CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **42/2023** (ECLI:IT:COST:2023:42)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **SCIARRA** - Redattore: **PATRONI GRIFFI**
Camera di Consiglio del **11/01/2023**; Decisione del **11/01/2023**
Deposito del **16/03/2023**; Pubblicazione in G. U. **22/03/2023**
Norme impugnate: Art. 36, c. 3°, del decreto del Presidente della Repubblica 06/06/2001, n. 380.
Massime: **45413 45414**
Atti decisi: **ord. 178/2021**

SENTENZA N. 42

ANNO 2023

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Silvana SCIARRA; Giudici : Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO, Filippo PATRONI GRIFFI, Marco D'ALBERTI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. (Testo A)», promosso dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda bis, nel procedimento vertente tra V. A. e altro e Roma Capitale, con ordinanza del 22 luglio 2021,

iscritta al n. 178 del registro ordinanze 2021 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 46, prima serie speciale, dell'anno 2021.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2023 il Giudice relatore Filippo Patroni Griffi;

deliberato nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2023.

Ritenuto in fatto

1.− Con ordinanza del 22 luglio 2021, iscritta al n. 178 del registro ordinanze 2021, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda bis, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 97 e, «in via mediata», 24 e 113 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. (Testo A)», nella parte in cui prevede che la richiesta di titolo abilitativo edilizio in sanatoria «si intende rifiutata» dopo sessanta giorni dalla sua presentazione.

1.1.− Il TAR riferisce di essere chiamato a decidere sull'impugnazione (promossa dai proprietari di un immobile con riscontrate opere abusive per difformità essenziali rispetto al permesso di costruire (dell'ordinanza di demolizione d'ufficio dei manufatti e dell'atto di irrogazione di sanzione pecuniaria emessi, ai sensi dell'art. 31 t.u. edilizia e dell'art. 15 della legge della Regione Lazio 11 agosto 2008, n. 15 (Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia), da Roma Capitale, in esito ad accertamento di inottemperanza a precedente ingiunzione di demolizione delle stesse opere.

Il rimettente espone, altresì, che nel corso del giudizio, con motivi aggiunti, i ricorrenti hanno proposto anche domanda di annullamento del silenzio-diniego formatosi, ex art. 36 t.u. edilizia, sull'istanza di sanatoria edilizia da loro presentata successivamente alla emanazione dei predetti provvedimenti sanzionatori, nonché domanda di declaratoria della sussistenza della doppia conformità urbanistico-edilizia.

1.2.− In punto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, il Tribunale rimettente premette che per la definizione della controversia occorre fare applicazione del censurato art. 36 t.u. edilizia, in quanto la sanabilità degli abusi, per riscontro della conformità delle opere alla normativa urbanistico-edilizia tanto al momento della realizzazione quanto al momento dell'istanza di sanatoria, determinerebbe l'inefficacia dei gravati provvedimenti sanzionatori. L'accoglimento dei motivi aggiunti inciderebbe, dunque, anche sull'esito del ricorso proposto avverso i provvedimenti di demolizione e di irrogazione della sanzione pecuniaria.

Il TAR rappresenta, tuttavia, che il silenzio-rigetto previsto dalla menzionata disposizione condizionerebbe negativamente l'esercizio del diritto di difesa degli interessati e snaturerebbe la funzione del giudizio amministrativo di mera verifica della legittimità del potere esercitato.

Quanto al primo profilo, l'ordinanza espone che l'attuale formulazione normativa ha costretto i ricorrenti ad agire per l'annullamento del silenzio con valore di provvedimento sfavorevole, ma senza una motivazione da confutare, e a domandare, ulteriormente, la dichiarazione di sussistenza della doppia conformità.

Il giudice a quo afferma in proposito che non gli poteva essere richiesta «in via diretta […] la spettanza del "bene della vita" e, dunque, la sanatoria», in quanto, a fronte di un diniego di

sanatoria edilizia, viene in rilievo un «giudizio impugnatorio e non di accertamento» per la tutela di un interesse legittimo. Il Collegio rimettente aggiunge di non ignorare l'esistenza di un orientamento favorevole all'accertamento giudiziale del requisito della doppia conformità urbanistico-edilizia, ma sostiene che tale orientamento riguardi – almeno nella giurisprudenza dello stesso TAR Lazio – i diversi casi di impugnativa di un provvedimento espresso di segno negativo.

