

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/11/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38776-la-fiscalizzazione-delle-sanzioni-edilizie-ex-art-31-e-38-d-p-r-380-2001-differenze-e-limiti>

Autore: Fabio Saverio Romito

La fiscalizzazione delle sanzioni edilizie ex art. 31 e 38 d.P.R 380/2001: differenze e limiti

La fiscalizzazione delle sanzioni edilizie ex art. 31 e 38 d.P.R 380/2001: differenze e limiti.

Il presente lavoro intende sviluppare una riflessione rispetto al dibattuto tema inerente la fiscalizzazione delle sanzioni in materia di abusi edilizi.

Il d.P.R n.380/2001 (anche noto come Testo Unico dell'edilizia), infatti, prevede diverse tipologie di sanzioni che incidono sostanzialmente nella sfera della soggettività passiva delle stesse per i destinatari.

La comparazione che si intende promuovere con il presente lavoro, (che ha anche riannodato i fili della più recente giurisprudenza in materia) attiene alla differente natura delle previsioni contenute negli artt. 31 e 38 del Testo Unico, ed evidentemente alla loro portata applicativa.

Appare dunque opportuno analizzare la ratio stessa della disposizione normativa in esame, e cioè dell'art. 38 D.P.R 380/2001.

Essa non può non rinvenirsi nella necessità di introdurre un regime sanzionatorio differente, per le opere costruite in virtù di un titolo abilitativo poi revocato, rispetto a quello ben più severo previsto dall'art. 31 che invece dirime la disciplina sanzionatoria relativa alle opere costruite in assenza o totale difformità del titolo abilitativo.

Tale disposizione trae origine dall'art.11 della legge n.47/1985 che a sua volta muoveva dalle disposizioni contenute nell'art.15 della legge n. 10/1977.

Le norme citate avevano quale comune denominatore la circostanza che qualora non fosse stata possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, l'Amministrazione sarebbe stata tenuta ad applicare una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere abusivamente eseguite in luogo della più grave sanzione ripristinatoria.

Questa mitigazione sanzionatoria è correlata alla diversa natura delle irregolarità edilizie disciplinate nelle due norme in quanto una si occupa di sanzionare opere realizzate in totale assenza di qualsivoglia titolo abilitativo (art. 31), l'altra deve tener conto della circostanza che invece il titolo abilitativo inizialmente rilasciato veniva poi successivamente rimosso (art.38).

Non possono infatti paragonarsi gli abusi dovuti alla mancata osservanza o alla assenza dei titoli abilitativi prescritti dalle norme in materia edilizia con quelli che invece sono divenuti tali solo nel momento in cui il titolo abilitativo precedentemente rilasciato cessava di esistere a causa di una pronuncia giurisdizionale o per una successiva decisione dell'Amministrazione (in autotutela) o per altre cause.

Le considerazioni dianzi riportate possono essere desunte anche dal diverso e dirimente tenore letterale delle due disposizioni normative in parola, dal momento che mentre l'art. 31 al comma secondo prevede che *“il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'art.32, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione...”* l'art. 38 dispone che *“in caso di annullamento del permesso, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa”* senza quindi fare riferimento alcuno circa la potenziale soggettività passiva dell'attuale proprietario. Vi sono due posizioni meramente patrimoniali che devono quindi essere poste sullo stesso piano e per le quali non può che riespandersi il principio debito – responsabilità che impone all'Amministrazione (anche in ragione di elementari principi di economia processuale) di agire solo nei confronti dell'effettivo autore dell'abuso, senza compiere inutili passaggi nei confronti di chi non è tale.

Tale evidente trattamento di favore è teso a tutelare il legittimo e qualificato affidamento ingenerato dall'iniziale concessione del titolo abilitativo da parte dell'Amministrazione che soltanto in un secondo momento, successivo all'acquisto o costruzione dell'immobile, è stato poi revocato.

Ciò si deve principalmente per l'imputabilità ascrivibile all'Amministrazione del comportamento illegittimo che l'incolpevole destinatario ha posto in essere.

Vieppiù, è proprio la natura pubblicistica dell'ordine di rimessione in pristino ad impedire al principio civilistico della *res inter alios acta* di spiegare i suoi effetti (Cass.pen, n.3046/2001).

In tal caso, oltre all'espreso dettato normativo, la preminenza dell'interesse urbanistico (alla cui tutela è diretto il provvedimento) rispetto a quello privatistico alla conservazione del bene da parte dell'avente causa, fa passare in secondo piano l'aspetto affittivo della sanzione e quindi il carattere personale della stessa (Cass.pen Sez. III, 24/11/1999 n. 3720).

La ratio dell'ordine di demolizione, orbene, è senza dubbio quella di ripristinare (mediante la demolizione, appunto, delle opere abusive) le condizioni previste dallo strumento urbanistico violato, nel preminente interesse pubblicistico a vedere conservato l'assetto inizialmente previsto.

In siffatti casi, evidentemente, la figura del responsabile dell'abuso non si identifica solo con colui che l'ha posto in essere, ma deve necessariamente traslarsi anche nei confronti di colui il quale ha la materiale disponibilità del bene.

L'ordine di demolizione non può dunque equipararsi alla sanzione pecuniaria irrogata al proprietario, dal momento che il primo non ha natura sanzionatoria ma deve ritenersi un provvedimento di tipo ripristinatorio teso ad eliminare le conseguenze della violazione edilizia. E' solo l'ordine di demolizione, dunque, a poter essere rivolto anche a chi pur non essendo il responsabile dell'abuso, ha la disponibilità dell'opera e non già anche la sanzione pecuniaria che invece possiede un carattere meramente patrimoniale e che si sostituisce, di fatto, a quella demolitiva.

