

DISSENSI

Rivista critica di diritto urbanistico

La “altezza media degli edifici preesistenti e circostanti”
Note critiche sulla definizione tratteggiata di un ambiguo
parametro urbanistico-edilizio

di Benedetto Graziosi

Bologna, 21 maggio 2016

La “altezza media degli edifici preesistenti e circostanti” Note critiche sulla definizione tratatizia di un ambiguo parametro urbanistico-edilizio

di Benedetto Graziosi

Sommario: 1. Standard, parametri urbanistico-edilizi nella L. 16.8.1967 n. 765 e nel D.I. n. 1448/1968 ieri e oggi (cenni). 2. I limiti di altezza nella zona B per le norme del D.I. e per le omologhe norme locali. 3. Gli edifici “*circostanti*” secondo il D.I. e secondo le norme locali. 4. Natura urbanistica del parametro attinente alla densità territoriale e non al rapporto fondiario. 5. Rigidità della zonizzazione B, sua disapplicazione e caducazione del limite “*inderogabile*”. 6. Limiti quantitativi di edificabilità e tutela reale.

1. Standard, parametri urbanistico-edilizi nella L. 16.8.1967 n. 765 e nel D.I. n. 1448/1968 ieri e oggi (cenni).

Vi sono norme che nei rispettivi ordinamenti godono di un’aura di sacralità.

In quello urbanistico-edilizio è certamente questo il caso del D.I. 2 aprile 1968 n. 1444 nella parte in cui detta dei limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati, nonché rapporti massimi di spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, Sa verde pubblico o parcheggi⁽¹⁾.

La vicenda è notissima.

⁽¹⁾ Tutti i testi istituzionali ne fanno una ampia trattazione. Si può vedere, tra questi, per tutti, G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, 80 e ss.; A. ed E. FIALE, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2011, 497 e ss.; G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 393. La giurisprudenza che affronta gli svariati contenuti delle singole norme è sterminata anche se di non sempre facile sistematizzazione. Sul valore giuridico degli *standard*, conseguente all’efficacia di legge dello Stato del D.I. 2.4.1968 n. 1444 e sulla sua prevalenza sulle fonti regolamentari esiste una giurisprudenza ferrea sia amministrativa (Cons. Stato, Sez. IV, 22.1.2013 n. 354; Corte Cost. n. 232/2005), sia civile (Cass., Sez. II, 11.11.2014 n. 24013; Cass., Sez. III, 12.1.2012 n. 10431), sia soprattutto penale (cfr. da ultimo Sez. III, 29.1.2014 n. 5791).

L'art. 17, 8° e 9° c., della legge 6.8.1967 n. 765 (la *legge ponte*) stabiliva un contenuto (minimo) obbligatorio per tutti gli strumenti urbanistici, che viene, appunto, comunemente definito uno *standard* e che riguarda, congiuntamente, sia gli spazi pubblici (quelli che oggi vengono chiamati dotazioni territoriali) sia i *moduli* di densità, altezza, distanza dell'edificio pubblico e privato. Di questi ultimi si è recentemente proposta la definizione di "*parametri urbanistici ed operatività differita*" (PAGLIARI) che ben coglie la loro natura nel procedimento di formazione dei contenuti pianificatori *necessari* e con essa il paradigma della loro efficacia normativa⁽²⁾.

E' noto che è a questo fine che è stata introdotta, nell'ordinamento, la zonizzazione, articolata su varie zone omogenee, come categoria concettuale equivalente a quella di destinazione urbanistica funzionale⁽³⁾ cui rapportare in principalità le necessarie quantità di "*spazi pubblici*". Istituto che è divenuto un dato strutturale nella legislazione nazionale e regionale permeando tutti gli altri settori dell'ordinamento – *in primis* quello tributario. La legislazione urbanistica regionale ne ha, infine, preso le distanze, quanto meno con riferimento ai concetti di "zona" e "destinazione", ricorrendo ad altre categorie come "*Ambito*" e simili.

