soddisfatto non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale<sup>16</sup>. Non meno rilevante ai fini di questa analisi, come si avrà modo

<sup>15</sup> Nella ordinanza si legge «In altri termini il giudice, secondo il principio di separazione dei poteri, ricavabile dal complesso delle disposizioni di cui alla Parte II della Costituzione e riconducibile in particolare agli art. 97, 113 della stessa, non potrebbe sostituirsi all'amministrazione, provvedendo in prima battuta in luogo dell'autorità amministrativa, procedendo anche a valutazioni in varia misura discrezionali, di carattere tecnico e/o amministrativo (cfr, in ultimo, *Corte Cass. S.U. n. 2604 del 2021*)». Dati questi confermati, come precisano i giudici capitolini, dagli art. 34 co. e 31 co. 3 del c.p.a. Il caso qui richiamato dal giudice remittente (*Tar Lazio II bis n. 178/2021*) riguardava una ordinanza della CCSU in un ricorso giurisdizionale per difetto assoluto di giurisdizione in relazione ad una presunta violazione, da parte del Consiglio di Stato, del *principio di separazione dei poteri* (tra amministrazione e giudice) per aver ritenuto illegittima - sotto il profilo della manifesta illogicità - una delibera del CIPE di approvazione di un progetto di opera pubblica (lotto autostradale). Il supremo giudice delle leggi, tuttavia, ha cassato il ricorso della società per azioni Autostrade Brescia-Verona-Vicenza-Padova non ravvisando, in questo caso, il lamentato sconfinamento di poteri da parte del giudice amministrativo di secondo grado. Nell'occasione si è soffermato diffusamente su tale principio.

<sup>16</sup> G. MORBIDELLI, «*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*», Atti del 53° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). Sul principio di legalità cfr anche S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993 p. 267, laddove è evidenziato come i principi generali elaborati dalla giurisprudenza costituiscono elementi di riconduzione del sistema a unità e dunque, criteri direttivi del potere regolamentale.

di vedere, è l'approccio dogmatico con il quale si affronta la tematica, atteso che la prospettiva dell'amministrativista è condizionata da sensibilità e obiettivi diversi rispetto a quella del penalista, il che incide inevitabilmente sull'approdo finale.

L'assunto di partenza diviene, quindi, che l'abusivismo edilizio - o gli "abusivismi di cui più correttamente parlava Predieri<sup>17</sup> - non può essere ridotto solo ad una questione strettamente repressivo-sanzionatoria, essendo piuttosto, e principalmente, il portato di un problema che è culturale (ovvero di prevenzione anche sociale, di attenzione all'ambiente e alla salute dei cittadini, di sicurezza ecc.), socio-economico, oltre che morale, e che non può che essere affrontato a livello istituzionale, all'interno di un quadro normativo chiaro ed efficace e, soprattutto, con attribuzione di competenze legislative, statali e regionali, ben definite e circoscritte.

Nella disciplina urbanistico-edilizia si parla di "difformità" per significare che un'opera, o parte di essa, non coincide con quanto prescritto dalla normativa di settore e, quindi, dal titolo edilizio pertinente, e questo conferisce a tale violazione una connotazione duplice: *sostanziale*, in relazione alla lesione dell'interesse *soggettivo* della pubblica amministrazione alla salvaguardia di una certa caratteristica dei luoghi; e *strumentale*, in relazione alla lesione dell'interesse *oggettivo* al rispetto delle norme stesse<sup>18</sup>.

Per meglio inquadrare l'istituto della sanatoria edilizia e la sua evoluzione nel tempo, va ricordato che l'ordinamento giuridico ha da sempre contemplato, sebbene implicitamente, la possibilità di eliminazione di illeciti edilizi *lievi* attraverso il rilascio *ex post* del titolo edificatorio (c.d. sanatoria ordinaria); mentre invece, per le violazioni edilizie particolarmente gravi, lo ha fatto attraverso interventi eccezionali e temporalmente limitati, contenuti in norme espresse, come i c.d. condoni edilizi<sup>19</sup>. A tal proposito va altresì ricordato che, nel silenzio della legge urbanistica fondamentale (legge n. 1150/1942)<sup>20</sup>, il rilascio postumo del titolo edificatorio di opere comunque conformi alla normativa vigente è stato per lungo tempo ritenuto ammissibile ed avallato dai giudici amministrativi; e ciò in virtù di un principio generale dell'ordinamento giuridico<sup>21</sup>, per cui era considerato illogico e irragionevole, attesa la conformità urbanistico-edilizia del manufatto realizzato, disporre la rimozione per ragioni di irregolarità "meramente formali"<sup>22</sup>.

17 A. PREDIERI, *Prefazione*, in A. Predieri (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, 15 ss., il quale affermava che da ogni punto di vista, socio-economico o strettamente giuridico, non c'è un abusivismo ma vi è una "pluralità di abusivismi".

18 Nel primo caso, alla stregua di qualunque illecito civile, la violazione darà luogo a un risarcimento danni nella forma generica (sanzione pecuniaria) o specifica di natura reale (demolizione); nel secondo caso, invece, la violazione dovrà essere trattata come un illecito amministrativo, dando luogo a una sanzione penale. Così, F. BENVENUTI, *Violazione delle norme edilizie e poteri di sanatoria del Sindaco*, in *Riv. amm.* 1958, p. 3 ss.

19 Sull'argomento si rinvia a P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2022.

20 Cfr. P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia successiva atipica e accertamento di conformità*, in *Riv.giur.edil.* 2004, 1398 ss, il quale ci ricorda che 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.

21 Tale interpretazione estensiva, precedente anche all'entrata in vigore della legge n. 10/1977, non si basava su alcuna disposizione normativa, bensì su "principi generali", come affermato da *Cons.St. A.P. 17.05.1974 n. 5*. In dottrina sul punto, anche F. SAITTA, *Permesso di costruire in sanatoria: in Sicilia non è più necessaria la "doppia conformità" (prime considerazioni a margine dell'art. 14, comma 1, della legge regionale siciliana n. 16 del 2016)*, in *Lexitalia.it*, 2016

22 Principio successivamente espressamente avallato da *Cons. St. V 13.10.1993 n. 1031*, secondo il quale il potere autorizzatorio, intesa l'accezione in senso ampio, può essere in generale esercitato per consentire attività

Questo generale atteggiamento di tolleranza iniziale è tuttavia presto mutato a causa dell'incremento incontrollato del fenomeno migratorio che, con la rivoluzione industriale del secondo dopoguerra, portò nel nostro Paese, già dall'inizio degli anni '50, tanta popolazione ad insediarsi nelle città, con abbandono delle campagne; e ciò senza che le istituzioni si curassero di attivare adeguate politiche pubbliche, oltre che misure di vigilanza sugli effetti deleteri di tale inurbamento.

L'abusivismo edilizio dissennato che derivò da quella incontrollata urbanizzazione, è ancora oggi sotto gli occhi di tutti, ed è stata di proporzioni talmente importanti da compromettere fortemente l'ordinato assetto del territorio<sup>23</sup>e, conseguentemente, uno sviluppo più razionale di tutto il sistema, urbano e sociale. Da qui l'esigenza, avvertita come improcrastinabile, di far fronte a una siffatta situazione attraverso interventi di regolarizzazione del patrimonio edilizio esistente, ai fini di un reale recupero urbanistico-edilizio ed ambientale.

Dopo i primi tentativi falliti di disciplinare la materia delle difformità edilizie, attraverso due proposte di legge risalenti ai primi anni '70 per iniziativa degli onorevoli Marmura prima e Lezzi poi e rimaste tuttavia senza seguito<sup>24</sup>, il sistema approdò alla legge n. 10/1977, c.d. Bucalossi<sup>25</sup>, dove il rilascio della concessione in sanatoria implicava, comunque, accertamenti e valutazioni discrezionali da parte della pubblica amministrazione<sup>26</sup>. Per effetto

---

permesse dall'ordinamento, anche *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 in sanatoria delle opere ormai assentibili. In senso contrario A. CUTRERA, *Concessione edilizia e pianificazione urbanistica*, Milano, 1977 p. 212, per il quale la concessione edilizia non poteva essere emanata in sanatoria di una preesistente situazione di illegittimità.

23 Anche *Corte Costituzionale* 29.07.1995 n. 416 ebbe a rilevare lucidamente come una delle principali concause dell'abusivismo edilizio sta nella incapacità delle istituzioni a svolgere una incisiva e tempestiva azione di controllo del fenomeno.

24 Così G. GUZZO e G. PALLIGGIANO, *L'attività edilizia, titoli, procedure, sanzioni e tutela*, Milano, 2018, p. 454.

25 Legge 28.01.1977 n. 10 "Norme per la edificabilità dei suoli", art. 15 "Sanzioni amministrative" che al co. 2 recitava: «La vigilanza sulle costruzioni è esercitata dal sindaco ai sensi dell'articolo 32 della legge 17 agosto 1942, n.1150». Il testo originario dell'art. 32 "Attribuzione del podestà per la vigilanza sulle costruzioni", legge n. 1150/1942, recitava: «Il podestà esercita la vigilanza sulle costruzioni che si eseguono nel territorio del Comune per assicurarne la rispondenza alle norme della presente legge e dei regolamenti, alle prescrizioni del piano regolatore comunale ed alle modalità esecutive fissate nella licenza di costruzione. Esso si varrà per tale vigilanza dei funzionari ed agenti comunali e d'ogni altro modo di controllo che ritenga opportuno adottare. Qualora sia constatata l'inosservanza delle dette norme, prescrizioni e modalità esecutive, il podestà ordina l'immediata sospensione dei lavori con riserva dei provvedimenti che risultino necessari per la modifica delle costruzioni o per la rimessa in pristino. L'ordine di sospensione cesserà di avere efficacia se entro un mese dalla notificazione di esso il podestà non abbia adottato e notificato i provvedimenti definitivi. Nel caso di lavori iniziati senza licenza o proseguiti dopo l'ordinanza di sospensione il podestà può, previa diffida e sentito il parere della Sezione urbanistica compartimentale ordinarne la demolizione a spese del contravventore senza pregiudizio delle sanzioni penali.(...)». Articolo sostituito dal capo I della legge 28 febbraio 1985, n. 47, poi dagli articoli 31 e seguenti del d.p.r. n. 380 del 2001. Invero già in precedenza il T.U. della legge comunale e provinciale, r.d. 3 marzo 1934 n. 383, all'articolo 108 disponeva che in presenza di un illecito edilizio che avesse arrecato danno al Comune, il Sindaco poteva subordinare l'accoglimento della domanda di oblazione alla circostanza che il colpevole eliminasse le conseguenze della trasgressione e lo stato di fatto che la costituiva, così V. BRIGANTE, *Accertamento di conformità: tracce di una controversa evoluzione*, in *Riv.giur.edil.*, 2018, fasc. 3 p. 173 e ss.

26 Sul punto A. MONACO, *Urbanistica, ambiente e territorio*, Napoli, 2008 p. 966. In giurisprudenza *Cons. St. sez. V* 13.10.1993 n. 1031 che precisava come doveva ritenersi legittimo il rilascio di concessione edilizia in

di questa legge parte della giurisprudenza e della dottrina ritenevano che la vecchia sanatoria edilizia, di elaborazione pretoria, non potesse più trovare cittadinanza nel nostro sistema giuridico<sup>27</sup>; circostanza, questa, che venne a determinare un quadro assai incerto.

Una risposta più incisiva alla esigenza di regolamentazione statale degli abusi edilizi<sup>28</sup> arrivò con la legge 47/1985 la quale, modificando la disciplina della sanatoria edilizia come contemplata dalla legge Bucalossi, sancì la punibilità dell'abuso, anche solo formale, con l'introduzione dell'istituto dell' «accertamento di conformità»<sup>29</sup>. L'art. 13 della legge prevedeva, infatti, che colui che avesse realizzato opere abusive - in quanto prive della necessaria concessione edilizia ovvero in totale difformità o con variazioni essenziali rispetto ad essa - potesse conseguire, in via successiva, il relativo provvedimento abilitativo, purché l'opera risultasse conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione *vigenti* e non in contrasto con quelli (soltanto) adottati sia al momento della *realizzazione*, sia al momento della *presentazione della domanda*<sup>30</sup>. Più in generale il legislatore del 1985 fissò un regime normativo ben definito, sia per l'abusivismo c.d. sparso (art. 13 - "Accertamento di conformità") sia per l'abusivismo c.d. diffuso o *plurimo* (art. 29 - "Varianti agli strumenti urbanistici e poteri normativi delle regioni" - in questo caso prevedendo complessi procedimenti per il recupero urbanistico-ambientale), vale a dire quello di realizzazione massiccia di nuclei edilizi abusivi, eufemisticamente detti "spontanei"<sup>31</sup>; in questo modo ponendosi anche come il punto di arrivo di una ben precisa tendenza legislativa iniziata con la legge n. 10/1977.

In particolare l'art. 13, nel fissare una rigida regola di condotta da parte dell'amministrato, esprimeva in qualche modo lo sforzo del legislatore di trovare un punto di equilibrio nel sistema, introducendo così una misurata deroga al principio secondo cui la legittimità della

---

sanatoria purché l'intervento si presentasse conforme alle prescrizioni vigenti e non fossero ravvisabili implicazioni negative sulla tutela dell'interesse pubblico. *Contra* A. CUTRERA, *Concessione edilizia*, op.cit. 210 e ss. per il quale l'atto di concessione non può essere emanato in sanatoria di una preesistente situazione di illegittimità.

27 E proprio la determinata ostilità opposta dalla giurisprudenza nei confronti della prassi ritenuta assai poco civile ed immorale del "fatto compiuto", fece naufragare i diversi tentativi del legislatore statale di introdurre una sorta di sanatoria generalizzata degli illeciti commessi in materia edilizia. Emblematica è l'ordinanza emessa dal *Pretore di Orvieto*, 11 ottobre 1983, in *Giur. cost.*, 1984, p. 766 in riferimento al d.l. 5 ottobre 1983 n. 529 che recava "Norme per la rilevazione e la sanatoria delle opere edilizie abusive", mai convertito in legge.

