

La legge regionale 65/2014 alla prova

Relazione

Riccardo Giani

cons. TAR Toscana

Prima parte

<Problematiche vecchie e nuove sulla SCIA ed il potere sanzionatorio dei Comuni>

1 – E' noto che esigenze di alleggerimento degli oneri burocratici che gravano sui privati e di semplificazione delle procedure amministrative, spesso viste come responsabili di imbrigliamento eccessivo delle attività economiche, hanno portato a vedere nel <modello atto amministrativo>, una volta imperante quale modulo tecnico di rapporto tra cittadino e amministrazione, uno schema recessivo. L'attesa del <previo atto>, con le complessità procedurali e le lentezze che precedono la sua emanazione, è vista come qualcosa di insopportabile e da relegare quindi tra le ipotesi non "ordinarie" ma "eccezionali". Basta citare l'art. 9 della direttiva Bolkestein (n. 123 del 2006) secondo cui "la necessità di un regime di autorizzazione è [deve essere] giustificata da un motivo imperativo di interesse generale".

2 - In particolare entra in crisi il "modello autorizzatorio", cioè la necessità di una previa verifica da parte dell'Amministrazione circa la compatibilità dell'attività che il privato vuole avviare rispetto ad altri interessi pubblici e privati giuridicamente protetti. La Banca Mondiale nel rapporto sul *Doing Business*, che misura una serie di indicatori di *performance* giuridico-amministrativa tra cui i tempi per il conseguimento delle autorizzazioni, colloca l'Italia in una bassa posizione in classifica.

3 – In quest'ottica il <modello segnalazione certificata di inizio attività> sembra conseguire un nuovo punto di equilibrio tra opposte esigenze, più consono alle esigenze e alle sensibilità dei nuovi tempi. Ai privati viene assicurato l'avvio immediato dell'attività, senza attesa del previo atto, dietro segnalazione certificata dell'avvio medesimo, con maggiore speditezza e drastica riduzione degli oneri procedurali. Alla Amministrazione, privata dal controllo *ex ante* secondo la tecnica del

previo atto, viene assicurato un potere di controllo con possibilità di inibitoria, successivamente all'avvio dell'attività stessa, cioè *ex post*.

4 – Si tratta, per certi versi, dell'uovo di Colombo, ove però il punto centrale, di grandissima rilevanza in termini di corretto assetto dei pubblici poteri, sta proprio nella specifica conformazione dei poteri di intervento *ex post*, che non è questione da relegare nel novero dei profili connotati da tecnicità, ma diviene la vera cartina di tornasole della accettabilità del sistema e, io credo, anche della costituzionalità delle norme che presiedono alla strutturazione del modello stesso. L'effettività dei poteri di intervento inibitorio-repressivo è infatti condizione di garanzia del rispetto del principio di legalità.

5 – Qui si inserisce la necessità di sottoporre a valutazione l'intervento normativo di cui all'art. 25 del decreto-legge n. 133 del 2014, come convertito dalla legge n. 164, portante "Misure urgenti di semplificazione amministrativa e di accelerazione delle procedure in materia di patrimonio culturale", il quale – stabilendo che **all'articolo 19, comma 3, secondo periodo, dopo le parole: «degli articoli 21-quinquies e 21-nonies» sono aggiunte le seguenti: «, nei casi di cui al comma 4 del presente articolo»** - introduce un nuovo collegamento tra 3° e 4° comma dell'art. 19.

6 – Ma andiamo per ordine. Vediamo l'assetto dell'**art. 19 della legge n. 241 del 1990** prima del decreto <Sblocca Italia>.

La norma di assoluta rilevanza è il **comma 3** che prevede il seguente strumentario:

--- controllo-inibitorio, consistente nella accertata verifica della carenza dei presupposti e requisiti di legge, con adozione di divieto di prosecuzione, da porsi in essere nel termine di 60 giorni dal ricevimento della segnalazione;

--- è fatta salva l'adozione di atto di autotutela ai sensi degli artt. 21 quinquies e nonies

--- in caso di dichiarazioni false e mendaci possibile adozione di atti inibitori in ogni tempo.

Il successivo **comma 4** prevede un'altra cosa: decorso il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è possibile solo intervento repressivo a tutele di "interessi primari" (patrimonio artistico e culturale, ambiente, salute, sicurezza pubblica e difesa nazionale) e in quanto ci sia "impossibilità di regolarizzazione". Già qui si pone la questione di chiarire come si coordini questo strumento del comma 4 con il generale rinvio all'autotutela del comma 3.

Il successivo **comma 6 bis** aggrava le incertezze: a) stabilisce che in materia edilizia l'intervento inibitorio di cui al comma 3 si pone in essere nel termine di 30 giorni; b) richiama poi le norme di

vigilanza edilizia salva l'applicazione del comma 4, lasciando il dubbio se lo strumento generale dell'autotutela sia configurabile anche in ambito edilizio.

