

GLI ABUSI EDILIZI PRECEDENTI AL 1977

(sintesi dell'intervento del 24 febbraio 2017 – ulteriormente aggiornato - sulla LR n. 15 del 2013 al Ciclo di seminari organizzato dall'Ordine degli Architetti della Provincia di Bologna)

Sommario:

1) Regole generali sulla sanzionabilità degli abusi edilizi.

2) Le sanzioni applicabili agli abusi risalenti nel tempo

A) La regola generale per abusi totali e parziali è la demolizione

B) La possibilità di non demolire gli abusi parziali: i limiti a tale possibilità, nella Legge statale (TU n. 380/2011) e nella Legge regionale (LR n. 23/2004). La giurisprudenza sugli "impedimenti funzionali"

C) Effetti del pagamento della sanzione pecuniaria in alternativa alla demolizione

D) Ammissibilità della sanzione pecuniaria in alternativa alla demolizione per gli abusi totali storicizzati. Gli orientamenti della GP

E) Il legittimo affidamento

F) La mancata demolizione degli abusi totali storicizzati per assenza dell'interesse pubblico. Conseguenze e questioni varie

3) L'art. 17 bis della LR n. 23 del 2004 e le sue applicazioni.

A) La ratio della disposizione

B) Il precedente art. 26 della LR n. 23 del 2004 e la dichiarazione di incostituzionalità.

C) gli artt. 207 e 208 della LR Toscana n. 65 del 2014

D) L'art. 17 bis della LR n. 23/2004

F) I pareri della Regioni sull'applicabilità

G) Gli effetti della "regolarizzazione".

*

1) Regole generali sulla sanzionabilità degli abusi edilizi.

La regola fondamentale è che l'abuso edilizio è imprescrittibile e quindi permanente, conserva il suo disvalore nel tempo e l'interesse pubblico alla sua eliminazione è *in re ipsa*.

Il potere sanzionatorio è espressione di attività vincolata: accettare l'estinzione dell'abuso significherebbe applicare una sanatoria extra ordinem che, al contrario, deve ritenersi ammissibile solo in presenza di una disposizione espressa.

Pertanto, sempre in linea generale, il Comune può applicare in ogni momento le sanzioni previste dalla legge. Inoltre, se l'abuso è sanabile, si potrà procedere o con la sanatoria ordinaria, che presuppone la conformità sia al momento della realizzazione, sia al momento della applicazione della sanzione. Oppure con la sanatoria c.d. giurisprudenziale, prevista dal comma 2 dell'art. 17 della LR n. 23 del 2004.

Se non è sanabile, le sanzioni previste sono la demolizione o la sanzione pecuniaria (sanzioni del TU oppure della LR n. 23/2004 a seconda del fatto che l'abuso sia stato commesso prima o dopo l'entrata in vigore della LR n. 23/2004).

Se la regola è quella della imprescrittibilità, quindi della possibilità di esercitare senza limite di tempo il potere sanzionatorio, la conseguenza è quella della necessaria applicazione, sempre e comunque, della sanzione senza che il tempo possa costituire ragione di non applicazione.

Si aggiunga inoltre che il potere sanzionatorio, sempre come regola, non deve essere motivato: basta il richiamo alle disposizioni violate.

Tuttavia, l'abnormità dell'applicazione di sanzioni a distanza di molti anni dal fatto, addirittura a distanza di molti decenni, ha indotto almeno una parte della giurisprudenza ad indicare alcune regole di contenimento del potere sanzionatorio. Questo, soprattutto nei casi in cui la sanzione da applicare sia

esclusivamente la demolizione (abusi c.d. totali: assenza di titolo e difformità totale).

*

2) Le sanzioni applicabili agli abusi totali risalenti nel tempo.

A) La regola generale per gli abusi totali e parziali è la demolizione.