28 Si deve segnalare che prima della legge n. 47/1985 il legislatore statale aveva tentato per ben due volte di dare una disciplina alla materia, ma invano (d.l. 486/1982 e d.l. n. 688/1983 non convertiti), mentre più attive si erano dimostrate le regioni. La regione Sicilia, con la legge 29.02.1980 n. 7, ad esempio, aveva previsto l'inserimento di nuclei edilizi abusivi negli strumenti urbanistici, attraverso varianti ai piani generali e ai relativi strumenti attuativi, sebbene subordinatamente a determinate condizioni di miglioramento delle infrastrutture.

29. Sul punto N. ASSINI, M. CICALA, E. FORTUNA, *Condominio edilizio. Recupero urbanistico e sanatoria*, Padova, 1985, p. 4; M. BASSANI, V. ITALIA, *Sanatoria e condominio edilizio*, Milano, 1985.

30 Come autorevolmente osservato in dottrina «il sistema consente di sanare tutto ciò che è stato realizzato, bensì senza titolo, ma in conformità a quanto stabilito dalla disciplina sostanziale, di guisa che 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 comunque che il controllo sia stato reso possibile, quanto che in definitiva la trasformazione stessa non contrasti con la normativa di zona», P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali*, op.cit.

31 A. PREDIERI, sub art. 49, in A. Predieri (a cura di), *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, p. 624 ss.

concessione edilizia (oggi permesso di costruire) deve essere verificata al momento del relativo rilascio da parte dell'amministrazione<sup>32</sup>.

Ma il dibattito, in dottrina e in giurisprudenza non ebbe affatto a sedarsi, anzi.

Sulla interpretazione dell'art. 13 della legge n. 47/'85 si sono contrapposte due diverse posizioni: una basata su una lettura più rigida, testuale, in aderenza al *principio di legalità formale* (Cons.St. A.P. 08.01.1986 n.1) ed una basata su una lettura più mite (*parere Cons.Stat. A.P. 29.03.2001 n. 3*) che, invece, si fondava sul *principio del buon andamento* della P.A., secondo il quale risultava illogico ordinare la demolizione di ciò che sarebbe stato comunque autorizzato in base alla legislazione vigente<sup>33</sup>. Ciò al netto delle diatribe giuridiche sulla questione della natura provvedimento o meno dell'introdotta *accertamento di conformità* (c.d. "doppia conformità") e sulla natura del potere esplicato dalla p.a.. Cionondimeno, per mano delle corti, continuava a trovare legittimazione nel nostro ordinamento giuridico la (già nota) sanatoria edilizia *semplice*, poi battezzata "sanatoria giurisprudenziale"<sup>34</sup>. Accezione infelice, questa, che - nel rimarcare non solo la natura di atto atipico con effetti

32 In questo senso *Cons.St. Sez. V, 20.10.1994 n. 1200*.

33 Ciò anche in aderenza al *principio di conservazione dei valori economici* espressamente contenuto nell'art. 32 legge urbanistica fondamentale n. 1150/42 che conferiva 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 giuridico. In questo senso G. FERRERO, *Sanatoria in tema di licenze*, in *Riv. giur. edil.* 1968, p. 72. In giurisprudenza, *Cons. St., V, 27.02.1965 n. 171* secondo il quale, se dopo l'annullamento della licenza edilizia per contrasto con norme regolamentari queste siano modificate in modo che la stessa 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». Nello stesso senso *Cons. Stato, V, 12.03.1971 n. 212*; *Cons. Stato, V, 14.03.1972 n. 168*. Sul punto anche B. GRAZIOSI, *La sanatoria giurisprudenziale. Note critiche sul dogma della "doppia conformità" secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, p. 538 ss., il quale osservava come «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 afflittiva (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*». Sul punto anche E. FOLLIERI, *Profili problematici della concessione in sanatoria, con riferimento alle sanzioni amministrative previste dalla l. 28 gennaio 1977, n. 10*, in *Riv. giur. edil.*, 1978, II, 239; L.V. MOSCARINI, *Proprietà dei suoli, jus aedificandi, licenza e concessione in sanatoria*, in *Cons. St.*, 1979, II, 571; G. PAGLIARI, *Concessione edilizia in sanatoria: stato del dibattito e spunti ricostruttivi*, in *Riv. giur. edil.*, 1981, II, p. 144.

34 L'istituto genera dalla sentenza del *Cons. Stato, Sez. V, 13.02. 1995 n. 238*: «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 *economicità* 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». Sul tema della sanatoria giurisprudenziale, in dottrina, cfr. P. TANDA, *L'orientamento (a volte contrastante) dei giudici amministrativi e penali sull'ammissibilità della c.d. sanatoria giurisprudenziale*, Nota a sentenza *C. Cass., Sez. III, 21/10/2014 n. 47402*, in *Riv. giur. ed.* n. 1/2015; B. GRAZIOSI, *Attualità della questione dei titoli edilizi postumi. nuove ragioni e vecchi argomenti (ancora a proposito della c.d. sanatoria giurisprudenziale)*, *ibid.* n. 1-2020, pag. 53; V. BRIGANTE, *Accertamenti di conformità: op.cit.*

provvedimentali *praeter legem*<sup>35</sup> ma pure il carattere ingiustamente in qualche modo “premiale” nei confronti dell’abuso edilizio<sup>36</sup> - finì per inasprire ancor più il confronto degli attori in campo.

Molte regioni infatti, sotto la spinta della necessità di intervenire sul degrado territoriale attraverso nuovi strumenti come la *rigenerazione urbana* del patrimonio edilizio esistente, codificarono sostanzialmente, sebbene con differenti formulazioni<sup>37</sup>, la sanatoria giurisprudenziale<sup>38</sup>: d’altronde solo legittimando il c.d. *stato di fatto*, e quindi regolarizzando gli abusi “storici”, era possibile una “ricucitura” pianificata e programmata dell’assetto edilizio ed urbano<sup>39</sup>. L’insistenza della legislazione regionale nel varare forme, talora surrettizie, di sanatorie “semplici”<sup>40</sup>, ha incontrato però la radicale opposizione della Corte Costituzionale orientata, al pari della giurisprudenza amministrativa, essenzialmente verso una interpretazione restrittiva dell’art. 36 del T.U. edil. (e dell’art. 13 della l. n. 47/1985) 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. Decisivi sono stati due arresti della Corte Costituzionale (sent. n. 101 del 29.05.2013 e sent. n. 107 del 11.05.2017) che hanno rivelato «la volontà di liquidare definitivamente una sorta di abnorme aporia interpretativa»<sup>41</sup>.

35 *Cons. St., VI, 11.09.2018 n. 5319* che stigmatizza non solo come l’istituto non trovi affatto fondamento nell’ordinamento positivo, il quale è contrassegnato dai principi di *legalità* dell’azione amministrativa e di *tipicità* e *nominatività* dei poteri esercitati dalla pubblica amministrazione, ma anche che l’esercizio di poteri in assenza di previsione di legge implichi la violazione del *principio di separazione* dei poteri medesimi e l’invasione di sfere proprie di attribuzioni riservate alla pubblica amministrazione. Ancora prima *Cons. St., VI, 18.07.2016, n. 3194* secondo cui con la «sanatoria giurisprudenziale» viene in questione «un atto atipico con effetti provvedimentali che si colloca al di fuori di qualsiasi previsione normativa».

36 M. GIAVAZZI, *La sanatoria degli abusi edilizi di creazione giurisprudenziale*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 61, secondo cui, 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»; P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia*, op.cit., p. 1412, il quale, pur ritenendo preferibile la soluzione negativa, rileva che, laddove si reputasse invece di ammettere la figura in discussione, la si dovrebbe coerentemente mantenere estranea, sotto ogni punto di vista, rispetto al diverso modello di cui al vigente art. 36 t.u., escludendosi, in particolare, l’applicabilità ad essa del peculiare regime contributivo-sanzionatorio aggravato, tipico dell’accertamento di conformità, in luogo della normale quantificazione dei contributi concessori. *Contra*, B. GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità della c.d. «sanatoria giurisprudenziale» (e dei suoi intrecci con il condono edilizio)*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, II, 161 ss, secondo cui la c.d. sanatoria giurisprudenziale è da ritenersi esclusa soltanto per gli immobili gravati da vincolo paesaggistico; P. MONETTO, *La “sanatoria giurisprudenziale” degli abusi edilizi*, in *Il Piemonte delle Autonomie, Riv. quatr. scienze dell’amministrazione*, Torino, n. 4-2014..

37 La L.R. Emilia Romagna n. 23/ 2004 all’art. 17, facendo ovviamente “*salvi gli effetti penali*”, consente il rilascio del permesso di costruire e di s.c.i.a. in sanatoria qualora l’intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda.

38 La L.R. Emilia Romagna n. 23/2004 (art. 17); la L.R. Toscana n. 65/2014 (art. 34) ; L.R. Liguria n. 1/2015 (artt. 154 e 258 ) e n. 11/2015 (art. 34); L.R. Sicilia n. 16/2016 (art. 14); L.R. Campania n. 6/2016 (art. 8).

39 P. BERTOCCHI, *La rigenerazione urbana come occasione per ripensare l’accertamento di conformità*, in *Urb.e appalti* n. 6-2018, p. 729 e ss.

40 Il riferimento è alla L.R. Sardegna n. 23/1985 che all’art. 16 ammette e disciplina espressamente nel dettaglio la cosiddetta “sanatoria con opere o prescrizioni”, quelle che rendono l’opera conforme anche alla disciplina urbanistica vigente, istituto che, peraltro viene correntemente ricondotto dalla giurisprudenza tra quelle precluse dall’art. 36. In dottrina, cfr. B. GRAZIOSI, *La ammissibilità della s.c.i.a. a sanatoria con opere o prescrizioni degli abusi edilizi minori*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, I, 425.

41 B. GRAZIOSI, *La sanatoria giurisprudenziale.*, op.cit. p. 538.

Le due sentenze, in relazione a contesti e attraverso percorsi argomentativi differenti, accolgono la tesi più rigorosa, 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<sup>42</sup>. La Consulta qui declina il *principio di legalità* dell'azione amministrativa in senso essenzialmente *formale*, ritenendo quindi ontologicamente incompatibile la sanatoria giurisprudenziale<sup>43</sup>: non configurabile un *potere implicito* di sanatoria edilizia laddove la norma implicitamente lo esclude<sup>44</sup>. In altri termini, secondo tale impostazione, accolta in maniera pressoché unanime dalla giurisprudenza successiva, l'articolo 36 citato, anche in ossequio al *principio di tipicità* dell'esercizio del potere autoritativo, assorbirebbe tutte le fattispecie di regolarizzazione postuma, non residuando spazio alcuno per la c.d. *sanatoria giurisprudenziale*<sup>45</sup>.

Sul solco di questo rigore formale, anche parte della dottrina ha rilevato come l'argomento pratico rappresentato dalla conformità agli strumenti urbanistici vigenti «è senza dubbio suggestivo, ma non può essere decisivo»<sup>46</sup>; inoltre, la necessità di fornire un'interpretazione rigorosa della norma in esame si desume dalla 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»<sup>47</sup>.

42 In dottrina, a favore della sanatoria giurisprudenziale si era espresso G. TORREGROSSA, *Sanzioni urbanistiche e recupero degli insediamenti e delle opere abusive*, in *Riv. giur. edil.*, 1985, suppl. al n. 2, 23; *contra*, A. DE ROBERTO, *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni (commento alla l. n. 47/1985)*, in A. Predieri (a cura di), Roma, 1985, 206; V. GASPARINI CASARI, *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica della l. 28 febbraio 1985 n. 47*, in R. Gianolio (a cura di), Rimini, 1985, 204. Sull'obbligo del rilascio della concessione in sanatoria per opere non in contrasto con gli strumenti urbanistici, la giurisprudenza si era più volte espressa favorevolmente: tra le tante, T.A.R. Liguria, 22.06.1987, n. 410; T.A.R. Lazio, II, 22.04.1988, n. 624. Ancora sul tema, M. GIAVAZZI, *La sanatoria degli abusi*, op.cit., p. 40 ss.; A. CORTESI, *I termini del dibattito in corso in tema di «sanatoria giurisprudenziale»*, in *Urb. e app.*, 2003, 1091 ss.; P.F. GAGGERO, *Regolarizzazione edilizia*, op.cit.; B. GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità*, op.cit.; L. RICCI, *Accertamento di conformità e regolarizzazione edilizia successiva atipica (c.d. «sanatoria giurisprudenziale»)*, *ivi*, 2009, I, 737 ss.

43 A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive: un istituto che non convince*, in *Urb e app.*, 2007, p. 340. In altri termini, 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.

44 Sempre A. TRAVI *La sanatoria giurisprudenziale*, op.cit., p. 341. Si segnala come, se in questo senso è la *Relazione illustrativa* al Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, ha ragionato diversamente la *Sezione Atti Normativi del Consiglio di Stato*, 29.05.2001 n. 52, sul rilievo che «la prassi disattende la disciplina» e adombra l'opportunità di un intervento legislativo che codifichi la possibilità, con costi maggiori, di una sanatoria anche in caso di conformità semplice.

45 Così A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale* op. cit.; ancora più di recente, P. TANDA, *Sanatoria giurisprudenziale: auspicabile un intervento dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, p. 880 ss.; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 599-600. In giurisprudenza si ricorda *Cons. St.*, VI, 18.07.2016, n. 3194; *C. Cass. pen.*, III, 11.02.2016, n. 26425. Per la giurisprudenza meno recente, si rinvia a F. SAITTA, *Art. 36*, in *Testo unico dell'edilizia*, (a cura di M.A. Sandulli), Milano, 2015, p. 873-874.

46 A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale*, op.cit.

47 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», così A. CORTESI, *I termini del dibattito*, op.cit.

