Gli aspetti edilizi della l.r. 6/2009

Giorgio Baratti*

Sommario

1. Introduzione. – **2. Le c.d. tolleranze costruttive: i precedenti normativi.** – **3. Precisazioni in tema di tolleranze costruttive edilizie.** – **4. La c.d. “prescrizione degli abusi edilizi minori”: i precedenti normativi.** – **5. La disciplina contenuta nel progetto di legge regionale in tema di prescrizione edilizia.** – **6. Conclusioni.**

1. Introduzione

Gli aspetti edilizi che sottopongo alla vostra attenzione sono le c.d. “tolleranze costruttive” e la c.d. “prescrizione degli abusi edilizi minori”.

Entrambi, in passato, caratterizzati da un tratto comune, ovvero, prima, dall’aver trovato una disciplina normativa nell’ambito dei regolamenti edilizi dei Comuni, poi, nell’essere stati oggetto di attenzione al fine di una loro regolamentazione legislativa nel corso dei lavori preparatori che hanno accompagnato l’elaborazione della nuova legge regionale in tema di “Governo e riqualificazione solidale del territorio”.

Tuttavia, con l’emanazione di quest’ultima legge, proprio questo secondo aspetto che li accomunava si è stemperato e i due istituti, almeno per ora, sembrano aver preso strade diverse, perché mentre il primo, relativo alle tolleranze, ha trovato una sua collocazione nella legge che ci occupa, il secondo, in merito alla prescrizione, non risulta disciplinato dalla nuova legge regionale 6/2009.

(*) Avvocato amministrativista, Docente della Scuola di specializzazione in studi sull’Amministrazione pubblica (SPISA) dell’Università degli studi di Bologna.

Resta il fatto che ambedue attengono, *latu sensu*, ai profili sanzionatori della disciplina edilizia e da questo punto di vista si può giustificare, pur in assenza del consolidamento di una prospettiva legislativa comune, anche un accenno alla prescrizione degli abusi edilizi minori.

Le brevi note che seguono hanno perciò il limitato scopo di offrire alcuni spunti per aprire una discussione su aspetti interessanti e problematici della materia edilizia.

2. *Le c.d. tolleranze costruttive: i precedenti normativi*

Sulla scorta del regolamento tipo approvato dalla Giunta della Regione Emilia-Romagna nel 1995, alcuni regolamenti edilizi dei Comuni contenevano già norme intese a considerare tollerabili le difformità verificatesi in sede di costruzione a condizione che non eccedessero, per singola unità immobiliare, il due per cento delle misure prescritte (qui per comodità espositiva si farà riferimento ai regolamenti del Comune di Bologna).

Tale tolleranza, tuttavia, risultava inapplicabile in alcuni casi, quali, ad esempio, le distanze minime fra fabbricati e dai confini normativamente prescritti ed, ancora, relativamente all'allineamento dei fabbricati, per le misure lineari minime e i requisiti tecnici.

Salvo, perciò, i casi espressamente esclusi, la tendenziale genericità delle norme intese a tollerare lievi difformità costruttive rispetto al titolo abilitativo mentre, da un lato, poteva lasciar pensare ad una generale applicabilità dell'istituto, dall'altro, nei singoli casi concreti, poteva dare adito a contrasti interpretativi così lasciando aperto il problema di fondo relativo alla necessità di individuare i parametri da assumere per stabilire se vi fosse stata o meno violazione della tolleranza dimensionale consentita in sede di costruzione dell'immobile.

Alla risoluzione del problema poteva concorrere il riferimento ad una norma statale – l'art. 41-*ter* della legge urbanistica

n. 1150 del 1942, come introdotto dall'art. 15 della c.d. legge ponte n. 765 del 1967 (oggi sostanzialmente trasfuso nell'art. 49 t.u. Edilizia d.P.R. 380/2001) – che seppur dettata per finalità diverse, ovvero per ragioni “fiscali”, prevedeva anch'essa una tolleranza dimensionale del due per cento precisando però come l'eventuale contrasto tra quanto realizzato e quanto assentito dal titolo abilitativo dovesse riguardare “violazioni di altezza, distacchi, cubatura o superficie coperta”.