Solo in presenza di questa condizione, quindi, può essere giustificata l'estensione della soggettività passiva e il conseguenziale transito della sanzione.

La sostanziale differenza che sottende la ratio stessa dell'art. 31 è quindi ulteriormente rinvenibile nel concetto che *“la legittimazione passiva del proprietario non responsabile dell'esecuzione del provvedimento di demolizione è espressamente prevista dall'art.31 comma 2 d.P.R 380/2001 ed è spiegabile con il fatto che il proprietario, proprio in virtù del suo diritto dominicale, può eseguire la prescrizione ripristinatoria fatti salvi i rapporti interni con il responsabile in ordine al risarcimento dei danni e al rimborso delle spese sostenute (TAR Lazio – Roma n.10470/10, TAR Campania – Napoli n.13455/08; Cass. penale n.39322/09).*

Va, per altro, specificato che l'assenza di responsabilità del proprietario, se non incide sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione, rileva nella fase successiva all'adozione della stessa precludendo, nel caso d'inottemperanza, l'acquisizione del bene così come previsto dall'art. 31 comma terzo d.P.R n.380/2001 che ricollega tale sanzione alla sola inottemperanza del responsabile” (TAR Lazio – Roma n. 381/2011). A maggior ragione, dunque, deve essere preclusa la sanzione pecuniaria successiva.

Costituisce, infatti, ius receptum il principio secondo cui è illegittima la sanzione *“emessa non già nei confronti dell'effettivo autore degli abusi edilizi, bensì nei confronti dell'acquirente in buona fede dell'immobile”* (cfr., ex multis, da ultimo, TAR Campania, Salerno, Sez. I, 8.6.2015 n.1348; cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4.3.2014 n.1016).

Si è affermato, infatti, con la decisione da ultimo richiamata, che *“le sanzioni in materia edilizia non sono legittimamente adottate nei confronti dei proprietari attuali degli immobili”* ogniqualvolta *“l'acquirente ed attuale proprietario del manufatto, destinatario del provvedimento di rimozione non sia responsabile dell'abuso”* (cfr. Cons. Stato, n.1016/2014).

Tali speciali casi meritano, dunque, per concorde giurisprudenza, un diverso atteggiamento (con riferimento al regime sanzionatorio) che impone all'Amministrazione di motivare l'ordine di riduzione in ripristino di opere abusivamente realizzate, per dare conto dell'affidamento ingeneratosi in capo al proprietario in buona fede in conseguenza del decorso del tempo.

L'abusività dell'opera ha una caratterizzazione prettamente reale, e dunque è idonea in potenza a "seguire" l'immobile anche nei successivi trasferimenti di proprietà.

Ciò considerato, in casi limite si può tuttavia pervenire a considerazioni parzialmente difformi: *"ciò può avvenire in casi in cui sia pacifico che l'acquirente ed attuale proprietario del manufatto, destinatario del provvedimento di rimozione non è responsabile dell'abuso; che l'alienazione non sia avvenuta al sol fine di eludere il successivo esercizio dei poteri repressivi; che tra la realizzazione dell'abuso, il successivo acquisto, e più ancora, l'esercizio da parte dell'autorità dei poteri repressivi sia intercorso un lasso temporale ampio."*

In siffatti casi *"nel palese stato di buona fede del privato, l'amministrazione deve motivare in ordine alla sussistenza di sì rilevanti esigenze pubblicistiche, tali da far ritenere recessivo lo stato di buona fede dell'attuale proprietario dell'abuso"* (cfr. Cons. Stato, n. 3933 del 14.8.2015).

Deve ulteriormente considerarsi che *"in linea di diritto va rilevato che ogni sanzione amministrativa, anche in materia edilizia, va comminata nei confronti del responsabile dell'abuso edilizio contestato che, ai sensi dell'art. 29 d.P.R 380/2001, è non soltanto il costruttore, ma anche il committente delle opere edilizie abusive. Il proprietario non autore dell'abuso e non committente delle opere può ritenersi corresponsabile soltanto ove emerga un suo coinvolgimento doloso o colposo nella realizzazione dell'abuso stesso"* (cfr. TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II 26.9.2007 n.2205; TAR Liguria, sez. I., 5.7.2011 n. 1051).

Per fugare ogni possibile residuale dubbio rispetto alla differente applicazione delle sanzioni in ambito edilizio in merito a quelle avente carattere ripristinatorio, appare utile ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.345 del 1991 la quale stabilì che *"l'acquisizione gratuita dell'area non è dunque una misura strumentale, per consentire al Comune di eseguire la demolizione, né una sanzione accessoria di questa, ma costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione, abilitando poi il sindaco ad una scelta fra la demolizione di ufficio e la conservazione del bene, definitivamente già acquisito, in presenza di prevalenti interessi pubblici (esattamente come previsto nei casi disciplinati dall'art. 38, n.d.r) , il che significa per la destinazione a fini pubblici, sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali. Da quanto precede deve dedursi che, essendo l'acquisizione gratuita una sanzione prevista per il caso dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolire, essa, come risulta dalla stessa formulazione*

del terzo comma dell'art. 7 della legge in questione, si riferisce esclusivamente al responsabile dell'abuso, non potendo di certo operare (...) nella sfera di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area quando risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva.”

La disputa dottrinale e giurisprudenziale in materia, è senz'altro ancora oggi materia di grande interesse e, probabilmente, per interpretare definitivamente la ratio della norma in parola sarebbe opportuna una pronuncia da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.