Quanto al profilo della alterazione della funzione del giudizio amministrativo, il Tribunale rimettente afferma che nell'ipotesi alla sua attenzione, avendo l'amministrazione provveduto solo fittiziamente, il riscontro dell'istanza di sanatoria sarebbe demandato al giudice già in prima battuta, in sostituzione della pubblica amministrazione.

Di contro, nessuna delle segnalate due criticità sussisterebbe nelle ipotesi di provvedimento di rigetto espresso e motivato: i ricorrenti agirebbero per il suo annullamento tentando di confutare le esplicite ragioni del diniego e di seguito, in caso di accoglimento della domanda da parte del giudice amministrativo, l'amministrazione sarebbe nuovamente tenuta a riscontrare l'istanza di sanatoria, tenendo conto di quanto statuito in sentenza.

Conclude sul punto il TAR che, espungendo dall'ordinamento la norma sul silenzio significativo, l'inerzia sull'istanza di sanatoria edilizia costituirebbe silenzio-inadempimento cui sarebbe assicurata, «mediante la conversione del rito», la «dovuta tutela» di cui all'art. 117 dell'Allegato 1 (codice del processo amministrativo), al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo).

1.3.− Il rimettente esclude che della norma della cui legittimità dubita sia possibile esperire una interpretazione costituzionalmente orientata: la perentoria formulazione dell'art. 36 t.u. edilizia, secondo l'unanime interpretazione della giurisprudenza, contiene una fattispecie tipizzata di silenzio con valenza di reiezione, sicché non sarebbe prospettabile la sua qualificazione in termini di silenzio-inadempimento.

1.4.− Nell'illustrare il presupposto della non manifesta infondatezza della questione, l'ordinanza dapprima sintetizza il ritenuto manifesto contrasto con i parametri costituzionali evocati, passando poi ad approfondire tre delle specifiche violazioni.

In prima battuta, sarebbe vulnerato il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., in quanto l'attribuzione all'inerzia del significato di diniego creerebbe incertezza nel rapporto tra cittadino e soggetto pubblico, impedendo al primo di poter comprendere le ragioni del rigetto. Ciò sarebbe ancor più vero, per effetto dell'evoluzione normativa caratterizzata dalla marginalizzazione del silenzio-diniego da parte del legislatore, con implemento delle tipologie di silenzio-accoglimento e silenzio-inadempimento, cui corrisponde un più efficiente sistema processuale.

Ancora, la norma violerebbe i princìpi di buon andamento, imparzialità e trasparenza di cui all'art. 97, secondo comma, Cost., in quanto contrasterebbe con i doveri dell'amministrazione di rispondere alle istanze dei privati in tempi certi, previo adeguato contraddittorio procedimentale, e con provvedimenti espressi e motivati.

Correlativamente sarebbero violati gli artt. 24 e 113 Cost. in quanto, un provvedimento negativo, sussistente solo come fictio, aggraverebbe la posizione processuale del privato, il quale sarebbe costretto a un ricorso «al buio» dovendo, da un lato, tentare di individuare i possibili motivi di rigetto, dall'altro cercare di affermare le ragioni di doppia conformità urbanistico-edilizia delle opere.

Infine, l'istituto del silenzio-rigetto, a dire del giudice a quo, contrasterebbe con il principio

della separazione dei poteri, richiedendosi al giudice di intervenire pressoché in veste di organo di amministrazione attiva.

Nell'argomentare i dedotti profili di illegittimità costituzionale, l'ordinanza si sofferma, in particolare, su tre profili.

