

# **TI\_GERICHTE 90.1998.172 vom 18. Oktober 1999**

TI Tribunale d'appello, 1999-10-18, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_90.1998.172](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_90.1998.172)

FR: TI\_GERICHTE 90.1998.172 du 18 octobre 1999

IT: TI\_GERICHTE 90.1998.172 del 18 ottobre 1999

## **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

## **Erwägungen**

### **E. 2**

La principale contestazione sollevata dai presenti ricorsi è rappresentata dall'imposizione al Comune, - e per di più d'ufficio, in sede di approvazione dell'Inventario degli edifici fuori zona edificabile -, di una norma che esclude l'uso a residenza primaria di tutte indistintamente le costruzioni site fuori zona edificabile, fatta salva la garanzia della situazione acquisita. Il Comune invoca la lesione del diritto alla libertà di domicilio (art. 45 Cost) e della garanzia della proprietà e fa suo il parere del Prof. \_\_\_\_\_. Questi censura la mancanza di una valida base legale alla grave restrizione della proprietà, della libertà personale, di domicilio, di commercio e d'industria, posta in atto dalla qui impugnata disposizione, cui è inoltre imputato di violare il diritto alla parità di trattamento, alla sicurezza giuridica e alla protezione della buona fede, oltre che l'art. 8 CEDU. Il Prof. \_\_\_\_\_ nega inoltre la presenza di un interesse pubblico pertinente e prevalente nonché il rispetto della proporzionalità. Definisce quindi arbitrario l'intervento d'ufficio del Governo, in violazione dell'autonomia comunale. Vediamo dapprima in quali termini l'ordinamento giuridico concepisce l'autonomia comunale e la garantisce.

### **E. 3**

Autonomia comunale - modifica d'ufficio del PR Il comune gode di autonomia in quelle materie che il diritto cantonale o federale non regola esaurientemente, ma lascia in tutto o in parte alla regolamentazione del comune, conferendogli una notevole latitudine decisionale (DTF 115 Ia 44). Il comune ticinese usufruisce di questa autonomia in materia di pianificazione del territorio (DTF inedita 21 novembre 1990 in re comune di \_\_\_\_\_). L'autonomia non è però assoluta. Giusta l'art. 33 cpv. 3 lett. b) LPT il diritto cantonale deve garantire il riesame completo del PR da parte di almeno un'istanza. Nel Cantone Ticino l'autorità competente è, a norma dell'art. 37 LALPT, il Consiglio di Stato, che decide i ricorsi ed approva il PR con pieno potere cognitivo. Ciò significa controllo non solo della legittimità ma pure dell'opportunità delle scelte pianificatorie comunali. A contemperare l'estensione di tale controllo con l'autonomia riconosciuta al comune interviene il principio dell'art. 2 cpv. 3 LPT : "Le autorità incaricate di compiti pianificatori badano di lasciare alle autorità loro subordinate il margine d'apprezzamento necessario per adempiere i loro compiti" . Il Consiglio di Stato non può, dunque, semplicemente sostituire il proprio apprezzamento a quello del comune, ma deve rispettarne il diritto di scegliere tra più soluzioni adeguate quella ritenuta più opportuna. Il Consiglio di Stato non può però limitarsi a intervenire nei soli casi in cui la soluzione comunale non poggi su alcun criterio oggettivo, sia manifestamente insostenibile. Nella sua veste di autorità superiore di

vigilanza esso veglia affinché la pianificazione comunale rispetti il diritto e segnatamente i principi pianificatori fondamentali enunciati dalla LPT, si conformi alla pianificazione cantonale, in particolare al Piano direttore (art.