Per chiarezza, occorre premettere che si intende per abusi totali, quelli in assenza di titolo e quelli in totale difformità dal titolo. Si ricomprendono invece tra gli abusi c.d. parziali anche gli interventi di ristrutturazione in totale difformità o in assenza di titolo: infatti, a fini sanzionatori, sono simili alle c.d. difformità parziali, nel senso che le disposizioni di legge prevedono, anche per questi abusi, la possibilità della applicazione di sanzione pecuniaria in alternativa alla demolizione.

Ci si concentrerà in questa prima parte principalmente sugli abusi in totale difformità, sia perché l'art. 17 bis della LR n. 23/2004 si applica solo alle difformità parziali sia perché la GP sugli abusi risalenti nel tempo si occupa principalmente di questi, per i quali vi sarebbe l'obbligo, come si è visto, della demolizione, quale unica sanzione prevista dalla legge.

*

B) la possibilità di non demolire per gli abusi parziali e la giurisprudenza sugli impedimenti funzionali.

Solo per gli abusi parziali, la Legge regionale prevede, in alternativa alla demolizione, l'applicabilità di una sanzione pecuniaria, in base a determinati presupposti: su richiesta motivata dell'interessato, per impossibilità strutturale e funzionale della rimozione (artt. 14, comma 2, e 15, comma 2, LR n. 23)

La legge statale, invece, non contempla espressamente il pregiudizio funzionale.

Infatti, l'art. 34 del TU n. 380/2001, dettato per le parziali difformità, menziona il ripristino che non può avvenire senza pregiudizio della parte costruita in

conformità, mentre l'art. 33, dettato per la ristrutturazione in assenza di titolo o in difformità totale, parla di ripristino che non sia possibile.

E così la GP del Consiglio di Stato sembra considerare irrilevante il pregiudizio funzionale e limita il pregiudizio strutturale a quello che incide sulla statica.

Solo in presenza di questi presupposti è possibile essere ammessi al pagamento della sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione.

Da Cons. Stato, V, 29 novembre 2012, n. 6071 e Cons. Stato, V, 5 settembre 2011, n. 4982:

"L'art. 34 del TU n. 380 prevede, infatti, al 1° comma, che "gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire sono rimossi o demoliti a cura e spese dei responsabili dell'abuso" entro il termine congruo fissato dalla relativa ordinanza del dirigente o del responsabile dell'ufficio, con l'aggiunta che "decorso tale termine sono rimossi o demoliti a cura del Comune e a spese dei medesimi responsabili dell'abuso".

Il secondo comma dispone che "quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, (...), della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale".

La norma, da ultimo riportata, deve essere interpretata - in conformità alla natura di illecito posto in essere e alla sua valenza derogatoria rispetto alla regola generale posta dal primo comma - nel senso che si applica la sanzione pecuniaria soltanto nel caso in cui sia "oggettivamente impossibile" procedere alla demolizione. Deve, pertanto, risultare in maniera inequivoca che la demolizione, per le sue conseguenze materiali, inciderebbe sulla stabilità dell'edificio nel suo complesso.

Non possono, pertanto, venire in rilievo aspetti relativi alla "eccessiva onerosità" dell'intervento.

Se si potessero prendere in esame anche questi profili si rischierebbe di trasformare l'istituto in esame in una sorta di "condono mascherato" con incidenza negativa grave sul complessivo assetto del territorio e in contrasto con la chiara determinazione del legislatore, che ha imposto che abbia luogo la demolizione parziale, tranne il caso in cui la relativa attività materiale incida sulla stabilità dell'intero edificio, e dunque anche nell'ipotesi in cui nella parte da demolire siano stati realizzati strumenti o impianti più o meno costosi.

Applicando questi principi al caso di specie, ne consegue l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 34 del d.p.r. n. 380 del 2001, ha attribuito rilevanza all'onerosità delle conseguenze derivanti dall'attività di ripristino dello stato dei luoghi".

