

Non tutti dicono i love you

La sanatoria edilizia di matrice giurisprudenziale

[...]

1. Cerchiamo di capire se esistono, in questo frangente normativo, *cause di postuma legittimazione degli illeciti edilizi* (sanatorie), avvertito anzitutto che l'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 intrattiene un rapporto di estraneità con la sanatoria edilizia. Esso infatti accerta per definizione l'esistenza o meno di una (doppia griglia di) conformità (ora e allora).

La devianza consiste in un illecito formale (estinguibile col doppio del contributo), consistito in una mera inversione procedimentale (avere eseguito i lavori prima e non dopo il rilascio del permesso). La confusione concettuale e linguistica della legislazione e della giurisprudenza non autorizza altre ricostruzioni.

Il legislatore non si rende conto che la semantica giuridica (la significanza delle parole nelle leggi) è connotata dal principio dell'invarianza: un lemma (una parola) deve significare in qualunque tempo e in qualunque testo una sola cosa. All'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 si legge addirittura che, accertata la *conformità*, il Dirigente rilascia un permesso in *sanatoria*. In tempi d'informatica diffusa, l'incostanza dei significati è un problema serio perché i computer, a differenza degli *scilipoti*, sono veloci ma cretini.

Una sfida amichevole: chi trova la parola *condono* nel testo della legge che lo ha introdotto (la n. 47 del 1985) vince una serata ad Arcore (ne ho facoltà). Non posso indugiare oltre su questi aspetti di civiltà del governare, che ho molto trattato come consulente della Facoltà di Informatica di Milano. Ne trovate ampia trattazione sul mio sito: L'attualità -> La dottrina spot: "Ricordatevi di semplificare le teste".

Non è una sanatoria neppure quella dell'art. 38 DPR n. 380 del 2001, la cui applicazione segue l'annullamento del solo permesso edilizio, non anche delle dichiarazioni (ad es. la DIA) e delle segnalazioni (ad es. la SCIA): si tratta infatti di iniziative private, non sono provvedimenti, né a formazione esplicita (palesi) né a formazione implicita (silenti). Questi ultimi devono la loro giuridica esistenza non a una qualsiasi inerzia del decisore (il silenzio è un fatto, non un atto), bensì all'inerzia qualificata dalla legge come *assertiva* (c.d. silenzio-assenso) (cfr. l'art. 19 co. 6-ter della riformata l. 241).

L'annullamento retroagisce per illegittimità *genetiche* (presenti al rilascio) non emendabili (impossibile *“la rimozione dei vizi delle procedure amministrative”*), pertanto la conseguenza della retroattività dell'annullamento è che il permesso edilizio non è mai esistito e le opere sono senza titolo.

Per un Comune annullare o revocare un atto illegittimo è come per un'azienda ritirare dal mercato un prodotto difettoso. In entrambi i casi è ammesso il risarcimento del danno. La prassi risarcitoria, nel caso degli annullamenti illegittimi di atti amministrativi, punisce nei funzionari solo la forma tipica della volontà colpevole (il dolo) o la colpa grave (inescusabile).

La legge tutela poco l'affidamento del privato (incolpevole o colluso che sia), ordinando (ma senza crederci) la restituzione in pristino delle opere non più sorrette dal titolo (le condanna alla pena di morte).

Di patiboli ordinari tuttavia non se ne erigono nella Repubblica, nonostante la disponibilità del Genio Militare, che interviene nella parte del boia quando il Comune non ha i soldi né i mezzi né le intenzioni. La giurisprudenza ritiene infatti, nella sua misericordia, che la possibilità della demolizione debba essere valutata non solo in senso tecnico bensì in senso tecnico-economico.

Come *second best* l'interessato deve pagare una sanzione pari al valore venale delle opere valutato dall'Agenzia del Territorio. L'integrale corresponsione della sanzione – questo il punto – *“produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria [e dalli] di cui all'articolo 36”*, che però come ho già precisato è l'accertamento di una conformità e quindi non è una sanatoria, tant'è che l'immobile rimane senza titolo anche dopo la sanzione, mentre se l'accertamento dell'art. 36 (accertamento di conformità), cui l'art. 38 (annullamento del titolo) rinvia, fosse una sanatoria, il titolare del permesso annullato (dal Comune o dal Tar) otterrebbe un titolo di legittimazione sostitutivo.