## E. 6

LPT) e si armonizzi convenientemente con quella dei comuni vicini e regionale. Se il PR presentatogli per approvazione non risponde a questi requisiti o appare per altri versi insostenibile il Consiglio di Stato o lo rinvia sui punti difformi ordinando al Comune di procedere alle necessarie varianti oppure modifica il piano d'ufficio (art. 37 LALPT). Di norma l'autonomia comunale vuole che si segua la prima via. L'approvazione del PR da parte del Consiglio di Stato quale autorità superiore di vigilanza non muta, malgrado l'effetto costitutivo di cui è munita, la natura del piano che è e rimane di diritto comunale. L'autorità di approvazione non può attraverso una modifica d'ufficio del PR sostituirsi al comune nell'ambito delle sue competenze, statuendo in suo luogo e vece contro la sua volontà, eludendo il processo di formazione democratica della volontà comunale: " nell'ambito della procedura approvativa il governo è unicamente autorizzato a decidere ev. modifiche del PR se il loro contenuto è chiaramente definibile e la modifica serve a emendare carenze o errori pianificatori evidenti " ( DTF 111 Ia 69-70, consid. 3d, rilievo nostro). Così quando la soluzione può essere una sola, senza possibili alternative (cfr. Alfred Kuttler, Zum Schutz der Gemeindeautonomie in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in RPG 1991, pag. 45 seg., in part. pag. 55). Quanto al Tribunale della pianificazione del territorio non dispone, contrariamente al Consiglio di Stato, del sindacato d'opportunità (tranne, in applicazione dell'art. 33 cpv. 3 lett. b LPT, se col ricorso è impugnata una modifica d'ufficio del PR). Il ricorso è infatti proponibile solo contro la violazione del diritto (in particolare contro l'errata o mancata applicazione di una norma stabilita dalla legge o risultante implicitamente da essa, l'apprezzamento giuridico erroneo di un fatto, l'eccesso o l'abuso di potere, la violazione di una norma essenziale di procedura) e contro l'accertamento inesatto o incompleto dei fatti rilevanti per la decisione (art. 38 cpv. 2 e 3 LALPT). Esamineremo nei prossimi considerandi se la decisione qui impugnata viola l'autonomia del Comune; ovvero se il Consiglio di Stato, imponendogli d'ufficio il divieto delle residenze primarie fuori dalla zona edificabile, ha ecceduto il suo potere. Ne sarebbe data l'ipotesi se il divieto viola, come asserisce il comune, la proprietà privata e le libertà individuali sopra menzionate. Ma l'eccesso di potere è pure dato se la base legale per restringere la proprietà e le altre libertà personali fosse presente, e quindi il Comune potrebbe adottare la relativa norma, ma non vi sono ragioni sufficienti per astringerelo o intervenire d'ufficio in sua vece. Esaminiamo dapprima se il contestato divieto viola la garanzia della proprietà. 4. garanzia della proprietà L'art. 22ter Cost., adottato da popolo e Cantoni il 14 settembre 1969 in una con l'art. 22quater sulla pianificazione del territorio, eleva la proprietà a diritto costituzionalmente garantito. La garanzia della proprietà non è però assoluta: Confederazione e Cantoni hanno facoltà di restringerla, risp. di espropriarla, in via legislativa, se l'interesse pubblico lo richiede. La garanzia ha per oggetto: a) la proprietà in quanto istituto (Institutsgarantie) e b) i diritti individuali del proprietario contro gli interventi dello Stato (Bestandesgarantie). 4.1 garanzia della proprietà come istituto (Bestandesgarantie) Il legislatore non può emanare norme che sopprimono l'istituto giuridico, lo vanificano, lo svuotano della sua sostanza, ne intaccano il nucleo vitale. Deve salvaguardare i diritti essenziali di disposizione e di godimento inerenti alla proprietà; lasciare ai privati un minimo di autonomia nella disposizione dei loro diritti patrimoniali (G. Müller, Commentaire del Cost. féd. art. 22ter n. 12). Pacificamente il

divieto di usare come residenza primaria un edificio fuori zona edificabile non raggiunge questi estremi 4.2 garanzia dei diritti individuali Sono protetti i diritti patrimoniali concreti del proprietario, ad es. la proprietà di un determinato fondo, una servitù, il possesso. La garanzia dell'art. 22ter Cost. vieta a tutti gli organi statali - al legislatore come agli organi esecutivi - di limitare questi diritti, nella misura in cui la restrizione non si fonda su una base legale sufficiente, non è giustificata da motivi d'interesse pubblico e non è proporzionale (G. Müller, op. cit. n. 16).

5. base legale Le restrizioni di diritto pubblico della proprietà devono avere una base legale, devono cioè essere previste da una norma generale e astratta emanata dall'organo competente (legge in senso materiale). Per gli atti normativi importanti la competenza spetta in linea di principio al legislatore; è cioè richiesta una legge in senso formale, soggetta a referendum. Per disposizioni di minore importanza può bastare una legge in senso materiale (ordinanza o regolamento) emanata dall'esecutivo, al quale il legislatore può peraltro delegare entro certi limiti e a certe condizioni le proprie competenze legislative (cfr. G. Müller, Comm. Cost. fed., art. 22ter n. 27 seg.). Se le restrizioni della proprietà sono particolarmente incisive, la giurisprudenza federale esige una legge formale chiara ed univoca (DTF 115 Ia 288).

5.1. A proposito di restrizioni della proprietà poste in atto da un piano regolatore va considerato ch'esso non costituisce né una norma generale astratta né una decisione amministrativa, ma un istituto giuridico sui generis che a seconda dei casi si apparenta piuttosto all'una che all'altra categoria. In adempimento del precetto costituzionale che prescrive una funzionale utilizzazione del suolo e una razionale abitabilità del territorio, il PR disciplina l'uso ammissibile del territorio comunale suddividendolo in zone e stabilendo le norme di attuazione concernenti sia le singole zone sia l'intero territorio. Nella misura in cui le relative disposizioni, adottate dal legislatore comunale e soggette a referendum, regolano "una pluralità di situazioni concrete sumibili a una fattispecie tipica" (DTF 90 I 352) o, in altri termini, "hanno per destinatari una cerchia indeterminata di persone e (...) disciplinano una serie indefinita di fattispecie prescindendo dal caso concreto e dalle persone" (Rep. 1986 302, 306; DTF 106 Ia 386), la restrizione della proprietà che ne procede trova in esse la propria base legale. La premessa è che il comune tragga dal diritto cantonale la competenza di emanare simili disposizioni. Ora i comuni possono, in genere, "essere attivi in materia di legislazione e creare loro stessi le basi per una restrizione della proprietà entro i limiti della loro autonomia" (Jagmetti, Commentario alla Costituzione federale, ad art. 22 quater no. 10). "In generale una regolamentazione comunale costituirà una base legale sufficiente se è stata adottata dall'organo legislativo comunale", precisa Moor in *Droit administratif*, I. vol., 2.a ed. pag. 336, attribuendo al principio della gerarchia delle norme e non della base legale l'esigenza che il comune sia competente a legiferare nella specifica materia secondo il diritto cantonale (cfr. inoltre op. cit., II vol. pag. 298). Ciò vale segnatamente per l'adozione del PR (cfr. Scolari, *Diritto amministrativo*, Parte speciale n. \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_).