Così ricostruita, seppur succintamente, l'evoluzione dell'istituto delle "sanatorie edilizie", si può passare alla questione che ci sembra davvero centrale: la collocazione sistematica dell'istituto della doppia conformità edilizia (come si diceva, unica fattispecie positivizzata nel nostro sistema giuridico). Ovvero se l'atto di accertamento ivi previsto possa o meno considerarsi alla stregua di un provvedimento amministrativo, con le conseguenti ricadute pratiche, anche in termini di qualificazione del silenzio dell'amministrazione sull'istanza di *permesso in sanatoria* presentata dal privato.

Se dal punto di vista strettamente strutturale, ed in aderenza ad una visione c.d. "attocentrica"<sup>48</sup>, il *permesso di costruire in sanatoria*<sup>49</sup> indubitabilmente sintetizza tutti i caratteri del provvedimento amministrativo, ben più complesso e dibattuto è tale inquadramento dal punto di vista dogmatico.

A differenza del permesso di costruire (art. 12 TU edil.) - che, per opinione condivisa, al di là del *nomen iuris* è ritenuto fondamentalmente un provvedimento autorizzativo di natura vincolata, la cui funzione essenziale è di mero controllo di legittimità del progetto dell'opera che si vuole realizzare, senza quindi alcun carattere conformativo della proprietà (art. 14 TU edil.)<sup>50</sup> - sull'inquadramento dogmatico dei titoli in sanatoria, ed in particolare dell'accertamento di conformità edilizia, non sembra registrarsi la medesima uniformità di vedute.

Bisogna allora partire dalla *funzione specifica* che sottende la norma in disamina e dall'*interesse pubblico* perseguito con l'attività sanzionatoria in materia edilizia.

Non si può negare che un ostacolo a prima vista insormontabile all'inclusione dell'*accertamento di conformità* nell'alveo degli atti di natura discrezionale o tecnico-discrezionale (come nella prospettazione sostenuta dal TAR Lazio nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale), è costituito dalla disposizione, chiara ed incontrovertibile, contenuta nell'art. 36 TU edil.: affinché l'opera possa essere sanata, con

---

48 Ragionando sulla mancanza di una definizione legislativa di provvedimento amministrativo, parte della dottrina ne sostiene la pratica irrilevanza, osservando che anche nel Codice del processo amministrativo si è mantenuta una impostazione "attocentrica", in cui, cioè, "campeggia" l'atto amministrativo; e, ciò, anche se oggi la funzione della tutela processuale non è più il controllo oggettivo della legittimità dell'atto impugnato, come era una volta, ma bensì l'attuazione della tutela spettante agli interessi legittimi dei cittadini. Questo spiegherebbe perché, nonostante il recente ampliamento dell'orizzonte con la introduzione, anche nel processo amministrativo, di numerose e diverse azioni di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo continua ad essere "la regina delle azioni", e la sua centralità passa attraverso l'idea, intramontabile, che la tutela piena e soddisfacente dell'interesse del cittadino possa avvenire solo attraverso la eliminazione dell'atto precettivo, anche se non si esaurisce in questo. Sul punto si rinvia a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 2.

49 V. SCIARABBA, sub art. 36, in R. Ferrara e G.F. Ferrari (a cura di), *Commentario al Testo Unico dell'edilizia*, Padova, 2010, p. 393 ss., osserva che l'aver intitolato l'art. 36 TU edilizia "accertamento di conformità" piuttosto che "permesso di costruire in sanatoria" vale forse 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.

50 Attraverso il permesso di costruire il cittadino, previa verifica della conformità del progetto di edificazione alle previsioni urbanistico-edilizie da parte dell'amministrazione, può realizzare l'opera. Sull'argomento si rinvia a S. CIVITARESE, P. URBANI, *Diritto urbanistico, op.cit.*, p. 340. Trattasi, in realtà, di una figura affine ma distinta da quella della concessione amministrativa in quanto, a differenza della prima, «(...) la concessione ad edificare non è attributiva di diritti nuovi ma presuppone facoltà preesistenti, sicché sotto questo profilo non adempie alla funzione sostanzialmente diversa da quella dell'antica licenza, avendo lo scopo di accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio del diritto, nei limiti in cui il sistema normativo ne riconosce e tutela la sussistenza», *Corte Cost. 30.01.1980 n. 5*.

riconoscimento dello *stato legittimo*, l'intervento deve risultare conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente *sia* al momento della realizzazione dello stesso *sia* al momento della presentazione della domanda<sup>51</sup>. Per il che, come già evidenziato (A. Travi), ogni altra interpretazione risulta contraria al *principio di legalità formale*, e qualunque altro interesse, sebbene di pari grado costituzionale, come quello al *buon andamento* della p.a.<sup>52</sup>, deve ritenersi recessivo. Detto altrimenti, una lettura strettamente testuale dell'articolato normativo porta a ritenere che l'attività amministrativa di accertamento della conformità edilizia, non possa che essere vincolata.

Le dissonanze tuttavia non mancano, e non sono neppure risibili come si potrebbe pensare. Anche perché l'aura di "esaustività" che si pretende di conferire all'art. 36 TU edil. non risulta affatto dall'ordinamento giuridico, né esplicitamente né tanto meno implicitamente<sup>53</sup>.

Inoltre va detto che, per uniforme e consolidata giurisprudenza, l'*accertamento di conformità* di cui all'art. 36 TU edilizia - quale *species* del più ampio *genus* dei permessi edilizi in sanatoria<sup>54</sup> - non compendia una attività provvedimentale in senso proprio con funzione di autorizzare un *facere*<sup>55</sup>, dal momento che l'amministrazione non è chiamata a far salvo un proprio atto illegittimo<sup>56</sup> ma, piuttosto, a regolarizzare un "fatto", ovvero un'opera costruita *sine titulo*. Si può allora ritenerla più correttamente come un'attività di verifica cartolare di natura tecnico-certificativa di un *fatto* (l'accertamento di conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia) che, sebbene non qualificabile in termini di discrezionalità amministrativa "pura", è comunque un tipico atto di giudizio.

La *natura complessa* della valutazione tecnica svolta dall'amministrazione nella ipotesi disciplinata dall'art. 36 TU edil.<sup>57</sup> (riguardando la verifica della conformità dell'opera già

---

51 A proposito di tale disposizione normativa (medesima anche nell'art. 13 della l. n. 47/1985) è stato affermato, molto plasticamente, che tale sintagma è stato da quella norma in qualche modo "sequestrato" « per riferirlo alla fattispecie della sanatoria con effetti oblativi dell'illecito penale, in vista dei quali è stato aggiunto - al paradigma noto della sanatoria odierna - il requisito della doppia conformità», così B. GRAZIOSI, *Attualità della questione*, op. cit., p.53.

52 Come si è accennato, la sanatoria c.d. giurisprudenziale, introdotta dalle regioni dopo la legge 47/1985 (che all'art. 13 contemplava la fattispecie poi riproposta nell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2000) si fonda proprio su una interpretazione del sistema giuridico guidata dal *principio di buon andamento*.

53 E' stato osservato che se l'aver positivizzato, con l'art. 36, l'istituto della sanatoria edilizia ha il merito di aver posto la questione del valore giuridico della *legificazione* di una fattispecie che in precedenza era concordemente rimessa ai principi generali dell'azione amministrativa, l'opzione rigorista abbracciata dalla più parte, sembra restare tuttavia aprioristica se non sostanzialmente metagiuridica, attesa l'ampia latitudine del *principio di legalità*, che può essere soddisfatto anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale, tra cui il combinato disposto dei vari principi della materia, cfr. B. GRAZIOSI, *Attualità della questione dei titoli edilizi postumi*, op.cit.

54 Non sembra causale, a chi scrive, il fatto che il legislatore abbia scelto di intitolare "accertamento di conformità" la disposizione dell'art. 36 T.U. edil. piuttosto che "permesso in sanatoria"; quasi, cioè, ad evidenziare l'essenza semantica che caratterizza questo istituto.

55 Per una breve panoramica sulle autorizzazioni, cfr. R. GAROFALI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Lavis (TN), 2023-2024, p. 891 e ss.

56 Come lo è l'istituto della sanatoria nella disciplina del diritto amministrativo, R. GAROFALI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit., p. 828 e ss.

57 In questo caso trattasi indubbiamente di valutazione tecnica complessa, riguardando l'art. 36 TU edil. la verifica della conformità dell'opera già realizzata agli strumenti urbanistici. Sulla distinzione tra valutazioni tecniche semplici e valutazioni tecniche complesse si rinvia a A. TRAVI, *Nota a Cons. St., IV, 9 aprile 1999 n. 601*.

realizzata agli strumenti urbanistici) e l'*opinabilità*<sup>58</sup> del relativo giudizio, confermano infatti la non assoluta vincolatezza dell'attività amministrativa (come sostenuto nella nell'ordinanza di rimessione dei giudici capitolini)<sup>59</sup>.

Inoltre (come ancora nell'ordinanza sottolineato), in caso di silenzio dell'amministrazione, al giudice è oltremodo impedito di sostituirsi a quest'ultima e di pronunciarsi per la prima volta sull'istanza di sanatoria del privato, se non violando il principio di separazione dei poteri (art. 34 co. 2 e 31 co. 3 c.p.a.). Tali considerazioni sembrano corroborare, ulteriormente, la tesi per cui il silenzio dell'amministrazione previsto dal co. 3 dell'art. 36 non possa qualificarsi come silenzio-rigetto.

Si ritiene, infatti, che se il potere svolto dall'amministrazione non è di natura provvedimentale, trattandosi piuttosto di *verifica* di un "fatto", il silenzio serbato in questo caso dalla P.A. non possa essere considerato alla stregua di una *fictio iuris* ma, semmai, solo come un comportamento inerte, ovvero inadempiente<sup>60</sup>. Unica garanzia di giustizia rimarrebbe allora, l'impugnazione avverso un silenzio c.d. *inadempimento*. Da qui il nostro *favor* per la tesi della natura discrezionale, seppure di carattere tecnico, dell'attività di accertamento svolta dalla p.a. ai sensi dell'art. art. 36 T.U. edil.

### 3. Il silenzio rigetto nell'art. 36 TU edil. e le criticità della disposizione.

La *ratio* della previsione contenuto nella formula normativa dell'art. 36 co.3 - ovvero del silenzio della P.A., in termini di valore legale di diniego della proposta istanza e non, invece, come mera inerzia (e, quindi silenzio-inadempimento)<sup>61</sup> - trova diverse giustificazione: in primo luogo il carattere doveroso dell'attività repressiva dell'abuso edilizio a difesa del

---

Sulla stessa sentenza si segnala altresì: D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e limiti del controllo giurisdizionale*, in *Giorn.dir.amm.*, 1999, p. 1179; M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato* in *Dir. proc. ammin.* 2000, p. 182; *ibidem*, P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*.

58 Sulla differenza tra opportunità (discrezionalità amministrativa) e opinabilità (discrezionalità tecnica) si rinvia a F.G. SCOCA, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 22/2023; S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, op.cit.

59 Per quanto, come affermato da autorevole dottrina, «non è l'elemento della discrezionalità che può da solo decidere della natura di un atto», così F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* 3, Padova, 1914, p. 1229 riportato da V. BRIGANTE, *Accertamento di conformità*: op. cit.

60 Ai sensi dell'art. 7 c.p.a. «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni (...)».

61 Si evidenzia l'orientamento consolidato, sia della giurisprudenza costituzionale (*Corte Cost. n. 232/2017*, ed ora confermato anche dalla sentenza *n. 42/2013*) sia di quella amministrativa (*Cons. St., IV 01.02.2017 n. 410*, *idem, VI 06.06.2018 n. 3417*) nel ribadire che il silenzio dell'Amministrazione sulla richiesta di concessione edilizia in sanatoria e sulla istanza di accertamento di conformità di cui all'art. 36 D. P. R. n. 380/2001 (T.U. Edilizia) ha un "valore legale tipico di rigetto" e cioè costituisce una ipotesi di silenzio significativo al quale vengono collegati gli "effetti" di un provvedimento esplicito di diniego; con la conseguenza che alla PA, per coerenza sistematica, residuerebbero esclusivamente poteri di autotutela. A questo proposito si potrebbe però obiettare che, attesa la tendenza della prevalente giurisprudenza a ritenere la "non consumazione" del potere da parte della PA nel caso del silenzio-rigetto ex art. 36 TUE, sarebbe più corretto qualificare lo stesso come un "mero fatto giuridicamente rilevante". In dottrina M. D'ORSOGNA, R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 972; A. PERSICO, *Silenzio-assenso e tutela del legittimo affidamento: il perfezionamento della fattispecie non è subordinato alla presenza dei requisiti di validità*. (Nota a *Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746*), in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 06.10.2022.

corretto assetto del territorio (art. 27 e 31 TU edil); in secondo luogo la necessità di coordinare i tempi del procedimento amministrativo di sanatoria con i tempi del procedimento penale (art. 45 TU edil); infine l'esigenza di una sollecita tutela giurisdizionale dell'interesse del privato.

1. Circa l'assunta *doverosità* della attività repressiva in materia di abusi edilizi a difesa del corretto assetto del territorio, si osserva sommessamente come, dal punto di vista sistematico, i piani di osservazione vadano tenuti nettamente distinti.

L'attività "di accertamento" della conformità edilizia svolta dall'ente pubblico ai sensi del co. 3 dell'art. 36 TU edil. è attività di *amministrazione attiva*, atteso il carattere essenzialmente ripristinatorio della mera regolarità procedimentale. Non va dimenticato, infatti, che nella materia urbanistico-edilizia, l'attività sanzionatoria è funzionale al *ripristino dell'ordinato assetto del territorio* il quale, evidentemente, non potrebbe neppure ipoteticamente essere pregiudicato da un abuso meramente formale. Tale potere sanzionatorio non riveste, cioè, il carattere afflittivo proprio dell'azione penale, derivando l'effetto sanante, in questo caso, dal primato della pianificazione urbanistica precettiva rispetto alla funzione di controllo repressivo<sup>62</sup>.

Questo significa che non viene qui in rilievo un'attività di autorizzazione *ex post* di un'opera costruita *contra ius* (come nel caso dei condoni edilizi) ma, invece, un potere di "repressione" che va ricondotto e sottoposto al limite, naturale e teleologico che gli è proprio, che è quello della attuazione della pianificazione urbanistica<sup>63</sup>.