1.4.1.− La violazione dei princìpi di ragionevolezza, imparzialità, buon andamento e trasparenza è dedotta assumendo a parametri di riferimento le norme contenute nella legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi) e, in particolare, l'art. 2, che prevede l'obbligo di concludere il procedimento ad istanza di parte con provvedimento espresso, l'art. 3, che prevede l'obbligo generale di motivazione del provvedimento, gli artt. 7 e seguenti, che disciplinano la procedimentalizzazione delle fasi antecedenti la decisione amministrativa, e l'art. 10-bis, che impone l'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza del privato. Nella specie, dunque, in spregio al principio di imparzialità, il privato non avrebbe modo di conoscere le ragioni di rigetto della propria istanza in relazione alla domanda similare di altro soggetto; in spregio al buon andamento, non beneficerebbe del contraddittorio procedimentale prodromico ad una completa istruttoria e alla definizione meditata delle questioni e, in spregio al principio di trasparenza, non sarebbe edotto delle ragioni della determinazione negativa.

Nel motivare il contrasto della norma censurata con i princìpi di buon andamento e ragionevolezza il giudice a quo sottolinea che: a) il silenzio potrebbe derivare da inadeguatezze organizzative dell'amministrazione e non dall'infondatezza della domanda; b) il contenzioso potrebbe essere evitabile ove il privato fosse edotto delle ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza; c) l'esercizio del diritto di difesa avverso un diniego immotivato risulta più gravoso; d) la vicenda processuale potrebbe prolungarsi per le eventuali appendici istruttorie.

1.4.2.− Il Tribunale amministrativo, dopo aver ricordato che nell'attuale ordinamento la regola vigente è quella diametralmente opposta del silenzio-assenso, fissata dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990, approfondisce la denunciata irragionevolezza della norma tramite il raffronto con la disciplina prevista in relazione alle istanze di condono.

Evidenzia il rimettente che per la definizione delle istanze di condono di cui all'art. 31 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie), all'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica) e all'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326 è, piuttosto, previsto il silenzio-assenso. Dunque il legislatore riserverebbe il meccanismo più favorevole del silenzio-assenso alle istanze di condono che afferiscono a violazioni urbanistico-edilizie a carattere sostanziale e, dunque, più gravi di quelle a carattere formale (difetto di titolo edilizio) oggetto delle istanze di sanatoria di cui all'art. 36 t.u. edilizia, per cui è previsto il silenzio-diniego.

1.4.3.− Secondo il TAR, l'impugnazione di un provvedimento fittizio violerebbe, infine, il principio di separazione dei poteri di cui agli artt. 97 e 113 Cost. secondo il quale al giudice è precluso provvedere in luogo dell'amministrazione procedendo anche a valutazioni in varia misura discrezionali, di carattere amministrativo e/o tecnico.

Tale principio – afferma il rimettente – troverebbe conferma nel sistema processuale.

Da un lato, infatti, l'art. 34, comma 2, cod. proc. amm. statuisce il divieto per il giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione prevedendo che «[i]n nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» e, dall'altro,

l'art. 31, comma 3, cod. proc. amm. consente all'organo giurisdizionale di pronunciarsi eventualmente anche sulla fondatezza della pretesa, ma solo quando si tratti di attività vincolata, non vi siano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori a carico dell'amministrazione.

Nella specifica ipotesi della impugnazione del silenzio-rigetto, in cui l'amministrazione ha provveduto solo fittiziamente, sarebbe demandato al giudice di riscontrare per la prima volta l'istanza di sanatoria in sostituzione dell'amministrazione. Ciò altererebbe la funzione del giudizio amministrativo di verifica della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, divenendo, piuttosto, il luogo di esercizio della funzione amministrativa.

