

21 Giu 2019

Abusi, la richiesta di sanatoria ferma la demolizione? Le posizioni (divergenti) di Tar e Consiglio di Stato

Paolo Bertacco e Federico Finazzi (*)

Il dibattito giurisprudenziale sulla perdurante efficacia dell'ordinanza di demolizione in seguito alla presentazione dell'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 del Dpr n. 380 del 2001 (Testo Unico dell'Edilizia - Tue) risulta ad oggi tutt'altro che sopito.

Il punto di partenza delle differenti letture offerte dal giudice amministrativo risulta essere la mancanza di una disposizione espressa nel Tue che chiarisca se la presentazione della domanda di sanatoria produca la sospensione degli effetti della precedente ordinanza di demolizione ovvero, al contrario, la sua caducazione (con conseguente necessità per l'Amministrazione di adottare un nuovo ordine demolitorio a seguito del rigetto della domanda di sanatoria).

Il Legislatore non sembra infatti aver richiamato nel Dpr n. 380 del 2001 la disposizione contenuta nell'art. 44 della L. n. 47 del 1985 (a cui fa rinvio anche la L. n. 724 del 1994) con cui veniva, viceversa, chiarito che, in pendenza di domande di condono edilizio, i procedimenti amministrativi e giurisdizionali pendenti erano da intendersi sospesi ex lege sino alla decisione del sindaco in merito all'istanza presentata.

Pertanto, cercando di ovviare a tale vuoto normativo, la giurisprudenza ha provato a ricostruire la normativa in questione e il corretto procedimento che le amministrazioni comunali dovrebbero seguire, specificando altresì quali siano gli effetti ingenerati dalla presentazione dell'istanza di sanatoria rispetto ai giudizi pendenti avverso l'ingiunzione di demolizione emessa in origine.

Tuttavia, ancora oggi, la giurisprudenza non si è assestata su una posizione condivisa, ma vede la presenza di due orientamenti (quasi) costantemente ribaditi da una parte, dai Tribunali Amministrativi Regionali, e dall'altra, dal Consiglio di Stato. Inoltre, alcune recenti pronunce si sono inserite nel solco tracciato dall'uno o dall'altro filone giurisprudenziale, ponendo particolare attenzione sulla questione dell'interruzione - a seguito della presentazione dell'istanza di sanatoria - del termine di novanta giorni previsto dall'art. 31, comma 3 del Tue, per ottemperare all'ordine di demolizione. Su questo punto, sembrerebbe che la giurisprudenza garantisca la tutela del privato, affermando ripetutamente che il suddetto termine debba decorrere da capo sia nel caso in cui l'amministrazione adotti una nuova ordinanza di demolizione a seguito del rigetto dell'istanza ex art. 36 del Tue, sia nelle ipotesi di reviviscenza dell'ingiunzione originaria.

L'orientamento maggioritario dei giudici di primo grado

Presso i giudici amministrativi di primo grado si registrano numerose pronunce con cui viene sostenuto che la proposizione di un'istanza di accertamento di conformità successivamente

all'emissione di un'ingiunzione di demolizione delle opere abusive renda definitivamente inefficace il provvedimento sanzionatorio emesso.

Infatti, secondo tale orientamento – ribadito di recente dalla sentenza del Tar Lombardia – Milano, Sez. II, n. 1279 del 4 giugno 2019 – l'ordine di demolizione precedentemente notificato al privato sarebbe da ritenersi caducato sia in caso di accoglimento dell'istanza di sanatoria (come ovvio), che in caso di rigetto da parte dell'amministrazione. Pertanto, in tale ultima ipotesi, l'amministrazione sarebbe tenuta ad adottare «un'ulteriore misura sanzionatoria, con l'assegnazione di un nuovo termine per adempiere» (negli stessi termini anche il Tar Lombardia – Brescia, sentenza n. 904 del 10 luglio 2017).

Anche il Tar Toscana, Sez. III, con le sentenze n. 749 e n. 751 del 21 maggio 2019 e il Tar Puglia – Lecce, Sez. III, con la sentenza n. 447 del 18 marzo 2019 aderiscono al riportato orientamento, specificando inoltre che l'inefficacia dell'ordinanza deriverebbe dal necessario riesame dell'abusività (o meno) dell'opera, compiuto a seguito della presentazione dell'istanza di accertamento di conformità. Tale istanza, obbligherebbe infatti l'amministrazione ad effettuare una nuova valutazione della situazione di abusività, andando così ad impattare sulla precedente ordinanza di demolizione (emanata, appunto, sul presupposto dell'illegittimità dell'opera), rendendola così inefficace.

Secondo tale ricostruzione, il nuovo esame effettuato dall'amministrazione sull'istanza del privato, comportando l'emissione di un ulteriore provvedimento di accoglimento o di rigetto, andrebbe – in ogni caso – a superare il provvedimento sanzionatorio emesso in origine.

Diretta conseguenza di un ragionamento così impostato, risulterebbe poi essere la privazione dell'interesse alla decisione del ricorso promosso avverso l'ordinanza di demolizione adottata ab origine, dato che il ricorrente non riceverebbe alcuna utilità concreta ed attuale da una pronuncia giurisdizionale su un provvedimento già privo di effetti. L'interesse al ricorso subirebbe quindi una traslazione rispetto sugli eventuali provvedimenti di diniego della sanatoria e – infine – sulla nuova ordinanza di demolizione adottata dall'Amministrazione.