Gli standard (parametri urbanistici) di densità, altezza, distanze sono invece rimasti immutati e vengono correntemente applicati. Può dirsi che sono stati unanimemente considerati inderogabili, non solo dagli strumenti urbanistici, ma dagli stessi legislatori regionali⁽⁴⁾.

Anche la giurisprudenza ritiene, del resto, che la disciplina delle distanze – ma l'affermazione è estensibile ovviamente all'altezza essendo contenuta in una norma che è stata emanata su delega dell'art. 17 L. n. 765/1967 – abbia

⁽²⁾ Cfr. anche P. URBANI-S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico*, Torino, 2010, pp. 88-89, che, parlando di *standard ope legis* lo assimila alle misure di salvaguardia e, figurativamente, lo definisce "*piano regolatore fittizio*".

⁽³⁾ Sul valore della zonizzazione (in disparte la sua conclamata inderogabilità) non vi è stato in realtà, un approfondimento particolare. Si veda, tra tutti, M. MIGLIORANZA, *Le funzioni delle zone e degli edifici: individuazione e conseguenze*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2005, 245.

⁽⁴⁾ In *pro* di questa inderogabilità (cfr. però, per le obiezioni a tale orientamento B. GRAZIOSI, *Commento all'art. 9 l. reg. n. 47/1978*, in *Regione e Governo Locale*, n. 5, 1981) vi è certamente l'opinione del legislatore statale, che ha ritenuto di doverne assolvere le regioni con una norma di legge (l'art. 30 del D.L. n. 69/2013, conv. in L. n. 98/2013) che ha introdotto l'art. 2bis del T.U. n. 380/2001 proprio come norma attributiva di una competenza legislativa regionale derogatoria degli *standard* (cfr. M. D'ORSOGNA, *Commento all'art. 2bis*, in *Testo Unico dell'Edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2015, p. 33ss.). L'opinione prevalente, molto prudente nel superare l'inderogabilità, si appoggia su un orientamento della Cassazione e della Corte Costituzionale (n. 114/2012; n. 173/2011; n. 232/2005) che danno valore decisivo all'inquadrabilità della materia nell'ordinamento civile, eccedente l'urbanistica.

efficacia di legge dello Stato⁽⁵⁾.

L'affermazione poteva avere una sua – peraltro discutibile – validità fino all'entrata in vigore dell'ordinamento regionale. Ma oggi la questione di come si configuri la concorrenza delle fonti pare però più complessa.

In verità infatti la legge ponte al 9° c. dell'art. 17 non conferiva tanto al D.M. “*efficacia di legge dello Stato*”, come dice la giurisprudenza, ma, al contrario, *delegificava* tutta la materia degli standard, riservandola al potere *regolamentare* dello Stato. Ma con l'attuazione dell'ordinamento regionale (e vieppiù con l'avvento del titolo V) ed andata a regime ex art. 117, 2° c. Cost. la competenza legislativa concorrente, è oggi problematico ipotizzare la fisiologica prevalenza del potere *regolamentare statale* – che è la natura giuridica propria del D.I. n. 1444/1968 – *nella costituzionale concorrenza con il potere legislativo regionale*.

Al netto della (un po' forzata) riconducibilità della materia all'ordinamento civile, il tema dei parametri edilizi/urbanistici appare, *naturalmente* pertinente all'urbanistica e ai paradigmi della pianificazione, di cui i primi sono lemmi essenziali.

2. I limiti di altezza nella zona B per le norme del D.I. e per le omologhe norme locali.

Queste brevi considerazioni preliminari valgono a chiarire il quadro complessivo in cui, a proposito del limite di altezza degli edifici nelle zone B stabilito dall'art. 8 D.I. n. 1444/1968, è maturato un orientamento prima normativo, poi, di conserva, giurisprudenziale, che si presta alla formulazione delle osservazioni critiche che sono lo scopo del presente contributo.