Proprio dal dettato di questa norma statale ha preso lo spunto il nostro legislatore regionale per disciplinare le c.d. tolleranze costruttive, tanto che – come si può leggere nella relazione che accompagna il progetto della legge che ci occupa – la citata norma statale è stata assunta quale espressione di un principio di tolleranza applicabile anche alle questioni edilizie e perciò il contrasto fino al due per cento tra l'opera realizzata e le misure previste nel titolo abilitativo non deve comportare l'applicazione di sanzioni amministrative⁽¹⁾.

Con la nuova legge 6/2009 (art. 59) le tolleranze costruttive in campo edilizio hanno trovato perciò una collocazione legislativa anche nella nostra Regione, attraverso l'introduzione dell'art. 19-*bis* della legge 23/2004, che prevede come “il mancato rispetto dell'altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta o di ogni altro parametro o dimensione delle singole unità immobiliari non costituisce violazione edilizia se contenuto entro il limite del due per cento delle misure previste nel titolo abilitativo”.

(1) Per contro si può ricordare come in passato il Consiglio di Stato si fosse espresso nel senso che la tolleranza del 2% delle misure previste per le distanze tra i fabbricati di cui all'art. 41-*ter* l.u. “espliciti la sua efficacia esclusivamente con riferimento alla concessione delle agevolazioni fiscali... ma non anche in relazione alla materia urbanistica” (Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 1990, n. 373, in *Cons. Stato*, 1990, I, 566).

3. *Precisazioni in tema di tolleranze costruttive edilizie*

Premesso che quando si affrontano le questioni che attengono all'individuazione delle c.d. tolleranze costruttive in campo edilizio le soluzioni vanno ricercate nel senso di giustificare quelli che le diverse norme definiscono quali semplici "contrast", "scostamenti", "difformità" e non invece abusi, la prima cosa che si può notare è che il nostro legislatore regionale ha affrontato l'argomento parlando di "mancato rispetto" dei parametri nella stessa norma richiamati, sottolineando poi come il suo contenimento nel limite percentuale previsto "non costituisce violazione edilizia".

Nulla dice, peraltro, circa il momento dell'accertamento, argomento affrontato invece sia nei regolamenti edilizi (si vedano, ad esempio, art. 123 delle norme di principio del precedente regolamento edilizio del Comune di Bologna e, oggi, art. 100 del RUE) dove si può leggere che tali difformità vanno "rilevate a processo edilizio concluso", sia nell'art. 49 del t.u. Edilizia che (a differenza del precedente art. 41-ter l.u. del 1942) parla di interventi "realizzati", ovvero usa un participio che può essere significativo per sostenere che il momento rilevante in cui compiere la valutazione dell'eventuale difformità dell'intervento edilizio dal titolo abilitativo è il momento in cui l'intervento è completo⁽²⁾.

Per quanto poi concerne l'entità delle difformità tollerabili il nostro legislatore regionale ha indicato il tetto massimo del "due per cento" a differenza di quanto previsto in altre leggi regionali che – in particolare trattando delle c.d. "difformità parziali" – hanno escluso da tale categoria, e perciò dalla sanzionabilità, le "variazioni ai parametri edilizi che non superino, per ciascuno di essi, la tolleranza di cantiere del tre per cento" (si vedano, in particolare, le leggi regionali Abruzzo 13 luglio 1989, n. 52, art. 7 e Sicilia 10 agosto 1985, n. 37, art. 7).

(2) In questo senso si veda C. GARBARINO, in *Commentario al Testo Unico dell'Edilizia* (a cura di R. FERRARA e G. FERRARI), Padova, 2005, p. 547.

Come entità di confronto, poi, per operare la verifica circa la regolarità o meno degli interventi edilizi in contrasto con il titolo abilitativo, il nuovo art. 19-*bis* introdotto dalla legge regionale in esame considera la “singola unità immobiliare”.

Entità di confronto, già presente nei regolamenti comunali (ad es.: precedente regolamento edilizio del Comune di Bologna – art. 123 – e attuale RUE – art. 100) e nell’art. 41-*ter* della l.u. del 1942 nonché, oggi, nell’art. 49 t.u. Edilizia che tuttavia può dare adito a perplessità circa il suo significato.

In altre parole, mentre in base ad una interpretazione letterale della norma in commento il termine “singola” – apparentemente pleonastico in relazione alla nozione di unità – sembra usato dal legislatore per indicare la minima porzione immobiliare, avente una sua autonomia funzionale, nell’ambito dell’edificio (o del fabbricato), d’altra parte non si può dimenticare che in ipotesi edificio e unità immobiliare possono finire anche per coincidere⁽³⁾.