Nell'ordinamento giuridico ticinese spetta al comune adottare il PR, al Consiglio di Stato approvarlo. Quale debba esserne il contenuto non è stabilito esaurientemente dal diritto cantonale (LALPT) che si limita ad enunciare i principi e gli obiettivi generali che il piano deve realizzare e, dopo aver precisato che il PR comprende tra i suoi componenti le rappresentazioni grafiche e le norme di attuazione, ne enumera, ma solo in modo esemplificativo, i possibili contenuti (art. 28 LALPT). Il comune gode dunque di un'ampia autonomia nel definire l'assetto del proprio territorio e nel regolarne l'uso. Laddove tuttavia l'ordinamento comunale comporta restrizioni particolarmente importanti della proprietà, specie se la restrizione si presenta in forme atipiche, inconsuete, la competenza del comune

di imporla tramite il suo PR deve risultare chiaramente e senza equivoci dalla legge. Non si tratta della base legale della restrizione stessa (tale è e rimane la disposizione del PR che prevede tale restrizione), ma dell'attribuzione al comune della competenza di restringere in quel modo e misura la proprietà, competenza che per l'importanza della restrizione, nonché per la singolarità del provvedimento (col pericolo che si diffonda e faccia scuola) non possa dedursi dalla normale autonomia riconosciuta in materia pianificatoria al comune (cfr. per analogia le considerazioni in DTF 118 Ia 245 consid. 3c, in part. pag. 250).

5.2 Queste considerazioni valgono pure nelle linee essenziali per la restrizione degli altri diritti individuali (libertà personale, di commercio, di domicilio) la cui lesione ad opera della contestata disposizione è parimenti fatta valere dal comune e dall'insorgente \_\_\_\_\_.

5.3 Giova mettere subito in chiaro le coordinate del problema. Il Consiglio di Stato, nell'approvare l'Inventario degli edifici fuori zona edificabile adottato dal comune quale componente del PR, ha inserito d'ufficio all'art. 44bis cpv. 3 NAPR la qui censurata disposizione che esclude la destinazione a residenza primaria degli edifici censiti. L'Inventario, allestito in applicazione dell'art. 24 cpv. 2 OPT (e dell'art. 73 LALPT), elenca e descrive tutti gli edifici del Comune siti fuori zona edificabile, classificandoli in: meritevoli di conservazione (categoria 1a); oggetti culturali (cat. 1c); rustici agricoli meritevoli di conservazione (cat. 1d); edifici rustici già trasformati (cat. 3); altri edifici rilevati, detti anche "rilevati 4" (cat. 4). Assente la cat. 1b (rustici diroccati siti in nuclei degni di protezione), non esistendo nel comune nuclei fuori zona edificabile di quella qualità. L'Inventario è corredato dall'art. 44bis NAPR che stabilisce le diverse modalità per la riattazione o la trasformazione degli edifici degni di conservazione (cat. 1a, c, d) e gli interventi ammessi (manutenzione ordinaria e ricupero di parti originali) per gli edifici rustici già riattati (cat. 3). Gli interventi sugli altri edifici rilevati ("rilevati 4") saranno autorizzati solo sulla base dell'art. 22 cpv. 2 lett. a) e dell'art. 24 LPT. E' in questo articolo delle NAPR che il Consiglio di Stato ha introdotto d'ufficio la discussa prescrizione che esclude per tutti gli edifici inventariati, di ogni categoria, la destinazione a residenza primaria; fatta salva la garanzia delle situazioni acquisite (44bis cpv. 3).

5.3.1 L'Inventario degli edifici fuori zona edificabile si rifà alla lett. b) del primo capoverso dell'art. 24 OPT. Il disposto prevede la possibilità di cambiare anche totalmente la destinazione di edifici siti fuori zona edificabile che con la loro particolare tipologia contribuiscono in modo determinante a caratterizzare il paesaggio formando con esso un'unità degna di protezione. Derogando alla condizione primordiale dell'ubicazione vincolata di cui all'art. 24 cpv. 1 LPT, l'art. 24 cpv. 2 OPT autorizza a modificare l'utilizzazione, quasi che tale condizione sia adempiuta ( siccome a ubicazione vincolata), se il carattere particolare del paesaggio dipende dal mantenimento degli edifici e la conservazione a lungo termine della sostanza edilizia può essere assicurata solo con la modifica dell'utilizzazione. Quanto alla protezione stessa del paesaggio e degli edifici deve avvenire nel quadro di un piano di utilizzazione (PR o PUC). E' qui che interviene l' Inventario degli edifici siti fuori della zona edificabile. Le costruzioni che devono esservi censite nel quadro dell'art. 24 cpv. 2 OPT sono per l'appunto quelle che vanno protette perché elementi tipici del paesaggio, col quale formano un'unità meritevole di essere tutelata anche ricorrendo alle eccezioni previste dal disposto (in deroga all'art. 24 cpv. 1 LPT). La costituzionalità dell'ordinanza su questo punto è stata abbondantemente messa in discussione. Vi pone rimedio la recente modifica della LPT, che ha passato lo scoglio del referendum e si avvia ad entrare in vigore, disciplinando a livello legislativo quanto previsto in via di ordinanza dal Consiglio federale. L'art. 24d cpv. 2 LPT ne ricalca essenzialmente la regolamentazione. La condizione è pure qui che gli edifici

siano posti sotto protezione dall'autorità competente e che a lungo termine non se ne possa assicurare la conservazione con altri mezzi. L'ordinanza non proscrive invece l'uso dell'edificio a titolo primario. Che, dunque, fuori della zona edificabile non sia ammessa la residenza primaria, se non per effetto della Besitzstandsgarantie, non può essere dedotto dall'art. 24 cpv. 1 L PT né dall'art. 24 cpv. 2 O PT né infine dall'art. 24d cpv. 2 LPT nuovo.