7 – La illustrazione dello stato anteriore ci consente adesso di comprendere l'intervento normativo posto in essere dal decreto c.d. Sblocca Italia: l'intervento in autotutela di cui parla il **comma 3** deve avvenire necessariamente “nei casi di cui al **comma 4** del presente articolo”: quale che fosse la soluzione data ai due problemi sopra visti prima dell'intervento del 2014 (coordinamento tra comma 3 e comma 4 e poi tra comma 3 e comma 6 bis), adesso il legislatore offre direttamente una soluzione: l'annullamento d'ufficio, prima della l. 164 poteva essere adottato in presenza delle generali condizioni di esercizio del potere tutorio (Cons. St. 2.10.2014, n. 4902), dopo la l. 164/14 e il suo art. 25, comma 1, lett. b-bis, l'annullamento è ristretto ai casi di pericolo di danno a valori fondamentali e alla impossibilità della rimozione del vizio originario. La ratio è chiara: si riducono i poteri di intervento ex post dell'Amministrazione con conseguente consolidamento dei titoli legittimanti attività private pur a fronte della illegittimità del titolo abilitativo medesimo. Gli spazi di intervento si riducono molto: a) controllo inibitorio nel termine di decadenza; b) interventi in caso di falso; c) per il resto, dopo il termine di decadenza, rimane solo l'intervento a tutela degli interessi primari previsti dal comma 4. Il comma 4 non ha più sicuramente funzione ancillare, ma diventa il fulcro (al ribasso) del sistema. Dopo la l. 64/14, appare ben difficile che sopravviva ad un controllo giurisdizionale l'atto repressivo comunque conformato (ordine di rimozione delle opere o annullamento del titolo abilitativo formato con la scia) che intervenga dopo la scadenza dei termini più volte citati senza che sia dedotta la duplice circostanza della sussistenza di un pericolo di danno ad interessi primari e della impossibilità della regolarizzazione del titolo.

8 – Dunque la portata dell'art. 25 dello Sblocca Italia è assai significativa. L'art. 25, co.1, lett. b-bis, aggiunge la dizione “nei casi di cui al comma 4 del presente articolo” alla previsione che fa “comunque salvo il potere dell'amministrazione competente ad assumere determinazione in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies”, limitando il potere di autotutela, che sarebbe spendibile unicamente a tutela di quegli interessi qualificati e tipizzati elencati al comma 4 (patrimonio artistico e culturale, ambiente, salute, sicurezza pubblica, difesa nazionale). Questa affermata dalla norma in esame era tesi che si era già ipotizzata, anche prima dell'ultimo intervento legislativo (in tema, RAMAJOLI, La S.c.i.a. e le tutela del terzo, in Dir. Proc. amm., 2012, 341) e che era stata criticata da altra dottrina (su cui criticamente M.A. SANDULLI, Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione “a rischio”, in Riv. Giur. Ed., 2010, 478). Ed era tesi, come diremo, che era stata già “bocciata” dalla Corte Costituzionale, che, con la sentenza n.188 del 4 luglio 2012,

aveva individuato nel comma 4 non già la volontà di circoscrivere ai soli interessi sensibili gli interventi dell'amministrazione successivi alla scadenza del termine per il controllo, "ma quella, opposta, di assicurare una protezione ulteriore a taluni preminenti beni giuridici". Ora è certo comunque che, decorso il termine fissato dal comma 3 dell'art.19 (60 giorni, ridotti della metà per l'edilizia) residueranno: a) Il potere inibitorio speciale sine die per i casi di falsità o mendacio; b) Il potere di autotutela, che fa rivivere il potere inibitorio generale anche a termine spirato, ma unicamente a protezione dei c.d. interessi sensibili; c) Il potere sanzionatorio, non "contaminato" dalla logica dell'autotutela; qui si inserisce la previsione del comma 6-bis dell'art. 19 della 241 secondo cui "restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal *decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380*, e dalle leggi regionali"; cioè: a) casi in cui siamo fuori del perimetro di operatività della scia, ove è contraddittorio parlare di "autotutela" perché non si forma alcun titolo (qui è quando *l'esercizio dell'attività non è neanche astrattamente configurabile* con il risultato che *la s.c.i.a. presentata deve sostanzialmente considerarsi tamquam non esset*" (TAR Lazio, 8707 del 2014); b) casi in cui l'edificato sia in contrasto con la scia.

9 – Si tratta dunque di un intervento (quello dello Sblocca Italia) di forte momento, la cui "accettabilità", nel senso sopra chiarito, deve essere verificata alla luce del ragionamento sopra introdotto. Bisogna riprendere il filo del racconto sopra interrotto, perché i dubbi sulla lettura congiunta dei commi 3, 4 e 6 bis (prima del 2014) non era rimasta priva di un punto di approdo, che invece era stato individuato nella **sentenza delle Corte cost. n. 188 del 2012**. A me pare che quella sentenza rappresentasse un tentativo di lettura e di sintesi estremamente interessante, che dovrà essere esaminato, non tanto in chiave storica, di capire dove si era arrivati prima del decreto-legge n. 133, bensì in chiave di futuro, per valutare alla luce di quell'approdo la accettabilità della soluzione adesso proposta dal legislatore. L'autotutela è momento di compromesso necessario ed è esercitabile dopo la scadenza del termine decadenziale per l'esercizio del controllo inibitorio, al ricorrere delle condizioni di legge proprie dell'autotutela stessa; il comma 4, lungi dall'essere un restringimento dell'autotutela profila quindi una ultrattività del potere di controllo inibitorio, che torna ad essere esercitabile in ogni tempo (quindi anche a distanza di un periodo apprezzabile dalla proposizione della SCIA): in questo caso l'amministrazione non sconta l'effetto decadenziale derivante dallo scadere del termine perentorio indicato dal comma 3. Dunque:

