

## Vigilanza edilizia: qualche appunto per gli operatori.

Dall'infinito elenco delle suggestioni che la materia della vigilanza edilizia suggerisce, ma forse meglio: impone, propongo, di seguito, soltanto qualche occasione di riflessione che potrà forse risultare non inutile, e comunque spero almeno non dannoso, per per chi opera sul campo.<sup>1</sup>

### a) Gli interventi edilizi: la scissione tra regime procedurale (titolo) e regime sostanziale.

La innovazione probabilmente più sostanziosa del d.P.R. n. 380/2001, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)* – di seguito: T.U.) – resa ancora più significativa dalla successiva introduzione<sup>2</sup> a regime della cd. *super-d.i.a.* (che come noto è, proceduralmente, una d.i.a. “pura e semplice”) – innovazione forse ancora più significativa di quella della espressa definizione e disciplina degli interventi di demo-ricostruzione (sostanzialmente qualificati quali interventi “minori), è quella della possibilità di scindere tra titolo abilitativo (e conseguente regime procedurale) previsto per un intervento dalla legge regionale (ed addirittura dalle discipline locali) e regime sostanziale (meglio: sanzionatorio) dell'intervento stesso.

Alcuni esempi:

l'art. 6, comma 1, T.U., disciplinando la *Attività edilizia libera*, fa salve *più restrittive disposizioni previste dalla disciplina regionale e dagli strumenti urbanistici ...*; l'art. 10, T.U., elencando gli *Interventi subordinati a permesso di costruire*, stabilisce, al comma 3, che *Le regioni possono altresì individuare con legge ulteriori interventi che, in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico, sono sottoposti al preventivo rilascio del permesso di costruire*, precisando però che la violazione di dette disposizioni regionali ... *non comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 44*, stesso T.U.; l'art. 3, da leggere in relazione all'art. 10, cit., comma 1, lettera a)<sup>3</sup>, considera, alla lettera e.6), interventi di nuova costruzione *gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualificano come interventi di nuova costruzione ....*

Ebbene, la possibilità/l'obbligo, cui sopra si è accennato, di scindere tra regime procedurale e regime sostanziale degli interventi è la chiave per risolvere eventuali contrasti tra discipline locali e legge statale quando ciò in qualsivoglia modo involva la applicazione della legge penale.

Nell'attuale contesto costituzionale, poiché la competenza in materia penale rimane riservata in esclusiva alla potestà legislativa statale, è evidente che la legge regionale non può, riquilificando lecita una attività penalmente sanzionata, interferire negativamente con le norme penali, L'art. 10, T.U., cit., non consente alle Regioni di ridurre la casistica degli interventi sottoposti al preventivo rilascio del permesso di costruire (Cass.pen., sez. III, n. 11106/2008), e ciò vale anche per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome, le cui disposizioni in ogni caso devono essere interpretate in modo da non collidere con i principi generali della legislazione statale (Cass.pen., sez. III, n. 2017/2008), dovendo altrimenti essere sollevata questione di legittimità costituzionale della norma regionale che se ne discosti in termini di inconciliabilità assoluta (Cass.pen., sez. III, n. 12321/2007). Quando, insomma, si verta in tema di applicazione della legge penale, il regime sanzionatorio è legato non al *nomen* del titolo richiesto dalla disciplina locale, ma alla “sostanza” dell'intervento in concreto realizzato, cioè alla sua incidenza sul bene giuridico tutelato dalla disciplina urbanistico-edilizia (Cass.pen., sez. III, n. 33735/2005), e per gli interventi che la legge statale assoggetta a permesso di costruire il regime sanzionatorio sarà quello penale (ed amministrativo-ripristinatorio) anche se la disciplina locale preveda la realizzabilità dell'intervento

<sup>1</sup> Il testo di seguito utilizzato è tratto, con adattamenti, dal mio Manuale operativo di polizia edilizia, IV ed., 2009, Maggioli Editore. Le pronunce citate nel testo sono tratte, ove non diversamente indicato: quelle della Consulta, da [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); quelle della Corte di Cassazione, da [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it); quelle della giustizia amministrativa, da [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>2</sup> Ad opera del d.lgs. n. 301/2002

<sup>3</sup> 1. *Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire: a) gli interventi di nuova costruzione; ...*

con altro titolo abilitativo.

E, del tutto ovviamente, con riferimento al **principio di specialità**, quando uno stesso fatto sia punito, come reato, da una disposizione penale e, come illecito amministrativo, da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e Bolzano, si applicherà l'art. 9, comma 2, legge n. 689/1981, per cui sarà irrogabile la sola sanzione penale, senza possibilità di cumulo con la sanzione amministrativa, a meno che il cumulo non sia espressamente previsto da legge regionale o di dette Province autonome (Cass.pen., sez. III, n. 35495/2007). Lo stesso, naturalmente ed a maggior ragione, vale per le discipline locali (Cass.pen., sez. III, n. 28212/2008).

Questioni particolari si pongono con riferimento alla disciplina dei **mutamenti di destinazione d'uso**<sup>4</sup> e della possibilità delle regioni di prevedere procedure abitative diverse da quelle imposte dal T.U: in estrema sintesi, mi parrebbe possibile riconoscere ampia latitudine alla legislazione regionale per quanto attiene alla procedura da imporre<sup>5</sup>, facendo salvo però il regime sanzionatorio *sostanziale* conseguente alla *effettiva* incidenza del mutamento di destinazione d'uso sul bene giuridico di riferimento, e sempre avente ben presenti i principî fondamentali sulla competenza legislativa in materia penale, di modo che schematizzo ed offro al dibattito queste conclusioni:

- se la Regione non legiferi ai sensi dell'art. 10, comma 2, T.U. edilizia, non per ciò solo si dovrebbe determinare un vuoto nella disciplina dei mutamenti di destinazione d'uso, che, dunque, credo debbano andare comunque valutati, e sanzionati, in ragione della loro *effettiva* incidenza sul territorio e sul carico urbanistico e non possono ritenersi "liberi" soltanto perché non espressamente disciplinati a livello regionale;

- la legislazione regionale non dovrebbe potere, nemmeno indirettamente, incidere sulla applicazione della legge penale, con la conseguenza che, ove si ponesse tale questione, per la norma non statale dovrà essere ricercata una interpretazione adeguatrice, tale da ricondurla nell'alveo dei principî fondamentali in materia (ad es. riconoscendo alla individuazione del titolo rilevanza soltanto procedurale e non tale da incidere sul regime sanzionatorio penale);

- la legge regionale potrebbe avere piena libertà di azione, fermo il limite del regime sanzionatorio sostanziale<sup>6</sup>, sui mutamenti di destinazione d'uso impropri, quelli, cioè, che non determinano il passaggio da una categoria urbanistica autonoma all'altra,

precisando che esse conclusioni vogliono prescindere dall'essere il mutamento in discorso realizzato con o senza opere, trattandosi di dato che, sotto il profilo del regime *sostanziale* non potrebbe, a mio più che sommo – e credo: ampiamente minoritario – avviso, essere dirimente: la delicatezza della questione, e delle conseguenze che derivano dall'accogliere una soluzione piuttosto che un'altra, rende inevitabile la richiesta di istruzioni alla Procura della Repubblica competente.

## b) Le opere precarie

Questa tipologia di intervento, pur frequentatissima dalla pratica e – di conseguenza – dalla giurisprudenza, non è disciplinata espressamente dal T.U..

La giurisprudenza, peraltro, sia amministrativa sia penale, è del tutto pacifica in materia, e consente di affrontare la questione definitoria con sufficiente tranquillità.

Come noto, il *regime* (penale ed amministrativo-ripristinatorio) del permesso di costruire è necessario, oltre che nei casi espressamente elencati all'art. 10, T.U. Edilizia<sup>7</sup>, in ogni altro caso in

<sup>4</sup> A proposito, si potrà vedere la mia relazione *Mutamento di destinazione d'uso e legislazione regionale: per una soluzione in prospettiva sostanzialistica della questione*, presentata alla III edizione del Forum Nazionale di Polizia Locale, Convegno Nazionale e Mostra delle Tecnologie e dei Prodotti, Abano Terme, 30-31 marzo 2006

<sup>5</sup> Si veda, però, Cass.pen., sez. III, n. 2956/2004, cit., sui limiti di legittimità costituzionale della generale liberalizzazione dei titoli edilizi, con riferimento alla legge regionale che consenta l'uso della d.i.a. alternativa anche in carenza di pianificazione di dettaglio.

<sup>6</sup> Nel senso che, ove fosse previsto il permesso di costruire, non si applicherebbe il regime penale,

<sup>7</sup> Art. 10 (L). Interventi subordinati a permesso di costruire

1. *Costituiscono interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e sono subordinati a permesso di costruire:*

cui sussista una modificazione *significativa* dell'assetto urbanistico-edilizio complessivo, bene protetto dalla normativa in discorso. Ma ciò, a ben vedere, non si verifica quando la modificazione sia soltanto temporanea, ed è proprio in questo caso che si parla di opere precarie. Tali opere, pur costituendo *fisicamente* "costruzioni nuove" (e perciò potenzialmente assoggettabili al regime del permesso di costruire), non sono considerate *giuridicamente* "nuove costruzioni", perché non sono effettivamente impattanti sul bene protetto, di modo che per realizzarle dovrebbe ritenersi non occorra alcun titolo (né permesso di costruire né d.i.a.: Cass.pen., sez. III, n. 19075/2009; TAR Abruzzo, Pescara, n. 167/2007; *contra* TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 4217/2007).