1.5.− L'ordinanza di rimessione conclude con la rassegna delle fattispecie di silenzio-rigetto presenti nell'ordinamento, per evidenziarne la diversità da quella oggetto di dubbio costituzionale e le individua: a) nel silenzio sui ricorsi amministrativi al cui rigetto consegue, però, la facoltà di impugnativa dell'originario provvedimento amministrativo dinanzi al giudice competente (art. 6 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, recante «Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi» e l'art. 20 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, recante «Istituzione dei tribunali amministrativi regionali» − abrogato dall'art. 4, comma 1, numero 10, dell'Allegato 4 al cod. proc. amm.− in relazione al ricorso gerarchico; art. 10 della legge 21 novembre 1967, n. 1185, recante «Norme sui passaporti» in relazione al ricorso gerarchico in materia di passaporti; art. 17 del d.P.R. 22 giugno 1949, n. 340, recante «Norme integrative e complementari per l'attuazione della legge 28 febbraio 1949, n. 43, concernente provvedimenti per incrementare l'occupazione operaia agevolando la costruzione di case per lavoratori», in relazione all'opposizione avverso la graduatoria per l'assegnazione di alloggi; art. 33 della legge 11 giugno 1971, n. 426, recante «Disciplina del commercio» – abrogato dall'art. 26, comma 6, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, recante «Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59» – in relazione al ricorso amministrativo in tema di autorizzazioni allo svolgimento di attività commerciale); b) nel silenzio sulla richiesta di autorizzazione all'esecuzione di nuove opere in prossimità del demanio marittimo (art. 55, terzo comma, del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327, recante «Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione»), ormai tramutato da silenzio-diniego in silenzio-accoglimento per effetto del d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300 (Regolamento concernente le attività private sottoposte alla disciplina degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241), Tabella C, attuativo dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990; c) nel silenzio sulla istanza di accesso agli atti (art. 25, comma 4, della legge n. 241 del 1990) concernente, a dire del TAR, non un interesse legittimo, come nella sanatoria edilizia, ma una posizione giuridica soggettiva funzionalmente collegata ad altra posizione giuridica soggettiva e in ogni caso un diritto soggettivo, come tale a tutela piena, assicurata dall'esame e dall'estrazione di copia dei documenti richiesti.

2.− È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o, in subordine, di non fondatezza delle sollevate questioni.

2.1.− In primo luogo, l'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito il difetto di rilevanza.

La difesa erariale contesta l'affermazione del giudice a quo secondo cui sarebbe precluso al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla domanda di accertamento del requisito della doppia conformità e afferma, piuttosto, che nel giudizio di impugnazione del silenzio-diniego sulla istanza di sanatoria ben avrebbe potuto il giudice amministrativo conoscere del merito della stessa.

Illustra, infatti, l'interveniente che, nella fattispecie di cui all'art. 36 t.u. edilizia, il potere dell'amministrazione è di tipo vincolato, privo di profili di discrezionalità, in quanto limitato al riscontro della conformità delle opere alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della

domanda di sanatoria, sia all'epoca di esecuzione degli abusi (cosiddetta doppia conformità). La descritta natura del potere consentirebbe al giudice di pronunciarsi sulla domanda di accertamento della sussistenza della doppia conformità, senza alcun vulnus al principio di separazione dei poteri.

L'atto di intervento evidenzia, ancora, che, se si pervenisse alla declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione censurata, il giudice sarebbe, comunque, tenuto a pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti per il rilascio della sanatoria: egli, infatti, sarebbe investito del ricorso avverso il silenzio-inadempimento, ma, venendo in rilievo un'ipotesi di attività amministrativa vincolata, potrebbe pronunciarsi sulla pretesa sostanziale del privato, secondo quanto previsto dall'art. 31, comma 3, cod. proc. amm.

2.2.− L'interveniente reputa, comunque, essere non fondato il dubbio di legittimità costituzionale.

2.2.1.− L'atto di intervento si sofferma, anzitutto, sulla censura di violazione dell'art. 3 Cost., contestando la dedotta irragionevolezza.

Da un lato, si afferma, la ratio ispiratrice del silenzio-diniego si legherebbe logicamente alla tutela del corretto assetto del territorio, con ragionevole imposizione dell'onere della proposizione della istanza di accertamento di conformità e dell'eventuale impugnazione del relativo diniego tacito sul privato che ha realizzato opere in difetto del richiesto titolo edilizio e che, così, si è sottratto al preventivo controllo di conformità alla disciplina urbanistica.