5.3.2 A questo punto va tenuto presente che le disposizioni passate in rassegna disciplinano l'ipotesi estrema del cambiamento totale di utilizzazione di edifici siti fuori dalla zona edificabile. Se ne dà il caso, ad esempio, se un rustico non usato fin lì per scopi abitativi (ad es. come residenza secondaria) viene adibito ad abitazione non agricola. Se fossero adempiute le condizioni sopra esposte potrebbe esserne autorizzata la trasformazione in abitazione. E' il caso dei rustici classificati come meritevoli 1a, meritevoli cioè di essere conservati e per questo modificati quanto all'uso (da agricolo ad abitativo). Che li si destini a residenza primaria o secondaria, il mutamento d'uso è radicale; non si tratta di una modifica parziale. Ma così invece non è se l'edificio è già stato costruito o trasformato come residenza (rilevato<sup>4</sup>). Se è usato come residenza secondaria e se ne vuol fare un uso primario bisogna previamente ottenere la relativa autorizzazione. Ma, tranne se la modifica dell'uso è accompagnata da una trasformazione importante dell'edificio, si tratta di autorizzare una trasformazione "parziale", non totale. L'ipotesi non ricade sotto l'art. 24 cpv. 2 O PT né sotto il nuovo art. 24d cpv. 2 LPT. Questo è invece il campo di applicazione dell'art. 24 cpv. 2 LPT (attuale), rispettivamente dell'art. 24c LPT (nuovo), oltre che dell'art. 24a LPT (nuovo), quest'ultimo per i casi di cambiamento d'uso non richiedenti lavori di trasformazione. L'art. 24c LPT sancisce, finalmente, a livello legislativo il principio della garanzia delle situazioni acquisite (Besitzstandsgarantie), finora derivato dall'art. 4 Cost (affidamento) o dall'art. 22ter Cost (garanzia della proprietà), rispettivamente dall'art. 24 cpv. 2 LPT (attuale). Ai sensi dell'art. 24c cpv. 2 LPT l'autorità competente può autorizzare la rinnovazione, la trasformazione parziale e la ricostruzione di edifici fuori zona edificabile che possono essere utilizzati conformemente alla loro destinazione ma che non sono più conformi alla zona di utilizzazione. La condizione è che tali edifici siano stati costruiti, rispettivamente trasformati legalmente. Sono riservate, ed è ovvio, le esigenze superiori della pianificazione del territorio. Se ora esaminiamo l'Inventario in discussione balza subito agli occhi che la stragrande maggioranza degli edifici inventariati appartiene alla categoria dei "rilevati 4". Sono, nella mente del Dipartimento che ha approntato l'apparato normativo di applicazione della scheda 8.5 del PD (non ancora approvata dal Consiglio federale), quegli edifici che non presentano alcun segno caratteristico dell'edificazione rurale tradizionale e per i quali il quesito se meritino la conservazione - e quindi, quale corollario, la trasformazione - non si pone nell'ambito dell'OPT. Il loro inserimento nell'Inventario può essere utile a fini conoscitivi ma è senza conseguenze di rilievo sul piano giuridico. Tutt'al più qualche conseguenza indiretta può avere la loro presenza in un comprensorio paesaggistico definito degno di protezione. Si tratta, nella stragrande maggioranza dei casi, di abitazioni non agricole venutesi a trovare fuori zona edificabile quando questa è stata designata dal PR. Prive di valenze tipicizzanti non concorrono a connotare il paesaggio e non ricadono dunque sotto gli art. 23 risp. 24 OPT. L'Inventario, ripetiamo, non ha per questi oggetti la funzione di accertare i requisiti che ne giustifichino la conservazione e, quale unico modo per assicurarla a lungo termine, la trasformazione. Altrimenti detto, questi oggetti esulano dal novero di quelli per i quali l'Inventario è stato ritenuto strumento necessario per la messa sotto tutela. Inventario o no, essi sono soggetti all'art. 24 cpv. 2 LPT (attuale) o, con la sua entrata in vigore, all'art. 24c LPT (nuovo), in