Sotto il profilo normativo può constatarsi che, come si è detto, gli strumenti urbanistici (piani regolatori, regolamenti edilizi) non hanno avuto dubbi sulla assoluta necessità di adeguarsi alle prescrizioni dell'art. 8 del D.I. n. 1444/1968 a proposito di questi parametri, e cioè che questi rappresentano, come si dice correntemente, un “*limite esterno alla discrezionalità*”

(5) Cfr., oltre le sentenze citate in nota 1, Cons. Stato, Sez. IV, 1.9.2015 n. 4077 e Sez. IV, 2.12.2013 n. 5732 sulla inderogabilità rispettivamente degli artt. 8 e 9 del Decreto. Cfr. inoltre Cass., SS.UU., 7.7.2011 n. 14953, che puntualizza che le norme ministeriali si sostituiscono “*per inserzione automatica*” alle norme regolamentari difformi. Su tutti questi problemi, quanto alle distanze tra le pareti finestrate, cfr. G. GRAZIOSI, *Le distanze tra pareti finestrate. ricostruzione sistematica e questioni applicative di un istituto ambiguo*, in Riv. giur. ed., 2013, III, 5 ss..

amministrativa". Riguardano cioè i rapporti tra la norma *madre* – la delega contenuta nella legge ponte – e la stessa potestà legislativa regionale.

Una sommaria ricognizione della giurisprudenza lo conferma: la controversia sui limiti di altezza per le zone B – residenziali di completamento – vertono quasi sempre sull'interpretazione di norme di piani o di regolamenti in cui vige il limite stabilito dall'art. 8 del D.I. 1444/1968 della altezza massima della media degli edifici "*preesistenti e circostanti*", locuzione che per lo più – e non a caso – viene testualmente riprodotta nella fonte locale. Talora il limite concorre con una misura assoluta (ad es. di m. 11/13,50), ma vale sempre come limite prevalente.

Può osservarsi che con queste norme il c.d. "*consolidato*" urbano (le zone B) è configurato, oggi, come costituito per lo più di palazzine di circa 4 piani⁽⁶⁾; e, incidentalmente, può aggiungersi che questo limite di altezza concorre, ex art. 7, con un limite di densità fondiaria, scrupolosamente rispettato – al ribasso – dagli strumenti urbanistici, che è singolarmente elevato (5/7 mc./mq.).

E' stato, quindi, anche recentemente sottolineato che la griglia complessiva delle norme su altezza, densità, distanze tra fabbricate e dai confini, ha fortemente condizionato i modelli di pianificazione costituendo un rilevante fattore di espansione del tessuto urbano e dei suoi costi, oltre che di consumo di territorio.

3. Gli edifici "circostanti" secondo il D.I. e secondo le norme locali.

E' peraltro stata deprecabilmente sottovalutata l'imprecisione della norma nell'identificare gli stessi dati morfologici cui rapportare le "*misure quantitative*" in essa previste. Si tratta di una imprecisione multipla, perché è fonte di rinvio a concetti suscettibili di significati o sensi diversi.

Potrebbe osservarsi che già lo stesso concetto di altezza – parametro *edilizio* per eccellenza – non è univoco⁽⁷⁾ e può dar luogo a misurazioni molto diverse. Ma qui l'incertezza può dirsi superata dal fatto che la stessa normativa locale che fissa l'altezza ne determina per lo più i criteri di calcolo parzialmente superando le possibile ambiguità.

(6) Lo sfavore per le altezze edilizie permea, notoriamente, la legislazione e la prassi urbanistica dell'epoca.

(7) Tra i vari problemi di come si debba calcolare l'altezza, vi sono, come noto, quello dello stato, naturale o meno, del piano di campagna; quello della molteplicità dei fronti dell'edificio e della necessità di una loro media; quello dell'identificazione della linea di gronda; e così via.