Da Cons. Stato, VI, n. 1913 del 2013 che ha riformato una sentenza del TAR Bologna, con sentenza poi confermata in seguito ad opposizione di terzo, da Cons. Stato, VI, n. 4843 del 2015:

"Nella sentenza si è posto l'accento sulla circostanza che non potrebbero venire in rilievo, quale limite specifico all'adozione dell'ordine di demolizione, profili inerenti l'eccessiva onerosità dell'intervento di ripristino dello stato dei luoghi posto che " altrimenti si rischierebbe di trasformare l'istituto in esame in una sorta di condono mascherato con incidenza negativa grave sul complessivo assetto del territorio ed in contrasto con la chiara determinazione del legislatore, che ha imposto che abbia luogo la demolizione parziale, tranne il caso in cui la relativa attività materiale incida sulla stabilità dell'intero edificio, e dunque anche nell'ipotesi in cui nella parte da demolire siano stati realizzati strumenti o impianti più o meno costosi".

Osserva il Collegio, in senso conforme a quanto affermato nella sentenza qui impugnata, che il pregiudizio cui si riferisce la norma non potrebbe essere diverso da quello correlato alla pericolosità dell'intervento di demolizione in relazione ai profili statici dell'immobile, e quindi al pericolo di crollo della

restante parte del manufatto una volta eseguita la demolizione della parte realizzata abusivamente.

Se intesa in senso diverso (e cioè nel senso auspicato dalla odierna ricorrente in opposizione) la disposizione si presterebbe a interpretazioni elusive in punto di regime sanzionatorio ordinario degli interventi realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire. Invece l'applicazione delle misure sanzionatorie deve, in principio, assicurare la prevalenza della sanzione ripristinatoria perché soddisfacente della restituzione in integro dell'ordine urbanistico violato: preferenza che è patente nell'art. 34, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire sono rimossi o demoliti a cura e spese dei responsabili dell'abuso entro il termine congruo fissato dalla relativa ordinanza del dirigente o del responsabile dell'ufficio. Invero, ad accedere all'assunto che correla il pregiudizio della demolizione al pregiudizio, di tipo funzionale, conseguente all'abbattimento di quella parte di fabbricato ormai collegata alla porzione legittimamente realizzata, la sanzione ripristinatoria avrebbe poche possibilità di effettiva e concreta applicazione, essendo marginali i casi in cui, all'epoca di adozione dell'ordine di demolizione, la parte abusiva non sia già stata in fatto collegata, sul piano "funzionale", alla restante porzione dell'edificio. Per conseguenza l'ordine urbanistico resterebbe per lo più alterato dagli abusi e il governo del territorio mancherebbe di strumenti repressivi idonei a rimuovere la gran parte delle realizzazioni non giustificate: patente sarebbe l'effetto generale di delegittimazione e di negazione dell'effettività dell'intero ordine, per tacere del riflesso di pratico incentivo agli abusi stessi.

6.- In definitiva, per le suesposte ragioni, è da condividere la impugnata sentenza che ha escluso che possa attribuirsi rilevanza alla "eccessiva onerosità" per l'obbligato di far luogo alla esecuzione dell'ordine demolitorio (sotto il profilo della minore fruibilità che deriverebbe alla parte di edificio

legittimamente realizzata) e, in riforma della pronuncia di primo grado, ha ritenuto la legittimità dell'ordine di demolizione in primo grado impugnato”.