- l'introduzione del comma 4 non vuole irragionevolmente depotenziare le potestà amministrative rispetto alla SCIA ma viceversa "assicurare una protezione ulteriore a taluni preminenti beni giuridici, per i quali è reputata insoddisfacente la sola via dell'autotutela decisoria";

- chiarisce che “l’attribuzione all’autorità amministrativa del potere di incidere in autotutela sugli effetti della SCIA, pur dopo l’esaurimento del breve termine concesso per vietare l’attività edilizia, opera quale corollario della linea di tendenza alla semplificazione normativa e allo snellimento delle procedure amministrative”; si tratta di attribuzione che “viene c a compensare ...il potenziale pregiudizio insito nella contrazione dei modi e dei tempi dell’attività amministrativa”; ciò in funzione del “rilevante interesse costituzionale ...al controllo pubblico, a garanzia di un armonico sviluppo del territorio che ne preservi l’integrità”, interesse che “non potrebbe, infatti, essere completamente posposto alle pure rilevanti finalità di semplificazione e accelerazione valorizzate mediante la SCIA”.

10 – Il nuovo testo dell’art. 19 scardina il punto di arrivo della 188 del 2012, trovando una nuova sintesi tra i contrapposti interessi in gioco.

11 - La disposizione è anche un messaggio rivolto alla giurisprudenza che, anche di recente, ha assunto un atteggiamento favorevole all’espansione dell’ambito di intervento repressivo dell’amministrazione a fronte di titoli abilitativi semplificati (scia) illegittimi.

--- la scadenza del termine di cui al comma 3 comporta la decadenza dell’amministrazione comunale dal potere di ordinare la rimozione delle opere realizzate dal privato a seguito della d.i.a.: tuttavia, qualora difettino i presupposti per la d.i.a., l’amministrazione conserva i suoi poteri di controllo, di inibizione e sanzionatori che devono però essere esercitati nelle forme dell’autotutela” (T.A.R. Latina 1/04/2014 n. 269), ove per “difetto dei presupposti della scia” si intende la non conformità alla normativa dell’attività segnalata, e si è quindi esattamente nel recinto nel quale opera il termine decadenziale di intervento della p.a. di controllo. Caso mai per difetto dei presupposti della scia si deve intendere l’assenza dei connotati della natura vincolata del provvedimento sostituito dalla scia medesima, è contraddittorio parlare di “autotutela” perché non si forma alcun titolo;

-- totale inefficacia della scia nei casi in cui l’attività segnalata non sia in toto conforme alla norme di legge e perfino di pianificazione locale; il TAR Roma 6.8.2014, n. 8707 (negli stessi termini TAR Roma 19/05/2014, n. 5264; TAR Roma 18/02/2014, n. 1918): “Il Collegio pone in rilievo che, in ragione del descritto corpus normativo [art. 19, commi 1 e 3, l. 241/90, ndr], non ogni attività è esercitabile sulla base di una segnalazione certificata di inizio attività, ma solo quella assentibile nell’esercizio di un’attività amministrativa vincolata. Infatti, l’ambito di applicabilità dell’istituto di cui all’art. 19 l. n. 241 del 1990 si riferisce, come detto, all’esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale ‘il cui rilascio dipenda esclusivamente dall’accertamento di requisiti e

presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale', per cui è da intendersi circoscritto all'attività amministrativa vincolata, e cioè ai casi in cui, in presenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge o da atti amministrativi generali, l'amministrazione deve attribuire il 'bene della vita' richiesto, mentre sono escluse da tale ambito sia l'attività amministrativa discrezionale sia, a maggior ragione, le ipotesi in cui il 'bene della vita' non potrebbe in alcun caso essere attribuito e, quindi, l'esercizio dell'attività non è neanche astrattamente configurabile. Nella fattispecie in esame, il provvedimento impugnato è stato adottato, come in precedenza evidenziato, in ragione del combinato disposto dall'art. 10, commi 4, e dell'art. 11, comma 1, della delibera di Consiglio Comunale n. 35 del 2010, secondo cui nell'ambito n. 1, Rione Sant'Eustachio, non è consentito il rilascio di autorizzazioni per nuove attività di somministrazione di alimenti e bevande. Di talché, la normativa comunale attualmente vigente impedisce che l'attività indicata possa essere esercitata nel locale di via del Teatro Valle 19 angolo via dei Redentoristi 1 – Largo del Teatro Valle 7. Ne consegue che, non rientrando la fattispecie in esame nel perimetro di applicazione dell'art. 19 l. n. 241

--- quella della natura esecutiva dell'autotutela esercitata dopo la scadenza del termine e in assenza dei presupposti motivazionali dell'autotutela "ordinaria" richiamata (fino a prima dell'art. 25, comma 1, lett. b-bis, d.l. 133/14, come convertito dalla l. 164/14) e in particolare in assenza della deduzione dell'interesse pubblico sotteso all'annullamento. Manifestazione della seconda, "originale" presa di posizione è la seguente massima del Supremo Collegio: "l'Amministrazione ha a disposizione i poteri di autotutela in materia di DIA o SCIA ex art. 19 l. 241-90; tali poteri costituiscono una forma peculiare di autotutela, maggiormente accostabile all'autotutela cd. esecutiva, piuttosto che a quella di cui all'art. 21-nonies della medesima legge, poiché non ha per oggetto un atto amministrativo ed è mirata alla rimozione materiale degli effetti della DIA o SCIA medesima, in connessione con l'avvenuta illegittimità e non con una ragione ulteriore di interesse pubblico che connota invece l'autotutela cd. decisoria e che deve, in quel caso, essere oggetto, almeno in via generale, di specifica motivazione" (Cons. St., 11 giugno 2014 n. 2980).