Non così avviene, invece, a proposito del concetto di “*edifici circostanti*”, in ordine al quale non risulta esistano nei regolamenti locali norme o criteri che ne consentano una chiara identificazione.

A ciò ha provveduto la giurisprudenza, che si è assestata, senza particolari incertezze, nella affermazione che la locuzione “*edifici circostanti indica lessicalmente gli edifici che si trovano intorno all’area oggetto del permesso*”⁽⁸⁾.

L’argomentazione che suffraga tale conclusione è sostanzialmente fondata sulla necessità di una interpretazione letterale ai sensi dell’art. 12 preleggi.

Non mancano considerazioni ermeneutiche *ob absurdum* – come “*pena lo svuotamento della norma*” – che si fondano a loro volta su una opzione aprioristica, che, come si dirà, è quella che la norma debba (voglia) dettare una completa disciplina edilizia, fondiaria, del lotto di intervento.

E’ da sottolineare, però, che non sfugge alla attenzione del Consiglio di Stato che sarebbe stata possibile un’altra soluzione perché “*il pianificatore avrebbe dovuto associare il termine circostante ad ulteriori concetti come zona, o fascia territoriale, o comparto*”.

Non si tratta di un semplice *obiter dictum*.

Con questa notazione si dà, infatti, espressamente credito alla possibilità di una soluzione diversa, laddove sia diversa la norma. Si ammette insomma con chiarezza che la fonte locale (il “*pianificatore*”) mantiene una discrezionalità sulla concreta trasposizione del precetto introdotto dal D.I. n. 1444/1968 circa i limiti di altezza: anzi, sulla facoltà dello stesso ente di riportare l’altezza massima inderogabile ad un paradigma urbanistico (zona, fascia, territoriale, comparto) e non fondiario/edilizio.

La considerazione, quindi, è preziosa, perché consente di riportare la questione di diritto, al di là dei confini cui l’hanno mortificata le controversie – quelli di una lite di vicinato – ai suoi orizzonti urbanistici. Quelli in cui la

⁽⁸⁾ Cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 9.9.2014 n. 4553, che è particolarmente interessante perché riforma una difforme pronuncia del T.A.R. Emilia Romagna, Bologna (Sez. II, n. 375/2013) secondo cui occorre tener conto non solo di “*quelli effettivamente confinanti con quello la cui altezza è da misurare, ma anche con quelli ubicati in prossimità dello stesso*”. L’orientamento del Consiglio di Stato è consolidato (tra le altre v. Sez. IV, 14.5.2014 n. 2469; Sez. IV, 2.11.2010 n. 731) e risalente: le pronunce più recenti (tra queste Sez. IV, n. 3184/2013) richiamano Sez. V, 21 ottobre 1995 n. 1448. La giurisprudenza dei Tribunali Territoriali è sostanzialmente conforme (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 5.7.2016 n. 4102; Sez. VIII, 11.3.2013 n. 1910; Sez. IV, 28.2.2006 n. 2367. T.A.R. Liguria Sez. II, 17.9.2015 n. 743).

norma nasce e che valgono come criterio ermeneutico-teleologico.

4. Natura urbanistica del parametro attinente alla densità territoriale e non al rapporto fondiario.

L'interpretazione letterale corrente – in disparte la riconosciuta facoltà del “*pianificatore*” di provvedere diversamente – intende “*circostante*” come sinonimo di *limitrofo*.

Il risultato è un inserimento nella pianificazione di una norma (inderogabile) *di vicinato*, di stampo e concezione prettamente “codicistica”, che attribuisce ai vicini – i confinanti – la potestà di imporre una sorta di servitù *altius non tollendi*. Questa norma opera, poi, in un *reticolo fondiario continuo*, quello definito dal perimetro della intera maglia territoriale di zona B in cui è collocato il lotto fondiario edificabile.