*

Sia detto per completezza che la richiesta di sanzione alternativa con prova dell'impossibilità della demolizione, secondo TAR Bologna, attiene alla fase successiva all'ordine di demolizione, quando il destinatario non ha spontaneamente demolito e il Comune si appresta a demolire d'ufficio: qui deve collocarsi la richiesta del privato (cfr. TAR Bologna, sez. I, n. 1065 del 2015 che si riporta: *“Né, infine, v'è motivo di lamentare l'omessa considerazione del pregiudizio strutturale e funzionale per le parti residue dell'immobile che conseguirebbe alla rimozione delle opere abusive, in relazione al disposto dell'art. 34, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001; per costante giurisprudenza, invero, l'ingiunzione di demolizione costituisce la prima e obbligatoria fase del procedimento repressivo, in quanto ha natura di diffida e presuppone solo un giudizio di tipo analitico-ricognitivo dell'abuso commesso, mentre il giudizio sintetico-valutativo, di natura discrezionale, circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria può essere effettuato soltanto in un secondo momento, cioè quando il soggetto privato non ha provveduto spontaneamente alla demolizione e l'organo competente emana l'ordine, indirizzato ai competenti uffici dell'Amministrazione, di esecuzione d'ufficio della rimozione delle opere abusive, sicché solo nella seconda fase non può ritenersi legittima l'ingiunzione di demolizione sprovvista di qualsiasi valutazione intorno all'entità degli abusi commessi e alla possibile sua sostituzione con la sanzione pecuniaria. Né, d'altra parte, a diverse conclusioni si giunge se si prende a riferimento la previsione di cui all'art. 15, comma 2, della legge reg. n. 23 del 2004 e ciò per la decisiva ragione che nessuna richiesta motivata dei ricorrenti risulta presentata all'Amministrazione comunale.*

*

C) Effetti del pagamento della sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione.

Cosa comporta il pagamento della sanzione pecuniaria?

La gran parte della GP precisa che l'effetto è la c.d. regolarizzazione che non equivale a sanatoria.

Se questo è, come si può intervenire successivamente sulle parti regolarizzate?

Secondo la giurisprudenza amministrativa, il pagamento della sanzione pecuniaria impedisce che le opere abusive possano essere demolite ma non ne rimuove il carattere antiggiuridico, sicché l'edificio permane in una condizione di illiceità che, seppur "urbanisticamente tollerata" non può dirsi equivalente allo status posseduto da un immobile oggetto di sanatoria (Cons. Stato, Sez. IV, 29 settembre 2011 n. 5412; idem, sez. V, 30 ottobre 1995 n. 1520; T.A.R. Valle D'Aosta, 13 marzo 2013 n. 12, T.A.R. Piemonte, 27 settembre 2012 n. 1005.

Di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2016 n. 352: *"la riconosciuta possibilità di procedere alla c.d. 'fiscalizzazione' consegue, per espressa previsione di legge, alla circostanza per cui "la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità", senza che tale riconoscimento comporti una sorta di sanatoria ex post degli interventi abusivi ovvero un accertamento di conformità assimilabile a quello previsto dal successivo articolo 36 del medesimo d.P.R. 380 del 2001"*.

Anche la Cassazione penale sembra d'accordo col Giudice amministrativo, laddove ritiene che la c.d. "fiscalizzazione" dell'abuso parziale, disposta in ragione della inscindibilità delle porzioni irregolari rispetto alla parte legittima, *"non integra una regolarizzazione dell'illecito ed in particolare non autorizza il completamento delle opere, considerato che le stesse vengono tollerate, nello stato in cui si trovano, solo in funzione della conservazione di quelle realizzate legittimamente"* (Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio/23 marzo 2004 n. 13978).

D) Ammissibilità della sanzione pecuniaria in alternativa alla demolizione per gli abusi totali. Gli orientamenti della GP.

Una volta chiarito che la sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione è prevista solo per gli abusi parziali, nel senso sopra chiarito, occorre esaminare l'eventuale applicabilità anche agli abusi totali, seppure non prevista espressamente dalla legge.

Parte della GP continua a ribadire la regola generale e quindi esclude che possa evitarsi la demolizione. Questo, anche nell'ipotesi in cui sia passato tanto tempo dalla realizzazione dell'abuso: il lungo tempo trascorso non impedisce l'applicazione della sanzione della demolizione, in considerazione della necessità di ripristinare la legalità violata. La mancata applicazione della demolizione comporterebbe la palese violazione della legge, finirebbe col ritenere prescrittibile il potere e quindi nessun ostacolo, neppure il lungo tempo trascorso, possono impedire l'applicazione della sanzione della demolizione.