Non avendo ottenuto una sanatoria, il titolare del permesso annullato non potrà ottenere nemmeno la certificazione di agibilità, posto che occorre la *“dichiarazione sottoscritta dallo stesso richiedente ... di conformità dell'opera rispetto al progetto approvato”* (cfr. l'art. 25, comma 1, lettera b), del d.P.R. n. 380 del 2001).

Il solo caso di sanatoria verace – in disparte per ora la controversa sanatoria giurisprudenziale - non è chiamato così dalla norma che la istituisce: si chiama infatti *“compatibilità paesaggistica”* ed è normata dall'art. 167, comma 4, del D.LGS n. 42 del 2004 (Codice del paesaggio e dei beni culturali).

Si tratta di frattaglie, ma per mettere in regola i modestissimi lavori l'interessato deve sottostare a un procedimento dalla durata di giorni 180 (il Comune) + 90 (la Soprintendenza) per complessivi giorni 270, il tempo di una **nascita**.

E' appena il caso di precisare che la condonabilità richiede una legge *nazionale* (estingue l'illiceità penale preclusa alle Regioni) eccezionale (rinuncia alla repressione amministrativa di competenza comunale) e temporanea (come la vita), quelle insomma di Craxi-Nicolazzi, Berlusconi-Radice e Berlusconi-Lunardi, statisti immuni dalla persecuzione delle responsabilità.

2. In questa seconda parte vediamo insieme la questione della sanatoria *giurisprudenziale* (detta anche *impropria*), dovuta al perdonismo militante del Consiglio di Stato, una linea interpretativa molto risalente, che ogni tanto riemerge quanto un fiume dall'andamento carsico.

Sul piano del metodo preferisco rendere conto dapprima delle sentenze contrarie alla sanatoria, seguendo l'ordine del processo penale – perché in fondo questa sanatoria è in qualche modo imputata – dove il pubblico ministero parla per primo e la difesa per ultima, in modo che i giudici si ritirino in Camera di consiglio avendo negli orecchi le parole di clemenza della **difesa**.

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

Questa è la solita motivazione delle sentenze contrarie: l'unica sanatoria ammessa è quella dell'art. 36, dicono: se in passato è legalmente esistito uno spazio per sanatorie improprie, ora quell'intercapedine è chiusa.

Obiezione vostro onore: l'accertamento di conformità non l'ha introdotto l'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 bensì l'art. 13 della l. n. 47 del 1985, senza che la giustizia amministrativa avesse sentito il bisogno di smentire il tipo di sanatoria da lei stessa brevettata. Evidentemente la riteneva un istituto di carattere generale, applicabile come la dichiarazione di attività e la segnalazione certificata, a tutti i settori dell'ordinamento.

L'introduzione della sanatoria fu raccomandata, ma disattesa, nientemeno che dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato nel parere espresso al Governo il 29 marzo 2011 sullo "Schema di testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia" (futuro d.P.R. n. 380 del 2001):

"Si rileva inoltre che, pur non potendosi, in astratto, contestare la necessità del duplice accertamento di conformità, nella prassi l'applicazione del principio viene disattesa, ritenendosi illogico ordinare la demolizione di un quid che, allo stato attuale, risulta conforme alla disciplina urbanistica vigente e che, pertanto, potrebbe legittimamente ottenere, a demolizione avvenuta, una nuova concessione. Al riguardo valuti l'Amministrazione se non sia opportuno, in casi del genere, prevedere una forma di sanatoria che, ferma restando la sanzione penale per l'illecito commesso, sia subordinata al pagamento di un'oblazione maggiore rispetto a quella che si richiede nell'ipotesi di duplice conformità."