Ad esempio, scorrendo il nuovo RUE di Bologna (art. 20) si rinviene una definizione di unità immobiliare intesa come “la più elementare aggregazione di vani edilizi avente caratteristiche di continuità fisica, autonomia funzionale e individualità spaziale”, mentre per edificio (o organismo edilizio o unità edilizia) si intende un “fabbricato morfologicamente e funzionalmente riconoscibile”, con la precisazione che “l’edificio è composto da una o più unità immobiliari”⁽⁴⁾.

(3) In merito all’unità immobiliare intesa come porzione di un edificio si può ricordare la giurisprudenza tributaria che ha sottolineato come la decadenza dai benefici tributari prevista dall’art. 41-*ter* della l.u. del 1942 si applichi non solo alla singola unità immobiliare (usando l’espressione nel senso della legislazione censuaria) cui l’infrazione alla normativa urbanistica si riferisce, ma all’intero edificio del quale l’unità stessa faccia parte (cfr., ad es., Comm. trib. centr., sez. un., 29 aprile 1988, n. 3798, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, 1042), così in altre parole indicando come entità di confronto per valutare l’infrazione la singola unità immobiliare, ancorché poi la decadenza dai benefici fiscali si estenda all’intero edificio.

(4) Secondo il precedente regolamento edilizio del Comune di Bologna – art. 8 delle Norme di Principio – l’unità immobiliare era intesa come “la più elementare aggregazione di vani edilizi ordinariamente coincidente con la partizione catastale,

Tanto che, sullo sfondo di un siffatto contesto, per la concreta applicazione delle tolleranze costruttive più che l'entità di confronto astrattamente intesa sembra piuttosto sovvenire il riferimento a quanto previsto nel titolo abilitativo.

Da ultimo, occorre sottolineare che l'art. 19-*bis* della legge regionale 23/2004 dopo aver espressamente indicato, come abbiamo visto, alcuni parametri edilizi – altezza, distacchi, cubatura, superficie coperta – aggiunge “e di ogni altro parametro o dimensione”, senza prevedere alcuna esclusione o limitazione, né contenere altre precisazioni.

Sotto questo profilo, pertanto, si evidenzia una palese differenza tra la norma legislativa in commento e quelle regolamentari a cui ci avevamo abituato i Comuni che, mentre da un lato peccavano per difetto rispetto all'indicazione dei parametri, dall'altro oggi sembrano discostarsi per eccesso in relazione ai casi di esclusioni in esse contenuti e non presenti, invece, nella norma regionale in commento.

Questa constatazione non sembra, tuttavia, creare particolari problemi per quanto concerne la possibilità di mantenere ferme esclusioni regolamentari relative alle distanze minime e all'allineamento dei fabbricati, specie se si conviene di tenere distinti questi ultimi dalle singole unità immobiliari, mentre altrettanto non si può dire per quelle disposizioni comunali che escludono la tolleranza “per le misure lineari minime e per i requisiti tecnici” a fronte della nuova legge regionale che invece prevede la tolleranza anche per “ogni altro parametro o dimensione delle singole unità immobiliari”. Tanto che può essere difficile ipotizzare la sopravvivenza di altri casi di esclusione, almeno se ed in quanto riconducibili a elementi valutabili in termini dimensionali⁽⁵⁾.

avente caratteristiche di continuità fisica e di autonomia funzionale”; mentre per edificio si intendeva “un fabbricato avente autonomia strutturale e funzionale ed individuato da uno o più numeri civici”.

(5) A proposito dei requisiti tecnici si può però osservare che il RUE del Comune di Bologna – art. 100 – precisa che per i relativi livelli prestazionali sono ammesse

A fronte dei precedenti rilievi (ma se ne potrebbero fare anche altri), è auspicabile un intervento da parte della Regione inteso a fornire precisazioni tali da consentire, in conclusione, una applicazione coerente ed uniforme della norma in commento.

4. *La c.d. “prescrizione degli abusi edilizi minori”: i precedenti normativi*

Sempre sulla scorta del regolamento edilizio tipo del 1995, si ritrovavano e si ritrovano delle disposizioni comunali che individuano un termine di prescrizione per gli abusi edilizi c.d. minori, cioè per quegli interventi abusivi che non comportano alterazione della sagoma planivolumetrica o nuova costruzione o aumento di superficie utile e che normalmente si riferiscono, ad esempio, ad opere di manutenzione straordinaria o di restauro e risanamento conservativo.