particolare al cpv. 2, rispettivamente, ma è ipotesi più remota, all'art. 22 cpv. 2 LPT, come precisa peraltro l'art. 44bis cpv. 4 NAPR. La modifica della loro destinazione in residenziale primaria si configura come semplice trasformazione parziale, se non è accompagnata da un'importante modifica della sostanza edilizia suscettibile di alterare l'identità dell'edificio. Ricordiamo che in analogia fattispecie il TF ha avvertito in una recente sentenza (DTF 124 II 538, consid. 2c, pag. 542) che un provvedimento escludente in via generale l'uso duraturo di edifici fuori zona edificabile non trova la propria base nell'art. 24 cpv. 2 LPT (né peraltro nelle norme edilizie del cantone interessato). Come per la restrizione delle residenze secondarie (DTF 117 Ia 141) una simile disposizione dev'essere prevista espressamente e nelle linee fondamentali in un norma di legge. E' arbitrario richiamarsi alle succitate disposizioni pretendendo che costituiscano una sufficiente base legale (sent. cit. pag. 543). In concreto, visto la singolarità e quindi il carattere imprevedibile della disposizione, che esula dal quadro normale della pianificazione locale e nello stesso tempo restringe in modo incisivo le libertà personali, essa deve trovare fondamento in una norma di legge di rango superiore o imporsi perentoriamente in ossequio ai principi fondamentali della pianificazione del territorio (ad esempio per esigenze superiori della pianificazione). Nulla consente di ritenere soddisfatte queste condizioni. Non si vede infatti quale norma di legge possa essere invocata a sostegno del divieto e neppure quali imprescindibili motivi pianificatori esigano che tutti gli edifici fuori zona edificabile siano indiscriminatamente preclusi alla residenza primaria. Come giustamente osserva il Prof. \_\_\_\_\_, il caso è diverso da quello deciso da questo tribunale in re Comune di \_\_\_\_\_, in cui, per ovvie ragioni di costi e di gestione del territorio, la norma di PR vietava le residenze primarie nelle frazioni discoste dal villaggio e quindi si applicava a ben precise entità territoriali e non, come la discussa disposizione, a tutte indistintamente le costruzioni situate fuori della zona edificabile; poco importa se lontane dall'abitato o vicine. Nel caso del comune di \_\_\_\_\_, ma ciò può valere per molti altri (vedi ad esempio la recente sentenza n. inc. \_\_\_\_\_ in re Comune di \_\_\_\_\_), le condizioni sono diverse; vi sono ad es. delle ville fuori zona edificabile, usate fin qui come residenza di vacanza in cui il proprietario vorrebbe ritirarsi a meritata quiescenza se potesse abitarvi tutto l'anno (è il caso del prof. \_\_\_\_\_). Il comune guadagnerebbe un nuovo contribuente e, tranne se gliene derivano apprezzabili costi d'urbanizzazione e di gestione, non ha alcun interesse a precludersi l'operazione con la norma in discorso. Per tacere della grave lesione della libertà di domicilio e personale di un proprietario, legato da forti vincoli affettivi al comune, che ha dovuto abbandonare per motivi professionali, recandosi solo per le ferie, se raggiunta l'età pensionabile non può tornare pur tenendovi casa. Difficile ritenere che il comune si proponga simili rigidità. Non va poi perso di vista che nulla vieta al cantone di negare il suo consenso a singole domande di costruzione, se vi si oppongono interessi predominanti; interessi che è invece eccessivo ritenere opporsi generalmente, per tutti gli edifici, alla discussa trasformazione.

5.4 Queste considerazioni valgono pure, nelle linee essenziali, per le altre categorie di edifici (in particolare i meritevoli 1a), la cui destinazione a residenza primaria richiede una trasformazione totale dell'utilizzazione. Non sono rintracciabili neppure per queste categorie motivi stringenti che giustifichino l'indiscriminato divieto attraverso una norma generale e astratta del PR, che, abbiamo visto, non trova il proprio fondamento nell'art. 24 cpv. 1 LPT e ancor meno nell'art. 24 cpv. 2 OPT.

5.5 Questo per il diritto federale: rimane da esaminare se il divieto trova invece diretto supporto nel diritto cantonale.

5.5.1 Non, evidentemente, nell'art. 28 cpv. 2 lett. a) LALPT, che autorizza il comune a fissare nelle rappresentazioni grafiche del PR le zone edificabili