Dall'altro lato, si sottolinea la differenza tra la sanatoria «a regime» dell'art. 36 t.u. edilizia e le fattispecie eccezionali di condono, previste con leggi ad hoc per il recupero in via straordinaria degli abusi commessi in un determinato momento storico. Ragionevole sarebbe, pertanto, il differente trattamento normativo del silenzio sulle rispettive istanze.

2.2.2.− Il Presidente del Consiglio dei ministri contesta, poi, il ritenuto contrasto della norma con gli artt. 24 e 113 Cost.

Diversamente dal prospettato aggravamento dell'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale, il meccanismo del silenzio-rigetto garantirebbe al cittadino l'impugnazione di un provvedimento, seppur tacito, e la decisione nel merito sulla sanatoria. L'onere della prova in sede giudiziale della doppia conformità urbanistico-edilizia non sarebbe gravoso, in quanto corrisponderebbe a quanto richiesto in sede di procedimento amministrativo.

Piuttosto, se la sollevata questione fosse accolta, la tutela del privato renderebbe più difficoltosa una decisione sul merito della pretesa, dovendo egli dapprima agire in via giurisdizionale contro il silenzio-inadempimento e, successivamente, impugnare il così ottenuto provvedimento espresso se di contenuto sfavorevole.

2.2.3.− L'Avvocatura dello Stato, infine, afferma la non fondatezza della censura di violazione dell'art. 97, secondo comma, Cost.

La difesa erariale assume che l'art. 2 della legge n. 241 del 1990, nel prevedere l'obbligo di definire i procedimenti amministrativi con provvedimento espresso, non sarebbe norma fondamentale inderogabile, posto che la stessa legge prevederebbe delle eccezioni e che risulterebbero legittime tutte le fattispecie di silenzi significativi giustificate da specifiche ragioni.

Nel particolare caso dell'art. 36 t.u. edilizia, la deroga all'obbligo del provvedimento espresso si giustificherebbe con il carattere vincolato della valutazione rimessa alla pubblica amministrazione con ricostruibilità delle ragioni della determinazione negativa in base ad elementi oggettivi.

Il meccanismo del silenzio-diniego consente, inoltre, all'interessato di ottenere in tempi brevi un provvedimento impugnabile in sede giurisdizionale.

2.2.4.− Il Presidente del Consiglio dei ministri conclude rappresentando che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi non ha rilevanza costituzionale, non valendo per essi il principio posto dall'art. 111 Cost. per i provvedimenti giurisdizionali.

Considerato in diritto

1.− Il TAR Lazio, sezione seconda bis, dubita, in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 113 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, nella parte in cui prevede la formazione del silenzio-rigetto sulla domanda di titolo edilizio in sanatoria decorsi sessanta giorni dalla sua presentazione («la richiesta si intende rifiutata»).

Il giudice amministrativo solleva le questioni in un giudizio promosso dai proprietari di opere abusive, dapprima, per l'annullamento dell'ordinanza di demolizione di tali manufatti e, di seguito, esteso all'impugnazione del silenzio-rigetto sull'istanza di sanatoria degli abusi – da loro medio tempore presentata – e all'accertamento del presupposto della sanabilità, costituito dalla "doppia conformità" urbanistico-edilizia delle opere.

Il rimettente premette che gli sarebbe precluso procedere a tale richiesto accertamento: da un lato, poiché nel giudizio impugnatorio per la tutela di un interesse legittimo non è consentito al giudice pronunciarsi sulla spettanza del "bene della vita"; dall'altro lato, perché, dando seguito alla domanda giudiziale, si pronuncerebbe sull'istanza amministrativa di sanatoria senza una previa determinazione della pubblica amministrazione, se non fittizia.

La disposizione è, quindi, censurata per plurimi profili di illegittimità costituzionale che hanno rilievo tanto sul piano sostanziale, quanto sul piano processuale.

La previsione del silenzio-rigetto lederebbe, anzitutto, i princìpi di ragionevolezza, imparzialità, buon andamento e trasparenza, di cui agli artt. 3 e 97, secondo comma, Cost. anche in relazione agli artt. 2, 3 e da 7 a 10-bis della legge n. 241 del 1990, perché la qualificazione legislativa dell'inerzia in termini di rigetto impedirebbe al cittadino di comprendere le ragioni della reiezione dell'istanza e di dare il suo apporto nella fase istruttoria del relativo procedimento.