12 – Su una strada diversa sembra muoversi la legislazione regionale toscana, sia con la legge n. 1 del 2005 che con la legge n. 65 del 2014, ove all'opposto il legislatore prevede un potere inibitorio ampio, anche dopo la scadenza del termine di controllo inibitorio di 30 giorni, e senza che sia neppure richiamato l'utilizzo della schema teorico dell'autotutela, al contrario consentendosi un intervento inibitorio senza termine, solo evidenziando la contrarietà dell'intervento segnalato dalle previsioni della pianificazioni urbanistica (art. 84 bis della legge n. 1 del 2005 e art. 146 della legge n. 65 del 2014). Anche questa normativa presenta possibili profili di incostituzionalità, questa volta

per ragioni che attengono al riparto tra Stato e Regioni della competenze legislative e quindi per impossibilità per le Regioni di derogare alla disciplina dei titoli edilizi prevista in sede statale, com'è nel caso della disciplina della scia, ovvero ai c.d. LEP, livelli essenziali delle prestazioni (nei quali rientra la SCIA) ancora di competenza dello Stato. Da qui la questione di costituzionalità sollevata dal TAR Toscana con l'**ordinanza della Terza Sezione n. 469 del 2015** (riferita alla legge regionale n. 1 del 1005 ma con ragionamento che vale anche per la legge n. 65 del 2014). Rinvio alla lettura dell'ordinanza che rappresenta un'attenta analisi della diversa disciplina propria delle leggi regionali toscane e della legge statale, al punto che si può dire il meccanismo di controllo comunale sulla scia previsto dalla legislazione toscana non riconducibile al solco tracciato dalla legge statale (e cioè al modello dell'autotutela), con le conseguenze in termini di dubbi di costituzionalità.

Seconda Parte

<Le novità in tema di accertamento di conformità e le sanzioni non legittimanti.

A) Le sanzioni non legittimanti (att. 207 e 208)

1 – Senso delle norme:

I] Gli articoli 207 e 208 prendono in esame, al fine di **stabilirne le condizioni applicative**, quattro fattispecie di sanzioni edilizie di tipo **demolitorio: art. 196** (demolizione di opere eseguite senza pdc, in totale difformità da esso o con variazione essenziale), **art. 199** (demolizione prevista per ristrutturazione edilizia senza titolo, in difformità o variazione essenziale; è demolizione che può trasformarsi in sanzione pecuniaria se l'intervento reale non è possibile), **art. 200** (anche per le opere sottoposte a scia c'è demolizione, al comma 3, se eseguite in difformità dalla pianificazione, altrimenti essendo applicata solo la sanzione pecuniaria), **art. 206** (demolizione per interventi posti in essere in parziale difformità dal pdc, anche se la norma prevede pura la trasformazione in sanzione pecuniaria se non si riesce ad evitare il pregiudizio alla parte conforme);

II] Il senso degli artt.207 e 208 è quello di dare una diversa parametrizzazione applicativa alle sanzioni edilizie demolitorie previste dai seguenti articoli: infatti essi affermano che l'A. deve valutare prioritariamente, prima di applicarle, se c'è "interesse pubblico al ripristino della legalità urbanistica violata mediante rimessione in pristino": cioè se c'è interesse pubblico alla demolizione; cioè la

demolizione non diviene sanzione applicata al solo ricorrere delle fattispecie di legge (e quindi in sostanza <fattispecie vincolata>) ma richiede l'ulteriore vaglio della sussistenza di un interesse pubblico alla sua attuazione (quindi <fattispecie discrezionale>);

III] Non par dubbio che questa necessità di vagliare il suddetto interesse pubblico non sia affermata in termini generali (cioè in relazione a qualunque fattispecie nella quale si tratti di fare applicazione della sanzione demolitoria) bensì con esclusivo riferimento alle due ipotesi di opere ultimate anteriormente al 1° settembre 1967 nei centri abitati (art. 207) ovvero tra il 1° settembre 1967 e il 17 marzo 1985 (art. 208): ecco che logica della previsione emerge: si tratta di opere abusive di lungo corso, per le quali quindi può porsi la questione della sussistenza dell'interesse pubblico alla demolizione ovvero della prevalenza dell'interesse privato, consolidato dal passaggio del tempo, al loro mantenimento; in questi termini non vi è dubbio che la disciplina normativa intercetta un filone giurisprudenziale (minoritario) che ha dato luogo a una lettura siffatta;

IV] Ove l'interesse pubblico al ripristino ci sia si fa luogo alla demolizione secondo le regole, altrimenti non si fa luogo alla demolizione ma si applica una sanzione pecuniaria diversamente articolata dalla legge;

V] Il cerchio si chiude con l'affermazione, in parte anodina, circa la non ampia portata dell'effetto sanante: il pagamento della sanzione, infatti, “non determina la legittimazione dell'abuso”.

VI] Il discorso dell'interesse pubblico sopra evidenziato riguarda (nell'ambito dell'art. 207) le edificazioni anteriori al 1° settembre 1967 realizzate nei “centri abitati”: il comma 4 dell'art. 207 chiarisce invece che le opere pur realizzate senza titolo o in difformità dal titolo ma all'esterno della perimetrazione dei centri abitati “sono da considerarsi consistenze legittime dal punto di vista urbanistico-edilizio”.