Proprio per ciò, è evidente l'interesse di chi volesse aggirare la normativa (sfuggendo alle relative conseguenze sanzionatorie), realizzando una nuova costruzione senza permesso di costruire, nel sostenere che essa deve ritenersi, in realtà, un'opera precaria.

Si faccia attenzione, però, al significato tecnico-giuridico dell'aggettivo "precario", che non significa affatto: fragile o instabile o simili, ma, specificamente: destinato sin dalla sua realizzazione, oggettivamente ed indipendentemente da ogni altra considerazione, a soddisfare esigenze contingenti, specifiche, cronologicamente delimitate e ad essere rimosso dopo il momentaneo uso (Cass.pen., sez. III, n. 21210/2008; Cons.Stato., sez. V, n. 5469/2006).

Ciò che rileva, in sostanza, è non la precarietà strutturale, ma quella esclusivamente temporale (Cons.Stato., sez. V, n. 696/2003), anche se, per soddisfare gli scopi specifici e cronologicamente delimitati cui è oggettivamente destinata, l'opera può rimanere *in loco* anche alcuni anni (Cons.Stato., sez. V, n. 2471/2001) (si pensi, ad es., ai baraccamenti dei cantieri per le grandi opere, con le precisazioni che si faranno di seguito).

Poiché, però, la dichiarata (da parte dei responsabili) precarietà potrebbe costituire un troppo agevole strumento per aggirare la normativa, è evidente che la definizione della nozione debba essere ancorata a criteri di carattere il più possibile oggettivo.

Al proposito, ai fini della determinazione della precarietà in senso tecnico:

<i>non rileva</i>	<i>rileva</i>
il <b>materiale</b> con cui il manufatto è realizzato (Cass.pen., sez. III, n. 45247/2007)	se l'opera ha <b>attitudine</b> , in sé e per sé, <b>ad essere utilizzata per esigenze temporanee e contingenti</b> , e sia <b>destinata, oggettivamente, fin dalla sua realizzazione, ad essere rimossa appena cessate tali esigenze</b> (Cass.pen., sez. III,
la <b>destinazione data soggettivamente dal costruttore</b> (Cass.pen., sez. III, n. 25965/2009)	
il fatto <b>che l'opera sia facilmente rimovibile</b> (Cass.pen., sez. III, n. 45247/2007)	
il fatto <b>che l'opera sia smontabile</b> (Cass.pen., sez. III, n. 25965/2009)	
il fatto che l'opera non sia fissa al suolo (Cass.pen., sez. III, n. 25965/2009)	

a) gli interventi di nuova costruzione;

b) gli interventi di ristrutturazione urbanistica;

c) gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso.

2. Le regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinati a permesso di costruire o a denuncia di inizio attività.

3. Le regioni possono altresì individuare con legge ulteriori interventi che, in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico, sono sottoposti al preventivo rilascio del permesso di costruire. La violazione delle disposizioni regionali emanate ai sensi del presente comma non comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 44.

<p>se abbia, o non, ruote (Cass.pen., sez. III, n. 32551/2006), retrattili o apparenti (Cass.pen., sez. III, n. 12128/2000; TAR Toscana, Firenze, sez. III, n. 1020/2008), o anche con libretto di circolazione (Cass.pen., sez. III, n. 32551/2006)</p>	<p>n. 35419/2008)</p>
<p>la <b>tecnica di ancoraggio al suolo</b> (Cass.pen., sez. III, n. 37766/2005), o anche il mancato ancoraggio al suolo (Cass.pen., sez. III, n. 37992/2004)</p>	
<p>il fatto <b>che l'opera sia utilizzata saltuariamente, o stagionalmente</b> (Cass.pen., sez. III, n. 39074/2009), ipotesi che non ricorre quando l'uso sia reiterato ogni anno (Cass.pen., sez. III, n. 455/2007; TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, n. 102/2008), o dopo ogni stagione estiva (TAR Emilia Romagna, Bologna, n. 19/2009)</p>	

Detto ciò, è evidente che le fattispecie astrattamente ipotizzabili (salvo sempre il giudizio del caso concreto) non possono che essere, in effetti, pochissime. In particolare, e ad esempio:

- a) baraccamenti di cantiere destinati ad ospitare gli operai e gli attrezzi impegnati nei lavori di costruzione, purché, naturalmente, non comportino, in sé, una trasformazione urbanisticamente rilevante e non temporanea;
- b) baracche di cantiere, adibite a ricevere gli acquirenti degli appartamenti in costruzione;
- c) pista in terra battuta, all'interno di un cantiere per la costruzione di un fabbricato regolarmente assentito: se però sono in zona vincolata è necessaria comunque l'autorizzazione dell'Autorità tutoria (Cass.pen., sez. III, n. 26406/2005).
- d) opere connesse a manifestazioni temporanee (concerti, fiere, sagre...).
- f) opere connesse a situazioni straordinarie: es. suddivisione di appartamento tra due coniugi a sèguito di sentenza di separazione legale, in attesa di definitiva sistemazione.

Per la valutazione del caso concreto, si potrà tenere conto di quanto segue:

- **il criterio oggettivo**: non si confonda stabilità con irremovibilità o con perpetuità della funzione assegnata alla costruzione. Il criterio da seguire è assolutamente oggettivo: bisogna verificare se l'opera ha attitudine ad essere utilizzata in modo *non* precario, cioè in modo *non* temporaneo e contingente, perché "precaria" può definirsi solo l'opera destinata (e ciò: oggettivamente, indipendentemente dalle dichiarazioni del titolare) fin dalla sua realizzazione ad essere rimossa dopo il momentaneo uso (Cass.pen., sez. III, n. 31467/2008):

- **il principio di valutazione complessiva**: per determinare la sussistenza dei requisiti sopra elencati, l'opera deve essere considerata unitariamente e non nelle sue singole componenti, affinché ne emergano la eventuale stabilità e il carattere tendenzialmente permanente della funzione (Cass.pen., sez. III, n. 35897/2008);

- **il ruolo di eventuali discipline locali**: se lo strumento urbanistico o il regolamento edilizio (oltre, ad es., ad imporre obblighi relativi ai materiali da utilizzare) considerino precarie le opere che vengano rimosse entro un determinato limite di tempo e detto limite sia non rispettato, le opere dovranno essere considerate, ovviamente, come realizzate in assenza del titolo che sarebbe stato necessario se esse fossero state mancanti della caratteristica della precarietà (essendo venuto meno il requisito che giustifichi il trattamento agevolato della non necessità del ricorso a detto titolo) – arg. Cass.pen., sez. III, n. 29871/2006. In ogni caso, sarebbe illegittimo il regolamento comunale che ricollegasse la individuazione della natura precaria dei manufatti esclusivamente alle caratteristiche dei materiali utilizzati per la loro realizzazione ed alla facile amovibilità, introducendo un titolo abilitativo edilizio "provvisorio" atipico, perché il Comune non può

permettere la realizzazione, in contrasto con la pianificazione, di opere che siano in grado di alterare in modo permanente l'assetto urbanistico (Cass.pen., sez. III, n. 12428/2008); e parimenti illegittima, e perciò da disapplicare, sarebbe una disposizione regolamentare che assimilasse le strutture stagionali a quelle precarie (TAR Puglia, Bari, sez. II, n. 2031/2009).

- **gli immobili vincolati**: anche opere a così limitato impatto ambientale quali le opere precarie (TAR Sardegna, Cagliari, n. 2/2002) è da ritenersi siano soggette, comunque, a nulla-osta dell'Autorità che presiede alla osservanza del vincolo (Cass.pen., sez. III, n. 21220/2007), rammentando altresì che la precarietà dell'opera non rileva ai fini della sussistenza del reato ambientale (Cass.pen., sez. III, n. 18047/2007), e che il vincolo d'immodificabilità della fascia di rispetto riguarda anche le opere precarie (Cass.pen., sez. III, n. 37470/2008);

- **il ripetuto montaggio e smontaggio**: il ripetuto montaggio e smontaggio di un manufatto nello stesso sito ne esclude la precarietà, perché dimostra che in realtà esso è finalizzato a servire in modo stabile, continuativo, tendenzialmente duraturo, all'attività di chi lo ha realizzato (Cass.pen., sez. III, n. 37941/2007);

- **le concessioni pluriennali e la rimozione delle opere al termine della stagione balneare**: l'occupazione del suolo demaniale è illegittima non solo quando venga esercitata senza alcun titolo abilitativo, ma anche quando venga attuata in periodi diversi da quelli consentiti dal titolo. In caso di concessione pluriennale, insomma, l'interessato può, sì, non chiedere il rinnovo della concessione alla scadenza di ogni periodo balneare, ma non può mantenere le strutture anche oltre il periodo indicato nella concessione stessa (Cass.pen., sez. III, n. 19962/2007), e ciò anche se il canone fosse corrisposto con riferimento all'anno (perché esso è comunque rapportato all'effettiva utilizzazione del bene: art. 3, comma 4, d.l. n. 400/1993<sup>8</sup>: Cass.pen., sez. III, n. 13957/2006). Il mantenimento, al termine della stagione balneare, di strutture (chioschi, cabine, passerelle ed altro) assentite con autorizzazione comunale per la realizzazione di opere precarie, dunque, configura i reati di cui gli artt. 44, T.U. e 1161, cod. nav., perché la concessione legittima all'uso del tratto di spiaggia antistante lo stabilimento e da destinare ad attività di balneazione, ma non autorizza la installazione sul litorale di manufatti edili ancorati in modo definitivo al terreno in assenza del permesso di costruire, che, peraltro, non può essere rilasciato stante la natura demaniale del suolo (Cass.pen., sez. III, n. 17062/2006). Si rammenti poi che, le concessioni in discorso ... *sono revocate qualora il concessionario si renda ... responsabile di gravi violazioni edilizie* ... (art. 1, comma 2-i, d.l. n. 400/1993);