Da Cons. Stato, sez. VI, n.1395/2016: *"la repressione degli abusi edilizi è espressione di attività strettamente vincolata e non soggetta a termini di decadenza o di prescrizione, potendo la misura repressiva intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall'epoca della commissione dell'abuso;*

*-l'illecito edilizio ha carattere permanente, che si protrae e che conserva nel tempo la sua natura, e l'interesse pubblico alla repressione dell'abuso è in re ipsa. L'interesse del privato al mantenimento dell'opera abusiva è necessariamente recessivo rispetto all'interesse pubblico all'osservanza della normativa urbanistico-edilizia e al corretto governo del territorio. Non sussiste alcuna necessità di motivare in modo particolare un provvedimento col quale sia stata ordinata la demolizione di un manufatto, quando sia trascorso un lungo periodo di tempo tra l'epoca della commissione dell'abuso e la data dell'adozione dell'ingiunzione di demolizione, poiché l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una **volontaria** attività del costruttore*

*contra legem. Non può ammettersi cioè un affidamento meritevole di tutela alla conservazione di una situazione di fatto abusiva. Colui che realizza un abuso edilizio non può dolersi del fatto che l'amministrazione lo abbia **prima in un certo qual modo avvantaggiato**, adottando solamente a notevole distanza di tempo i provvedimenti repressivi dell'abuso non sanabile. Tra le tante altre, Cons. Stato, sez. IV, 3182/2013, VI, 6072/2012 e IV, 4403 /2011, 79/2011, 5509/2009 e 2529/2004;*

-d'altra parte, ammettere la sostanziale "estinzione" di un abuso per il decorso del tempo vorrebbe dire accettare una sorta di sanatoria extra ordinem, di fatto, che opererebbe anche quando l'interessato non ha ritenuto di avvalersi del corrispondente istituto previsto e disciplinato dalla normativa di sanatoria di cui alle leggi nn. 47/85, 724/94 e 326/03, ove ne sussistano, beninteso, le condizioni, senza neanche pagare le somme dovute a titolo di oblazione stabilite dalla normativa sopra citata, il che non sarebbe conforme a principi basilari di ragionevolezza e parità di trattamento nell'esercizio del potere amministrativo;

Nella specie si ritiene, tuttavia, tenuto anche conto della particolarità della situazione (costruzione eseguita su area demaniale).

L'orientamento giurisprudenziale, minoritario, per vero, ma che si pone tuttavia come "valvola di sicurezza" per situazioni del tutto particolari, con cui si considera necessaria una motivazione "rinforzata" sull'interesse pubblico alla demolizione qualora sia trascorso un notevolissimo periodo di tempo tra la commissione dell'abuso e l'adozione dell'ingiunzione di demolizione, non può pertanto trovare applicazione del caso qui in esame".

*

Altra parte afferma invece un principio diverso: il lungo tempo trascorso dalla commissione dell'abuso ed ancor più dal momento in cui il Comune se n'è

accorto (direttamente, quindi con accertamento di abuso; o indirettamente, nel senso che avrebbe dovuto accorgersene, alla richiesta di un titolo edilizio, ad esempio), senza che l'Amministrazione abbia applicato la sanzione, fa sorgere nel privato il c.d. legittimo affidamento che comporta per l'Amministrazione l'obbligo di motivare la demolizione e di irrogarla solo se vi sia un preciso interesse pubblico.

Il principio è stato affermato fin da Cons. Stato, Ad. Plen., 19 maggio 1983 n. 12, secondo la quale *"Nel sistema sanzionatorio delineato dall'art. 13 l. 6 agosto 1967 n. 765, la scelta della sanzione (demolizione o sanzione pecuniaria) di volta in volta applicabile è di regola sottratta ad una valutazione del pubblico interesse; tale principio subisce però un'attenuazione: a), nell'ipotesi in cui l'attività privata, anche se formalmente in contrasto con l'art. 13, benché priva dell'autorizzazione, risulti comunque conforme allo strumento di pianificazione territoriale comunale, e, b), nell'ipotesi in cui l'inerzia del comune di fronte all'abuso perpetrato si sia protratta per un notevole lasso di tempo: in entrambi questi casi non si può infatti dubitare della prevalenza di principi generali di natura diversa da quelli fissati dall'art. 13, con conseguente obbligo per il sindaco di motivare sul pubblico interesse alla demolizione".*

L'indirizzo è stato ribadito, più di recente, da Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2016 n. 1393, Sez. VI, 14 agosto 2015 n. 3933, Sez. VI, 18 maggio 2015 n. 2512; Sez. IV, 4 marzo 2014 n. 1016, ivi, n. 3/2014.