La disciplina urbanistica della zona risulta quindi essere un *posterius* dell'assetto della regolamentazione fondiaria: gli stessi indici di edificabilità fondiaria ne risultano intrinsecamente aleatori, perché non urbanisticamente né definiti né definibili. Con un tasso di innegabile casualità che contrasta con ogni canone di razionale esercizio del potere pianificatorio.

Questo approdo giurisprudenziale non è però soddisfacente, perché è frutto di una prospettiva ermeneutica inadeguata.

Ciò che non si è considerato sufficientemente è la portata radicalmente innovativa dell'art. 18 della legge ponte e del D.I. n. 1444/1968, vale a dire che il loro *proprium*, per il fine perseguito, è *urbanistico* e non edilizio.

Gli standards – sia per le dotazioni territoriali che per i parametri di densità, altezza e distanze – erano i fondamenti della pianificazione obbligatoria, paradigmi essenzialmente *urbanistici* delle scelte di pianificazione territoriale. Se una chiara distinzione tra diritto urbanistico e diritto edilizio ha forse dubbio rilievo scientifico⁽⁹⁾, è difficile negare che *zoning* e *standard* – nella loro configurazione polimorfa che si è detto – non attengono al diritto edilizio ma a quello urbanistico e che il canone ermeneutico che deve reggere la relativa norma è, appunto, quello reso palese dal *nomen juris*, dato, appunto, dal legislatore.

D'altra parte può ben dirsi pacifico in dottrina e giurisprudenza che la densità

(9) Cfr. G. PAGLIARI, *Corso*, cit., p. 28.

edilizia si distingue in territoriale e fondiaria, che la prima è definibile come il carico insediativo complessivo che può gravare sulla “zona omogenea” di riferimento – sì che il relativo indice deve essere rapportato all’intera zona⁽¹⁰⁾ - mentre la seconda concerne “la singola area”. In altre parole “*mentre la densità territoriale attiene al comparto, al lordo di strade e spazi pubblici, la densità fondiaria attiene al singolo lotto o fondo identificato al netto delle aree asservite a standard urbanistici*”⁽¹¹⁾.

Ecco, quindi, che l’accezione di “*circostanti*”, letta nel contesto in cui si inserisce la norma urbanistica che vuole disciplinare in quanto tali le zone omogenee, non può che allargarsi al di là dei confini del lotto fondiario, e coniugarsi finalisticamente nel riferimento ad un equilibrio di un ambito più ampio, territoriale come è quello di zona (zona B) di completamento.

Non pare, quindi, necessario, come adombra la perspicua notazione del Consiglio di Stato di cui si è detto, che vi sia una precisa norma (urbanistica) per riconnettere il parametro dell’altezza a categorie giuridiche proprie dell’urbanistica. Questo riferimento vi è già, immanente, nello stesso concetto di standard di zona omogenea contenuto nel D.I. n. 1444/1968.

E’ però vero che la soluzione data dalla giurisprudenza è la *via facilior* perché se *circostanti* non vuol dire *confinanti*, il limite inderogabile pare evaporare: quali mai sono, se si opina diversamente, gli edifici da considerare?

Così obbietta, infatti, la giurisprudenza, secondo cui qualunque altra interpretazione vanificherebbe la norma, stante l’indeterminatezza dei dati di riferimento.

Ma questa obiezione soffre di un difetto di prospettiva circa il rapporto tra le fonti, e cioè l’art. 17, 9° comma legge ponte e il D.I. n. 1444/1968. Queste norme, come si è detto, non erano destinate a disciplinare esse stesse, direttamente, l’attività costruttiva, non sono nate cioè come norme di edilizia, ma, invece, come “*disposizioni regolatrici dell’attività pianificatoria dei Comuni*”⁽¹²⁾, attribuiscono e contestualmente limitano il potere del Comune

⁽¹⁰⁾ L’opinione della dottrina e della giurisprudenza può dirsi unanime (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 8.1.2013 n. 32; Sez. IV, 6.9.1999 n. 1402; T.A.R. Lombardia, Brescia, 1.6.1998 n. 448; Cass. pen., Sez. III, 29.1.2014 n. 5751).