destinate all'abitazione e al lavoro e a ulteriormente precisarne e limitare la destinazione, in particolare attraverso la previsione di "zone per residenza esclusivamente o parzialmente primarie o secondarie." Infatti gli edifici interessati dalla discussa prescrizione sono tutti fuori della zona edificabile. 5.5.2 Più complesso è il discorso dell'art. 75 LALPT. Eccone il testo: La trasformazione parziale, da attuare una volta tanto, può essere eccezionalmente autorizzata, se indispensabile per la continuazione dell'utilizzazione attuale e se compatibile con le importanti esigenze della pianificazione territoriale. Il parere commissionato dal Dipartimento prende lo spunto da questo disposto per giustificare il divieto generale delle residenze primarie fuori zona edificabile. L'accento è posto sull'indispensabilità che viene in linea generale negata o perlomeno ritenuta altamente inverosimile: " non appare ragionevolmente ipotizzabile che possano configurarsi dei casi, pur limitati e particolari, nei quali solo ed unicamente il cambiamento di destinazione a scopo di abitazione primaria - e non invece secondaria - possa permettere il mantenimento della sostanza edificata ed evitarne il definitivo degrado." E, a proposito di "destinare a residenza primaria un edificio preesistente fuori della zona edificabile e già occupato a titolo di residenza secondaria", il parere avverte che " per un siffatto cambiamento di destinazione non sussisterebbero entrambi i testé citati requisiti stabiliti dall'art. 24 cpv. 1 LPT. Dal profilo dell'art. 24 cpv. 2 LPT osterebbe invece ad ogni modo la considerazione che il cambiamento di destinazione - oltre a porre il medesimo quesito della conformità con le importanti esigenze della pianificazione territoriale (art. 75 LALPT) - non appare necessario per la continuazione dell'utilizzazione attuale: requisito quest'ultimo, introdotto dal legislatore cantonale all'art. 75 LALPT in virtù della facoltà concessagli dall'art. 24 cpv. 2 LPT e che consente di autorizzare unicamente interventi oggettivamente necessari a tal fine (RDAT I-1992 N 43 pag. 99: in quel caso l'intervento edilizio e la posa di un nuovo serbatoio non vennero ritenuti necessari per continuare ad utilizzare la stazione di servizio esistente). 5.5.3 Il TPT non può condividere le conclusioni cui perviene il citato parere. L'art. 75 LALPT va situato nel contesto delle disposizioni che regolamentano a livello cantonale la tutela delle situazioni acquisite (Besitzstandsgarantie). Tutelata è in linea generale la situazione, lecitamente costituita sotto il precedente ordinamento giuridico, venuta successivamente a trovarsi in contrasto col nuovo diritto. La tutela riguarda solo il mantenimento dello status quo: esso è stato posto in essere regolarmente sotto il vecchio regime e va tutelato, non se ne deve però accrescere la difformità col nuovo diritto . Questo surplus di tutela non è compreso nella normale Besitzstandsgarantie. E' però attribuita ai cantoni la competenza di allargarla, autorizzando la rinnovazione, la trasformazione parziale o la ricostruzione di edifici, in quanto compatibili con le importanti esigenze della pianificazione territoriale (art. 24 cpv. 2 LP). Nell'allargare in tal modo la tutela delle situazioni acquisite i cantoni devono attenersi ai concetti di rinnovazione, trasformazione parziale o ricostruzione del diritto federale; possono tuttavia porre parametri e condizioni più restrittivi, come possono non legiferare affatto; nel qual caso secondo la prassi e la maggioranza della dottrina la rinnovazione, la trasformazione parziale o la ricostruzione possono essere autorizzati solo in applicazione dell'art. 24 cpv 1 LPT; mentre secondo un'altra parte della dottrina le possibilità di autorizzazioni agevolate contemplate dall'art. 24 cpv. 2 LPT possono applicarsi anche in difetto di una legislazione cantonale. 5.5.4 Nel nostro caso il cantone ha adottato l'art. 75 LALPT che consente di autorizzare una modifica parziale, ma pone la condizione, non prevista dall'art. 24 cpv. 2 LPT, che la modifica sia indispensabile per poter continuare l'utilizzazione attuale. La condizione vale anche se la trasformazione ha per oggetto l'utilizzazione di un edificio. In questo caso per utilizzazione da cambiare e nello

stesso tempo da continuare si può solo intendere l'utilizzazione base, la categoria principale, in una parola l'abitazione e non la sottospecie della residenza secondaria o primaria. In altre parole, è attraverso la sua modifica da secondaria a primaria che l'utilizzazione abitativa dev'essere salvaguardata e con essa l'edificio salvato da sicuro degrado. Se la trasformazione parziale dell'uso non serve a questo scopo non viene autorizzata. La condizione appare già di primo acchito oltremodo rigida e restrittiva, le sue intrinseche ragioni oscure, specie considerato che la trasformazione deve comunque essere compatibile con le importanti esigenze della pianificazione territoriale, il che dovrebbe bastare. Come giustamente rileva il citato parere, ma occorre rovesciarne le conclusioni, l'art. 75 LALPT pone una condizione la cui realizzazione è nella stragrande maggioranza dei casi impossibile. Come immaginarsi che sia indispensabile abitare tutto l'anno un edificio per evitare che venga abbandonato e cada in rovina! Semmai è incomparabilmente più probabile l'ipotesi contraria, che un edificio fuori zona edificabile, usato a titolo primario, non trovi chi lo voglia abitare se non come residenza secondaria. Ora non ha senso che il legislatore preveda l'istituto della Besitzstandsgarantie allargata alla trasformazione parziale, e poi ponga condizioni che la rendano a priori pressoché sempre inattuabile. Evidentemente, lo proverebbe anche la sistematica, l'art. 75 LALPT è stato concepito, con la discussa condizione, in funzione della trasformazione parziale della sostanza edilizia. Per quella dell'utilizzazione non ha senso tale absolutezza, che, si noti di transenna, porrebbe peraltro il divieto in contrasto con l'art. 24a LPT quando il cambiamento parziale dell'uso non richiedesse alcuna trasformazione dell'edificio. La condizione in esame ricalca essenzialmente quella prevista dall'art. 24d cpv. 2 lett. b. nLPT ai cui sensi il diritto cantonale può autorizzare il cambiamento completo di utilizzazione di costruzioni poste sotto protezione dall'autorità competente a condizione che la loro conservazione non possa essere assicurata a lungo termine in altro modo. La situazione è però molto diversa: si tratta in quel caso di autorizzare la trasformazione di un fabbricato agricolo in abitazione, intervento ben più incisivo del passaggio all'uso primario di un'abitazione fin lì usata come residenza secondaria. La trasformazione d'uso è completa, equiparabile ad una costruzione nuova, la quale esige di norma l'ubicazione vincolata. Non va d'altra parte dimenticato che, anche senza autorizzazione, la stessa abitazione può servire tutto l'anno come residenza di vacanza.