2 - Ratio

- Tutela dell'affidamento ingenerato dalla lunga inerzia della p.a. nel reprimere l'abuso, che porta il privato a confidare nella regolarità del manufatto, il che implica che la p.a. debba vincere tale affidamento con una specifica motivazione dell'interesse pubblico che giustifica la sanzione demolitoria;

- Non pare dubbio che la disciplina regionale toscana in commento mira a dare consistenza normativa ad un esistente orientamento giurisprudenziale (CDS, IV, 13.3.14, n. 1208; id. 2.10.12, n. 5183; id. 12.4.11, n. 2266; id. 6.6.08, n. 2705; CDS, V, 24.10.13, n. 5158; id. 4.3.08, n. 883; id. 14.5.07, n. 2441; id. 29.5.06, n. 3270; id. 19.3.99, n. 286), il quale tuttavia non può dirsi dominante;

- La ratio dell'opposto orientamento (quello cioè che ritiene irrilevante il decorso del tempo rispetto alla applicazione della sanzione demolitoria) è rinvenuta nelle seguenti considerazioni (tra le tante CDS, V, 2.10.14, n. 4892):

--- non è tutelabile l'affidamento di chi ha commesso un illecito, agendo all'insaputa della p.a. e che confida di non essere scoperto;

--- le ipotesi di sanatoria sono previste dalla legge e allora il mero decorso del tempo non può avere efficacia legittimante;

--- l'abuso edilizio è illecito permanente, per il quale il decorso del tempo rafforza la illegittimità, il che fa sì in ogni caso che l'ordinanza di demolizione intervenga su situazione di perdurante e aggravata illegittimità;

3 – Profili di costituzionalità

- l'edilizia rientra nel “governo del territorio” come materia di legislazione concorrente, il che impone che la Regioni rispettino i “principi della materia” fissati dallo Stato: qui vengono in dubbio due profili significativi della legislazione sanzionatoria statale:

--- il rapporto tra misura demolitoria e misura pecuniaria: si consente la conversione della misura demolitoria in ipotesi nelle quali ciò non è possibile (pensiamo al 31 TUE) e sulla base di logiche diverse da quelle che nella legislazione statale presiedono a quella conversione (impossibilità di demolizione o pregiudizio alla parte conforme);

--- si incide sulla natura doverosa e vincolante delle sanzioni edilizie

Sono profili che si correlano l'un l'altro: la sostituzione della sanzione pecuniaria a quella demolitoria nella legislazione statale è correlato ad un profilo di “impossibilità” della demolizione (quindi ad un profilo tecnico) e non ad un profilo di opportunità, com'è invece nella norma toscana che introduce una valutazione di interesse pubblico;

- la normativa in esame dice che non c'è effetto sanante dell'abuso, che non può esserci neppure sul piano urbanistico, perché: a) non può essere “condono” perché compete allo Stato la previsione di ipotesi di sanatoria straordinaria (Corte cost. n. 196 del 2004); b) non può essere sanatoria a regime, perché viola il principio statale della “doppia conformità” (Corte cost. n. 101 del 2013).

Se ci sono i presupposti della “doppia conformità” si dà luogo all’accertamento di conformità ai sensi dell’art. 209, che consente la “regolarizzazione ex post dell’abuso, effetto che invece non deriva dalla corresponsione delle sanzioni in esame; certo la previsione del pagamento degli oneri di costruzione spiazza: vuol però dire che pur non essendosi un effetto legittimante la normativa in questione consente di “mantenere l’edificato” e ciò influisce di fatto sul carico urbanistico.

4 – Presupposti normativi

- opere “eseguite e ultimate” prima del 1° settembre 1967 (nei centri abitati) o del 17 marzo 1985
--- possibile riferimento all’art. 31 della legge n. 47 del 1985 che, ai fini del condono, dice che “si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato **eseguito il rustico e completata la copertura**, ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando esse siano state **completate funzionalmente**”;

--- onere della prova in capo al proprietario o altro avente titolo alla luce del principio di “vicinanza della prova”;

--- l’art. 207/5 e 208/4 indicano quale deve essere la necessaria documentazione probatoria; elenco esemplificativo; strano riferimento a “prove testimoniali”, che è concetto processuale: riferimento a dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 del DPR n. 445 del 2000; su queste ultime vi era già disfavore giurisprudenziale, quando siano l’unica prova non coperta da altri riscontri probatori o anche contraddette da altre risultanze documentali (Cons. St., sez. 6[^], 3 ottobre 2014, n. 4957).;

- la imposta valutazione dell’interesse pubblico, con conseguente trasformazione delle relative fattispecie da “vincolate” a “discrezionali”, riguarda l’applicazione delle sanzioni di cui agli artt. 196, 199, 200, 2006; ne consegue che permane l’ordinaria applicazione “vincolata” per le diverse sanzioni di cui ai seguenti articoli:

--- art. 201: interventi di edilizia libera in contrasto con la pianificazione, per i quali la norma prevede la demolizione, che viene sostituita dalla sanzione pecuniaria in caso di impossibilità della demolizione; si potrebbe dire che è concetto nuovo: ma in realtà la giurisprudenza ritiene che alle misure “ripristinatorie” si applichino le norme vigenti al momento della irrogazione della sanzione (il principio di irretroattività valendo solo per quelle “afflittive”): in tal senso Cons. St. sez. 5[^], 7 agosto 2014, n. 4213; TAR Toscana, sez. 3[^], 12 giugno 2012, n. 1127); certo minima rilevanza;

--- art. 202: mutamento di destinazione d’uso senza opere, ove è minima l’applicazione di sanzione demolitoria, prevalendo quella pecuniaria;

--- art. 204 e 205: si tratta degli interventi eseguiti in base a permesso di costruire annullato: la norma regionale rinvia alla disciplina dell'art. 38 TUE, il quale già valorizza l'affidamento del privato ed infatti la demolizione è solo l'eccezione;

--- art. 210: opere abusive su suolo demaniale: interesse pubblico in re ipsa al ripristino (TAR Toscana, sez. 3^a, 11 dicembre 2014, n. 2009).