⁽¹¹⁾ Così testualmente Cass. pen., Sez. III, 5.2.2014 n. 5751, §3.3.2 della motivazione.

⁽¹²⁾ Norme che, come ricorda la Circolare n. 3210 del 28.10.1967, paragrafo 10, fondano il potere di modifica *ex officio* dei piani difformi. Sul punto, come è noto, esistono da tempo orientamenti giurisprudenziali contraddittori. Vi è un indirizzo più remoto, secondo cui “*I limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza costituiscono per espresso dettato normativo direttive alle quali si debbono attenere i commi nella formazione dei nuovi*

“*pianificatore*”, di precisare quali sono gli edifici che, ai fini dell’armonia della zona B, sono da considerare “*circostanti*”. La legislazione statale affida cioè alla pianificazione urbanistica la specificazione normativa del concetto di “*circostante*” e con ciò l’incidenza concreta del limite inderogabile, ferma restando la sua valenza “*teleologica*” ai fini urbanistici.

Le prescrizioni del D.I. n. 1444/1968, proprio in quanto “*promosse*” – dalla giurisprudenza più recente da precetti destinati al pianificatore – quali sono nate – a norme edilizie di diretta applicazione, hanno quindi finito per essere oggetto di una interpretazione distorsiva.

Ciò è avvenuto sia quanto alla *ratio* sottostante ad alcune norme, come quella sull’altezza qui esaminata, sia quanto al rapporto tra le fonti statali e le fonti secondarie.

5. Rigidità della zonizzazione B, sua disapplicazione e caducazione del limite “inderogabile”.

Se si vuol approfondire la disciplina recata dal Decreto Interministeriale circa le zone B, non può sfuggire che l’attuazione delle “*direttive*” data dal legislatore del 1967/1968 lascia varchi per altri problemi.

Per restare sul tema dell’altezza minima degli edifici, può osservarsi che essa è un vincolo (“*inderogabile*” nel senso piuttosto relativo che si è detto) solo per le zone B. Le quali, peraltro, sono però a loro volta definite in termini molto puntuali. Il loro carattere distintivo - la *parziale edificazione* – comporta che la superficie coperta degli edifici deve essere “*non inferiore al 12,5% della superficie fondiaria della zona e la densità territoriale superiore a 1,5 mc./mq.*”⁽¹³⁾.

strumenti urbanistici, e non vincoli immediatamente precettivi” (Cass., Sez. II, 13.2.1996 n. 1086; II, 22.9.2004 n. 1900). Ma un concomitante indirizzo, che ha recentemente preso *campo*, aggiunge, peraltro, che in caso di norma comunale difforme, vi è l’obbligo del giudice di merito “*di applicare direttamente le disposizioni del D.M.*” (Cass., Sez. II, 23.5.2006 n. 12741; Cass., Sez. II, 31.12.2014 n. 27558). Questa *prevalenza* della normativa del D.I. comporta la *disapplicazione* della normativa locale. La disapplicazione è conseguente, ovviamente, al giudizio di illegittimità ex art. 5, L. n. 2248/1865 All. E.

⁽¹³⁾ E’ peraltro di comune esperienza che gli strumenti urbanistici generali hanno considerato i parametri quantitativi solo tendenziali e che la perimetrazione delle zone B non è avvenuta quasi mai sulla base di una istruttoria che documentava i dati oggettivi del tessuto edilizio esistente. Istruttoria sicuramente necessaria singolarmente, comparto per comparto, se il fine della norma è quello di garantire una altezza media. D’altra parte il legislatore regionale, a questo proposito, pare essersi ritenuto libero. In Emilia-Romagna la norma è stata

Se è al di sotto di queste due concorrenti soglie quantitative la zona omogenea *deve* – inderogabilmente – essere considerata di tipo C – espansione.