- **le concessioni pluriennali, la rimozione delle opere al termine della stagione balneare e la legislazione regionale**: è stata giudicata costituzionalmente illegittima la disposizione di legge regionale che consenta il mantenimento per l'intero anno delle strutture precarie e amovibili di facile rimozione, funzionali all'attività turistico-ricreativa e già autorizzate per il mantenimento stagionale, anche in deroga ai vincoli previsti dalle normative in materia di tutela territoriale, paesaggistica, ambientale e idrogeologica, perché introduce una non consentita deroga agli istituti di protezione ambientale uniformi, validi in tutto il territorio nazionale, violando l'art. 117, comma 2, lettera s), Costituzione, in relazione all'art. 146, d.lgs. n. 42/2004, che subordina ad autorizzazione paesaggistica ogni intervento su immobili o aree di interesse paesaggistico (Corte Costituzionale, n. 232/2008)

- **la disciplina antisimica**: anche la realizzazione in violazione della disciplina antisimica di opere precarie concretizza i reati di cui agli artt. 93, 94 e 95, T.U. (Cass.pen., sez. III, n. 38405/2008).

### c) Le pertinenze urbanistiche

Come quella della opere precarie, anche questa tipologia di intervento, pur frequentatissima dalla pratica e – di conseguenza – dalla giurisprudenza, non trova espressa definizione nel T.U..

<sup>8</sup> *I canoni annui relativi alle concessioni demaniali marittime, anche pluriennali, devono essere rapportati alla effettiva utilizzazione del bene oggetto della concessione se l'utilizzazione è inferiore all'anno, purché non sussistano strutture che permangono oltre la durata della concessione stessa.*

Ma anche in questo caso la giurisprudenza, sia amministrativa sia penale, del tutto pacifica, consente di affrontare la questione con sufficiente tranquillità.

Anche le pertinenze, che, pure, *fisicamente* costituiscono sicuramente “costruzioni nuove”, non sono considerate giuridicamente “nuove costruzioni”, e perciò sono sottratte al regime del permesso di costruire. Proprio per ciò, così come per le opere precarie, è evidente l’interesse di chi volesse aggirare la normativa realizzando una nuova costruzione senza permesso di costruire, nel sostenere che essa deve ritenersi, in realtà, una pertinenza per tentare di sfuggire alle relative conseguenze sanzionatorie.

In pratica, a di fronte ad una nuova costruzione senza titolo, la difesa del responsabile spessissimo si incentra sulla pretesa natura precaria, o pertinenziale, od entrambe (in concorso o in subordine) dell’opera stessa.

Quanto alla definizione, come detto: non fornita dal T.U.<sup>9</sup>, essa, per quanto qui di interesse, è assai meno ampia di quella civilistica<sup>10</sup> (Cons.Stato., sez. V, n. 5515/2007; Cass.pen., sez. III, n. 4087/2008), richiedendosi, per la sua configurazione, non pochi requisiti, che qui di seguito elenco:

Deve preesistere una costruzione <sup>11</sup> (e non soltanto un terreno: Cass.pen., sez. III, n. 6109/2008) principale, edificata legittimamente (Cass.pen., sez. III, n. 25124/2008) o comunque sanata/condonata (Cass.pen., sez. III, n. 35005/2007).
La costruzione principale deve essere già completa in sé: la pertinenza non deve rispondere ad una inderogabile necessità funzionale della costruzione principale e dunque deve essere non indispensabile, non costituirne parte integrante o costitutiva (Cass.pen., sez. III, n. 15260/2009; CS, 4, n. 1219/2007), dovendo avere soltanto lo scopo di renderne più agevole e funzionale l’uso (idem) o anche per costituirne ornamento (Cass.pen., sez. III, n. 2768/2006), altrimenti l’opera, costituendo una parte essenziale dell’edificio principale, ne seguirebbe ovviamente la disciplina: non può perciò essere considerata “pertinenza” l’opera che conduca ad un ampliamento di un edificio (Cass.pen., sez. III, n. 15260/2009).
L’opera deve avere un carattere durevole (Cass.pen., sez. III, n. 25124/2008).
L’opera deve essere autonoma e dotata di propria individualità fisica e strutturale (Cass.pen., sez. III, n. 37257/2008): deve, cioè, potere esistere come “nuova costruzione” in sé, anche “slegata” dall’edificio principale <sup>12</sup> .
Deve esaurire la propria destinazione d’uso nel rapporto funzionale con l’edificio principale (Cass.pen., sez. III, n. 19034/2004): deve essere, oggettivamente, logicamente ed economicamente (Cass.pen. sez. III, n. 4081/2008), non utilizzabile se non per il servizio della costruzione principale (Cass.pen., sez. III, n. 21111/2007): non deve consentire, per natura e per struttura, una pluralità di destinazioni, a prescindere dalla destinazione soggettivamente data dal proprietario o dal possessore (Cass.pen., sez. III, n. 42738/2008).
Quanto alle dimensioni fisiche, l’opera deve essere non valutabile in termini di cubatura o comunque dotata di un volume minimo tale da non consentire, in relazione anche alle caratteristiche dell’edificio principale, una sua destinazione autonoma e diversa da quella a servizio

<sup>9</sup> La formulazione dell’art. 3, comma 1, lettera e.6), T.U., in realtà non risolve affatto la questione definitoria di questa particolare tipologia di opere

<sup>10</sup> Art. 817 cod. civ. – Pertinenze

*Sono pertinenze le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un’altra cosa.*

*La destinazione può essere effettuata dal proprietario della cosa principale o da chi ha un diritto reale sulla medesima.*

<sup>11</sup> **La pertinenzialità a costruzione residenziale.** L’art. 3, T.U. non prevede più il riferimento all’edilizia residenziale che, invece, era desumibile dall’abrogata legge n. 94/1982 (Cass.pen., sez. III, n. 25124/2008), di modo che, esclusa comunque la possibilità di ritenere pertinenze, ai sensi sopra visti, costruzioni che accedono soltanto a fondi agricoli o aree, adesso, a differenza che nel regime previgente, possono essere considerate pertinenze urbanistiche, esenti da permesso di costruire, anche quelle relative ad edifici non residenziali (es. agricoli, commerciali, artigianali, ecc.): Cass.pen., sez. III, n. 6109/2008.

<sup>12</sup> Si pensi, ad esempio, ad un balcone: come potrà sostenersi che esso sia una pertinenza se, in effetti, “isolato” dall’edificio esso non ha alcuna autonomia?

dell'immobile cui accede (Cass.pen., sez. III, n. 37257/2008): le dimensioni, insomma, devono essere molto contenute (sia in assoluto sia in relazione a quelle dell'edificio principale (Cass.pen., sez. III, n. 432/2001): le minime indispensabili per un uso normale da parte di chi risiede nella costruzione principale (Cons.Giust.Amm.Reg.Siciliana, n. 413/1997 <sup>13</sup> ), proporzionate rispetto a quelle della costruzione principale (non tali da alterare in modo significativo l'assetto del territorio) <sup>14</sup> .
L'ubicazione deve essere tale da rendere evidente la funzione di servizio esclusivo (Cons.Stato., sez. V, n. 1432/2001 <sup>15</sup> ).
L'opera non deve determinare carico urbanistico (Cass.pen., sez. III, n. 44280/2007)
L'opera non deve avere un autonomo valore di mercato (Cass.pen., sez. III, n. 42738/2008)

Si badi che i requisiti sopra elencati (salvo diverse determinazioni delle norme tecniche degli strumenti urbanistici ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera e.6), T.U. – con le precisazioni che si svolgeranno in seguito):

– debbono essere tutti e ciascuno presenti;

– devono avere carattere oggettivo: non vanno desunti, cioè, dalla destinazione soggettivamente data dall'interessato (Cass.pen., sez. III, n. 35419/2008), ma devono essere connaturali alla struttura della pertinenza.

Se poi, avendo queste caratteristiche, tali interventi rientrano tra quelli dell'art. 3, comma 1, lettera e.6), T.U., le norme tecniche degli strumenti urbanistici diranno se dovranno essere assoggettati (nel senso, credo, della *procedura* abilitativa, e non del regime *sostanziale*) a permesso di costruire (Cass.pen., sez. III, n. 28524/2007): in mancanza di espressa disposizione delle stesse (e salvo quanto si dirà sul regime sanzionatorio penale), ritengo applicabili, in sé, i criteri visti sopra, di modo che, in presenza di tutti e ciascuno i requisiti su elencati, sarà possibile realizzare tali opere con d.i.a. cd. semplice.

La disposizione del più volte citato art. 3, comma 1, lettera e.6), T.U., però, impone la questione del reale significato, e delle conseguenze, del **limite del 20% del volume della costruzione principale**.