Letta la norma in questo senso, si giustifica una sanzione non necessariamente restitutoria, laddove lo stato di fatto, all'esito della verifica, risultasse non confliggere con l'ordinamento giuridico<sup>64</sup>. E' evidente, allora, che l'interesse pubblico presidiato dalla tutela reale (demolizione) non può essere, nell'ipotesi dell'art. 36, quello di punire la contrarietà a precetti dell'ordinamento che tuttavia non trovano più giustificazione pratica nella realtà, risultando la funzione di deterrenza, che connota la sanzione penale, chiaramente eccedente nell'ottica amministrativistica<sup>65</sup>.

Chi scrive non può certo ignorare la posizione di chi sostiene che l'amministrazione non sia tenuta a valutare la conformità sostanziale dell'immobile al regime urbanistico dell'area, trovando tale assunto effettivamente conforto proprio nelle disposizioni contenute nel testo unico edilizia. Tuttavia deve rilevarsi che, se la legge da un altro impone al Comune di reprimere l'abuso senza alcuna valutazione circa la sanabilità dell'opera abusivamente realizzata (artt. 27 e 32), dall'altro rimette all'iniziativa del privato l'attivazione del procedimento di sanatoria per accertamento di conformità (art. 36).

---

62 Effetto sanante che, si ribadisce, nell'*accertamento di conformità* edilizia pertiene al "fatto" e non al titolo, con la conseguente preclusione del potere sanzionatorio della P.A.

63 A. DE ROBERTO, *Le sanzioni urbanistiche*, Milano, 1987.

64 P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in AA.VV. (a cura di Cassese), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2003, II.

65 La dottrina parla di "assillo" dei giudici - costituzionali ed amministrativi - nel voler rimarcare «la necessità/imprescindibilità di un rigoroso regime sanzionatorio degli abusi edilizi che si teme vanificato dalla "sanabilità». Regime che, considerando la *sanatoria ordinaria* una "costola" del *condono*, impone la competenza legislativa statale oltre che per i profili penalistici, anche quelli relativi all'*an* e al *quantum* della sanzione, con esautorazione di ogni prerogativa regionale in merito a sanatorie, per il solo territorio regionale, diverse da quella legiferata a livello nazionale, in questo senso. Sul punto B. GRAZIOSI, *Attualità della questione*, *op.cit.*, p.53, in particolare nota 27 .

Ad ogni buon conto questo costruito sembra non rispondere più ai nuovi canoni dell'azione amministrativa inaugurati dal recente d.l. 76/2020. Mi riferisco, in particolare, all'art. 1 co. 2bis secondo il quale i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione devono essere improntati ai principi di collaborazione e buona fede; all'art. 2 co. 8 bis sulla inefficacia degli atti amministrativi tardivi e, ancora, al nuovo art. 10 bis con il quale è stato introdotto il c.d. *one shot procedimentale "secco"*<sup>66</sup>, cui si farà pure cenno.

Tali ragioni portano qui a non condividere la tesi per cui la previsione contenuta nell'art. 36 co. 3 (silenzio-rigetto) risponderebbe alla necessità di "difesa" del corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per la P.A.<sup>67</sup>; risultando l'accezione usata, "difesa", fuorviante rispetto alla funzione precipua della materia edilizia, che è funzione di attuazione della pianificazione urbanistica<sup>68</sup>. Soprattutto, si ribadisce, questo striderebbe rispetto alla diversa e più grave previsione della disciplina sul *condono edilizio* in cui, invece, vige la regola del silenzio-assenso; né sul piano strettamente giuridico oltre che pratico, può trovare giustificazione il fatto che tale misura sia "eccezionale" e "limitata" nel tempo, stante comunque la lesione dell'interesse all'ordinato assetto del territorio<sup>69</sup>.

D'altra parte alcun vantaggio trarrebbe, di fatto, la collettività, dalla demolizione di un manufatto realizzato in maniera assolutamente conforme alle prescrizioni urbanistico-edilizie vigenti al momento della domanda del permesso di costruire (sebbene postumo) ma

---

66 Il secondo decreto Semplificazioni (d.l. n. 76/2020) ha inserito all'art. 10 bis della legge 241/1990, relativo alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, l'obbligo di esplicitare «nella motivazione del provvedimento finale di diniego (...) i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni», e stabilisce che «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato». Questo obbligo è però contemplato dalla norma limitatamente ai procedimenti ad iniziativa di parte, mentre forse sarebbe stato più efficace estendere lo stesso anche ai procedimenti d'ufficio. L'intervento legislativo risponde al problema della riedizione del potere da parte della p.a. dopo l'annullamento del suo provvedimento da parte del giudice amministrativo. Infatti, non potendo detto giudice, in forza del principio della separazione dei poteri, adottare il provvedimento amministrativo richiesto dal ricorrente, quest'ultimo, dopo aver ottenuto una sentenza favorevole, era spesso costretto a richiedere nuovamente, alla stessa amministrazione, l'adozione del provvedimento favorevole. Sennonché, dal momento che la P.A., nel rinnovare l'esercizio del potere, è condizionata solo dall'effetto conformativo della sentenza sfavorevole (ovvero, con preclusione esclusivamente della adozione di adottare un nuovo provvedimento fondato sui medesimi presupposti già giudicati illegittimi) accadeva che stessa adottasse nuovamente il provvedimento di diniego, fondandolo, però, su altri presupposti. Il cittadino era quindi costretto a rivolgersi nuovamente al giudice, innescandosi così una defatigante alternanza tra procedimento e processo con dispendio di tempo e di risorse pubbliche e private. A fermare questo paradosso e garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (intesa come capacità del processo di far conseguire i medesimi risultati garantiti dalla sfera sostanziale) era quindi intervenuta la giurisprudenza amministrativa affermando il c.d. principio di "*one shot temperato*", principio che obbligava quindi la p.a., in fase di adozione del nuovo provvedimento dopo l'annullamento giudiziale del proprio atto, a riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando definitivamente tutte le questioni ritenute rilevanti, senza potere in seguito, dopo il secondo provvedimento, tornare a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili non ancora esaminati (*Cons. St., V del 13.9.2018 n.5371*).

67 Conclusione alla quale aderisce anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 42/2023.

68 Da ultimo P. URBANI, *Istituzioni, economia e territorio*, Torino 2020; E. BOSCOLO, *L'evoluzione della funzione della pianificazione*, Torino 2017; P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*. In [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 2019; P. AMOROSINO, *IL finanziamento e le dotazioni urbanizzative nei programmi di rinnovamento urbano*, in *Riv. giur. urban.* n. 6-2013

69 Ma la Corte Costituzionale n. 232/2017 ha affermato che sia l'accertamento di conformità, sia il condono edilizio, rappresentano entrambi deroghe al sistema del rilascio dei titoli edilizi.

non conforme ai canoni sanciti dall'art. 36 (doppia conformità). Anzi. Ciò rappresenta di fatto un doppio costo per la collettività: abbattimento e ricostruzione secondo il medesimo progetto tecnico (!).

Se non può negarsi che, allo stato attuale, la violazione della *doppia conformità* è un comportamento sanzionabile in quanto contrario ad una norma espressa, la pena, per non essere esorbitante, dovrebbe essere comunque di altro tipo, magari esclusivamente pecuniaria, modulata oltretutto in base al grado di responsabilità soggettiva, se solo si considera il fatto che spesso chi deve rispondere dell'illecito non ne è neppure l'autore (come avviene nel caso di acquisto del manufatto abusivo per usucapione o per eredità).

Resta tuttavia il dato incontrovertibile e difficilmente sormontabile allo stato dell'attuale quadro normativo: l'accertamento di conformità edilizia, come positivizzato nell'art. 36 TU edil. ha di fatto "sequestrato" ogni diversa e più razionale regolazione della sanatoria edilizia ordinaria<sup>70</sup>.

2. Quanto alla seconda ragione, ovvero in merito al necessario coordinamento dei tempi (certi) di definizione del procedimento amministrativo (co. 3 dell'art. 36 TU edil.<sup>71</sup>) con quelli relativi alla azione penale (art. 45 del TU edil.<sup>72</sup>), si sostiene che ciò sarebbe imposto dal fatto che il processo penale non può arrestarsi *sine die*.

Il tema qui si intreccia con quello, attualissimo ed ancora aperto, della inesauribilità (o consumazione) del potere amministrativo, per cui il decorso del termine fissato dall'art. 36 lascia impregiudicata la possibilità, per la pubblica amministrazione - sempreché, ovviamente, sussistano tutti i presupposti di legge - di sanare la fattispecie edilizia anche oltre i sessanta giorni previsti dalla norma; tale potere di autodeterminazione tardiva non essendo escluso da alcuna previsione normativa<sup>73</sup>. A questo proposito la Corte di Cassazione, in un recente arresto, ha chiarito che, ai fini dell'azione penale, è irrilevante l'eventuale prosecuzione dell'*iter* amministrativo relativo alla sanatoria<sup>74</sup>.

Ci si chiede, a questo punto, se sia davvero possibile giustificare la validità di un meccanismo qual è, in materia edilizia, quello del silenzio-rifiuto tanto controverso, solo per ragioni di ordine sistematico, ovvero per garantire formalmente il coordinamento con l'azione penale. L'argomento, per il vero, appare assai debole e le soluzioni dovrebbero essere altre, come, ad esempio, introdurre finalmente la *perentorietà* di tutti i termini di azione della p.a. Ma questo comporta un radicale cambiamento di rotta nel modo di operare dell'amministrazione e l'applicazione, in termini reali, di quel canone di "efficienza" che la letteratura giuridica ha preso in prestito dalla scienza economica sin dal secondo dopoguerra e che è poi stato giuridificato nell'art. 1 della legge n. 241/1990<sup>75</sup>. Inoltre, dal punto di vista

70 B. GRAZIOSI, *Attualità della questione*, op.cit., p.53.

71 Per cui decorsi sessanta giorni senza che l'amministrazione si sia pronunciata sulla richiesta di sanatoria edilizia del privato sulla stessa si intende formato il silenzio - rifiuto.

72 Il quale stabilisce, al comma 1, che l'azione penale relativa alle violazioni edilizie rimanga sospesa finché non siano stati esauriti i procedimenti amministrativi di sanatoria (C. Cass. III, n. 17954 del 26/2/2008).

73 Cons. St. A.P., 17.10.2017 n. 8.

74 C. Cass. pen.16.03.2020 n.10083. La sospensione del procedimento assume rilievo anche per quanto concerne il calcolo della prescrizione del reato. In dottrina, cfr. L. RAMACCI, *Il ristretto ambito di applicazione della sanatoria per "doppia conformità" di cui all'art. 36 d.p.r. 380/2001*, in *www.giustiziainsieme* 01.12.2022, Nota 9.

75 U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1981, I, p. 419 ss.; G. DELLA CANANEA, *La lex fiscalis europea*, in *Quad. dir. cost.*, 2014, p.1 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*,

degli effetti diretti, la presentazione dell'istanza di sanatoria ordinaria non determina alcuna inefficacia sopravvenuta o invalidità di sorta della ingiunzione di demolizione nel frattempo eventualmente intervenuta, dal momento che l'esecuzione della sanzione è solo temporaneamente sospesa<sup>76</sup>.

La vera problematica che il tema introduce è, piuttosto, quella della inesauribilità (o consumazione) del potere della pubblica amministrazione in caso di silenzio, cui si andrà ad accennare. Non si vede, poi, come possa in questo caso giovare al privato un simile regime (di silenzio-rigetto), tenendo conto anche del fatto che, come già osservato, il manufatto abusivo potrebbe essere entrato nel patrimonio immobiliare del soggetto per fatti diversi dalla diretta commissione di un abuso edilizio, ad esempio per successione, oppure per acquisizione giurisdizionale (per usucapione), ecc.

3 La terza ragione per cui nell'art. 36 TU edil. il silenzio è qualificato come rigetto si fonderebbe, invece, sulla garanzia di sollecita tutela giurisdizionale in favore dello stesso cittadino<sup>77</sup>.

All'obiezione che, invece, questo sistema comporta la negazione di contraddittorio difensivo in fase procedimentale, la giustificazione che viene data è che il sistema di tutela è *traslato* nella fase processuale, non determinando perciò alcun pregiudizio per il cittadino<sup>78</sup>.

L'assunto non convince, soprattutto alla luce del quadro giuridico quale attualmente si va delineando, anche grazie ai recenti interventi legislativi, non solo nazionali.

Se non è in dubbio che la definizione *ex lege* dei termini di conclusione del procedimento amministrativo, in particolare nella materia edilizia, è finalizzata al rispetto dei principi di buon andamento dell'amministrazione, di leale collaborazione, di solidarietà nonché per la sicurezza della circolazione dei beni immobili e dell'accesso al credito (e quindi, sostanzialmente, per la ripersa economica<sup>79</sup>), viene da chiedersi se il meccanismo processuale prefigurato dall'art. 36 TU edil. risponda effettivamente a tutte le suddette esigenze<sup>80</sup>. E, ciò, avendo ben chiaro il presupposto di partenza: ovvero l'abuso sanabile contemplato dall'art. 36, è un abuso meramente *formale*<sup>81</sup> quindi, privo di danno urbanistico.

Bologna, 1986; C. PINELLI, *Art. 97*, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1994; O. SEPE, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in (a cura di) G. Della Cananea, M. Dugato, *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 163 ss.; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016.

76 *Cons. Stato VI 05.12.2019 n. 8319*; *idem 05.11.2018 n. 6233 nonché 06.06.2018, n. 3417*.

77 La sentenza a questo proposito richiama *Cons. St., IV, 2.10.2017 n. 4774* oltre a *C.Cass. pen. III, 21.11.2019, 16.03.2020 n. 100083* ecc.