Questo paradigma pianificatorio, se vincolante come certamente vuole essere, è un necessario presupposto non solo della effettiva legittimità della zonizzazione urbanistica come zona B, ma anche della effettiva efficacia della prescrizione sulle altezze.

Insomma: zonizzazione B e altezza massima (il limite degli edifici “*circostanti*”) sono inscindibilmente connesse: *simul stabunt et simul cadent*.

Ma se così è, *quid iuris*, allora, nel caso di un contenzioso tipico (analogo a quelli in cui si è formata la citata rigorosa giurisprudenza) in cui si discute di applicazione *diretta* dell’art. 8 del D.M. n. 1444/1968, se la porzione di territorio in cui è stato rilasciato il titolo edilizio è classificata come zona B senza averne le necessarie caratteristiche?⁽¹⁴⁾.

In questo caso – ripetesì di applicazione diretta della norma del D.I. – l’imposizione del limite sarebbe privo di legittimo presupposto e il costruttore lo potrebbe opporre sia al Comune che negasse il titolo, che al “*vicino*” ricorrente contro il suo rilascio.

Nella prima ipotesi – ricorso contro il Comune che nega il titolo – mediante l’impugnazione congiunta del diniego e della destinazione di zona (“B”). Nella seconda – nel ricorso del vicino –, mediante ricorso incidentale contro la norma di Piano; ovvero, ove si sostenga che ne esistano i presupposti, con l’istanza (riconvenzionale) di disapplicazione⁽¹⁵⁾.

Nel caso, poi, in cui il limite di cui si discute sia vincolante in forza della intermediazione di una specifica norma di piano, se questa è stata prevista per le zone B in quanto tali – e cioè *in osservanza* del D.I. –, la conclusione è la stessa: il vizio della destinazione di zona discende dalla falsa interpretazione del D.I., e invalida in via derivata il Piano e anche il provvedimento che vi si fonda.

parzialmente recepita dall’art. 37 della L. reg. n. 47/1978 che fissa un “*indice fondiario minimo su lotti liberi non inferiore a 1,2 mc./mq. o a 0,4 mq./mq.*”.

⁽¹⁴⁾ Secondo l’art. 2 del D.M., se non si raggiunge l’indice delle zone “B”, la zona è da classificare come “C”, per la quale non vi è uno specifico limite di altezza (che deve essere stabilito dagli strumenti urbanistici in modo discrezionale).

⁽¹⁵⁾ Il tema della disapplicazione è recentemente oggetto di un innovato grande interesse e di un orientamento giurisprudenziale che ne ha esteso i limiti. Cfr. P. GOTTI, *Spunti di riflessione in tema di disapplicazione d’ufficio dei regolamenti illegittimi da parte del giudice amministrativo*, *Foro Amm.*, 2015, I, 85.

Diverso pare essere invece il caso in cui il limite della media degli edifici circostanti sia posto da una norma a prescindere dallo *zoning*, e che quindi non su di essa si basa: qui il limite vive, per così dire, di vita propria e non della supposta inderogabilità dell'art. 8 del D.I., e non ne è condizionato.

6. Limiti quantitativi di edificabilità e tutela reale.

I problemi recati dalla norma in questione non si esauriscono qui, perché necessariamente toccano anche il tema delle sanzioni reali nei confronti della costruzione che non rispetta il limite di altezza.

Accade infatti che molte ipotesi di annullamento del titolo edilizio riguardano un vizio che, sul piano sostanziale, *quoad rem*, è parziale.

E' questo il caso di *eccedenze solo quantitative* dei parametri inderogabili. La – frequente – conseguenza è di trovarsi di fronte ad un corpo di fabbrica abusivo, perché privo di titolo, ma una porzione del quale è suscettibile di essere conservata perché (quantitativamente) compatibile con la disciplina urbanistica.