Il coordinato disposto delle lettere e.1) ed e.6) dell'art. 3, comma 1, citt., infatti, stabilisce che: sono comunque da considerare interventi di nuova costruzione, *la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma esistente, fermo restando, per gli interventi pertinenziali, quanto previsto alla lettera e.6)*, lettera che indica *gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualifichino come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale*.

È mio parere che, anche al di sotto di detto limite del 20%, le nuove costruzioni che *non* abbiano le caratteristiche di pertinenzialità individuate (e sopra elencate) dalla giurisprudenza siano da ritenere assoggettabili al *regime* del permesso di costruire/super-d.i.a., mentre pare evidente che quando il limite del 20% sia superato l'opera *non* possa *comunque* essere considerata pertinenza nel senso sopra visto, senza che vi sia necessità di verificare se sussistano le condizioni sopra elencate (Cass.pen., sez. III, n. 28504/2007). Se, insomma, sia superato il limite del 20%, l'opera non potrà mai essere considerata pertinenza ai sensi su detti (Cass.pen., sez. III, n. 26573/2009), mentre non è necessariamente vero il contrario: se detto limite non sia superato, infatti, non è detto che si tratti di pertinenza (e perciò soggetta a regime agevolato): lo sarà *soltanto se* posseda tutti, e ciascuno, i requisiti sopra elencati. E, per converso, si è affermato che non ogni intervento pertinenziale (come sopra definito) è esonerato dal permesso di costruire, ma soltanto quelli di scarsa rilevanza, non solo

<sup>13</sup> Foro amm., 1998, 100

<sup>14</sup> In ogni caso, se si già avvenuto l'esaurimento degli indici edificatori afferenti sia alla superficie che alla volumetria, nemmeno le pertinenze possono essere realizzate (arg. Cons.Stato, sez. IV, n. 1219/2007).

<sup>15</sup> Foro amm., 2001, 506

sotto il profilo quantitativo (volumetria non superiore al 20% dell'edificio principale), ma anche sotto quello qualitativo (e, cioè, sempre che le norme tecniche degli strumenti urbanistici non li considerino comunque "interventi di nuova costruzione"): Cass.pen., sez. III, n. 15260/2009.

Visto quanto sopra, però, si pone la questione delle **conseguenze sul piano penale delle determinazioni comunali**.

Sempre con riferimento alla lettera e.6), dell'art. 3, T.U., vista appena qui sopra, non è scontato (anche se in questo senso parrebbe deporre Cass.pen., sez. III, n. 15260/2009, cit.) che il fatto che le norme tecniche degli strumenti urbanistici qualifichino, o non, un intervento come di nuova costruzione, determini automaticamente che quell'intervento sia da assoggettare al regime sanzionatorio penale (ed amministrativo-ripristinatorio): se così fosse, infatti, lo stesso, identico, intervento potrebbe essere soggetto, o non, a regime penale a seconda non soltanto del luogo in cui è realizzato ma anche a seconda delle valutazioni discrezionali del singolo Comune, il che parrebbe di problematico coordinamento con il principio del monopolio statale in materia penale: il consiglio, data la gravità delle conseguenze, è quello di richiedere istruzioni alla Procura della Repubblica di riferimento.

Fermo il regime urbanistico-edilizio, si noti però che per la configurabilità del reato dell'art. 181, d.lgs. n. 42/2004, in materia di **vincoli paesaggistici**, la natura pertinenziale dell'opera è del tutto irrilevante, perché la norma vieta di eseguire lavori di *qualsiasi* genere senza autorizzazione, a meno che, naturalmente, si tratti di interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che *non* alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici, relativamente ai beni paesaggistici: art. 149, d.lgs. n. 42/2004 (Cass.pen., sez. III, n. 15227/2009): del tutto ovvio, poi, è anche alle pertinenze sia applicabile la **disciplina antisismica** (Cass.pen., sez. III, n. 7353/1995), e, ritengo, anche di quella sulle opere in cemento armato.

#### **d) Le cd. opere interne**

Le opere *all'interno* delle costruzioni già esistenti (costruzioni, naturalmente, che siano legittime, *ab origine* o a sèguito di sanatoria/condono) possono essere oggetto di pericolosa sottovalutazione.

Come noto, gli abrogati artt. 26<sup>16</sup>, legge n. 47/1985 e 4, comma 7, lettera e)<sup>17</sup>, d.l. n. 398/1993<sup>18</sup> si occupavano espressamente delle *opere interne*, sottraendo tale tipologia di intervento - a determinate condizioni - al regime concessorio, ed ammettendola al regime semplificato<sup>19</sup>.

Il T.U., invece, non ha ripreso il contenuto di alcuna di dette due disposizioni, "disinteressandosi" di questa, pur gettonatissima, tipologia di opere.

Allo stato, perciò, mi paiono possibili due alternative:

a) continuare a fare riferimento, interpretativamente, alla "vecchia" nozione di opere interne<sup>20</sup> (Cass.pen., sez. III, n. 35177/2002),

oppure (ciò che ho sempre considerato più conforme alla lettera del T.U.),

<sup>16</sup> [Opere interne

*Non sono soggette a concessione né ad autorizzazione le opere interne alle costruzioni che non siano in contrasto con gli strumenti urbanistici adottati o approvati e con i regolamenti edilizi vigenti, non comportino modifiche della sagoma, della costruzione, dei prospetti né aumento delle superfici utili e del numero delle unità immobiliari, non modifichino la destinazione d'uso delle costruzioni e delle singole unità immobiliari, non rechino pregiudizio alla statica dell'immobile e, per quanto riguarda gli immobili compresi nelle zone indicate alla lettera A dell'art. 2, d.m. n. 1444/1968, rispettino le originarie caratteristiche costruttive. Ai fini dell'applicazione del presente articolo non è considerato aumento delle superfici utili l'eliminazione o lo spostamento di pareti interne o di parti di esse...].*

<sup>17</sup> [I seguenti interventi sono subordinati alla d.i.a.: opere interne di singole unità immobiliari che non comportino modifiche della sagoma e dei prospetti e non rechino pregiudizio alla statica dell'immobile e, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A di cui all'art. 2, d.m. n. 1444/1968, non modifichino la destinazione d'uso;]

<sup>18</sup> Conv. con mod. con modificazioni, in legge n. 493/1993), (ancorchè non impeccabilmente tra essi coordinati

<sup>19</sup> Relazione asseverata, l'art. 26, cit.; d.i.a., invece, l'art. 4, cit.,

<sup>20</sup> Quella, insomma, degli artt. 26, legge n. 47/1985, e 4, d.l. n. 398/1993, citt.

b) per ogni intervento che si risolve *all'interno* di un fabbricato esistente, verificare in quale, tra le categorie di interventi dell'art. 3<sup>21</sup> o dell'art. 10<sup>22</sup>, T.U., esso rientri, una volta valutato complessivamente, applicando poi disciplina di detta categoria di intervento (Cass.pen., sez. III, n. 22866/2007), tenendo conto che le opere *all'interno* delle costruzioni esistenti sono da considerare riconducibili alla ristrutturazione edilizia "pesante" se comportino aumento di unità immobiliari, ovvero modifiche dei volumi, dei prospetti o delle superfici, ovvero mutamenti di destinazione d'uso<sup>23</sup> (Cass.pen., sez. III, n. 2881/2007).

Per quanto mi riguarda, credo che, in pratica, considerata la quantità e la qualità dei limiti al regime agevolato già imposti dalla normativa previgente, le due soluzioni sopra illustrate conducano, molto concretamente, a risultati non particolarmente dissimili, essendo sempre e comunque necessario distinguere tra *opere interne* (come definite dalla "vecchia" normativa) ed opere *all'interno* delle costruzioni: il solo fatto che un intervento sia realizzato *all'interno* di una costruzione, insomma, non significa affatto che esso sia un intervento minore o addirittura irrilevante, anzi.

### e) Gli interventi di demolizione con ricostruzione

Una delle più significative innovazioni del T.U., fin dalla sua versione originaria<sup>24</sup>, è rappresentata dalla soluzione espressa di una questione che aveva contrapposto da sempre le massime istanze della giurisdizione penale (Cass.pen., sez. III, n. 413/2001) ed amministrativa (Cons.Stato., sez. V, n. 6789/2000): quella relativa alla qualificazione giuridica, ed al conseguente regime procedurale e sanzionatorio, degli interventi di demolizione e successiva (fedele) ricostruzione.

Il T.U. ha sposato, sostanzialmente, la posizione della giurisprudenza amministrativa, considerando come interventi di ristrutturazione "leggera", assoggettabili perciò al regime di d.i.a. "semplice" (art. 22, comma 1, T.U.)<sup>25</sup> anche quelli di demolizione e successiva fedele ricostruzione di un fabbricato, fedele ricostruzione che si aveva quando il fabbricato ricostruito fosse stato identico a quello demolito per volumetria, sagoma, tipologia di materiali ed area di sedime.

Con gli adeguamenti apportati dal d.lgs. n. 301/2002, il T.U. ha ridisegnato ancora la fattispecie, eliminando non soltanto l'aggettivo "fedele", ma eliminando anche due dei quattro presupposti originariamente prescritti: sono spariti, infatti, i riferimenti alla identità di tipologia di materiali e di area di sedime. La "fedeltà" peraltro, in concreto, appare tutt'altro che dimenticata.