- interesse pubblico alla demolizione

--- cioè "interesse pubblico al ripristino della legalità urbanistica violata mediante rimessione in pristino", non quindi rispetto alla sanzioni pecuniarie alternative, ma solo riferito alla sanzione demolitoria: dal che discende che anche le sanzioni qui applicate sono (in quanto sostitutive della demolizione) sanzioni "ripristinatorie" e quindi applicabili anche al terzo incolpevole;

--- Vi rientra la valutazione di:

---- tutela beni culturali, paesaggio, ambiente

---- sicurezza, salubrità, igiene dell'abitato

---- rispetto degli standard

---- fasce di rispetto stradale e cimiteriale

---- problematica dell'affidamento del terzo: autore o meno dell'abuso, implicita approvazione in precedenti pratiche amministrative ecc.

- l'art. 207/6 e il 208/5 fanno salva la disciplina vincolistica: l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui alle norme in esame non esclude l'applicazione delle misure ripristinatorie previste da altre normative di settore: ordinanza di demolizione paesaggistica di cui all'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004;

5 – Art. 207 comma 4

- La norma dice che sono consistenze legittime dal punto di vista urbanistico-edilizio le edificazioni fuori dei centri abitati anteriori al 1° settembre 1967, perché è da quella data che la legge n. 765 del 1967 impone la licenza edilizia sul tutto il territorio comunale, mentre in precedenza l'art. 31 della legge n. 1150 del 1942 imponeva la licenza solo nei centri abitati (e nelle zone di espansione, ove il Comune fosse dotato di PRG);

- E se il regolamento comunale, anteriormente al 1967, prevedeva come obbligatorio il titolo edilizio anche fuori dei centri abitati si applica il **comma 1** (sanzione demolitoria se c'è interesse

pubblico ovvero sanzione pecuniaria) oppure il **comma 4** (consistenza legittima)? La lettera del comma 4 sembra essere nel secondo senso, ma c'è chi parla di illegittimo condono mascherato, che solo la legislazione statale può introdurre;

- Sul punto della rilevanza delle previsioni dei regolamenti locali che dettassero discipline diverse da quelle della legge n. 1150 del 1942 vi sono due diversi orientamenti; non posso qui che riferire che il Cons. Stato nella sentenza 1514 del 1998 e il TAR Toscana a partire dalla sentenza n. 197 del 2011 hanno opinato che prima della legge del 1967 l'unico referente giuridico applicabile sia quello della legge del 1942, poiché il carattere abusivo dell'opera non può che derivare da una valutazione unitaria e il "principio di uguaglianza" non sopporta trattamenti diversificati nei vari Comuni. Da ultimo **TAR Toscana n. 899 del 2014**.

6 – Effetti del pagamento della sanzione

- La normativa esaminata, nel richiedere la valutazione dell'interesse pubblico alla demolizione, determina, in primo luogo, la trasformazione della demolizione da sanzione vincolata in procedura discrezionale, con le conseguenze che ne derivano in termini procedurali, pensiamo alla "partecipazione" e alla "motivazione" degli atti relativi;

- Se l'i.p. alla demolizione non c'è si passa ad un ulteriore effetto che è dato dalla conversione della sanzione demolitoria in sanzione pecuniaria, in tal modo alterando un ordine di sanzioni che pone il problema costituzionale di competenza (la sanzione è comunque "ripristinatoria");

- Il pagamento della sanzione pecuniaria **non determina la legittimazione dell'abuso:**

--- Non c'è, in primo luogo, un effetto regolarizzante sul piano penale e non si realizza effetto estintivo dei reati di cui all'art. 44 dpr 380 del 2001. E' il rilascio della del permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36, quindi con la necessaria "doppia conformità" che determina la estinzione dei reati urbanistici ai sensi dell'art. 45 del dpr 380 del 2001; estinzione penale pure nel caso di condono ma sulla base di presupposti diversi (non mancanza di un "danno urbanistico" ma guardando solo a profilo temporale e pagamento oblazione); qui siamo fuori: la norma dice correttamente che non c'è alcun effetto sanante e quindi le sanzioni penali rimangono in piedi;