Questa fattispecie ricade legislativamente in una zona d'ombra, perché l'art. 38 del T.U. n. 380/2001 non se ne occupa e non pare fornire indicazioni univoche⁽¹⁶⁾. Infatti che la "*possibilità della rimozione del vizio*", e cioè la regolarizzazione/sanatoria possa anche essere *parziale*, relativa cioè alla parte quantitativamente conforme, non pare affatto da escludere. La soluzione contraria, e cioè la adozione di una sanzione demolitoria totale per poi procedere alla ri-costruzione della porzione conforme, cozza contro il principio di proporzionalità ed adeguatezza che una recente giurisprudenza riferisce anche alle misure sanzionatorie edilizie⁽¹⁷⁾, ancorché tipizzate legislativamente in termini vincolanti.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. LEONARDI, *Commento all'art. 38*, in *Il Testo Unico*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 917 e ss. che cita la giurisprudenza che, a proposito di una abusività sostanziale, ma parziale, esclude la demolizione (T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 21.4.2011 n. 114; Cons. Stato, Sez. V, 26.5.2003 n. 2849).

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez., VI, 23.6.2015 n. 3179, secondo cui le sanzioni edilizie "nella parte in cui prevedono la "rimozione" delle difformità rilevate, rispetto al progetto assentito, debbono trovare lettura conforme ai principi - di rilevanza anche comunitaria - di proporzionalità e ragionevolezza". Anche Sez. VI, 14.11.2014 n. 5607 osserva "che, nell'applicazione della sanzione [demolitoria edilizia], l'autorità competente rispetti il principio di proporzionalità mediante l'irrogazione di una sanzione che, entro il limite massimo legale stabilito, sacrifichi la posizione soggettiva del privato in modo adeguato, necessario e strettamente proporzionale all'obiettivo di interesse pubblico perseguito".

Per questa via – quella della rimozione parziale dei vizi – si supera quello che nella lettera della norma appare essere il carattere *residuale* della sanzione pecuniaria: questa residualità vale inderogabilmente per i vizi sostanziali che connotano *indivisibilmente* l'edificio, non nel caso di sua *naturale* frazionabilità tra porzioni conformi e porzioni difformi⁽¹⁸⁾.

La conseguenza, sul piano pratico, è che una volta rinnovato parzialmente il titolo quanto al corpo di fabbrica che è conforme alle norme, la demolizione della parte difforme, di per sé insanabile, avverrà se e nella misura in cui essa non reca pregiudizio alla parte (resa) conforme. Adeguandosi così questo procedimento al paradigma restitutorio dell'art. 34, 1° c.. Le due fattispecie, infatti, sono strettamente analoghe e suscettibili di omogenea regolamentazione.

La sanzione pecuniaria, ex art. 38 del T.U., colpirà quindi solo questa porzione se e in quanto sicuramente non demolibile.

⁽¹⁸⁾ In fattispecie del genere è stato ritenuto che “In caso di annullamento del permesso di costruire per vizi sostanziali, può essere irrogata sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 38 del T.U. nei casi in cui la demolizione anche solo parziale finirebbe per nuocere agli interessi degli incolpevoli condomini dell'edificio abusivo” (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, II, 6.12.2012 n. 2944, con nota adesiva di R. MICALIZZI, in *Urb. e App.*, 2013, 719 e ss.). Si tratta, per il tribunale territoriale, di un orientamento minoritario anche se con qualche riferimento nelle sentenze del Cons. Stato, Sez. IV, 17.5.2012 n. 2852 e 16.3.2010 n. 1535. Ad ogni buon conto pare di poter dire che – tra le varie argomentazioni ivi svolte – il richiamo all'affidamento incolpevole di altri condomini non è meritevole di considerazione, tale non potendo essere infatti quello di un terzo estraneo ai rapporti litigiosi.