La giurisprudenza, infatti, ha di molto ridimensionato gli effetti di tale innovazione:

- quanto ai (alla non più richiesta identità dei) materiali edilizi, premesso che già il Ministero delle infrastrutture (con la cd. circolare Lunardi<sup>26</sup>) aveva chiarito, condivisibilmente, che ... *Restano comunque salve e vanno dunque rispettate le eventuali prescrizioni di piano regolatore o dei regolamenti edilizi vigenti di portata generale, valevoli cioè nell'intero territorio comunale o in singole zone urbanistiche, di carattere estetico-architettonico (ad esempio l'uso di alcuni materiali ... ), ... all'evidente fine di un armonico inserimento della nuova costruzione*

<sup>21</sup> Manutenzione ordinaria o straordinaria; restauro e risanamento conservativo; ristrutturazione "leggera" o nuova costruzione

<sup>22</sup> Ristrutturazione "pesante"

<sup>23</sup> Se le opere *all'interno* della costruzione esistente siano realizzate nei centri storici, si applica il *regime* del permesso di costruire anche nel caso in cui comportino mutamento di destinazione d'uso all'interno di una categoria omogenea (Cass.pen., sez. III, n. 11252/2008): se, invece, siano realizzate *fuori* dei centri storici il *regime* del permesso di costruire è applicabile soltanto se esse comportino mutamento della destinazione d'uso tra categorie eterogenee (es. da residenziale a produttivo), essendo sufficiente, in caso contrario, la semplice d.i.a. (Cass.pen., sez. III, n. 22866/2007).

<sup>24</sup> Promulgata il 6 giugno 2001 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2002, per essere poi "sospesa" dal 10 gennaio successivo e riacquistare efficacia, dopo modificazioni, il 1° luglio 2003, senza che ciò, peraltro, abbia determinato alcun vuoto normativo, hanno ripreso automaticamente vigore le norme anteriori (poi) sostituite dal T.U. (Cass.pen., sez. III, n. 37575/2008).

<sup>25</sup> Ma ciò vale soltanto per interventi autonomi e non per quelli in difformità dal titolo, di modo che demolizione e ricostruzione in difformità da un progetto assentito con permesso di costruire, configura il reato dell'art. 44, lettera a), T.U.

<sup>26</sup> Circolare 7 agosto 2003, n. 4174

*nell'ambiente urbano circostante ...*, si è precisato che, dovendosi necessariamente coordinare la disposizione dell'art. 3, comma 1, lettera d), T.U., con quella dell'art. 10, comma 1, lettera c), stesso T.U., ... *si è in presenza di un organismo edilizio, quanto meno in parte, diverso da quello preesistente nel caso ... in cui "l'edificio preesistente, costituito da un villino prefabbricato in legno, è stato demolito e ricostruito fedelmente quanto a volume e sagoma, ma adoperando materiali completamente diversi, essendo in costruzione un edificio in cemento armato"*, osservando come sia ... *di palmare evidenza che una costruzione in c.a. è strutturalmente diversa da un villino prefabbricato in legno, pur se lo riproduca fedelmente ...* (Cass.pen., sez. III, n. 26162/2005);

• quanto al (non più espressamente menzionato) parametro di fedeltà relativo alla identità dell'area di sedime, il Ministero, cit., ha fornito un chiarimento sostanzialmente condivisibile, là dove ha osservato che ... *non si ritiene che l'esclusione di tale riferimento possa consentire la ricostruzione dell'edificio in altro sito, ovvero posizionarlo all'interno dello stesso lotto in maniera del tutto discrezionale ...: ... debbono considerarsi ammissibili, in sede di ristrutturazione edilizia, solo modifiche di collocazione rispetto alla precedente area di sedime, sempreché rientrino nelle varianti non essenziali, ed a questo fine il riferimento è nelle definizioni stabilite dalle leggi regionali in attuazione dell'art. 32 del testo unico. ...* ;

ma la giurisprudenza è andata (ben) oltre, affermando che ... *la necessità della costruzione dell'edificio demolito nell'area di sedime originaria è un requisito insito nella nozione di ristrutturazione edilizia, in quanto sarebbe veramente strano poter ristrutturare il fabbricato altrove* (Cass.pen., sez. III, n. 19034/2004<sup>27</sup>; TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 3210/2004), dovendosi interpretare la nuova nozione di "ristrutturazione edilizia" in modo restrittivo, trattandosi di una eccezione al principio generale secondo cui ogni trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, che comporti una rilevante modifica del suo assetto, necessita del permesso di costruire (si veda anche: Cass.pen., sez. III, n. 17084/2006; Cons.Stato., sez. V, n. 3229/2006).

Naturalmente, poi, rimangono salvi i limiti "esterni" rappresentati dalle definizioni degli interventi più impattanti sul territorio (ristrutturazione "pesante" e "nuova costruzione").

Oggi, in sostanza, l'intervento di demolizione e ricostruzione può dare luogo, in concreto:

– ad una ristrutturazione "leggera", se abbia identità di volume e sagoma (con le precisazioni appena su dette con riferimento a materiali ed area di sedime);

– ad una "nuova costruzione", se non abbia identità di volumetria o sagoma (ovvero sia difforme dai parametri di identità di materiali ed area di sedime (Cass.pen., sez. III, n. 28212/2008) come letti dalla giurisprudenza);

– ad una ristrutturazione "pesante", se, nonostante l'identità di volume e sagoma, comporti aumento di unità immobiliari, dei prospetti o delle superfici, ovvero, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee "A", comporti mutamenti della destinazione d'uso.

Quanto all'**aumento della superficie utile**, la cd. circolare Lunardi ritiene del tutto legittimo che con gli interventi di demo-ricostruzione si possa incrementare la superficie utile, *nei limiti consentiti o non preclusi per la ristrutturazione edilizia, dovendosi ritenere insita nella natura di tale intervento la possibilità di aumento della superficie utile con il conseguente incremento del carico urbanistico, stante la fondamentale ratio legislativa di favorire il rinnovo del patrimonio edilizio anche sotto un profilo tecnico-qualitativo che comporta il più delle volte, per la stessa praticabilità dell'intervento, un diverso dimensionamento della superficie utile*. Al proposito, però, rammento che, da un lato, l'art. 32, T.U., alla lettera a)<sup>28</sup> quando enuncia le condizioni per la determinazione delle variazioni essenziali, fa riferimento alla variazione degli standard urbanistici, e, dall'altro, che l'art. 10, c. 1, lettera c), T.U. stabilisce che sono subordinati a permesso di costruire: ... *c) gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino ... modifiche ... delle superfici*, di modo

<sup>27</sup> Affermando la non riconducibilità alla figura "agevolata" della demolizione con ricostruzione, di un caso in cui si era accertato un lieve spostamento dell'immobile ricostruito rispetto alla collocazione di quello demolito

<sup>28</sup> Anche se, in effetti, con specifico riguardo al mutamento della destinazione d'uso

che il ricorso alla d.i.a. “semplice” parrebbe praticabile, in caso di aumento della superficie utile, soltanto se detti interventi non portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente 52 (salvo, naturalmente, quanto detto appena sopra con riferimento all’art. 32, cit.).

Merita poi, in ogni caso, rammentare che per Cass.pen. sez. III, n. 12369/2003 (che decide avendo già nota la nuova definizione di “demolizione e ricostruzione”):

*Per la recente disciplina urbanistica ed edilizia, ivi compresa quella di cui all’art. 1, comma 6, della legge 21 dicembre 2001, n. 443 e agli artt. 3, comma 1, e 10, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 ... realizza l’ipotesi di ristrutturazione edilizia ai sensi dell’art. 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457, con conseguente necessità della concessione (ora sostituita dal permesso di costruire) la realizzazione di un organismo edilizio in parte diverso dal precedente, atteso che non è subordinato al preventivo rilascio del provvedimento “concessorio” solo l’intervento che non comporti aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici ...*

È stata considerata invece considerata ipotesi di demo-ricostruzione soggetta a d.i.a. semplice quella che comporti una **riduzione di volumetria** che, però, non influisca sulla sagoma (TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 3210/2004).

Pacifico è, altresì, che non rientra nel regime agevolato della demo-ricostruzione la **ricostruzione su ruderi** (Cass.pen., sez. III, n. 22241/2008), anche nel caso di ricostruzione di un manufatto che subisce il crollo delle sue pareti (CS, 4, n. 1550/2008): in questi casi il regime è quello del permesso di costruire (Cass.pen., sez. III, n. 20271/2008).

**Quanto all’“elemento tempo”**, va affermato il **principio della contiguità temporale**: la ricostruzione, per godere del regime agevolato (salvi gli altri requisiti su detti) non può avvenire in qualunque tempo, ma deve essere contestualizzata temporalmente, e strumentalmente, nell’ambito di un intervento unitario, volto, nel suo complesso, alla conservazione di un edificio che risulti ancora esistente e strutturalmente identificabile al momento dell’inizio dei lavori (Cass.pen., sez. III, n. 42521/2008; Cons. Stato, sez. IV, n. 5791/2004): la contiguità temporale, però, non viene meno nel caso in cui la sospensione/interruzione dei lavori sia non addebitabile all’interessato (TAR Veneto, Venezia, sez. II, n. 1177/2006). In particolare, però, nel caso di crollo, tra il rilascio dell’originario titolo, il crollo e la presentazione del nuovo progetto, non si deve verificare alcuna soluzione di continuità (TAR Veneto, Venezia, sez. II, n. 3493/2007).