Da ultimo Cons. Stato, sez. VI, n. 341 del 2017 (SCIA annullata dopo 13 anni): ha affermato che non bastano esigenze di tutela dell'igiene, del decoro e della collettività sottese alla normativa sulle distanze tra edifici recata dal DM n.1444/68. Anche se l'annullamento della SCIA è avvenuto quando ancora l'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 non aveva introdotto il limite dei 18 mesi per l'annullamento, chiarisce il Giudice che tale disposizione costituisce comunque un prezioso criterio ermeneutico anche se non è applicabile direttamente il nuovo 21 nonies alle fattispecie pregresse.

Ancora: TAR Parma, n. 55/2017 (il provvedimento con il quale il Comune di Piacenza, in data 10 novembre 2016, ha ordinato la demolizione di tettoie e manufatti realizzati su area di proprietà nell'anno 1980 (affermazione contenuta in ricorso) *"al fine di evitare che i rami e le foglie provenienti dall'area militare confinante andassero a danneggiare i beni custoditi sulla proprietà"*). Il TAR ha annullato l'ordine di demolizione.

Ancora TAR Piemonte, sez. II, 8 marzo 2017, n. 321.

TAR Lombardia, sez. II, 14 marzo 2017, n. 636.

Poiché tali due orientamenti sembrano inconciliabili e producono incertezza, il **Consiglio di Stato, sez. VI, con ordinanza 24 marzo 2017, n. 1337**, ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria ponendo il seguente quesito: *"se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo, nella specie, trasferito mortis causa, debba essere congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento dell'immobile non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio"*.

*

E) Il legittimo affidamento.

Il legittimo affidamento, oggi divenuto principio generale e rappresenta un ostacolo alla demolizione anche in altri casi, non solo in virtù del tempo trascorso.

L'affidamento legittimo è infatti la ragione sottesa all'applicazione della sanzione pecuniaria (e non della demolizione) nel caso di titolo annullato, quando non sia possibile eliminare i vizi del titolo (art. 38, TU n. 380 del 2001): il privato confidava nell'avvenuto rilascio del titolo o comunque nel

consolidamento del titolo che invece viene annullato per vizi formali e allora a quel punto non c'è la demolizione. Il pagamento della sanzione pecuniaria comporta la sanatoria.

Lo stesso vale nel caso di annullamento della SCIA

Il comma 2 bis dell'art. 38 aggiunge. le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, (SCIA alternativa al PdC) in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo (comma aggiunto dall'articolo 1 del D.Lgs. 27 dicembre 2002, n. 301 e successivamente modificato dall'articolo 3, comma 1, lettera q), del D.Lgs. 25 novembre 2016, n. 222).

Si segnala Cons. Stato, VI, n. 3559 del 2016 che ritiene che NON sussista un legittimo affidamento, quando il titolo annullato sia un titolo a sanatoria: *“In particolare, come ha sostenuto anche il Comune nella sua memoria difensiva, non si può ritenere illegittima l’ordinanza di integrale demolizione delle opere in questione, da ultimo impugnata, a causa della mancata applicazione della disposizione, contenuta nell’art. 38 del t.u. dell’edilizia, secondo la quale, nel caso di annullamento di un titolo edilizio, l’amministrazione deve comparare l’interesse pubblico al recupero dello status quo ante con il rispetto delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino che ha fatto affidamento sul titolo rilasciato e quindi può disporre l’irrogazione di una sanzione pecuniaria in luogo della demolizione.*

Tale norma può trovare, infatti, applicazione quando l’amministrazione procede all’annullamento, in autotutela, di un titolo già rilasciato nelle forme ordinarie, ma non può essere invocata quando, come nella fattispecie, le opere sono state realizzate in mancanza dei necessari titoli abilitativi e gli atti di assenso dell’Amministrazione, intervenuti successivamente in sanatoria, sono stati poi annullati, perché ritenuti illegittimi, dal giudice amministrativo.