78 Proprio nella sentenza *della Corte Cost. n. 42/2023* al punto 3.1.3. si legge: «con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale» e che quindi «Ne deriva, infatti, che il privato con l'impugnazione del provvedimento tacito, non può far valere difetti di motivazione o lacune nel procedimento, attesa l'incompatibilità logica di tali vizi con la fattispecie del silenzio significativo, dovendo piuttosto dolersi del suo contenuto sostanziale di rigetto (*Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 19 novembre 2018 n. 6506*), vale a dire della tacita valutazione di insussistenza della conformità».

79 E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazione nella disciplina dei titoli edilizi*, in *Riv.giur.urb.* 2022 p. 185-188; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo? in Il Processo n. 1-2022*.

80 M.A.SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino*, op. cit.

81 L'istituto dell'accertamento di conformità è stato disciplinato per la prima dalla legge 28.02.1985 n. 47 (art. 13) che ha ripreso, ampliandone la portata, la previsione già contenuta nella legge 28.01.1977 n. 10. L'art. 13 legge n. 47/1985 veniva interpretato nel senso che la presentazione della domanda di accertamento di conformità

Il tema dei termini di conclusione del procedimento nel diritto amministrativo è d'altra parte strettamente legato a quello dell'esercizio del potere della P.A., ed assume contorni problematici di *mala gestio* nel momento in cui la funzione amministrativa attuata, come spesso avviene "a rate", finisce per determinare una situazione di grave incertezza nei rapporti giuridici tra cittadino e amministrazione<sup>82</sup>.

L'intenso dibattito registrato negli ultimi anni sul tema della inesauribilità (o non consumazione) del potere dell'amministrazione è frutto di una rinnovata visione della relazione tra il cittadino e la P.A. improntati oggi più che mai, con la consacrazione nel nuovo co. 2bis dell'art. 1 della legge n. 241/1990, ai principi di collaborazione e buona fede<sup>83</sup>.

---

non solo impedisse l'esecuzione dell'ingiunzione, imponendo al Comune il previo esame della domanda di sanatoria, ma implicasse anche la necessità, in caso di rigetto, dell'adozione di una nuova misura demolitoria (Cons. St., VI, 12.11.2008 n. 5646; Cons. St., IV, 12.05.2010 n. 2844). Oggi, invece, la giurisprudenza tiene distinte le conseguenze giuridiche della presentazione delle domande di *condono* da quelle di *accertamento di conformità* in cui alla istanza di sanatoria si riconosce il solo effetto di impedire temporaneamente che la misura repressiva venga portata ad esecuzione. La definizione del procedimento in senso sfavorevole, con provvedimento espresso o per silenzio, determinerà la "riesplorazione" dell'originario ordine di demolizione che riacquisterà efficacia senza necessità di ricorrere all'adozione di ulteriori provvedimenti. Tale posizione è da ritenersi maggiormente coerente con il *principio di certezza* delle situazioni giuridiche che subirebbe un *vulnus* qualora si riconoscesse al privato sanzionato la possibilità, mediante la semplice reiterazione di istanze di sanatoria, di precludere il dispiegamento degli effetti propri della misura impugnata innescando «*un procedimento ritorsivo senza fine, perché il soggetto sanzionato potrebbe rinnovare (senza limitazioni di alcun genere) la domanda a seguito della riadozione di quel provvedimento*» (Cons. Stato, VI, 16.2021 n. 1432).

82 A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.A. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo del suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Diritto amm.*, 2023 pag. 29 e segg. il quale sottolinea l'urgenza del problema e la necessità che lo stesso sia assunto nell'ambito dell'agenda politica e che si agisca in concreto sulle pubbliche amministrazioni e sul loro *modus operandi*. Ciò nella consapevolezza che, tuttavia la questione non sia affatto risolvibile unicamente a livello giuridico. «Se il diritto può certamente fare qualcosa per evitare la disfunzione segnalata nel testo, non può però mancare un incisivo cambiamento delle pubbliche amministrazioni, della cultura organizzativa e gestionale, del modo in cui vengono svolti i processi produttivi che portano all'output finale, sia esso un atto giuridico, come nel caso in esame», così a Nota 8. Sempre a questo proposito, non possiamo qui non rammentare il parere *dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 21.11.1991 n. 141* nel quale si evidenziava come la lunghezza dei tempi amministrativi costituisce certamente un costo che incide direttamente sulla libertà di iniziativa privata ai sensi dell'art. 41 Cost. Più di recente, sempre l' *A.P. del Consiglio di Stato, con l'arresto del 4.05.2018 n. 5* ha rilevato come «il ritardo nell'adozione del provvedimento genera una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione». Sulla questione dei "costi" della partecipazione a carico del privato si rinvia, invece, al fondamentale saggio di F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, p. 133 ss.; Id, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2022, pp. 333-364. Ma anche A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.A., op.cit.*, il quale sottolinea che «Se la partecipazione è certamente un istituto meritorio, tuttavia il prendere parte ha un costo, richiede tempo, presuppone che il soggetto che partecipa sia culturalmente attrezzato, dotato cioè di quel minimo di cultura giuridica ed anche non giuridica che gli consenta di entrare nel rapporto partecipativo con deduzioni non solo pertinenti, ma anche rilevanti, o che, se non culturalmente attrezzato, possa ricorrere ad altre figure professionali, che lo assistano e la cui assistenza ha parimenti un costo talora anche significativo».

83 Comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge n. 120 del 2020.

Il lento ma costante mutamento dei tratti identificativi dell'interesse legittimo<sup>84</sup> ha portato a valorizzare particolarmente il ruolo del cittadino al quale, attraverso la partecipazione procedimentale, è riconosciuta la facoltà (o meglio, come si vedrà, l'onere) di condizionare il potere dell'amministrazione al soddisfacimento del proprio bene della vita, con effetti innegabili sul dogma della unilateralità ed inesauribilità di quel potere, mettendone in crisi l'attualità<sup>85</sup>.

Questa inclinazione a concepire il procedimento amministrativo come sottoposto a tempi che siano davvero "certi"<sup>86</sup>, costituisce il più recente e più generale approdo applicativo del *principio di doverosità* dell'azione amministrativa, scandito dall'art. 2 della legge 241/1990<sup>87</sup> oltre che del *principio dell'affidamento* (di matrice comunitaria), per cui il rapporto amministrativo, così ripensato, per quanto ancora *asimmetrico*<sup>88</sup>, non appare più rigidamente gerarchizzato, emancipando così il privato dal suo classico ruolo di sudditanza al potere<sup>89</sup>.

E' chiaro che in questa sua nuova veste il rapporto amministrativo ha inciso sulla valutazione del *bene "tempo"* ormai riconosciuto a livello normativo, non solo interno<sup>90</sup> e, conseguentemente, sulla *consumazione del potere* della p.a., oltre che sugli effetti che ne derivano a seguito della *riedizione* dello stesso.

---

84 *Interesse legittimo* inteso ora come situazione giuridica soggettiva attiva che *dialoga* con il potere attraverso i canali del procedimento amministrativo, luogo di "democratizzazione del potere" stesso e riconducibile ai principi del *fair trial* (ex art. 6 e 7 CEDU) e del c.d. *statuto della "buona amministrazione"* (definito dagli artt. 41, 42 e 47 Carta di Nizza e all'art. 97 Cost.). Sul punto sia consentito rinviare a M. DIFINO, *Discrezionalità amministrativa-autonomia privata, autorità-consenso, potere-rapporto: diadi a confronto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 26/2020 e alla ampia bibliografia ivi segnalata.

85 Infatti l'evoluzione del modo di concepire il rapporto tra P.A. e cittadino non solo ha condotto al riconoscimento di maggiori tutele processuali (principio di atipicità e pluralità delle azioni, oggi accolto dal c.p.a.), ma ha modificato, ancor prima, l'assetto di diritto sostanziale, attraverso la previsione di sanzioni e limiti nei confronti della parte pubblica. Trattasi, generalmente, di sanzioni comportamentali, che incidono, cioè, sul piano della responsabilità, sebbene la tendenza, in atto sia quella di riconoscere la sanzione "attizia" della consumazione del potere, che si traduce in illegittimità del provvedimento amministrativo, *sub specie* di annullabilità per violazione di termini decadenziali o, secondo altri, di nullità per difetto assoluto di attribuzione. Sul tema della partecipazione del cittadino "ai procedimenti amministrativi" sia consentito rinviare a M. DIFINO, *Il diritto di essere ascoltato nei procedimenti amministrativi sanzionatori ex art. 18 l. 689/1981: un cambio di rotta non più rinviabile*, in [www.ambientediritto](http://www.ambientediritto), 2020.

86 Naturale corollario, questo, del diritto di difesa, di buon andamento e imparzialità della P.A. e di effettività della tutela.

87 L'art. 2 della legge 241/1990 ha codificato, in termini generali, il *principio di doverosità* dell'azione amministrativa che si traduce nell'obbligo di provvedere entro il termine (residuale), ivi previsto, di trenta giorni; e la cui violazione è oggi sanzionata dall'art. 2 bis della medesima legge (introdotto dalla L. 69/2009) che contempla la responsabilità della P.A. per danno c.d. "da ritardo".

88 Infatti solo la P.A. può incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui.

89 Prima della riforma rivoluzionaria della legge 241/1990, vero momento di rottura col passato, il dogma della inesauribilità del potere di provvedere era giustificato dalla rilevanza superindividuale degli interessi che l'azione amministrativa mira a soddisfare, rispetto a quelli egoistici e chiusi del privato. D'altronde, in assenza di un parametro normativo cui far riferimento per valutare la tardività o meno dell'agire amministrativo, era arduo predicare la sottoposizione del potere amministrativo a limiti temporali.

90 Oltre alla legge 241/1990 che ha positivizzato la *doverosità* dell'azione amministrativa con gli articoli 2 e 2bis, anche la Costituzione riconosce rilevanza al fattore temporale, riconducendo la tempestività dell'azione amministrativa nell'alveo dei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* (art. 117 co. 2, lett. m, Cost.). A livello sovranazionali, invece, ricordiamo che la codificazione del termine "ragionevole" entro cui le istituzioni e gli organi dell'unione devono trattare le questioni dell'individuo, è sancito dall'art. 41 della Carta Fondamentale dell'Unione Europea.

Posto che nel nostro ordinamento non è codificata una regola che sancisca in modo chiaro ed esplicito l'esaurimento (consumazione) del potere amministrativo, tale effetto preclusivo viene ricavato, nel pensiero della dottrina, attraverso percorsi diversi. Secondo una certa visione la consumazione del potere della p.a. sarebbe da ricondurre al divieto del *ne bis in idem* espresso dalla norma che, in questo caso, sarebbe l'art. 3 della legge 241/1990<sup>91</sup>; secondo altra visione, invece, sarebbe meglio ricavarla da un *principio* esistente nel nostro ordinamento<sup>92</sup>, da leggere in parte anche nel co. 2 dell'art. 97 Cost.<sup>93</sup>.

E' appena il caso di ricordare qui che proprio per arginare il malcostume delle p.a., di lottizzare il proprio *agere* ai danni del cittadino e del sistema economico in generale, e dal momento che neppure il giudicato sembrerebbe idoneo a consumare il potere amministrativo<sup>94</sup>, la giurisprudenza è ricorsa al modello c.d. *one shot* processuale temperato<sup>95</sup>,

---

91 Questa posizione è espressa da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Edizione scientifica, 2018, il quale sostiene che, alla luce dell'art. 3 della legge n. 241/1990, dovendo il provvedimento amministrativo contenere nella motivazione i presupposti e le ragioni di fatto e di diritto sui quali si fonda la scelta della P.A., la norma va intesa in senso ampio e complessivo: ovvero che i presupposti e le ragioni cui si riferisce la stessa sono non soltanto quelli sufficienti a giustificarla, ma anche quelli eventualmente concorrenti. Da questo deriva l'onere della P.A. di acclarare tutti i fatti costitutivi dell'esercizio del potere a pena di preclusione rispetto al suo esercizio (pag. 229). A questo proposito si segnala una interessante e recente decisione dei giudici di Palazzo Spada i quali, seppure in tema di provvedimenti sanzionatori delle Autorità Indipendenti, hanno affermato che se certamente la perentorietà dei termini deve essere prevista dalla legge, per "legge" non deve intendersi (solo) la disposizione, bensì la norma, come sintesi di enunciato linguistico e attività interpretativi. In altri termini deve essere riconosciuta all'interprete la facoltà di dedurre la perentorietà dei termini da indici diversi rispetto all'espressa previsione letterale. Inoltre, è stato altresì affermata la non applicabilità dell'art. 152, comma 2, c.p.c. al rapporto amministrativo di diritto sostanziale, evidenziando il fatto che l'art. 2964 c.c. rimette ai singoli ordinamenti settoriali la determinazione dei casi di prescrizione e di quelli di decadenza. Stessa posizione in merito alla applicazione dell'art. 152 c.p.c. al rapporto amministrativo sostanziale è sostenuta in dottrina da, M. CLARICH, *Termine del procedimento amministrativo*, Torino, 1995 il quale dubita della correttezza dell'estensione dell'art. 152 c.p.c. a fattispecie di diritto sostanziale come quella dell'esercizio del potere amministrativo in quanto "nell'ambito dei rapporti sostanziali, il termine ha funzione di delimitare nel tempo la situazione di incertezza e di sospensione nell'assetto delle relazioni giuridiche tra le parti, a tutela di un interesse pubblico o privato, dovuta al fatto che a un soggetto è attribuito il potere di incidere in modo unilaterale nella sfera giuridica altrui modificando così il confine tra le rispettive sfere giuridiche; oppure la funzione di adeguare lo stato di diritto ad uno stato di fatto allo scopo, anche qui, di segnare nuovi confini tra le sfere giuridiche dei soggetti del rapporto. In siffatto contesto non c'è spazio per i termini di tipo ordinatorio, intesi come termini il cui decorso non comporta l'estinzione del potere".

92 Critico nei confronti della tesi espressa da M. Trimarchi è A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.A.*, op.cit., pag. 29 e segg. L'Autore, dopo aver rilevato le criticità della ricostruzione che sostiene il fondamento della esauribilità del potere della p.a. in una regola (norma) - per l'esame delle si rinvia al testo del saggio - afferma che è meglio ragionare in termini di principio di esauribilità del potere piuttosto che di regola: «forse è meglio muoversi nella direzione di affermare l'esistenza nel nostro sistema giuridico di un principio di esauribilità del potere, la cui applicazione va verificata di volta in volta (...)».