La norma contenuta nell'art. 36, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001 violerebbe, ancora, l'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza: il legislatore prevede la definizione delle istanze di sanatoria degli abusi edilizi solo formali con lo sfavorevole meccanismo del silenzio-rigetto, mentre riserva il più favorevole meccanismo del silenzio-assenso per la definizione delle istanze di condono degli abusi sostanziali (artt. 31 della legge n. 47 del 1985, 39 della legge n. 724 del 1994 e 32 del d.l. n. 269 del 2003, come convertito).

Il configurato provvedimento di diniego tacito contrasterebbe, poi, con gli artt. 24 e 113 Cost., in quanto aggraverebbe la posizione processuale del privato. Questo, infatti, sarebbe costretto a un ricorso «al buio», in difetto di motivazioni sfavorevoli espresse da confutare e avrebbe l'ulteriore onere di dimostrare la doppia conformità urbanistico-edilizia delle opere.

Infine, la fictio legislativa sarebbe contraria al principio di separazione dei poteri, riconducibile agli artt. 97 e 113 Cost., in quanto, nel giudizio di impugnazione del silenzio-rigetto, si demanderebbe al giudice di pronunciarsi sull'istanza di sanatoria in prima battuta, sostituendosi all'amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo.

2.− Il Presidente del Consiglio dei ministri in via preliminare ha eccepito l'inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza.

L'interveniente contesta l'assunto dell'ordinanza secondo cui sarebbe precluso al giudice amministrativo, adito per l'annullamento del silenzio-rigetto sull'istanza di sanatoria, di accertare la doppia conformità, e afferma, piuttosto, che il giudice potrebbe esprimersi sulla corrispondente pretesa di sanabilità, dovendo giudicare dell'esercizio di un potere non discrezionale, ma vincolato.

Inoltre, l'Avvocatura dello Stato evidenzia che, anche ove fosse dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma censurata, il giudice amministrativo sarebbe pur sempre chiamato a pronunciarsi sull'accertamento della doppia regolarità delle opere: caduta la norma che qualifica il silenzio in termini di rigetto, il privato si troverebbe a reagire avverso una mera inerzia, ma il codice del processo amministrativo consente al giudice investito del ricorso sul silenzio di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa del privato quando afferisce ad attività vincolata (art. 31, comma 3).

2.1.− L'eccezione non è fondata.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la motivazione sulla rilevanza è da intendersi correttamente formulata quando illustra in modo non implausibile le ragioni che giustificano l'applicazione della disposizione censurata e determinano la pregiudizialità della questione sollevata rispetto alla definizione del processo principale (ex plurimis e da ultimo, sentenze n. 237, n. 109 e n. 52 del 2022).

Nella specie, il giudice a quo ha esaurientemente spiegato di dover fare applicazione dell'art. 36, comma 3, t.u. edilizia, in quanto è chiamato a giudicare sulla (pregiudiziale) impugnazione del silenzio-rigetto sull'istanza di sanatoria, formatosi secondo il meccanismo ivi previsto.

3.− Le sollevate questioni sono, tuttavia, inammissibili per altro profilo.

L'ordinanza di rimessione presenta una ricostruzione della cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento per molti versi carente e in parte anche erronea, che si traduce in una motivazione insufficiente in ordine alla non manifesta infondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale.

Il rimettente non si è soffermato sulla natura del potere di sanatoria e sulla ratio del silenzio-rigetto, né si è confrontato con gli orientamenti giurisprudenziali sulla relativa tutela: ciò ha compromesso l'iter logico-argomentativo posto a fondamento della valutazione di non manifesta infondatezza (tra le tante, sentenze n. 114 e n. 61 del 2021; ordinanze n. 229 del 2020 e n. 59 del 2019).

Per meglio comprendere l'inadeguatezza della ricostruzione offerta dal giudice rimettente è, dunque, necessario un breve inquadramento del permesso in sanatoria, limitatamente agli aspetti interessati dalle questioni.