Ben diversa è, infatti, la condizione di chi ha realizzato un'opera edilizia sulla base di un titolo rilasciato dall'Amministrazione (anche se poi annullato) e di chi invece ha realizzato un'opera edilizia in assenza dei necessari titoli abilitativi ed ha ottenuto un provvedimento di sanatoria poi rivelatosi illegittimo e quindi per questo annullato.

Solo nel caso in cui è stata l'Amministrazione, con il suo comportamento, ad ingenerare un affidamento sulla legittimità delle opere realizzate (nella vigenza del titolo abilitativo) si deve, quindi, ritenere possibile una forma di tutela per chi ha realizzato le opere e per le stesse opere, la cui eliminazione è condizionata ad una valutazione sull'interesse pubblico non limitata alla sola necessità di ripristinare la legalità violata.

Viceversa, nel caso in cui le opere sono state realizzate in assenza dei necessari titoli abilitativi, e quindi abusivamente, non vi è ragione per derogare alle disposizioni che prevedono il ripristino della legalità violata e quindi l'eliminazione delle opere abusive realizzate. E ciò anche se, come nella fattispecie, per tali opere erano stati rilasciati provvedimenti di sanatoria poi annullati perché ritenuti illegittimi.

E ciò a prescindere dalla questione, sulla quale la giurisprudenza è oscillante, sulla possibile applicazione dell'art. 38 del t.u. dell'edilizia nei soli casi di vizi formali dei titoli edilizi o viceversa anche nei casi di vizi di carattere sostanziale".

*

Ancora, l'affidamento non fa venir meno la demolizione ma solo l'acquisizione dell'area di sedime nel caso in cui l'attuale proprietario non sia il responsabile dell'abuso e fosse incolpevole.

*

F) la mancata demolizione degli abusi totali per assenza di interesse pubblico. Conseguenze e questioni varie.

Qualora fosse evitata la demolizione per mancanza dell'interesse pubblico cosa succederebbe dopo? Si applicherebbe una sanzione pecuniaria? La legge non lo prevede e potrebbe sembrare illogico.

Ma la logicità di tale conclusione potrebbe invece essere individuata nella necessità di applicare comunque una sanzione: per abuso senza titolo o in totale difformità, in caso di legittimo affidamento, non ci sarebbe nessuna sanzione se non ci fosse interesse pubblico alla demolizione, mentre per le difformità parziali e le ristrutturazioni con impossibilità della demolizione, la legge prevede in ogni caso la sanzione pecuniaria.

Quindi, l'abuso più grave si estinguerebbe senza neppure una sanzione pecuniaria, quello meno grave verrebbe sanzionato con la sanzione pecuniaria. D'altro canto, è altrettanto vero che il presupposto per la mancata demolizione è l'inerzia della PA, il mancato esercizio del potere sanzionatorio per molti anni, tale da avere prodotto la storicizzazione dell'abuso. Una sorta di rinuncia all'esercizio del potere sanzionatorio, di qualsiasi potere sanzionatorio.

In tal caso, occorre acquisire una "presa d'atto" del Comune che attesti il venir meno della possibilità di demolire?

Il Comune "deve" adottare un simile atto?

Sono questioni aperte.

Altra questione: si può intervenire con nuovi interventi edilizi sull'abuso totale non demolito e storicizzato?

Unica decisione rinvenuta, di contenuto negativo, TAR Veneto n. 5245 del 2010 lo nega (pende appello non c'è ancora sentenza): *"Altro è ritenere necessaria una motivazione rafforzata circa la esistenza di un interesse pubblico all'eliminazione dell'abuso edilizio che sia prevalente su quello del privato al mantenimento dell'opera nel caso in cui la P.A. ne ordini a distanza di un*

notevole lasso di tempo la demolizione; altro è considerare sanata l'opera realizzata in assenza o in totale difformità del titolo prescritto dalla legge per il mero decorso del tempo in mancanza di sanzioni e affermare l'obbligo dell'Amministrazione di assentire l'esecuzione di ulteriori interventi su manufatti illegittimamente realizzati".