Si rammenti, poi, che se è vero che le limitazioni relative agli interventi di demolizione con ricostruzione non valgono per gli interventi di ristrutturazione edilizia “tradizionali”, che ammettono integrazioni funzionali e strutturali dell’edificio esistente, anche con incrementi limitati di superficie e di volume, si deve però precisare che le *modifiche del volume*, previste dall’art. 10, T.U., possono consistere in diminuzioni o trasformazioni dei volumi preesistenti ed in incrementi volumetrici *modesti*, poiché, qualora si ammettesse la possibilità di un sostanziale ampliamento dell’edificio, verrebbe ovviamente meno la linea di demarcazione tra “ristrutturazione edilizia” e “nuova opera” (Cass.pen., sez. III, n. 38088/2009).

#### **f) La lottizzazione abusiva.**

È il reato<sup>29</sup>, per lo più squisitamente “indiziario”, più severamente punito (art. 44, comma 1,

<sup>29</sup> Si tratta di reato di pericolo (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009), a condotta libera (e con una articolazione particolarmente ampia di possibili modalità esecutive), permanente e progressivo nell’evento (Cass.pen., sez. III, n. 37472/2008). È poi un reato a consumazione alternativa, che sussiste *sia* quando l’autorizzazione manchi del tutto *sia* quando essa esista, ma risulti in contrasto con le prescrizioni di legge e/o degli strumenti urbanistici (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009), *sia*, anche, in presenza di un piano di lottizzazione, sì, approvato (Cass.pen., sez. III, n. 13687/2007), ma, naturalmente, in contrasto con le prescrizioni di legge e/o degli strumenti urbanistici. Si ha lottizzazione abusiva, perciò, anche quando il piano di lottizzazione c’è, ma si realizzi, in concreto, una trasformazione urbanistica ad edilizia del territorio con modalità tali da non essere più riferibile al piano inizialmente approvato, a causa degli stravolgimenti ad integrali modifiche apportate (Cass.pen., sez. III, n. 11259/2008).

lettera c), e comma 2, T.U.)<sup>30</sup> tra quelli edilizi in senso stretto, perché con esso, in buona sostanza, è il privato che, di fatto, “gestisce” la pianificazione di dettaglio che la legge assegna, invece, al Comune, incidendo perciò direttamente sul potere di programmazione dell’uso del territorio da parte dell’ente locale o sull’assetto del territorio già stabilito (Cass.pen., sez. III, n. 42741/2008). La lottizzazione abusiva si può configurare *sia* in caso di intervento tale da comportare una nuova definizione dell’assetto in una zona non urbanizzata (o non sufficientemente urbanizzata), per cui esiste la necessità di attuare le previsioni dello strumento urbanistico generale tramite una convenzione lottizzatoria, *sia* quando detto intervento non potrebbe in nessun caso essere realizzato (Cass.pen., sez. III, n. 3481/2009).

Ferme le tradizionali partizioni tra lottizzazione cd. materiale, negoziale e mista, pare oggi giustificato parlare di **“nuove frontiere” della lottizzazione abusiva**.

La recente giurisprudenza è infatti ormai consolidata (per tutte: Cass.pen., sez. III, n. 24096/2008) nel ritenere configurabile la lottizzazione abusiva anche quando il bene suddiviso consista *non* semplicemente in un terreno ineditato, ma addirittura in un immobile *già* regolarmente edificato, attraverso la **illecita modificazione della sua destinazione d’uso**, da valutare anche alla stregua della legislazione urbanistica regionale in materia di classificazione delle categorie funzionali della destinazione d’uso, in relazione precipuamente alle previsioni della pianificazione comunale, considerando che l’assetto territoriale può essere alterato anche quando si incida significativamente sulle dotazioni degli standards di zona. **Esempio** ormai classico di questa nozione allargata di lottizzazione abusiva è quello della **trasformazione di un albergo o di una residenza turistico-alberghiera (r.t.a.) o casa albergo vacanza (c.a.v.) in un complesso residenziale**, attraverso la vendita (ma il reato è rilevabile già dalla stipula di contratti preliminari: Cass.pen., sez. III, n. 42741/2008) di singole unità immobiliari a privati, quando, indipendentemente dal regime proprietario della struttura, non sussiste una organizzazione imprenditoriale preposta alla gestione dei servizi comuni ed alla concessione in locazione dei singoli appartamenti compravenduti secondo le regole comuni del contratto di albergo: in questo caso le singole unità perdono la loro originaria destinazione d’uso alberghiera per assumere quella residenziale, e ciò necessariamente incide sulla pianificazione urbanistica del territorio effettuata dal Comune (*idem*).

Si noti, però, che la lottizzazione abusiva si realizza non soltanto (come è immediatamente intuibile) quando detto “frazionamento” sia in contrasto con specifiche previsioni dello strumento urbanistico generale (che, ad es. vieti una utilizzabilità diversa da quella turistico-alberghiera), ma anche nel caso sia consentita una utilizzabilità anche residenziale, se il complesso alberghiero sia stato edificato grazie a previsioni derogatorie (ad esempio a divieti di edificabilità, limitazioni planovolumetriche, distanze etc.) non estensibili ad immobili residenziali, ed anche quando la destinazione d’uso residenziale comporti un incremento degli standards (es. parcheggi privati di cui all’art. 41-*sexies*, legge n. 1150/1942) richiesti per l’edificazione alberghiera e tali standards aggiuntivi non risultino reperibili, o comunque non siano reperiti in concreto (Cass.pen., sez. III, n. 24666/2009).

Altra acquisizione, abbastanza recente ma da considerare ormai consolidata, riguarda **l’elemento soggettivo**: la giurisprudenza di legittimità (per tutte: Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009), superando un risalente orientamento delle Sezioni Unite., ritiene ormai pianamente sufficiente **la colpa**, e se ciò risulta più evidente se si pensi alla figura del *venditore*, nondimeno *anche il compratore* deve essere cauto e diligente nell’acquisire conoscenza delle previsioni urbanistiche e pianificatorie di zona riferite all’area in cui vuole costruire: il compratore che omette di acquisire ogni prudente informazione circa la legittimità dell’acquisto si pone, infatti, colposamente in una situazione di inconsapevolezza che fornisce, comunque, un determinante contributo causale all’attività illecita del venditore, salva naturalmente, la esimente, la cui sussistenza dovrà essere oggetto di rigorosa

<sup>30</sup> Si noti, al proposito, che al reato di lottizzazione abusiva non si applica la sanatoria dell’art. 36, T.U., (Cass.pen., sez. III, n. 21125/2007; TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 1859/2007), né il condono (Cass.pen., sez. III, n. 21125/2007), né il cd. “condono paesaggistico (Cass.pen., sez. III, n. 37274/2008).

dimostrazione da parte dell'interessato, della buona fede (Cass.pen. n. 17865/2009).

Rimangono, peraltro, e restando ovviamente esclusi i casi di errore scusabile sulle norme integratrici del precetto penale [anche se in effetti, in generale, è estremamente difficile ravvisare una negoziazione inconsapevole (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009), ovvero un errore incolpevole di fatto ai sensi dell'art. 47, c.p. (Cass.pen. n. 36304/2008), e quelli in cui possa trovare applicazione l'art. 5, c.p. secondo l'interpretazione fornita dalla pronuncia n. 364/1988 della Corte Costituzionale (Cass.pen., sez. III, n. 37472/2008)].

Utili all'addetto alla vigilanza, potranno poi forse risultare le seguenti considerazioni:

- **differenza tra lottizzazione abusiva ed abuso edilizio "semplice"**: il discrimine tra la lottizzazione abusiva e il singolo abuso edilizio è la suscettività di valutazione globale degli interventi sul territorio e la apprezzabilità in termini di trasformazione urbanistica (TAR Puglia, Bari, sez. II, n. 3243/2003): quando, insomma, la nuova costruzione non presuppone opere di urbanizzazione primarie o secondarie e quindi non implica una pianificazione urbanistica, essa richiede certamente il previo permesso di costruire, ma non necessita anche di un'autorizzazione lottizzatoria (Cass.pen., sez. III, n. 17663/2005);

- **inesistenza di ipotesi attenuate**. Poiché, in caso di lottizzazione abusiva è in pericolo il terreno ed il territorio nella sua conformazione generale e nella sua destinazione legale, non è prevista alcuna ipotesi attenuata (es. la difformità parziale o l'inosservanza delle prescrizioni della autorizzazione): la legge intende evitare che la destinazione urbanistica sia comunque compromessa (Cass.pen., sez. III, n. 18492/2005);

- **irrilevanza della esistenza di una autorizzazione (se illegittima) e rapporto con i poteri repressivi dell'Amministrazione**: la presenza di autorizzazione in contrasto con le prescrizioni di legge e/o degli strumenti urbanistici, è irrilevante ai fini della esistenza del reato (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009), ma mentre il Giudice penale può semplicemente prescindere, l'Amministrazione deve prima annullare il provvedimento illegittimo e poi dare inizio alla procedura sanzionatoria (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009);

- **irrilevanza della attività edificatoria di tutti gli acquirenti**: è irrilevante, ai fini della configurazione del reato, il fatto che alcuni acquirenti non abbiano svolto attività costruttiva (Cass.pen., sez. III, n. 37472/2008);