--- Ed il profilo civilistico cioè della “commerciabilità del bene”? Al fine di sostenere che l’opera, dopo il pagamento delle sanzioni pecuniarie di cui discorriamo, sarebbe commerciabile, si richiama l’**art. 41 della legge n. 47 del 1985**, secondo cui il pagamento delle sanzioni pecuniarie rende commerciabili le opere abusive, allegando certificazione dell’avvenuto pagamento delle sanzioni (o dichiarazione sostitutiva). Nello stesso senso l’**art. 149 della legge regionale n. 65 del 2014** stabilisce che si arrivi alla attestazione di agibilità dopo aver certificato da parte del tecnico la conformità dell’opera al progetto ovvero l’avvenuto pagamento delle sanzioni di cui al capo 2 del titolo VII, ove rientrano anche le nostre sanzioni. Ma il problema non mi sembra così facilmente risolvibile: l’art. 41 cit. è norma statale e fa riferimento alle ipotesi in cui, secondo la disciplina statale o in conformità alla stessa, è prevista una sanzione pecuniaria come satisfattiva; può fare questo il legislatore regionale? Anche la materia “ordinamento civile” come quelle “penale” è di competenza esclusiva statale. Ai sensi dell’**art. 46 del dpr 380 del 2001** e della pregressa disciplina il titolo abilitante l’edificazione è necessario e la mancata menzione nell’atto comporta nullità testuale del contratto (licenza, sanatoria, costruzione ante 1967). È significativo il comma 2 che solo con riferimento alla edificazione in base a titolo annullato prevede che sia sufficiente la prova del pagamento della sanzione. L’**art. 41 delle legge 47 del 1985 prevede la commerciabilità** in caso di pagamento delle sanzioni ma con riferimento a fattispecie cui rinvia, proprie della legislazione statale. È immaginabile consentire che il legislatore regionale ampli quell’elenco? O meglio che si ritenga integrato quanto previsto dall’art. 41 in presenza di altre sanzioni previste dalla legislazione regionale?

- Sotto il profilo amministrativo: anche sotto questo profilo non c’è “sanatoria”, le edificazioni non diventano “legittime” sono “tollerate” e se ne consente il “mantenimento”. Certo si prevede il pagamento del contributo di costruzione: per quanto manchi effetto legittimante se ne consente il mantenimento e ciò influisce sul carico urbanistico di fatto, con gli oneri correlati. I **commi 6 e 7** parlano poi della disciplina urbanistica:

--- c’è disciplina legale suppletiva: sino all’intervento delle previsioni del Piano Operativo non si possono fare demolizioni e ricostruzioni, mutamento di destinazione d’uso, aumento delle unità immobiliari e incremento di superficie e volume;

--- si vuol dire che sono possibili interventi di “manutenzione” volti a garantire la integrità della costruzione e il suo mantenimento e conservazione; si tratta di previsione che attiene al “contenuto minimo della proprietà” come sancito dalla Corte cost. 238 del 2000, riferito al condono; questo è

garantito: se non c'è interesse pubblico alla demolizione e quindi si vuol garantire il mantenimento, si deve poi consentire quanto necessario per la conservazione;

--- la norma sembra alludere però al fatto che i Comuni possano poi prevedere "interventi ulteriori" di cui non si danno le coordinate; bisognerà vedere in concreto: certo se non c'è efficacia sanante, si consente solo eccezionalmente il mantenimento e allora sembra in contraddizione poi consentire ulteriori interventi su immobili che devono solo essere mantenuti. Ulteriore profilo di costituzionalità.

B) L'accertamento di conformità (art. 209)

1 – Accertamento di conformità: principio della <doppia conformità> e ripudio della <sanatoria giurisprudenziale>.

L'esame dell'art. 209 della legge regionale n. 65 del 2014, riferito all'istituto dell'accertamento di conformità, consente, in primo luogo di evidenziare come la legge n. 65 ribadisca il **<principio della doppia conformità>**, stabilendo, al comma 1 dell'art. 209, che è necessario che "l'interesse realizzato risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso che al momento della presentazione della domanda".

Ciò significa che viene quindi respinto l'istituto della **<sanatoria giurisprudenziale>**, che rende ammissibile il rilascio di un titolo postumo per opere edilizie abusive conformi alla (sola) normativa vigente al momento della istanza e non a quella del commesso abuso (figura quest'ultima che era stata elaborata dalla giurisprudenza amministrativa prima dell'introduzione nel sistema del diritto edilizio nazionale dell'istituto della sanatoria "ordinaria" o "a regime" a mezzo dell'art. 13 della legge n. 47 del 1985 ma che, da allora, è stata ripudiata, non senza qualche tentennamento, dalla giurisprudenza successiva).

La legislazione Toscana ha invece conosciuto una fattispecie, legata al rischio sismico (introdotta dalla legge n. 4 del 2012), in cui ai fini della sanatoria con valore anche di autorizzazione sismica bastava la conformità alla normativa tecnica vigente al momento della commissione dell'illecito, con esonero, quindi, dalla conformità alla normativa vigente all'atto del provvedimento "sanante", bastava una conformità "storica". Non può sfuggire, quindi, che si trattava di una fattispecie **esattamente inversa** a quella che va correntemente sotto il nome di "sanatoria giurisprudenziale",

per il cui rilascio basta la **conformità della disciplina attuale**. Questa fattispecie fu dichiarata illegittima costituzionalmente da **Corte cost. sentenza n. 101 del 2013**.

Nella citata **sentenza n. 101 del 2013** la Corte ripudia la sanatoria giurisprudenziale e dogmatizza il principio della doppia conformità, attraverso tre passaggi:

--- Il primo è che si tratta di un "principio (quello della doppia conformità) che risulta finalizzato all'assoluto rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia durante tutto l'arco temporale compreso tra la realizzazione dell'opera e la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità";

--- Il secondo è che "il rigore insito nel principio in questione trova conferma nella giurisprudenza";

--- Il terzo è che "la sanatoria in questione è stata deliberatamente circoscritta dal legislatore ai soli abusi formali ossia alla carenza del titolo abilitativo ... in modo da escludere le letture sostanzialiste che consentono di regolarizzare opere in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione, ma con essa conforme solo al momento della presentazione della istanza".