In verità tanto i regolamenti edilizi comunali (ad es. quello di Bologna), quanto quello “tipo” pur intitolandosi e/o parlando (es. RUE Bologna) di “prescrizione”, poi, specificano come i citati interventi abusivi non comportino l’applicazione di sanzioni trascorso un determinato termine dalla loro ultimazione (10 anni; 5 anni per opere di manutenzione straordinaria e per opere interne), perché a quel punto ritenuti “sanati” agli effetti amministrativi (il regolamento tipo recitava addirittura “a tutti gli effetti”).

Si evidenzia così una sorta di “sanatoria per decorso del tempo” che finisce per proporre un’interazione tra il tema della prescrizione e quello della sanatoria ed in particolare della sanatoria c.d. giurisprudenziale (anch’essa disciplinata dal nostro

tolleranze se indicate nella formulazione del requisito stesso. Inoltre, per i livelli di prestazione dei requisiti non espressi con misure lineari, di superficie e di volume sottolinea come sia ammessa solo la tolleranza indicata espressamente nella normativa esplicitamente richiamata in riferimento al requisito ovvero è ammessa la tolleranza indicata per lo strumento di misura.

legislatore regionale nell'art. 17, comma 2, della l.r. 23/2004 ma, come è noto, oggi contestata da una parte della dottrina e della giurisprudenza sul presupposto che, dato il tenore dell'art. 13 della legge 47/1985 e dell'art. 36 t.u. Edilizia, tale sanatoria finisce per violare il principio di legalità)⁽⁶⁾.

In altri termini, tra l'uno e l'altro istituto sembra ravvisabile una relazione almeno nella misura in cui entrambi possono esprimere il tentativo di consentire una sorta di titolo edilizio "postumo" e quindi, sotto l'aspetto pratico, di fornire una possibile risposta all'esigenza di certezza nei rapporti giuridici ed economici implicati dalla disciplina urbanistico-edilizia.

Una disciplina, si può aggiungere, che sotto il profilo sanzionatorio è assai complessa ma che non ha mai conosciuto a livello legislativo generale l'istituto della prescrizione e che, anche per questa ragione, ha portato l'interprete a interrogarsi su come evitare ingiustizie allorquando dato un lungo lasso di tempo trascorso, oppure in presenza di altre ragioni, si potesse ritenere che, in sostanza, non vi fosse più un interesse così rilevante e preminente per la sanzionabilità dell'abuso.

Proprio questa ragione pratica sta a fondamento della ormai storica ricostruzione della "sanatoria giurisprudenziale", anch'essa nata dalle carenze del nostro ordinamento positivo e fondata sul carattere che tradizionalmente veniva attribuito alla sanzione urbanistico-edilizia per eccellenza – la demolizione – quale misura reale (che cioè cade sulla *res* e con essa si trasferisce) e riparatoria, sostanzialmente legata alla natura discrezionale del potere amministrativo in materia, così da far apparire ingiusta la sanzionabilità di interventi edilizi che successivamente alla loro commissione non potessero più ritenersi abusivi in quanto divenuti conformi alle diverse, sopravvenute, scelte operate dall'Amministrazione.

(6) In merito agli orientamenti in tema di sanatoria giurisprudenziale si vedano: A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive: un istituto che non convince*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2007, pp. 339 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2306, in *Riv. giur. ed.*, 2006, I, 1297 ss.

Ed in questo contesto forse si può dire che la sanatoria giurisprudenziale finiva in certo qual modo per contribuire a risolvere anche problemi lasciati aperti dalla mancanza di prescrizione degli abusi edilizi.

5. La disciplina contenuta nel progetto di legge regionale in tema di prescrizione edilizia

Il progetto di legge regionale prevedeva (all'art. 49) l'introduzione, nella l.r. 23/2004, dell'art. 17-*bis* inteso a disciplinare gli effetti che il mancato accertamento o la mancata denuncia degli interventi edilizi attuati in assenza o in difformità dal titolo (riguardanti la manutenzione straordinaria, il restauro e il risanamento conservativo, le opere interne ed esterne senza modifiche ai volumi, alle superfici utili, alle destinazioni d'uso ed al numero delle singole unità immobiliari) avrebbe determinato sul regime degli immobili.