93 A. ZITO, *op.cit.*, sostiene che «Altri elementi possono ricavarsi dall'art. 97 Cost. nella parte (comma 2) in cui si fa riferimento alla circostanza che gli uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge e dunque che le pubbliche amministrazioni sono soggetti organizzati. Ebbene, posto che l'organizzazione ha motivo di essere in quanto è in grado di aggiungere un *surplus* di capacità o, come direbbero gli studiosi di sociologia, di intelligenza collettiva, ciò consente di affermare che nello svolgimento dell'azione è implicito il principio della sua realizzazione in modo tale da esaurire, rispetto al caso concreto, l'azione stessa, perché, se così non fosse, verrebbe vanificata la ragion d'essere dell'organizzazione». .

94 Infatti la *res iudicata* preclude solamente l'adozione di un provvedimento analogo, senza intaccare il potere amministrativo per aspetti che non siano già stati affrontati nel corso del giudizio.

95 A. ZITO, *op.cit.*, il quale si domanda se la tesi del *one shot* costituisce esplicazione di un'attività pretoria o non si risolve invece in un fatto di pura normazione giurisprudenziale (M. Nigro 1976), espressione dunque di

in virtù del quale è precluso all'amministrazione di addurre, a ragione di un nuovo diniego, motivi che erano già desunti o erano comunque desumibili nel corso del giudizio<sup>96</sup>. Infatti, come affermato dalla giurisprudenza, "l'amministrazione, a seguito di un annullamento di un proprio atto, anche a mezzo di pronuncia di natura cautelare, è tenuta a riesaminare l'affare nella sua interezza, con definitiva preclusione per l'avvenire di decisioni sfavorevoli per il privato, ancorché riguardanti aspetti o profili della questione non valutati in precedenza"<sup>97</sup>. E' stato rilevato come detto rimedio ha certamente ispirato la novella del 2020 che, questa volta nel procedimento amministrativo, con il nuovo art. 10 *bis* della legge 241/90 sembra aver adottato sostanzialmente il medesimo principio<sup>98</sup> denominato *one shot procedimentale secco*<sup>99</sup>. In sostanza, nei procedimenti ad istanza di parte, viene imposto all'amministrazione procedente di esternare tutte le possibili ipotesi di diniego che emergono dagli atti, trasformando le acquisizioni procedimentali in vincoli per l'agere amministrativo con conseguente consumazione del potere<sup>100</sup>. L'intento è quello di evitare la defaticante alternanza tra procedimento e processo qualora l'amministrazione, a seguito della sentenza

---

un creazionismo (P.L. Portaluri 2021), che, seppure meritorio, si colloca fuori dal sistema, ritenendo che invece, secondo lui, l'orientamento che predica ed applica il *one shot*, sia pure temperato, si collochi sulla linea di confine tra attività di creazione giurisprudenziale e attività pretoria e che, come sempre accade quando ci si muove in una situazione *borderline*, dove mancano linee di demarcazione nitide, il giudizio diventa difficilissimo.

96 Principio che obbliga quindi la p.a., in fase di adozione del nuovo provvedimento dopo l'annullamento giurisdizionale del proprio atto, a riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando definitivamente tutte le questioni ritenute rilevanti, senza potere in seguito, dopo il secondo provvedimento, tornare a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili non ancora esaminati (*Cons. St., V del 13.9.2018 n. 5371*).

97 Le prime tracce del principio del *one shot* temperato si rinvencono in *Cons. St., V, 6.02. 1999, n. 134*, cui sono seguite molte altre pronunce. Di particolare interesse *Cons. St., VI, 25.02.2019, n. 1321* laddove afferma che la libertà di scelta dell'amministrazione si consuma anche a causa dell'insanabile frattura del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino determinata da un comportamento reiteratamente capzioso ed equivoco tale da minare l'affidamento del privato sulla correttezza dell'esercizio del potere amministrativo. Da ultimo si segnala *Cons. St., III, 2.02.2021, n. 946*.

98 A. ZITO, *op.cit.*, il quale sebbene evidenzi che la disposizione offra (o tenti di offrire) una base legislativa all'orientamento giurisprudenziale, tuttavia esprime dubbi sul fatto che vi sia coincidenza tra l'ambito di potenziale applicazione della teoria del *one shot* sia pure temperato e l'ambito di applicazione della nuova disposizione, affermando che vi sia ancora spazio per una riflessione dottrinale al riguardo (p. 7).

99 L'art. 10 *bis* della legge 241/1990, modificato dal secondo decreto Semplificazioni (d.l. n. 76/2020), relativamente alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, prevede l'obbligo per la p.a. di esplicitare «nella motivazione del provvedimento finale di diniego (...) i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni», e stabilisce che «in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato». E' stato osservato che questo obbligo è però contemplato dalla norma limitatamente ai procedimenti ad iniziativa di parte, mentre forse sarebbe stato più efficace estendere lo stesso anche ai procedimenti d'ufficio. La dottrina ha rilevato, altresì, che il problema che si voleva affrontare (ossia la possibilità di un riesercizio del potere dopo l'annullamento giurisdizionale nuovamente negativo per il destinatario) è solo ridimensionato ma non risolto, perché alla p.a. "è inibita la possibilità di addurre motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato, ma non anche di argomentare sulla base di motivi che all'epoca non erano emersi" con la conseguenza che "La consumazione del potere non si verifica, dunque, sempre alla luce di una interpretazione letterale, rispetto agli elementi di fatto e di diritto esistenti al momento dell'originaria istruttoria, che da questa, tuttavia, non erano ricavabili" L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego*, in *Dir. Amm.*, n. 3-2021, pp. 576. Sullo stesso tema si segnalano anche i contributi di M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3- 2022, p. 595 ss. e di N. PAOLANTONIO, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3- 2022, p. 11 ss.

di annullamento conseguente al mancato accoglimento delle osservazioni del privato ex art. 10 bis l. 241/1990, persista nel negare il bene della vita con motivazioni sempre differenti<sup>101</sup>.

Guardando alla struttura dell'art. 10 bis, in questa nuova versione la stessa si presenta indubbiamente complessa essendo stato positivizzato una sorta di principio di *bidirezionalità comunicativa* (interno-esterno) all'interno dello schema partecipativo tradizionale, di "visione" e "voce" (M. D'Alberti 2020), contenuto e disciplinato dall'art. 10 della l. n. 241 del 1990 (E. Frediani 2005)<sup>102</sup>.

Il passaggio "da un tipo di amministrazione ancora tradizionalmente "separata ed autoritaria" ad un'amministrazione di tipo nuovo, colloquiale e, dunque, "relazionale" impone un vero e proprio "cambio di paradigma" nell'attività e nell'organizzazione di quest'ultima<sup>103</sup>, ponendo a carico della p.a. un preciso onere procedimentale propedeutico all'adozione di ogni provvedimento reiettivo dell'istanza del privato<sup>104</sup>. E, ciò, allo scopo di consentire a quest'ultimo di dedurre

100 L. FERRARA, *La preclusione procedimentale*, op.cit., sottolinea come nel nostro paese, di fronte alla acclarata inadeguatezza del processo amministrativo a garantire l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive «si è scelto di (raccolgere l'invito a) puntare sul retroterra concettuale del modello specie statunitense di *Administrative Justice*». A questo proposito la dottrina precisa altresì che negli Stati Uniti d'America il sindacato giurisdizionale è concepito soltanto come uno dei possibili mezzi per controllare la legittimità di quell'azione, mentre i problemi più rilevanti della *Administrative Justice* si pongono nel corso dell'azione amministrativa, così M. D'ALBERTI, *La giustizia amministrativa*, in G. Alpa-A. Schiesaro (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia*, Napoli, 2013, pp. 155-157.

101 C'è tuttavia chi critica detta disposizione affermando che in tal modo vi sia una iperprotezione dell'interesse legittimo il quale conseguirà un bene non perché spetti ma solamente a seguito di un potere che si è consumato. Ciò in ragione del fatto che, nel caso di consumazione del potere ex art. 10 bis il giudizio non sarà sulla spettanza del bene della vita, ma direttamente sulla sua attribuzione.

102 M.R. CALDERARO, *Il preavviso di rigetto rafforza il contraddittorio con il cittadino anche nei procedimenti di sanatoria edilizia (nota a Cons. Stato, VI, 12.04.2023, n. 3672)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 07.06.2023. L'A. sottolinea come la norma voglia rafforzare le garanzie difensive del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, nell'ottica di realizzare due obiettivi principali: da un lato superare le asimmetrie dell'impianto della originaria legge n. 241 del 1990, realizzando e rafforzando il contraddittorio endoprocedimentale; dall'altro rendere la decisione amministrativa "frutto di una dialettica tra le parti interessate" (V. Cerulli Irelli 2005), attraverso un dialogo più pervasivo tra Amministrazione e cittadino "contraddistinto dai caratteri della completezza e della continuità" (S. Tarullo).

103 Così G. AZZARITI, *Introduzione: la comunicazione come funzione*, in G. Arena (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001, p. 15 ss.

104 Ma in questa nuova formulazione l'art. 10bis prevede un onere partecipativo anche a carico del privato cittadino il quale dovrà partecipare per far emergere tutti i motivi per il rilascio, in suo favore, del provvedimento richiesto così da evitare che la P.A., sulla base dei motivi non emersi, dinieghi nuovamente l'istanza. Così A. ZITO, op.cit. il quale parla di interesse legittimo pretensivo "condizionato" quanto alla intensità della tutela. Sulla partecipazione procedimentale del privato come "piena disposizione del problema amministrativo, si rinvia a F. LEDDA, *Problema amministrativo*, op.cit. p. 133 ss.; Id. *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2022, pp. 333-364. Sull'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sostanziale che, se spesa attraverso la partecipazione in fase procedimentale offre tutela anche nei confronti del merito amministrativo, cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 354. *Contra* L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 211 ss. Nello stesso senso oggi P. CHIRULLI, il quale osserva come i mutamenti in atto sull'interesse legittimo e sul processo amministrativo rischiano di trasformare il primo da interesse legittimo pretensivo a interesse legittimo oppositivo, rischiando di «appiattire il rapporto amministrativo su una dimensione bipolare, relegando a un ruolo secondario l'emersione di altri interessi pubblici e privati che pure sono affidati alle cure dell'amministrazione nei procedimenti a istanza di parte»; mentre il secondo in una lite tra privati, trasferendosi la tutela della legalità amministrativa nella tutela soggettiva del controinteressato, P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, pp. 304 e 306. Sui problemi interpretativi della accezione "motivi già emersi nell'istruttoria", contenuta nell'art. 10 bis, si rinvia alle riflessioni di L. FERRARA, *La*

tempestivamente eventuali circostanze idonee ad influire sul contenuto dell'atto finale, così anticipando e prevedendo il contenzioso che potrebbe verificarsi in sede giurisdizionale<sup>105</sup>.

Se questo è lo spirito e la finalità del preavviso di rigetto, è chiaro, allora, che il silenzio diniego di cui all'art. 36, con la *traslazione* in fase processuale dell'onere incombente sul privato in fase procedimentale, non rappresenta affatto garanzia di una sollecita tutela giurisdizionale del privato cittadino ma piuttosto, invece, una lesione per lo stesso, il quale si vede così negata l'opportunità, offerta *ex legis* proprio dal meccanismo del preavviso di rigetto, di risolvere la ragione di un eventuale impedimento all'accoglimento della sua istanza, rapportandosi efficacemente ed in modo rapido con la p.a.<sup>106</sup>. Con violazione anche dell'art. 3 Cost. Anzi. Questo impianto, imponendo l'attivazione della macchina giurisdizionale per dimostrare ciò che si sarebbe ben potuto provare nella fase istruttoria del procedimento amministrativo, concreta piuttosto un inutile aggravamento per l'intero sistema - cittadino, amministrazione, giustizia - atteso che la p.a. dovrà costituirsi in giudizio e poi eseguire la sentenza del giudice; senza considerare l'eventuale giudizio di ottemperanza e tutte le complicità e le lungaggini che ne possono derivare.

Inoltre, nel quadro attuale, è nel processo che viene ad essere svolta, per la prima volta, quella verifica sui presupposti della conformità edilizia alla quale è normalmente chiamata la p.a. nel procedimento amministrativo, in cui invece, normalmente, la sua azione funge da efficiente meccanismo di contenimento del contenzioso, proprio grazie a tutti gli strumenti predisposti dall'ordinamento per favorire un *leale dialogo endoprocedimentale* con il cittadino (partecipazione, preavviso di rigetto ecc.).

A tutto questo si aggiunge un ulteriore dato di grave incertezza dovuto al fatto che, tacendo a tale proposito la legge, nonostante la formazione del silenzio procedimentale (assenso o rigetto che sia) la giurisprudenza maggioritaria ritiene non esservi *consumazione del potere* da parte della p.a. sull'istanza del privato ammettendosi, quindi, un rilascio tardivo

---

*preclusione procedimentale*, op.cit. p. 573 e ss.

<sup>105</sup> TAR Campania-Napoli, VI, 01.06.2020 n. 2093 secondo cui «l'introduzione nell'ordinamento, con legge 11 febbraio 2005 n. 15, del preavviso di rigetto ha segnato l'ingresso di una modalità di partecipazione al procedimento, con la quale si è voluta "anticipare" l'esplicitazione delle ragioni del provvedimento sfavorevole alla fase endoprocedimentale, allo scopo di consentire una difesa ancora migliore all'interessato, mirata a rendere possibile il confronto con l'amministrazione sulle ragioni da essa ritenute ostative all'accoglimento della sua istanza, ancor prima della decisione finale». A questo proposito la recente giurisprudenza amministrativa ha pure efficacemente precisato che un'applicazione corretta dell'art.10-bis della legge n. 241 del 1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio pre-decisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione (*Cons. St., I, 25 .03. 2015, n. 80; id., VI, 02.05.2018 n. 2615*). Solo il *modus procedendi* appena descritto permette che la disposizione di riferimento assolva la sua funzione di consentire un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che si traduca in un inutile e sterile adempimento formale (così *Cons. St., VI, 01.03.2023, n. 2123*).