Altra questione: si può vendere un simile fabbricato?

La frequenza delle sentenze che invalidano o risolvono le compravendite per abusività dell'immobile da' il senso di come il tema non sia facilmente gestibile neppure da operatori specializzati come i notai. Sul tema, amplissimo, cfr. di recente Cass., Sez. II, 9 maggio 2016 n. n. 9318.

Si segnala altresì il recente indirizzo rigorista che estende la nullità delle compravendite per irregolarità dell'edificio anche ai contratti preliminari (Cass., Sez. II, 17 ottobre 2013 n. 23591).

*

3) L'art. 17 bis della LR n. 23 del 2004 e le sue applicazioni.

Il precedente art. 26, comma 4, legge reg. n. 23/2004

4. Le opere edilizie autorizzate e realizzate in data antecedente all'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10 legge 28 gennaio 1977, n. 10 (Norme sulla edificabilità dei suoli), che presentino difformità (non specifica se totali o parziali) eseguite nel corso dell'attuazione del titolo edilizio originario, si ritengono sanate, fermo restando il rispetto dei requisiti igienico-sanitari e di sicurezza.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 49 del 6 febbraio 2006, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma.

Anche gli artt. artt. 207 e 208 della LR Toscana n. 65 del 2014 sono stati annullati da Corte cost. n. 233 del 2015.

L'art. 17 bis invece non ha subito ricorsi alla Corte cost. ed, in effetti, è basato su presupposti diversi rispetto a quelle delle citate disposizioni che sono state annullate.

Innanzitutto, concerne solo le difformità parziali.

Poi prevede comunque e sempre il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Sull'interpretazione dell'art. 17 bis, si fa rinvio a un parere della Regione E.R. n. 201593 del 2014 secondo il quale l'art. 17 bis riguarderebbe anche le variazioni essenziali, in quanto assimilate alla totale difformità solo in epoca successiva al 1977. Siccome prima del 1977 non c'erano, allora solo la difformità totale sarebbe esclusa dal 17 bis.

Interpretazione estensiva peraltro contraria alla lettera della legge e, a quanto risulta, non condivisa da molte Amministrazioni comunali.

Sono fatti salvi gli effetti civili e penali, ovviamente non coinvolti dall'art. 17 bis, per l'impossibilità per il Legislatore regionale di occuparsi di tali materie.

Sono inoltre fatte salve le norme antisimiche, di sicurezza, igienico-sanitarie, quelle del Codice del paesaggio. Riguardo a quest'ultimo punto, cfr. parere Regione Emilia-Romagna n. 558474 del 4 agosto 2015.

Si segnala inoltre la recente giurisprudenza del TAR Emilia Romagna, Bologna, (sez. II, n. 589 del 2016, nonché sez. II n. 680 del 2016) che ha affermato la possibilità di ottenere l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria sia per le opere realizzate prima della introduzione del vincolo sia per le opere che comportino aumento di volumi e di superficie se realizzate prima della introduzione del divieto di autorizzazione paesaggistica in sanatoria per gli interventi con D. Lgs. n. 157/2006, primo correttivo al D. Lgs. n. 42 del 2004.

Quanto agli effetti "regolarizzazione" ex art. 17 bis, in realtà se fosse solo una regolarizzazione, come si è detto, con pagamento di sanzione pecuniaria al posto della demolizione, potrebbero ritenersi esclusi interventi futuri sulla parte regolarizzata (se non di manutenzione).

In vece, l'art. 17 bis deve intendersi ed applicarsi come vera e propria sanatoria che consente successivamente sulle parti "regolarizzate" ogni altro tipo di intervento edilizio ammesso dalle norme in vigore.