3.1.– L'art. 36 t.u. edilizia disciplina l'«accertamento di conformità», vale a dire il permesso in sanatoria ottenibile per interventi realizzati in difetto del, o in difformità dal, titolo edilizio, alla condizione che le opere siano rispondenti alla disciplina urbanistico-edilizia vigente tanto al momento di realizzazione dell'opera, quanto al momento dell'istanza.

Il legislatore, dunque, consente in via generale la regolarizzazione postuma di abusi difettosi nella forma, ma non nella sostanza, in quanto privi di danno urbanistico.

L'istituto si distingue nettamente dalle ipotesi del condono edilizio in cui la legge, in via

straordinaria e con regole ad hoc, consente di sanare situazioni di abuso, perpetrate sino ad una certa data, di natura sostanziale, in quanto difformi dalla disciplina urbanistico-edilizia (tra le altre, sentenze n. 68 del 2018, n. 232 e n. 50 del 2017).

3.1.1.– Contrariamente al presupposto da cui muove il giudice rimettente, che assume la natura discrezionale del potere di sanatoria, secondo la giurisprudenza amministrativa largamente prevalente (ex plurimis e da ultimo, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 15 settembre 2022, n. 7993) il relativo provvedimento ha natura vincolata: con esso l'amministrazione comunale non compie apprezzamenti discrezionali, ma si limita a riscontrare la doppia conformità dell'opera alle prescrizioni urbanistico-edilizie.

Secondo altro e meno seguito orientamento, il potere sanante ha natura «solo tendenzialmente vincolata» o natura tecnico-discrezionale, in ragione delle valutazioni richieste nell'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla legge e dagli atti di pianificazione urbanistica (in relazione al permesso di costruire, di recente, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 4 novembre 2022, n. 9664 e, in relazione al permesso in sanatoria, Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, sentenza 17 maggio 2022, n. 1270).

3.1.2.– Il legislatore prevede un procedimento a iniziativa di parte in cui l'onere di dimostrare la cosiddetta doppia conformità delle opere è a carico del richiedente (tra le altre, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 2 maggio 2022, n. 3437; sezione sesta, sentenza 9 marzo 2016, n. 936). L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta «si intende rifiutata».

La formula normativa è interpretata dalla giurisprudenza amministrativa – nel tempo divenuta sostanzialmente unanime e condivisa anche da questa Corte (sentenza n. 232 del 2017) – come previsione di una fattispecie di silenzio con valore legale di diniego della proposta istanza (cosiddetto silenzio-rigetto) e non come mera inerzia nel provvedere (cosiddetto silenzio-inadempimento).

La ratio del silenzio-rigetto viene rinvenuta in plurimi elementi.

In primo luogo, la previsione è ritenuta rispondente alla necessità della difesa del corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per l'amministrazione (artt. 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001).

Il legislatore impone all'autorità comunale di ordinare la demolizione delle opere abusive, senza gravarla della previa verifica della loro sanabilità (da ultimo, Consiglio di Stato, sezione settima, sentenza 12 dicembre 2022, n. 10897), e, piuttosto, pone in capo al privato – che, violando la legge, ha omesso di chiedere preventivamente il necessario titolo edilizio e si è, così, sottratto al previo controllo di conformità alla pianificazione urbanistica – l'onere di proporre l'istanza di sanatoria e quello di impugnare il suo eventuale diniego, anche tacito.

A ciò si deve aggiungere la considerazione che in molti casi, come accaduto nella vicenda oggetto del giudizio a quo, la domanda di conformità è presentata a seguito dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione nella quale l'amministrazione ha già esplicitato i caratteri dell'abuso (Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 3 aprile 2006, n. 1710).

In secondo luogo, la definizione del procedimento di sanatoria con i tempi certi del silenzio-rigetto si coordina con la disposizione dell'art. 45 t.u. edilizia relativa alla persecuzione penale degli abusi edilizi: questa prevede la sospensione del procedimento penale sino alla decisione amministrativa sull'istanza di titolo in sanatoria, in ragione dell'effetto estintivo dei reati contravvenzionali derivante dal suo accoglimento; ma, al contempo, tale sospensione richiede un contenimento temporale non potendo il processo penale arrestarsi sine die (Corte di

cassazione, sezione terza penale, sentenze 21 novembre 2019-16 marzo 2020, n. 10083, 16 gennaio 2020-25 maggio 2020, n. 15752 e 18 gennaio 2006-23 marzo 2006, n. 10205).