- **irrilevanza della lottizzazione in area già edificata**: la lottizzazione abusiva è configurabile non soltanto in zone assolutamente inedificate, ma anche in quelle parzialmente urbanizzate nelle quali però si evidenzia l'esigenza di raccordo con l'aggregato abitativo preesistente o di potenziamento delle opere di urbanizzazione pregresse. È, insomma, possibile escludere il reato soltanto in caso di pressoché completa e razionale edificazione della zona, tale da rendere del tutto superfluo un piano attuativo (Cass.pen., sez. III, n. 28222/2008). La valutazione del concreto stato urbanizzativo di fatto non si deve limitare alle sole aree di contorno dell'edificio progettato, ma deve riguardare l'intero perimetro del comprensorio che dovrebbe essere pianificato dallo strumento attuativo (Cass.pen., sez. III, n. 12426/2008). E quando vi sia stata approvazione di interventi destinati a creare nuovi insediamenti abitativi in una zona per la quale il p.r.g. subordina l'attività edificatoria all'adozione di piani particolareggiati o di piani di lottizzazione convenzionati, quando essi manchino, è necessaria, ai fini della legittimità dell'intervento, la prova rigorosa della preesistenza e sufficienza delle opere di urbanizzazione primaria, tali da rendere del tutto superfluo lo strumento attuativo (Cass.pen., sez. III, n. 35880/2008);

- **irrilevanza del rilascio di permessi di costruire**: anche il rilascio di una pluralità di titoli abilitativi nella stessa area interessata dalla lottizzazione abusiva non può rendere lecita un'attività che lecita non è, perché il "permesso" non ha una funzione strumentale urbanistica di pianificazione dell'uso del territorio (Cass.pen., sez. III, n. 9982/2008);

- **i contratti preliminari**: possono essere considerati equivalenti al frazionamento se inseriti in un contesto indiziario che riveli in modo inequivoco la finalità edificatoria (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009).

Qualche cenno merita, poi, in riferimento ad alcune recenti pronunce della Corte Europea dei Diritti

dell'Uomo, la questione della **acquisizione gratuita**<sup>31</sup> e della **confisca**, sanzioni accessorie previste dagli artt. 30, comma 8, e 44, comma 2, T.U..

La confisca è una sanzione amministrativa, applicata dal giudice penale (art. 44, comma 2, cit.) in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del Comune, previsto dai commi 7 ed 8, art. 30, T.U. (Cass.pen., sez. III, n. 42741/2008). È indipendente dalla condanna penale (Cass.pen., sez. III, n. 17865/2009), essendo connessa alla oggettiva illiceità del bene (ed è perciò prevista anche in caso di patteggiamento: Cass.pen., sez. III, n. 21125/2007), risultando irrilevante anche la avvenuta assoluzione (Cass.pen., sez. III, n. 36940/2005) o proscioglimento (Cass.pen., sez. III, n. 591/2007), tranne che nel caso in cui sia intervenuta perché il fatto non sussiste (Cass.pen., sez. III, n. 21188/2009).

Si applica anche in caso di estinzione del reato per prescrizione (Cass.pen., sez. III, n. 17865/2009) – anche se in questo caso il Giudice deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia della oggettiva esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa da parte dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata (e di ciò deve dare conto con motivazione adeguata): Cass.pen., sez. III, n. 21188/2009 – od amnistia (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009): ciò non è in contrasto con il principio generale dell'art. 7, CEDU (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009). Ciò comporta, tra l'altro, che il sequestro preventivo di una lottizzazione abusiva finalizzato alla relativa confisca presuppone soltanto l'astratta configurabilità del reato e può essere disposto anche se questo dovesse ritenersi già estinto (Cass.pen., sez. III, n. 41075/2007).

Quanto perciò agli **acquirenti di buona fede** (intendendosi per tali, naturalmente, quelli la cui buona fede sia stata giudizialmente accertata), la posizione della giurisprudenza di legittimità pare oggetto di recente rimodulazione da parte della III sezione (CP, 3, n. 42741/2008). Essa parte dalla considerazione che l'art. 44, comma 2, T.U., per la sua formulazione generica, disancorata da qualsiasi riferimento al tipo di procedimento penale attraverso il quale viene accertata l'esistenza della lottizzazione abusiva ed alla individuazione dei soggetti passivi della misura ablatoria patrimoniale, presenta rilevanti problemi interpretativi e suscita dubbî di legittimità costituzionale quale conseguenza di una sua applicazione indiscriminata, in qualche modo evidenziati anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>32</sup>, che ne ha evidenziato il carattere di "pena" ai sensi dell'art. 7, CEDU. E, constatato che anche per la applicazione delle sanzioni amministrative è necessaria una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa (artt. 2 e 3, legge n. 689/1981), e che la confisca non può essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi di responsabilità solidale previste dall'art. 6, legge n. 689, cit., conclude che essa<sup>33</sup> non può essere applicata nei confronti di soggetti in buona fede, che non abbiano commesso alcuna violazione, ivi compreso il proprietario, per difetto dell'elemento soggettivo dovuto ad errore scusabile sulla legge penale (si veda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. XII, 20 gennaio 2009).

Il cuore della questione starebbe, in ogni caso, nella dimostrazione della effettiva buona fede dell'acquirente, dovendosi tenere conto, in generale, che, per invocarla, l'imputato deve dimostrare

<sup>31</sup> Quanto al **meccanismo di acquisizione al patrimonio comunale**: a differenza di quanto avviene per gli altri reati edilizi in senso stretto (art. 44, T.U.), l'acquisizione avviene, automaticamente, semplicemente una volta decorso, senza revoca, il termine di 90 gg. previsto dall'ordine di sospensione dei lavori, senza necessità di alcun provvedimento/accertamento intermedio/ulteriore (art. 30, commi 7 ed 8, T.U.) (TAR Puglia, Bari, sez. III, n. 1536/2007).

<sup>32</sup> Al proposito, si rammenti che Corte Costituzionale, n. 348/2007, ha affermato che, in applicazione dell'art. 117, comma 1, Costituzione, le norme CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali), nell'interpretazione ad esse data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, devono ritenersi sopraordinate alle leggi ordinarie, quali norme di rango intermedio rispetto a quelle costituzionali.

<sup>33</sup> Visto anche l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU per cui la compressione del diritto di proprietà deve essere caratterizzata, secondo l'interpretazione data alla norma dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dal rispetto del principio di proporzionalità; principio da ritenersi violato, nell'ipotesi di misure ablatorie della proprietà per ragioni di pubblico interesse cui non corrisponda alcuna forma di indennizzo.

che non può essergli mosso alcun rimprovero, nemmeno a titolo di leggerezza (Cass.pen., sez. V, n. 41476/2003<sup>34</sup>), e che la legislazione in materia edilizia, urbanistica ed ambientale, per quanto complessa, non ha dato luogo a contrasti interpretativi di grosso rilievo, né appare così astrusa da non potere essere compresa ed applicata (Cass.pen., sez. III, n. 200/2008) e che se con riferimento a meccanismi sicuramente complicati, quali quelli posti in essere (come nel caso deciso da Cass.pen., sez. III, n. 42741/2008) nel caso di vendita frazionata a privati, e ad uso sostanziale di abitazione, di complessi immobiliari con destinazione turistico-alberghiera, la buona fede potrebbe trovare più spazio; mi parrebbe peraltro da tenere in considerazione sia che tali strutture si trovano, normalmente, posizionate ove a chi faccia ricorso alla ordinaria diligenza dovrebbe apparire “inconsueta” la possibilità di acquisire abitazioni private, sia che il costo normalmente piuttosto elevato potrebbe fare presumere nell’acquirente una capacità di spesa a cui potrebbe/dovrebbe accompagnarsi la possibilità di dotarsi di adeguata assistenza anche legale<sup>35</sup>, sia che il compratore che omette di acquisire ogni prudente informazione circa la legittimità dell’acquisto si pone colposamente in una situazione di inconsapevolezza che fornisce, comunque, un determinante contributo causale all’attività illecita del venditore (Cass.pen., sez. III, n. 20243/2009).

### **g) La importanza fondamentale della “repressione” amministrativa**

#### **La inosservanza dell’ordine di sospensione dei lavori emesso dal dirigente/responsabile dell’ufficio comunale**

L’ordine di sospensione dei lavori è il provvedimento cautelare che, adottato nell’immediatezza della comunicazione di violazione urbanistico-edilizia, consentirà al dirigente/responsabile dell’ufficio di operare le dovute valutazioni in ordine ai fatti accertati, per la emissione, nei successivi 45 giorni, dei provvedimenti amministrativi conseguenti: il tutto rimanendo immutato lo stato dei luoghi.

La prosecuzione dei lavori nonostante l’ordine di sospensione è reato: in particolare quello, specifico, previsto e punito, dall’art. 44, lettera b), T.U., ciò che fa ritenere non applicabile, sia in forza del principio di specialità sia perché non si tratta di provvedimento dato per ragioni di giustizia, l’art. 650, c.p..