L'interpretazione del Consiglio di Stato e la posizione mediana di alcuni Tar

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, confermata anche di recente dalla sentenza della Sezione Seconda n. 3954 del 13 giugno 2019, risulta ormai essersi assestata su una ricostruzione di segno opposto rispetto a quella dei giudici di prime cure. Secondo la lettura del giudice di appello, la proposizione di un'istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del Tue provocherebbe l'effetto di sospendere – soltanto temporaneamente – gli effetti della precedente ingiunzione di demolizione delle opere per le quali si è presentata l'istanza di sanatoria.

Infatti, una volta decorso il tempo legalmente stabilito per la definizione della pratica di sanatoria da parte dell'amministrazione, nel caso di adozione di un espresso provvedimento di rigetto della richiesta (ovvero della formazione di un rigetto tacito, ai sensi dell'art. 36, comma 3 del Tue), l'ordinanza di demolizione emessa in principio riacquisterebbe pienamente la sua efficacia. Nell'opposto caso di accoglimento dell'istanza del privato, invece, l'ingiunzione a demolire resterebbe definitivamente priva di effetti, rendendo quindi improcedibile – solamente in tale ipotesi – il ricorso precedentemente proposto avverso il provvedimento repressivo dell'abuso. La conseguenza processuale della sopravvenuta carenza di interesse non potrebbe quindi essere connessa alla mera proposizione dell'istanza di accertamento di conformità, poiché sussisterebbe la possibilità per l'ordinanza di demolizione di riacquistare pienamente efficacia in caso di rigetto della domanda di sanatoria.

Le ragioni di tale ricostruzione sono chiaramente esplicitate in alcuni precedenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato (in particolare in due sentenze della Sesta Sezione, pronunciate in data 4 dicembre 2017, n. 5653, e in data 4 aprile 2017, n. 1565).

In particolare, attraverso le citate pronunce, il giudice di secondo grado ha avuto modo di

chiarire come non vi sia traccia di alcuna norma di legge che preveda in generale l'irrilevanza dei precedenti provvedimenti repressivi dell'abuso a seguito della presentazione di una domanda di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 Tue. Inoltre, il vuoto normativo esistente non può ritenersi colmato nemmeno dalle disposizioni in materia di condono edilizio, che risultano insuscettibili di applicazione analogica, avendo natura eccezionale.

Pertanto, come affermato dal Consiglio di Stato, il faro che deve illuminare il giudice dovrebbe essere in via prioritaria il principio di legalità, in questo caso applicato agli effetti degli atti. Non essendovi alcuna norma che preveda la caducazione dell'ordine di demolizione, non risulta quindi possibile onerare l'amministrazione dell'adozione di una nuova ordinanza di demolizione nei casi di rigetto (sia espresso che tacito) dell'istanza di accertamento di conformità. Infatti, una simile ricostruzione porterebbe il giudice a sconfinare al di fuori del giudizio sull'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione, invadendo le competenze proprie del Legislatore.

Peraltro, gravare le amministrazioni di un tale onere, significherebbe, da un'altra prospettiva, «riconoscere in capo a un soggetto privato, destinatario di un provvedimento sanzionatorio, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale annullamento, quel medesimo provvedimento» (Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 1565/2017, cit.). Tale assunto dimostra come il giudice di secondo grado, oltre a fornire una ricostruzione coerente con il principio di legalità, tenga in considerazione anche ulteriori principi tipici dell'azione amministrativa, quali i principi di efficacia e di economicità, che potrebbero risultare violati se l'Amministrazione si adeguasse all'interpretazione fornita dai giudici di primo grado.

Per completezza di questa ricostruzione occorre, infine, dare conto di una terza e mediana posizione di alcuni Tar (in particolare, Tar Calabria – Reggio Calabria, sentenza n. 303 del 3 maggio 2019 e Tar Sicilia – Catania, sentenza n. 145 del 31 gennaio 2019), che cercano di conciliare i due opposti orientamenti giurisprudenziali, ponendo l'accento sulle garanzie in favore del privato. In particolare, secondo tali pronunce, l'unico onere in capo all'amministrazione sarebbe quello di assegnare al privato, anche agli effetti del comma 4 bis dell'art. 31 dell'art. 31 Tue, un nuovo termine di novanta giorni per eseguire l'ordine di demolizione. E ciò indipendentemente dall'adozione di una nuova ingiunzione ovvero dal riacquisto dell'efficacia di quella emessa in principio. L'Amministrazione sarebbe quindi libera di scegliere in quale modo comportarsi.

Tuttavia, anche tale ultima interpretazione, per quanto persegua l'obiettivo di garantire al privato il rinnovo dei termini a seguito del rigetto dell'istanza di sanatoria, non si concilia con il dettato normativo, che – come ampiamente visto – non prevede in alcun caso la caducazione dell'ordinanza a seguito della mera presentazione dell'istanza di accertamento di conformità.

Sebbene il dibattito sia ancora aperto e non sembri vicina una sua composizione deve purtuttavia segnalarsi che l'orientamento del Consiglio di Stato sembrerebbe aver iniziato a fare breccia nell'orientamento maggioritario sposato dai giudici di primo grado, come dimostrano due recenti pronunce del TarCampania, che accolgono in tutto le argomentazioni del giudice di appello (Sezione Sesta, sentenza n. 3122 del 7 giugno 2019 e Sezione Seconda, sentenza n. 3183 del 12 giugno 2019).

(*) *Studio Legale Bertacco Recla*