<sup>106</sup> L'art. 10 *bis* da un lato garantisce un apporto collaborativo del privato mediante l'introduzione di elementi istruttori o deduttivi suscettibile di apprezzamento da parte dell'organo procedente, dall'altro consente l'anticipata acquisizione in sede procedimentale di contestazioni (di natura difensiva) suscettibili di evidenziare eventuali profili di illegittimità delle ragioni ostative preannunciate dall'Amministrazione. Sul punto cfr. *Cons. St., VI, 10.02.2020, n. 1001*.

del provvedimento espresso<sup>107</sup>. E, ciò, nonostante la previsione di “inefficacia” della determinazione tardiva, introdotta dal decreto semplificazioni del 2020 (*art. 2 co. 8bis*)<sup>108</sup>.

In verità le posizioni espresse dalla giurisprudenza, anche recente<sup>109</sup>, non depongono a favore della applicazione dell’*art. 2 co. 8 bis* alla materia urbanistico-edilizia e, ciò, in considerazione della “eterogeneità” dell’istituto del silenzio contemplato nel d.p.r. n. 380/2001 rispetto a quello previsto nella l. n. 241/1990, anche sotto il profilo della diversa disciplina della sua formazione (sotto il profilo dei termini e delle modalità di attestazione)<sup>110</sup>, assumendo quindi, natura autonoma e autosufficiente. L’argomento tuttavia non appare proprio solido. La circostanza che l’*art. 20* del TU edil. sul silenzio non faccia espresso rinvio alla disciplina generale sul procedimento amministrativo (Capo I Legge n. 241/1990) non

---

107 Da ultimo *Cons. St. VI, 15.03.2023 n. 2704* che ha precisato come, nel caso dell’*art. 36 TUE*, a fronte della formazione del silenzio per *ficio iuris*, permane la facoltà della PA di provvedere espressamente, nella specie esercitata ragionevolmente, anche a fronte del supplemento istruttorio svolto dall’amministrazione. Ma si veda anche *Cons. St. A.P. 17.10.2017 n. 8* in tema di annullamento di ufficio della sanatoria già rilasciata: *C. Cass. III, 26.02.2008 n. 17954*. Si segnala che la questione della *consumazione del potere* della PA si pone anche nel caso del silenzio assenso sul *permesso di costruire*, atteso che la giurisprudenza non è concorde sul valore dello stesso. Una parte dei giudici amministrativi, infatti, seguendo una linea più rigorosa, ritiene che l’inerzia della PA in materia edilizia soltanto un *fatto giuridicamente rilevante*, per cui la stessa conservi il potere di intervenire anche dopo la conclusione del provvedimento. Secondo questo orientamento ciò si giustifica per il fatto che nella materia edilizia, per la formazione del provvedimento tacito, non è sufficiente il mero decorso del termine senza che la domanda del privato sia presa in considerazione, ma è necessaria anche la conformità urbanistica, ovvero la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti di legge per conseguire il bene della vita richiesto, ovvero il rilascio del titolo edilizio: *Cons. St. IV, 07.09.2022 n. 7631*, *idem VI 08.09.2021 n. 6235*; *IV, 07.01.2019 n. 113*. Per l’orientamento meno rigido e forse prevalente, invece, l’istituto del silenzio risponde ad una *valutazione legale tipica*, in forza della quale l’inerzia equivale a provvedimento di accoglimento, con il naturale corollario per cui, ove sussistano i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può formarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme alla legge. Di conseguenza la PA potrebbe agire solo in autotutela nei termini e nei modi previsti dall’*art. 21 nonies*: M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 24.05.2022. Quest’ultimo orientamento non solo sembra più aderente alle ragioni di semplificazione e accelerazione dell’attività amministrativa - per cui, in relazione al permesso di costruire, è stato introdotto il silenzio significativo (ex dlgs n. 127/2016) capovolgendo, così, la prospettiva del vecchio comma 9 dell’*art. 20 TUE* che, invece, prevedeva un silenzio-diniego - ma risponderebbe meglio anche a ragioni di carattere sistematico. Si pensi all’*art. 20, co.3* della legge 241/1990, che prevede l’autotutela, nonché l’*art. 2 co. 8 bis* della stessa legge sul procedimento amministrativo, come modificata dal dl n. 76/2020 che ora prevede l’inefficacia dei provvedimenti adottati dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento. Lo stesso vale in relazione all’*art. 20 co. 2 bis* legge 241/1990 (introdotto dal dl 77/2021) che prevede ora, anche nella legge generale sul procedimento, il rilascio in via telematica di una *attestazione* circa il decorso del termine. Stesso discorso vale per l’*abrogazione* del co. 2 dell’*art. 21 l. 241/1990* che disponeva che le sanzioni, previste in caso di svolgimento dell’attività in carenza di atto di assenso della PA o in difformità da esso, si applicano anche a coloro che abbiano iniziato l’attività in forza della formazione del silenzio-assenso in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente. Ed ancora con riguardo al co. 1 dell’*art. 21* della legge 241/1990 che prevede che la conformazione dell’attività e dei suoi effetti alla legge o la sanatoria, sono escluse solo in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni e non in caso di dichiarazioni più semplicemente incomplete; nel qual caso il silenzio si perfeziona comunque. La *ratio* di questa lettura, almeno nella ipotesi del permesso di costruire, è che va tenuta distinto il perfezionamento della fattispecie attraverso il silenzio-assenso dagli effetti di quella stessa fattispecie, i quali possono anche essere illegittimi per violazione delle norme urbanistico-edilizie; nel qual caso, la legge predispose i rimedi della autotutela, quali l’annullamento d’ufficio ex *art. 21 nonies*: A. TRAVI, *Silenzio-assenso e conformità urbanistica delle opere*, in *Foro it.*, 2022 pag. 430.

108 In termini coerenti con il *co. 8 bis* e, quindi, di perentorietà di tali termini, si segnala *Tar Veneto, sez. II, 14.04. 2022, n. 558*; *TAR Campania-Napoli, sez. II, 10.01.2022 n. 171*, *Tar Campania, sez. II, Salerno, 6.07.2021, n. 1633*. In dottrina M. CALABRO, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire*.

implica alcunché, se solo si consideri che numerosi sono gli istituti della legge 241/1990 che, sebbene non richiamati, sono puntualmente applicati in quella disciplina di settore<sup>111</sup>; né rileva il fatto che l'art. 20 TU edil. non richiami espressamente l'art. 20 della legge n. 241/1990, atteso che ciò rientra nella stessa logica per cui la *lex generalis* (L. 241/1990) accoglie in sé anche quella *specialis* (di settore, come il TU edil.)<sup>112</sup>. Vero è, invece, che nella materia urbanistico-edilizia il semplice decorso del tempo non sarebbe sufficiente, da solo, a determinare la consumazione del potere della p.a., atteso che - proprio per la funzione rivestita in questa materia dall'istituto del silenzio, qui nella logica della semplificazione e non, invece, della liberalizzazione<sup>113</sup> - occorre anche che la verifica sulla conformità edilizia sia sempre completa<sup>114</sup>.

Quanto, invece, ad eventuali dubbi circa l'applicabilità delle garanzie dell'art. 10 *bis* ai procedimenti di sanatoria edilizia ex art. 36 T.U. edil., gli stessi sono stati sciolti positivamente dalla recente giurisprudenza amministrativa, la quale ne ha affermato l'operatività (*Cons.Stat. Sez. VI, 12.04.2023 n. 3672*)<sup>115</sup>, stante la portata generale dell'istituto

*L'inefficacia nella decisione tardiva nel dl 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) (note a margine di Cons. Stato Sez. VI, 13 agosto 2020 n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis 1 Luglio 2020 n. 7476)*, in *www.giustiziansieme.it* 2020; M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, op. cit. p. 22.

109 *Tar Lazio, II-bis, 26.11.2022, n. 15822*, che ne sottolinea anche il diverso contenuto delle relative disposizioni in merito ai termini e alle modalità di attestazione dell'intervenuta formazione.

110 Nel d.p.r. n. 380/2001 il termine per la formazione del silenzio assenso è di 60 gg e 90 complessivamente (art. 12) mentre quello per il rilascio della attestazione è di 15 gg (art. 20 co. 8); invece nella l. n. 241/1990 il termine per la formazione è di 30 gg, e quello del rilascio della attestazione è di 10 gg. (art. 20 co. 2bis).

111 Si pensi alla pacifica applicazione, al permesso di costruire, dell'annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, alla funzione e ai compiti del responsabile del procedimento e all'obbligo, gravante sullo stesso, di concludere il procedimento entro il termine previsto dalla legge.

112 Come, ad esempio, il d.lgs. n. 152/2006 in riferimento all'art. 166 (sul procedimento per l'autorizzazione a utilizzare in agricoltura le acque reflue, gli acquedotti rurali e gli altri impianti funzionali ai sistemi irrigui e di bonifica da parte dei consorzi di bonifica e irrigazione) all'art. 114 (sull'autorizzazione per le operazioni di invaso, sghiaiamiento, sfangamento e manovra degli scarichi delle dighe), all'art. 269 (sulle le autorizzazioni per le modifiche non sostanziali di stabilimenti che producono emissioni in atmosfera, all'art. 29 *nonies* (sulle modifiche non sostanziali di impianti per i quali è stata già rilasciata l'autorizzazione integrata ambientale, AIA); ed ancora il d.p.r. n. 59/2013 con l'art. 6 (che disciplina le modifiche non sostanziali di impianti soggetti all'autorizzazione unica ambientale, AUA); e il d.lgs. n. 28/2011 con l'art. 8-*bis* (relativamente agli impianti di produzioni di biometanoidi con capacità produttiva non superiore a 500 standard metri cubi/ora).

113 Ricordiamo qui che il *favor* legislativo per il silenzio-assenso e la Scia e da ricondurre all'influenza liberalizzatrice del diritto europeo e, in particolare, della direttiva Bolkestein, ossia la dir. 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, poi recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59. Sia la direttiva europea sia il decreto di recepimento prevedono infatti la *liberalizzazione* in via generale delle attività economiche costituenti servizi, fatta eccezione soltanto per alcuni settori (ovvero quelli elencati dall'art. 2, dir. 123/2006/CE, tra i quali sono ricompresi anche i servizi non economici d'interesse generale, i servizi finanziari, il settore dei trasporti, quello sanitario e audiovisivo) e per quelle attività per cui è opportuno mantenere un controllo *ex ante* che, a sua volta, è soggetto al meccanismo del silenzio-assenso (l'art. 13, par. 3, dir. 123/2006/CE). In dottrina, ed in particolare per una riflessione sulle ricadute nel governo del territorio delle riforme liberistiche e della direttiva *Bolkestein*, si veda P. URBANI, *Istituzioni, Economia, Territorio*. op. cit.; id. *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà d'iniziativa economica e disciplina della proprietà*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12- 2016, p. 1313 e ss.

114 L'art. 12 del d.p.r. n. 380/2001, infatti, prevede che per il rilascio del permesso di costruire vi sia la conformità «alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente».

115 Nella sentenza si legge: «16.5. Al riguardo, giova preliminarmente precisare che, alla luce della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato: - l'istituto del preavviso di rigetto (di cui all'art. 10bis l. 7 agosto 1990, n. 241), stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono

del preavviso di rigetto, nonché la espressa esclusione del provvedimento adottato in violazione dell'art. 10 *bis* dall'ambito di operatività del co. 2 dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990<sup>116</sup> (TAR Lazio, Sez. II quater, 3.11.2020 n. 11307).

In ogni caso, depurato il sistema dai tentativi di estendere applicazione di questa fattispecie a situazioni non espressamente previste dalla norma (sanatoria giurisprudenziale, sanatoria condizionata, sanatoria temporanea, sanatoria parziale ecc.<sup>117</sup>), l'ambito riservato alla sanatoria edilizia, per *doppia conformità* di cui all'art. 36, risulta essere davvero estremamente limitato. E allora, se scopo dell'istituto della sanatoria edilizia è quella di recuperare, mediante una valutazione postuma dell'autorità competente, interventi che ben avrebbero potuto essere realizzati previo rilascio di un titolo abilitativo, appare stridere con tale assunto il valore assegnato dal legislatore al silenzio della p.a. con l'art. 36 T.U. edil., il quale implica un meccanismo assai farraginoso di impugnazione, attraverso un ricorso che, plasticamente, è stato definito "al buio".

Si sostiene infatti, che se per un verso la previsione del silenzio rigetto sia dettata nell'interesse precipuo del privato (consentendogli così una sollecita tutela giurisdizionale), per altro verso un successivo, seppur tardivo, provvedimento espresso di diniego, grazie al relativo corredo motivazionale, gli consentirebbe di meglio calibrare le proprie difese nel processo<sup>118</sup>. Ma questo nei fatti comporta, per il cittadino, ulteriori attività e costi, dovendo lo

---

edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui al citato art. 10 *bis*, in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di un apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda (tra gli altri, *Consiglio di Stato*, VI, 5.08.2019, n. 5537); - la violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare (*Cons. St.* VI, 1.03.2018, n. 1269); - affinché la violazione dell'art. 10 *bis* comporti l'illegittimità del provvedimento impugnato, in particolare, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie garanzie partecipative, ma è anche tenuto ad indicare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (*Cons. St.*, VI, 16.09.2022, n. 8043). Ne deriva che la violazione dell'art. 10 *bis* L. n. 241/90 è idonea a determinare l'annullamento del diniego di sanatoria, qualora, alla stregua degli elementi deduttivi e istruttori forniti dalla parte privata, sia dubbio che, in caso in osservanza delle disposizioni procedurali in concreto violate, il contenuto dispositivo dell'atto sarebbe stato identico a quello in concreto assunto». *Idem TAR Puglia-Lecce*, I, 08.10.2020 n. 1067.