Resta incomprensibile e forse anche indecente come il Parlamento possa negare una sanatoria come questa, ma nello stesso tempo approvare tre condoni edilizi che hanno coperto 70 anni di illeciti, in parte sul demanio dello Stato, e sanare a ripetizione immigrati, badanti, evasori fiscali, esportatori di capitali, imprenditori in nero e così via.

Conclusioni

Sono uno studioso del diritto, ma chi viene da me ha dei problemi concreti (d'altra parte *concrete* in inglese è il calcestruzzo), escludo che sia impaziente di conoscere le mie posizioni teoriche.

Mi esprimerò quindi con pragmatismo professionale, dichiarandomi anzitutto in sintonia con l'iniziativa della Regione Marche e con l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato.

Sappiamo che i favorevoli alla sanatoria trovano irragionevole demolire quel che potrebbe essere ricostruito (letteralmente) la mattina dopo (con una SCIA). I contrari ritengono che in tal modo verrebbe meno la certezza o almeno il rischio della demolizione, con la conseguenza che gli illeciti ne sarebbero incoraggiati. A mio avviso si tratta di un'inquietudine immaginaria: quando si demolisce? Quando le telecamere devono filmare per ragioni mediatiche l'esplosione dell'ecomostro di turno! La sociologia criminale sostiene che tutti i supplizi suppliscono, l'esecuzione televisiva della pena di morte edilizia supplisce alla mancanza di una politica nazionale del territorio.

A sostegno della sanatoria, che come vedremo è riapparsa in una delle ultime grandinate legislative, militano numerosi argomenti di puro diritto che provo a riassumere alla buona:

1. illegittimità dell'art. 19, comma 3, della riformata l. n. 241 del 1990, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, sotto un duplice profilo d'ineguaglianza:

1.1. gli illeciti edilizi sono imprescrittibili, ma se commessi in esito a una segnalazione certificata si prescrivono in trenta giorni, una disparità di trattamento priva di giustificazione;

1.2. gli illeciti edilizi per quanto innocui non possono essere sanati neppure quando siano divenuti conformi al tempo della domanda (di accertamento della legittimità) e pertanto subiscono le procedure di ripristino; però se gli stessi illeciti sono stati commessi con una segnalazione certificata, allora sono sanati ove *"l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione"*: ma questa è la sanatoria giurisprudenziale, che non può essere accordata o esclusa a seconda del procedimento liberamente scelto dall'interessato (permesso edilizio o segnalazione certificata sono alternativi);

2. incostituzionalità dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, laddove tratta allo stesso modo sia lavori illegittimi sia lavori che illegittimi lo sono stati ma che ora non lo sono più;

3. eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità (squilibrio tra la gravità della sanzione in rapporto all'esiguità del danno puramente *formale*, attesa la legittimità delle opere) e del principio di economia dei mezzi (spreco di energie amministrative e finanziarie senza un pubblico interesse sostanziale che lo giustifichi).

Ritengo in definitiva che i Sindaci e i Dirigenti degli uffici tecnici comunali possano stare tranquilli se rilasceranno titoli edilizi in sanatoria; e che staranno male i privati in caso di diniego, perché dovrebbero impugnarlo al Tar e con molta probabilità al Consiglio di Stato. Di solito non ne varrà la pena e non ne faranno nulla, creando imbarazzo all'amministrazione comunale perché se i responsabili non si difendono, l'amministrazione dovrebbe procedere d'ufficio.

Il condizionale è d'obbligo perché in pratica non succede.

Per ragioni di trasparenza dell'azione suggerisco di normare la procedura con una disposizione regolamentare, o almeno con un atto d'indirizzo con obbligo di rendiconto del responsabile dello Sportello per l'edilizia all'assessore delegato o al Sindaco.

Dev'essere chiara e responsabilmente meditata la latitudine della casistica, compresi i limiti invalicabili, non solo quantitativi (superficie lorda di pavimento, indici fondiari o territoriali e così via) ma anche qualitativi (tipologici morfologici funzionali ecc.) nell'assoluto rispetto dei numerosi vincoli di tutela che dovranno essere acquisiti come presupposti del permesso in sanatoria.

Gianluigi Rota