5.5.5 Se davvero l'art. 75 LALPT dovesse essere applicato con tanto rigore da escludere sempre e in tutti i casi il passaggio all'uso primario di edifici fuori zona edificabile occupati a titolo secondario, la discussa disposizione dell'art. 44bis NAPR non sarebbe che una sterile ripetizione, rifarebbe inutilmente il verso al diritto cantonale. In realtà l'art. 75 LALPT va applicato alle singole domande di autorizzazione e spetterà all'autorità cantonale competente di darne un'interpretazione confacente, concedendo o negando il suo consenso, che in materia ha effetto costitutivo e toglie comunque ogni autonoma valenza alla decisione comunale e con ciò al diritto sul quale essa si fonda laddove esso interferisca con la competenza cantonale. L'art. 44bis mod. non può trovare in quella norma del diritto cantonale un valido supporto ma al massimo una cattiva ispirazione. Nella misura in cui va oltre la norma cantonale non trova spazio di applicazione, nella misura in cui vi si identifica è inutile.

5.5.6 Pure la riserva della Besitzstandsgarantie non apporta nulla di nuovo: come abbiamo visto, già la prevede la legge e peraltro nella forma non allargata la tutela deriva da principi fondamentali tutelati costituzionalmente quali l'affidamento o la garanzia della proprietà che hanno valenza giuridica anche senza essere ancorati in una norma di legge.

5.6 Alla luce di queste considerazioni il divieto di destinare a residenza primaria tutti gli edifici fuori zona edificabile, senza distinzioni di sorta, non può costituire una valida base

legale per le restrizioni della proprietà e delle libertà personali che ne conseguono. Il Consiglio di Stato non poteva quindi inserirla d'ufficio nell'art. 44bis NAPR senza violare il principio di legalità e con ciò l'autonomia del comune.

6. Interesse pubblico - proporzionalità Non solo non vi è una valida base legale per imporre il discusso divieto al comune, ma difetta pure il presupposto di un pertinente interesse pubblico prevalente sugli altri interessi in gioco, il che per la stretta imbricazione tra interesse pubblico e proporzionalità (la seconda non potendo esserci se manca il primo) esclude pure il rispetto del relativo principio. E' evidente che la vessata norma nel vietare in modo generalizzato la residenza primaria per tutti gli edifici siti fuori zona edificabile, con la sola riserva della Besitzstandsgarantie ma escludendo a priori quella allargata alla trasformazione parziale, incide profondamente sulle libertà personali e in particolare sulla proprietà. Pienamente condivisibili le osservazioni del ricorrente \_\_\_\_\_ in proposito. Si pensi solo al caso, visto sopra nell'ottica del comune, della persona che partita giovane dal suo paese vuole tornarvi, raggiunta l'età della quiescenza: vi possiede una casa fuori zona edificabile, vi trascorreva le ferie, ma non può trasferirvisi stabilmente; lo vieta la discussa norma. Ciò potrebbe aver senso se la casa fosse inadatta allo scopo, non avesse cioè gli standard minimi di un'abitazione primaria e il loro ottenimento richiedesse modifiche della struttura edilizia eccedenti i parametri di una trasformazione parziale, cui non si opponessero superiori motivi pianificatori (ad es. quelli sottesi all'art. 75 LALPT). E' ben vero che i motivi per contrastare la disseminazione di residenze primarie fuori zona edificabile sono evidenti: impedire che l'abitazione prenda piede in zone discoste dal centro abitato obbligando il comune a dotarle di infrastrutture e servizi costosi (ad es. bus scolastico, calla neve) e così via. Irrazionalità dell'insediamento, uso dispersivo del suolo, ecc. Con le residenze secondarie il problema è sotto questo aspetto meno acuto. Se non impinguano il gettito fiscale non fiaccano neppure le finanze locali con esigenze sproporzionate e il loro impatto territoriale è finalmente più morbido. Ed è infine innegabile, a proposito delle residenze primarie fuori zona edificabile, che la dispersione dell'abitato in tante cellule disgregate disattende quello spirito di coesione e di appartenenza che fa di un comune (fino a quando, mobilità permettendo?) più di un anonimo agglomerato di case. Tutto questo parla a favore del divieto e si capisce che i comuni tendano ad adottare questa misura difensiva nei loro PR. Tuttavia la sua generalizzazione, chiaramente eccessiva e ingiustificata non la rende accettabile. In modo così generale e tassativo, tale da escludere ogni ponderazione al momento della decisione sulla domanda di autorizzazione il divieto non sta. Giustamente il Prof. \_\_\_\_\_ sottolinea la differenza di intensità tra la restrizione della libertà che deriva dal divieto di fare uso primario dell'abitazione rispetto a quella implicita nella restrizione delle residenze secondarie. La differenza è particolarmente sensibile vista nell'ottica della proporzionalità, che non può dirsi rispettata dall'art. 44bis modificato. Né a monte è ravvisabile un interesse pubblico sufficiente. Il tutto a prescindere dall'incongruenza di inserire d'imperio il contestato divieto nelle disposizioni comunali, atteso che l'autorizzazione richiede il consenso vincolante del Consiglio di Stato e non del comune.