116 L'art. 21 *octies* co. 2 recita «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10 bis».

117 Questi istituti *praeter legem* sono ritenuti dalla giurisprudenza ormai unanime, contrari ai *principi di legalità* e di *separazione dei poteri* e non rispondenti ai canoni di *nominatività* e *tipicità* dell'atto amministrativo. Per una sintesi efficace del quadro di queste fattispecie, cfr. L. RAMACCI, *Il ristretto ambito*, op. cit.

118 Sulla consumazione del potere della PA le due contrapposte posizioni si fondano da un lato sulla estensione della disciplina dell'art. 152 c.p.c. anche a fattispecie sostanziali come il diritto amministrativo (F. CARINGELLA, *Il nuovo volto dell'azione amministrativa*, Roma, 2017), dall'altro sul valore del tempo assunto, oggi, quale *bene della vita* (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna 2019). Ma l'importanza e l'autonomia del *bene tempo* è derivata anche dal diritto sovranazionale (art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'UE) oltre che dalla Costituzione (nuovo art. 117 co. 2 lett. m).

stesso, in caso di un sopraggiunto provvedimento di diniego della p.a., impugnare il medesimo con motivi aggiunti: il che, sinceramente, pare andare in tutt'altra direzione rispetto ai canoni, tanto declamati, di *efficienza, semplificazione e accelerazione* del sistema amministrativo e di giustizia<sup>119</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive.

L'accertamento di conformità, come disciplinato dall'art. 36 TEU, se è vero che risponde ad un *principio fondamentale nella materia del governo del territorio* (C.Cost. 232/2017, 107/2017 e 101/2013), è altrettanto vero, però, che non consente di trovare soluzione alla questione dell'abusivismo edilizio, purtroppo assai diffuso nel nostro Paese e risalente agli anni '60 e '70, fatto di difformità anche lievi e tuttavia non sanabili alla luce della disciplina vigente.

Il fenomeno degli abusi minori, connaturato nella storia delle nostre città consolidate tanto da assumere i tratti di una sorta di *giusnaturalismo*, per colmare «in via sussidiaria» le lacune del diritto positivo (G. Achenwall nel suo *Jus naturae in usum auditorum*)<sup>120</sup>, presenta tuttavia, quale effetto speculare detrimente, non solo quello di impedire la circolazione giuridica di questo patrimonio immobiliare, ma pure la possibilità di accesso al credito da parte dei proprietari, e, soprattutto, la stessa riqualificazione e il recupero edilizio<sup>121</sup>, con buona pace, oltre che della certezza del diritto e dello sviluppo economico, anche delle politiche di contenimento del consumo di suolo e di rigenerazione del costruito<sup>122</sup>.

Non è più rinviabile, quindi, la necessità di *focalizzare* compiutamente e a monte questa distonia del sistema per cercare di dare una risposta che sia chiara ed univoca.

Chi scrive non ignora affatto la difficoltà di trovare risposte soddisfacenti alle complesse questioni giuridiche che l'istituto del silenzio pone in relazione alla materia edilizio-urbanistica<sup>123</sup>, sia laddove qualificato in termini sintomatici sia come inadempimento; anche in quest'ultimo caso, per il vero, non meno deludente si presenta la soluzione in termini di snellezza e rapidità alla domanda di giustizia.

119 Si ricorda che una decisiva accelerazione verso la semplificazione dei titoli edilizi per il rilancio della competitività e lo sviluppo economico del Paese si registra a partire dal 2011. Si pensi al dl 70/2011 (Decreto Sviluppo), al dl 133/2014 (Sblocca Italia); alla legge 124/2015 (legge Madia) e al d.lgs. 222/2016 di relativa attuazione, nonché ai provvedimenti legislativi di classificazione di titoli edilizi quali il dpr 31/2017, il dm 2.03.2018; il dl 76/2020 (Decreto Semplificazioni *bis*).

120 E. CORTESELLI, *La valutazione della performance nelle PA dopo la riforma Madia*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it) 16.11.2016; L. CASINI, *Abusi e condoni edilizi: dalla clandestinità al giusnaturalismo?*, in *Giorn.dir.amm.* n. 1-2019.

121 Il rispetto dei termini è funzionale non solo alla circolazione giuridica dei beni immobili, ma anche ai fini dell'accesso al credito nonché allo stesso recupero del patrimonio esistente: in altri termini, alla economia. In dottrina cfr B. GRAZIOSI, *Attualità della questione*, op.cit. pag. 53 e ss. Infatti, la rigorosa applicazione della doppia conformità impedisce gli interventi di riqualificazioni immobiliare oggi incentivati da leggi statali e detrazioni fiscali (*si pensi al superbonus 110%*).

122P. URBANI, *La rigenerazione urbana: la posizione del giurista*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), 2017; R. DIPACE, *La rigenerazione urbana a guida pubblica*, in *Riv.giur.ambiente* n. 2-2022.

123 *Certezza* che il legislatore del 2020 ha cercato di salvaguardare prevedendo, al co. 8 dell'art. 20 d.p.r. n. 380/2001 il rilascio telematico di una *attestazione* della PA sul decorso del termine del procedimento e, da ultimo in termini generali in caso di silenzio assenso, all'art. 20 co. 2*bis* della legge 241/1990. Qui, in mancanza di attestazione della PA, la norma prevede una *autodichiarazione* del cittadino ex art. 47 d.p.r. n. 445/2000: il che aggiunge altra incertezza, attesa la natura privatistica della autodichiarazione, la quale non potrà affatto supplire alla mancanza di un formale provvedimento amministrativo espresso.

Il tutto, anche per non trascurabili questioni di coordinamento di settori disciplinari profondamente intricati in questa materia (e mi riferisco al coordinamento tra la disciplina penale degli abusi edilizi e quella, diversa, del diritto amministrativo, in specie riferita al diritto urbanistico e dell'edilizia)<sup>124</sup> milita a favore della tesi secondo la quale l'unica soluzione è, allora, garantire che l'esercizio del potere amministrativo (precoattivo, di vigilanza e controllo) avvenga effettivamente entro termini *definiti* e, soprattutto, esplicitamente *perentori*. Solo in questo modo potrà essere assicurata la certezza del diritto, oltre che l'efficienza e l'efficacia, dell'attività amministrativa.

Come osservato da attenta dottrina, non è ammissibile che la responsabilità della corretta interpretazione del quadro normativo e tecnico venga fatta ricadere sul cittadino - destinatario del potere pubblico<sup>125</sup> - il quale, in una iniqua inversione dei ruoli, è così gravato del relativo onere probatorio da esercitare, oltretutto, direttamente in sede giurisdizionale, con tutte le complicazioni del caso. Basti pensare al passaggio della sentenza della Corte Costituzionale n. 42/2023 laddove al punto 3.1.3. si legge «In sostanza con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale. Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'onere probatorio del privato è diversamente modulato a seconda che qualifichi il potere in termini vincolati e tecnico-discrezionali: dalla prima prevalente impostazione è richiesto al ricorrente di fornire prova piena della doppia conformità; dal secondo indirizzo è richiesto al ricorrente di fornire la prova della non implausibilità della doppia conformità, in termini idonei a sconfessare la negativa definizione del procedimento. Dall'assolvimento dell'onere richiesto discende l'annullamento del silenzio-rigetto, con il conseguente obbligo dell'amministrazione a provvedere espressamente sull'istanza in termini conformi a seconda dell'accertamento compiuto in sentenza».

Ebbene. Ci sembra davvero chiedere troppo al cittadino.

La risposta, come suggerisce altra autorevole dottrina, potrebbe essere cercata proprio nel PNRR, strumento che, inteso come atto amministrativo sostanzialmente legiferato e proiettato verso il *risultato* quale vincolo giuridico, potrebbe contenere in sé le risorse per rimediare ai fattori di crisi della discrezionalità amministrativa. "Risultato" che, atteggiandosi a questione di diritto eurounionale, dovrebbe essere letto, piuttosto che come criterio di sostituzione del parametro della legalità, come canone di orientamento dell'interprete, restituendo così smalto e dignità all'azione amministrativa<sup>126</sup>.

Il superamento della rigidità dell'istituto della doppia conformità di cui all'art. 36 T.U. edil., pure attuato ai fini della rigenerazione urbana, in modo diverso, dalle regioni<sup>127</sup>, non è però stato recepito dal legislatore, come qualcuno aveva pure sperato. Si ricorda, infatti, che nei lavori parlamentari per la redazione della bozza del decreto rilancio (d.l. 34/2020) spuntò, nella maggioranza del governo (giallo-rosso), una proposta di condono edilizio,

<sup>124</sup> Come è stato rilevato anche dalla *Corte Cost. n. 42/2023* punto 3.1.2.

<sup>125</sup> M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere*, op.cit.

<sup>126</sup> F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR*, op.cit. In punto di efficienza della pubblica amministrazione, di particolare interesse anche il saggio di R. URSI, *Efficienza*, in *www.dirittoonline.it*, 2018.

<sup>127</sup> Ci si riferisce alla l.r. dell' Emilia Romagna n. 23/ 2004 che all'art. 17, facendo "salvi gli effetti penali", consente il rilascio del permesso di costruire e di s.c.i.a. in sanatoria qualora l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda. Oltre a questa norma, tuttora in vigore, si ricordano, di più recenti, le leggi regionali: Toscana n. 65/2014 (art. 34); Liguria n. 1/2015 (artt. 154 e 258), Sicilia n. 16/2016 ( art. 14), Campania n. 6/2016 (art. 8).

subito però respinta. A distanza di tre anni da quest'ultimo tentativo, il Governo ci riprova a metter mano alla disciplina in materia edilizia<sup>128</sup>, questa volta attraverso un percorso legislativo diverso<sup>129</sup>. Per quanto qui di interesse, nella bozza del testo di riforma in circolazione, l'accertamento di conformità è contenuto nel Capo VI del Titolo II che prevede tre ipotesi di disciplina.

Con la prima, *accertamento di conformità per violazioni formali* (art. 37) verrebbe confermata l'attuale disciplina contenuta nell'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001 (doppia conformità), con una rimodulazione della procedura e la possibilità di prevedere una sorta di accertamento di conformità "condizionato" alla realizzazione di opere di modesta entità, finalizzate alla piena conformazione dell'immobile alla vigente disciplina edilizia e urbanistica (cosa attualmente impossibile).

Con la seconda, *accertamento di conformità per violazioni conformi alla sopravvenuta disciplina urbanistica ed edilizia* (art. 38) sarebbe invece prevista la possibilità di ottenere il titolo abilitativo in sanatoria per interventi urbanistico-edilizi eseguiti in violazione della disciplina urbanistica ed edilizia vigente all'epoca della realizzazione, a condizione che detti interventi risultino conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda di accertamento di conformità (conformità semplice). Possibilità che, però, non si applicherebbe agli interventi di nuova costruzione eseguiti in assenza di titolo abilitativo ed in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente all'epoca della loro realizzazione. In tal senso verrebbe legalizzata la "sanatoria giurisprudenziale" esclusa ormai dalla giurisprudenza di ogni ordine e grado. Per talune tipologie di interventi - di nuova costruzione, eseguiti in totale difformità dal titolo abilitativo; di ristrutturazione urbanistica, di demolizione e ricostruzione comunque denominati, di ricostruzione di edifici crollati, di addizione volumetrica e di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza o totale difformità dal titolo abilitativo - permarrebbe in capo alla P.A. il potere discrezionale di rilasciare la sanatoria edilizia qualora gli stessi risultino conformi, oltre alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda, anche alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente a partire da una certa data da individuare e che prenda in considerazione l'evoluzione delle tecniche costruttive.

Con la terza, *Interventi edilizi eseguiti ed ultimati prima dell'entrata in vigore della legge n. 765/1967* (art. 39) potrebbero essere considerati legittimi (senza alcuna necessità di andare a scovare leggi, piani regolatori e regolamenti dei primi anni del '900), anche in presenza di diverse disposizioni nella regolamentazione comunale vigente all'epoca, gli interventi edilizi eseguiti ed ultimati prima dell'1 settembre 1967, data di entrata in vigore della legge 6 agosto 1967 n. 765 (Legge Ponte), ivi compresi quelli ricadenti all'interno della perimetrazione dei centri abitati o delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano individuate dallo strumento urbanistico all'epoca vigente. L'avvenuta esecuzione ed ultimazione delle opere ed interventi entro l'1 settembre 1967 dovrebbe essere comprovata mediante adeguata documentazione, quali riprese fotografiche, estratti cartografici, planimetrie catastali,

128 Nel mese di giugno 2023 il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, On. Matteo Salvini, durante una giornata di studio organizzata dall'Ordine degli Architetti PPC di Roma ha anticipato alcune indiscrezioni sulla riforma del T.U. edilizia (d.p.r. n. 380/2001).

129 Questa volta, a differenza della legge del 2001, licenziata con Decreto del Presidente della Repubblica per l'esigenza di riunire disposizioni legislative e regolamentari, ora pare che si procederà attraverso un decreto legislativo sulla base di una legge delega del Parlamento, che ne fisserà principi e finalità- La bozza predisposta dal tavolo tecnico promosso dal MIT e costituito presso il CSLPPP.

documenti d'archivio, o altro mezzo idoneo. Non assumerebbero valore di prova le dichiarazioni testimoniali.

Resta tuttavia un grave neo. Atteso che nulla sembra contemplare questo disegno di legge in merito alla procedura e, quindi, ai tempi di conclusione del procedimento amministrativo e, in ipotesi di silenzio, al suo significato, la grave questione della tutela effettiva del cittadino è lasciata comunque, ed ancora, senza soluzione.

Che, forse, lo sforzo della Consulta nell'indicare i punti meritevoli di approfondimento in una eventuale futura ordinanza di rimessioni non siano la spia di una sollecitazione affinché venga sollevata, con forza e a tutto tondo, una questione tanto seria, proprio attraverso il giudizio di legittimità costituzionale? Sempre che, naturalmente, non arrivi prima il legislatore a correggere direttamente il tiro. Il che sarebbe, per il vero, più che auspicabile.