Infine, la previsione del silenzio significativo è anche nell'interesse del privato, cui è in tal modo consentita una sollecita tutela giurisdizionale (per tutte, nella giurisprudenza amministrativa, Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 2 ottobre 2017, n. 4574, oltre alla sopra richiamata giurisprudenza penale).

3.1.3.– Quanto al piano processuale, dalla qualificazione del silenzio sull'istanza di sanatoria in termini di rigetto discendono importanti conseguenze.

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.

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 si qualifichi il potere di sanatoria in termini vincolati o 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 del richiesto onere probatorio, discende l'annullamento del silenzio-rigetto, con il conseguente obbligo dell'amministrazione a provvedere espressamente sull'istanza in termini conformati a seconda all'accertamento compiuto in sentenza.

Nella riedizione del potere, l'amministrazione sarà, quindi, o totalmente vincolata dal compiuto riscontro giudiziale della doppia conformità o fortemente condizionata dalle indicazioni giudiziali sui necessari riscontri istruttori o, infine, continuerà a vantare margini di valutazione tecnico-discrezionali.

4.– Dell'illustrato quadro normativo e giurisprudenziale il giudice a quo non ha adeguatamente tenuto conto.

4.1.– Quanto agli aspetti sostanziali, il TAR del Lazio non ha considerato la ratio del silenzio-rigetto e la peculiare posizione del richiedente la sanatoria, soprattutto nel caso in cui sia stata già ordinata la demolizione.

Il Tribunale avrebbe dovuto, invece, dar conto del complessivo rapporto amministrativo in cui si inseriscono l'istanza di sanatoria e il suo rigetto tacito e, conseguentemente, fornire adeguata motivazione sulle ragioni per cui, nonostante le peculiarità di quel rapporto e del suo sviluppo, ritenesse ancora distonica la norma sul silenzio significativo rispetto alle garanzie costituzionali del giusto procedimento (e ai relativi limiti).

4.2.– Ancora, il giudice a quo non ha compiutamente evidenziato le ragioni che consentono la comparazione tra l'ordinario istituto dell'accertamento di conformità e le eccezionali fattispecie del condono edilizio. Ciò inficia la prospettazione di violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevole differente trattamento delle fattispecie di silenzio poste a confronto.

4.3.– Quanto agli aspetti processuali, il rimettente denuncia la compromissione del diritto di difesa e la violazione del principio di separazione dei poteri tra giudice e amministrazione,

senza analizzare la natura del potere di sanatoria e senza confrontarsi con gli orientamenti del giudice amministrativo sulla tutela riconosciuta in caso di rigetto tacito.

Il TAR Lazio, da un lato, non illustra le ragioni del suo dissenso rispetto all'orientamento che presuppone la natura vincolata del potere di sanatoria e che riconosce margini per l'accertamento della doppia conformità nel rispetto delle previsioni codicistiche, e, dall'altro, della non praticabilità della soluzione proposta da altra giurisprudenza che, sul presupposto della natura discrezionale (peraltro di tipo tecnico) del potere, annulla il silenzio-rigetto con rimessione del potere di sanatoria alla pubblica amministrazione, da esercitare secondo gli ordinari obblighi conformativi.

5.– In conclusione, le questioni sono inammissibili per la non compiuta ricostruzione della cornice normativa e giurisprudenziale di riferimento che si riverbera in difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza delle questioni sollevate.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia. (Testo A)», sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, 97, e 113 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda bis, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'11 gennaio 2023.

F.to:

Silvana SCIARRA, Presidente

Filippo PATRONI GRIFFI, Redattore

Roberto MILANA, Direttore della Cancelleria

Depositata in Cancelleria il 16 marzo 2023.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.