7. direttive cantonali 7.1 E veniamo all'argomento adottato dal Consiglio di Stato a giustificazione dell'imposizione d'ufficio del controverso divieto: la sua conformità con le direttive dipartimentali e il fatto che numerosi comuni l'hanno prevista nelle norme di attuazione dei loro PR. E' noto che il comune può adottare una norma attraverso una risoluzione del suo legislativo, soggetta a referendum. Se essa implica una restrizione della proprietà o delle libertà individuali, la base legale di tale restrizione è data dalla norma medesima a condizione che il comune sia competente a emanare una disposizione di quella

natura e portata. In certi casi il comune deve, non solo può adottare una simile norma. Se non lo fa, il Consiglio di Stato può intervenire in sua vece, in sede di approvazione del PR. Lo può però fare solo se è evidente che quella prescrizione è indispensabile per dare corretta attuazione al diritto federale o cantonale, in particolare se principi e scopi fondamentali della pianificazione del territorio impongono perentoriamente quella soluzione, tanto che non averla prevista nel PR costituisce un errore pianificatorio che il Consiglio di Stato è abilitato e anzi chiamato a correggere d'ufficio. L'omissione può però essere anzitutto da imputarsi a carenza del diritto cantonale che non ha creato la base per poter ingiungere al comune di prevedere il controverso divieto nel suo corpo legislativo. Così non è stato, ricordiamo, con le residenze secondarie. In quella materia la normativa proposta dall'amministrazione era confortata da un piano di indirizzo cantonale, dal Decreto legge concernente gli obiettivi pianificatori cantonali del PD (12.12.1990), dalla possibilità di regolamentare il fenomeno sancita da una specifica norma di legge, l'art. 28 cpv. 2 lett. a LALPT relativamente alle zone edificabili. Il tutto sostanziato da uno studio approfondito, di grande spessore, sia degli aspetti giuridici che socio-politici, illuminati da un'analisi statistica sottilmente articolata. Last but not least la giurisprudenza federale ha sancito con chiara determinazione la legittimità della normativa. Lo studio del fenomeno abbracciava tutto il territorio cantonale, su quella base sono state elaborate precise direttive. In quelle condizioni l'assidua consulenza del cantone era preziosa e contribuiva a creare un diritto omogeneo e nello stesso tempo differenziato. Nelle circostanze poteva non apparire indispensabile, né forse auspicabile, l'adozione di una normativa cantonale in materia. Non ultimo per lasciare aperta la strada ad un'evoluzione che pareva e in effetti è in atto, anche se apparentemente in senso revisionistico. Qui però nulla di simile. Si è bensì commissionato uno studio della proponibilità sul piano giuridico di un'esclusione delle residenze primarie, pareri interni dell'amministrazione trattano il tema, ma siamo lungi dall'aver affrontato con lo stesso approfondimento il fenomeno, a dir vero assai meno complesso delle residenze secondarie. Ora, in assenza di una regolamentazione nel diritto cantonale, l'adozione nei diversi comuni di analoga disposizione, secondo le istruzioni o le direttive del Dipartimento viene a coprire con una serie di decisioni a pioggia, comune per comune, il vero o presunto vuoto normativo esistente nel diritto cantonale. E' la creazione a capillare diffusione cantonale di un diritto comunale, essenzialmente promosso e ispirato dall'amministrazione, senza una sicura base nel diritto cantonale, di cui non può ovviamente fornire le garanzie. Le intenzioni sono eccellenti, il procedimento dubbio. 7.2 Segnatamente problematico è il procedimento usato dal Consiglio di Stato in casi come il presente in cui il comune non si piega alle "direttive" governative. Non vi sono criteri ben definiti che indichino quando le condizioni giustificanti l'intervento governativo siano adempiute; in particolare gli scopi e i principi della pianificazione territoriale sono concetti indeterminati la cui concretizzazione presuppone un largo margine di apprezzamento, che il comune deve poter esercitare al riparo da indebite interferenze. Non va dimenticato che la prescrizione è stata inserita nel diritto comunale d'imperio, contro la volontà del comune stesso, per coprire un vuoto normativo dalle conseguenze pianificatorie ritenute inaccettabili. O questa valutazione è errata, e allora non vi sono motivi per imporre la norma al comune, oppure essa è corretta, ma allora la via comunale appare inadeguata. Se il problema è troppo importante e delicato perché si possa evitare di risolverlo a livello normativo e se per di più interessa una larga cerchia di comuni o addirittura la loro generalità, appare evidente che solo una soluzione a livello cantonale può fornire una risposta appropriata.

Alla luce di queste considerazioni la domanda formulata in via principale (punto 1.1) dal ricorrente \_\_\_\_\_ non può essere accolta. Oggetto della presente decisione non è infatti il regime giuridico di singole proprietà ma la norma generale ed astratta introdotta d'ufficio dal CdS, norma che viene qui annullata.

### **E. 9**

Al Consiglio di Stato non sono poste a carico tasse di giudizio né spese; all'insorgente \_\_\_\_\_ vengono assegnati fr. 800.-- (ottocento) a titolo di ripetibili. Per questi motivi, dichiara e pronuncia 1.1. Il ricorso del comune di Comano è accolto ; 1.2. Il ricorso del Prof. \_\_\_\_\_ è accolto quo alla subordinata punto 1.2. delle domande ricorsuali; §) di conseguenza la decisione impugnata é annullata nella misura in cui inserisce d'ufficio all'art. 44bis cpv. 3 NAPR la prescrizione escludente la residenza primaria, a valere per tutti gli edifici siti fuori dalla zona edificabile. 2. Non si prelevano spese né tasse di giudizio. Al ricorrente \_\_\_\_\_ vengono assegnati fr. 800.-- a titolo di ripetibili. 3. Intimazione: \_\_\_\_\_ - prof. \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_; - Municipio di \_\_\_\_\_ - Consiglio di Stato, \_\_\_\_\_ - Sezione pianificazione urbanistica, \_\_\_\_\_ Tribunale della pianificazione del territorio Il presidente \_\_\_\_\_ Il segretario

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.