Dunque dopo la Corte può dirsi esclusa ogni apertura giurisprudenziale, che pure vi era stata, a recuperare il vecchio istituto: quello della "doppia conformità" diviene principio fondamentale della disciplina del governo del territorio che non può essere derogato a livello regionale;

Il risultato cui giunge la Corte è frutto della lettura che è stata data al sistema dopo l'intervento dell'art. 13 della legge n. 47 del 1985, che ha introdotto la sanatoria a regime con la doppia conformità, in tal modo superando una lettura giurisprudenziale che in precedenza ammetteva il rilascio di titolo postumo a fronte della legittimità rispetto al momento della richiesta di titolo stesso. Quella vecchia lettura si fondava sulla considerazione di come sarebbe stato abnorme trattare normativamente in modo uguale un'opera difforme e una conforme dall'ordine urbanistico vigente al momento della richiesta di sanatoria, dall'altra che la natura della sanzione, ripristinatoria e non afflittiva (cui provvedeva la contestuale norma incriminatrice penale), era in insanabile contraddizione con l'effetto cui avrebbe messo capo, e cioè l'eliminazione di un res licita. Conclusione pratica, questa, che il Consiglio di Stato, con la ben nota **A.p. n. 5 del 17.5.1974**, definiva tout court "aberrante sotto il profilo del pubblico interesse". Il tema della "più generale possibilità di sanatoria" era ben presente nel parere reso **dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, Sezione atti normativi, 29 marzo 2001 n. 52**, che, nell'optare per lasciar libera la giurisprudenza di approfondire il tema della esistenza o meno di una sanatoria "atipica"

confermava, in sostanza, la tesi della non esaustività degli articoli 13 della l. n. 47/1985 e 36 del t. u. n. 380/01.

L'istituto della sanatoria giurisprudenziale creava comunque distonie nel sistema. Si tenga poi conto dell'importanza in tutta la materia dell'art. 45 del DPR 380 del 2001 sul venir meno della punibilità penale in caso di sanatoria. La giurisprudenza penale ha costantemente affermato che tale norma (oltre ad essere limitata ai reati edilizi senza estendersi per esempio alle fattispecie penali in materia sismica e neppure ai reati connessi a cemento armato e paesaggio) non si estende alla <sanatoria giurisprudenziale>: **Cass. Pen. Sez. III, 5 marzo 2013, n. 16769.**

Tutto questo ha un valore storico: il sistema essendosi ormai orientato, come rilevato, nel senso della necessità della <doppia conformità>, principio al quale si conforma anche la legge n. 65 del 2014.

2 – Profilo paesaggistico

In caso di sussistenza di vincolo paesaggistico, la sanabilità edilizia può aversi solo in esito alle irrogazione di sanzioni di cui all'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004, che è la norma sull'autorizzazione paesaggistica postuma, che come sappiamo non è tuttavia concedibile in caso di aumento di volumi e superfici ai sensi del comma 4. Ai sensi del comma 8 dell'art. 209 in esame la sanatoria in ambito paesaggistico richiede la sanabilità paesaggistica e in ambito paesaggistico l'autorizzazione postuma è possibile solo nei limiti del 167, comma 4.

Più specificamente:

--- l'art. 167, al comma 4, del d.lgs. n. 42 del 2004 stabilisce che: “L'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi:

- a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, **che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati;**
- b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica;
- c) per i lavori comunque configurabili quali interventi di **manutenzione** ordinaria o **straordinaria** ai sensi dell' articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 “

--- il decreto Sblocca-Italia (133 del 2014) aggiunge all'art. 3 del dpr 380 del 2001 il seguente periodo:

“Nell'ambito degli interventi di **manutenzione straordinaria** sono ricompresi anche quelli consistenti nel frazionamento o accorpamento delle unità immobiliari con esecuzione di opere anche se comportanti la variazione delle superfici delle singole unità immobiliari nonché del carico urbanistico purché non sia modificata la volumetria complessiva degli edifici e si mantenga l'originaria destinazione di uso”;

--- ecco che allora può porsi il seguente problema di frizione tra la norma sulla sanatoria e il decreto n. 133: dopo lo Sblocca-Italia può esserci “manutenzione straordinaria” anche con aumento di superficie, ma ai fini della sanatoria paesaggistica, se vi rientrano gli interventi di “manutenzione straordinaria”, non sono ammessi aumenti di superficie: può esserci qualche difficoltà che dovrà essere risolta ritenendo che la “manutenzione straordinaria”, ai fini della sanatoria paesaggistica, non può spingersi fino a comprendere aumenti di superficie.

3 - <Silenzio-rigetto>

Adesso il comma 4 dell'art. 209 è esplicito in tal senso e conforme alla disciplina statale di cui all'art. 36 del DPR n. 380 del 2001.

L'art. 140, comma 3, della legge n. 1 del 2005 creava qualche problema interpretativo parlando di “silenzio-rifiuto”, che tecnicamente vuol dire altra cosa (cioè silenzio-inadempimento), ma anche la giurisprudenza locale era “clemente” in questa lettura.