In altre parole, la norma stabiliva la non applicazione delle sanzioni amministrative edilizie – demolizione e sanzioni pecuniarie – per le descritte difformità minori, non aventi rilevanza penale, decorsi dieci anni dalla data di ultimazione dei lavori.

Orbene, lasciando da parte l'entità del termine (che peraltro, a differenza di quanto previsto nei regolamenti edilizi comunali, era unico e di dieci anni), è interessante notare che l'art. 17-*bis* formalmente non parlava mai di prescrizione ed anzi si intitolava “modalità semplificate di legittimazione di interventi attuati in assenza o in difformità dal titolo edilizio”.

Tra le diverse “modalità” oltre alla prescrizione contemplava poi, come già avviene nei regolamenti comunali, anche la possibilità, per il responsabile dell'intervento o per l'attuale proprietario dell'immobile, di richiedere – in qualunque tempo – la “sanatoria” oppure la “legittimazione” degli interventi attraverso il pagamento delle sanzioni previste dalla legge.

Ma soprattutto è interessante notare che l'introduzione di un termine di prescrizione (ancorché formalmente non menzionato

come tale) era espressamente inteso e giustificato dal legislatore regionale dalla necessità di “salvaguardare” il “legittimo affidamento”.

6. Conclusioni

La constatazione della esplicita finalità che il legislatore regionale si accingeva a perseguire attraverso la previsione di un termine di prescrizione, avrebbe forse potuto dischiudere interessanti scenari interpretativi intorno al principio, rivisitato, di legittimo affidamento, magari cercando di coniugare sempre di più aspetti teorici e pratici della materia che ci occupa.

Il compito è certamente troppo arduo per essere affrontato in questa sede, ma lo stimolo offerto dal legislatore regionale spinge la fantasia dell'interprete al di là di una rigorosa ricostruzione teorica, portandolo in prima battuta a concentrarsi piuttosto sull'aspetto pratico del principio di legittimo affidamento che esaltandone cioè i fondamenti – *certezza del diritto ed esigenza di garantire la stabilità dei rapporti giuridici* – possa eventualmente condurre a riconoscerne una prevalenza rispetto all'esigenza della legalità strettamente intesa, anche oltre i casi nei quali normalmente tale principio trova applicazione.

È noto infatti che nella nostra materia questo principio, derivante dalla tradizione comunitaria, si attaglia piuttosto alle situazioni di vantaggio assicurate in capo ai soggetti privati da atti dell'autorità amministrativa (che non possono essere successivamente rimosse se non a fronte di insuperabili e motivate esigenze di interesse pubblico), per cui qualora si sia creata in capo ad una persona una posizione di aspettativa legittima questa può prevalere in determinati casi sull'opposta esigenza dell'eliminazione di una misura illegittima ovvero non più conforme agli interessi collettivi⁽⁷⁾.

(7) Sul legittimo affidamento quale principio elaborato principalmente dalla giurisprudenza comunitaria e sui suoi contenuti cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008, pp. 247 ss.

Ma è anche vero, tuttavia, che le intenzioni espresse dal nostro legislatore regionale nei lavori preparatori della legge in esame sembravano giustificare l'introduzione della prescrizione con la necessità di garantire le aspettative riconducibili ai fondamenti del principio in discorso, cercando cioè di aumentare il grado di certezza e di stabilità nei rapporti giuridici che incidono sul regime degli immobili tanto che, forse non a caso, la prescrizione finiva per aggiungersi ed essere inserita in una norma che richiamava anche istituti quali la sanatoria e la legittimazione mediante il pagamento delle sanzioni.

D'altra parte, dopo la novella del 2005 in base all'art. 1 della legge 241/1990 anche il principio di legittimo affidamento di derivazione comunitaria rappresenta (così come quello di proporzionalità che si potrebbe invocare per sostenere l'istituto della sanatoria giurisprudenziale) un fondamento che concorre a disciplinare in generale l'attività amministrativa.

Su questa riflessione che vuole semplicemente essere una "provocazione" per aprire un dibattito – in questa sede – su un aspetto sanzionatorio in verità assai più complesso della limitata prospettiva in cui qui è stato ricondotto, si può concludere con l'auspicio che il nostro legislatore regionale voglia presto riconsiderare il tema della prescrizione, oggi lasciato alla sola iniziativa delle norme regolamentari comunali.