Qualche attenzione merita l’**ambito di efficacia dell’ordine di sospensione**: a differenza del sequestro (penale), che, tramite la apposizione dei sigilli, ha efficacia *erga omnes* (con la conseguenza che *chiunque* può essere punito per la sua violazione), l’ordine di sospensione dei lavori è efficace soltanto nei confronti di coloro al quale viene notificato (e dal momento in cui viene notificato), ovvero di coloro che comunque siano consapevoli (meglio: si provi siano consapevoli, e dal momento in cui si provi che essi lo siano) della sua esistenza (Cass.pen., sez. III, 9 marzo 1988<sup>36</sup>): da qui la importanza, e la necessità ove ne sussistano i presupposti, di procedere *anche* al sequestro (di massima: preventivo).

Utili all’addeito alla vigilanza, potranno poi forse risultare le seguenti considerazioni:

- **irrilevanza dei lavori svolti dopo la sospensione**: il reato si configura quando, dopo l’ordine di sospensione, vengano svolti lavori, quali che siano, indipendentemente dalla circostanza che si tratti, ad esempio, soltanto di lavori di finitura (ad es.: intonacatura, installazione dell’impianto elettrico o montaggio dell’impianto idraulico) (Cass.pen., sez. III, n. 719/1995<sup>37</sup>), in sé liberi od assoggettabili a d.i.a.;

- **irrilevanza della natura dei lavori sospesi**: l’ordine amministrativo di sospensione dei lavori non si correla soltanto alle opere soggette a permesso di costruire, ma ben può inerire a tutte

<sup>34</sup> Riv.pen., 2004, 334

<sup>35</sup> Si pensi alla valutazione della condizione dell’imputato richiesta, per la applicazione dell’art. 5, c.p. da Corte Costituzionale, n. 364/1988.

<sup>36</sup> Riv.pen., 1989, 305

<sup>37</sup> Riv.giur.Polizia, 1997, 795

le attività incompatibili con le esigenze di tutela dell'assetto del territorio (Cass.pen., sez. III, n. 37320/2007), perciò anche si tratti di lavori assoggettabili a d.i.a. semplice;

- **che cosa succede dopo che siano decorsi i 45 giorni fissati per l'adozione dei provvedimenti definitivi:** la giurisprudenza più recente ritiene che l'ordine di sospensione dei lavori mantiene *comunque* la sua efficacia, di modo che la sua inosservanza, anche oltre la scadenza di detti 45 giorni (Cass.pen., sez. III, n. 41884/2008), ed indipendentemente dall'eventuale sopravvenienza dell'ordine di demolizione, integra reato (Cass.pen., sez. III, n. 17278/2007) (diversamente, invece, pare opinare la giurisprudenza amministrativa, che ritiene che, decorso il termine, l'ordine perde la sua efficacia (e l'interessato può quindi riprendere i lavori sospesi: TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 2236/2004), ciò che, peraltro, non priva il comune del potere di adottare i provvedimenti definitivamente repressivi, pur dopo il decorso dello stesso termine, ciò che non rende illegittimo né l'ordine di sospensione dei lavori già emesso, né il successivo definitivo provvedimento repressivo dell'abuso che sia stato emanato pur dopo la scadenza dello stesso termine – TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, n. 8285/2005): la delicatezza della questione e la gravità delle conseguenze che derivano dal seguire una interpretazione piuttosto che un'altra consigliano, però, la richiesta di istruzioni alla Procura della Repubblica di riferimento;

- **rapporti tra ordine di sospensione e sequestro penale:** in considerazione dei diversi percorsi, autonomi e paralleli, seguiti dalle sanzioni, amministrative e penali, potrebbe verificarsi – ed anzi ciò, ricorrendone i presupposti, dovrebbe rappresentare la regola – il caso in cui sullo stesso immobile insistano due distinti provvedimenti: l'ordine di sospensione dei lavori (amministrativo) ed il sequestro (penale). In questo caso, il reato di cui alla lettera b) dell'art. 44, T.U., nel caso di prosecuzione dei lavori, concorrerà con quello di cui all'art. 349, c.p., *Violazione di sigilli*, con configurazione dell'ipotesi più grave del secondo comma nel caso in cui soggetto attivo sia il custode dell'immobile sequestrato. Non soltanto, ma concorrerà anche con quello (nuovo<sup>38</sup>) di costruzione abusiva [punito dallo stesso art. 44, lettera b)], trattandosi di due reati diversi, che possono porsi in concorso formale improprio, dato che con duplice condotta si viola la stessa norma. (Es.: il costruttore abusivo che prosegua i lavori in cantiere sequestrato, dopo l'ordine di sospensione dei lavori, sarà responsabile: 1) art. 44, lettera b) o c), per i lavori abusivi + b) art. 44, lettera b), per inottemperanza all'ordine di sospensione + c) art. 349, c.p., per violazione di sigilli + d) art. 44, lettera b) o c), per i nuovi lavori abusivi).

### **La demolizione dell'opera abusiva.**

Un ruolo fondamentale, anche sotto il profilo preventivo, nella lotta all'abusivismo edilizio è svolto dalla corretta sequela della **procedura, (oltre che penale) amministrativa prevista/imposta dalla inosservanza dell'ordine di demolizione.**

L'intervento abusivo che arrechi un danno significativo all'assetto urbanistico-edilizio del territorio va "bonificato", in linea generale, con la sua "eliminazione fisica" (e salve naturalmente le altre conseguenze penali, amministrative e civili, per i responsabili). È ovvio che, in prima istanza, alla eliminazione debba provvedere il responsabile dell'abuso, ed è esattamente a questo che mira l'ordine di demolizione/ripristino.

Si noti che, in caso di demolizione del manufatto abusivo, l'azione amministrativa non ha come obiettivo l'accertamento della responsabilità o l'identificazione e la punizione degli autori dell'abuso, ma ha come obiettivo la restaurazione di una situazione materiale di legalità (Cass.pen., sez. III, n. 21125/2007): da qui l'indifferenza, ai fini della demolizione, che l'immobile appartenga, al momento della stessa, ad un terzo estraneo al reato. I provvedimenti repressivi di illeciti edilizi, perciò, possono essere indirizzati **anche a persone diverse da quelle che hanno materialmente realizzato l'abuso**, ma, ai fini della legittimità delle relative ingiunzioni, è sempre necessaria la sussistenza di una relazione giuridica o materiale del destinatario con il bene (in mancanza della quale il destinatario dell'ordine deve intendersi del tutto estraneo alla violazione che si intende

<sup>38</sup> Rispetto a quello, già accertato, che ha dato luogo al sequestro penale

sanzionare e i cui effetti si vogliono rimuovere) (Cons. Stato, sez. IV, n. 4008/2007).

La **eventuale demolizione spontanea dopo la scadenza del termine** è irrilevante sull'acquisizione gratuita al patrimonio comunale (sulla quale si veda in seguito) ed anzi, senza l'autorizzazione del Comune, è illegittima perché riguarda un bene che non appartiene più all'autore dell'abuso, e priva altresì il Comune stesso della possibilità di utilizzarlo (TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, n. 6738/2001). Al proposito, si noti che il trasferimento automatico dell'immobile abusivo al patrimonio comunale (acquisizione gratuita) non costituisce impedimento giuridico alla possibilità del privato responsabile di eseguire l'ordine di demolizione impartitogli (Cass.pen., sez. III, n. 48031/2008): il privato, che sia ancora nel possesso *materiale* dell'immobile, benché privato della sua proprietà, potrà chiedere al Comune la facoltà di eseguire la demolizione (atteso che sia l'ordine di demolizione sia l'acquisizione di diritto del bene al patrimonio comunale tendono allo stesso risultato, ovvero il ripristino dello stato originario dei luoghi: Cass.pen., sez. III, n. 8712/2008); solo se e quando il Consiglio comunale, a norma dell'art. 31, comma 5, cit., abbia dichiarato l'esistenza di interessi pubblici prevalenti rispetto a quello del ripristino dell'assetto urbanistico violato (e sempre che l'opera abusiva non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali), la demolizione diventerà *giuridicamente* impossibile anche per il privato responsabile dell'abuso) (Cass.pen., sez. III, n. 4962/2008).

Ma nemmeno la **pendenza di sequestro** legittima, in sé, la inottemperanza all'ordine di demolizione, ben potendosi richiedere all'autorità giudiziaria procedente l'autorizzazione ad accedere al luogo vincolato ed a quella amministrativa di procedere alla demolizione del manufatto (Cass.pen., sez. III, n. 32709/2008): per gli stessi motivi non è illegittimo l'ordine di demolizione in presenza di sequestro penale (TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 5555/2008) e, in generale, in pendenza di procedimento penale (Cass.pen., sez. III, n. 8846/2009).

Naturalmente, in caso di **modifiche all'immobile dopo l'ordine di demolizione**, l'ordine originario si estenderà automaticamente anche ad esse e non dovrà essere rinnovato (TAR Campania, Napoli, sez. III, n. 11/1996<sup>39</sup>).

Si noti che l'opera abusiva deve essere demolita **anche se nel frattempo sia stato approvato un nuovo piano urbanistico**: la demolizione, come visto, può essere evitata soltanto se viene adottata la delibera consigliare di cui all'art. 31, comma 5, T.U., cit., ovvero, naturalmente, in caso di sanatoria (o condono) (Cass.pen., sez. III, n. 34428/2001).

L'avvenuta **prescrizione del reato** di abusivismo edilizio non fa venire meno l'abusività dell'opera, ma determina soltanto la non perseguibilità penale del responsabile (Cass.pen., sez. III, n. 30842/2008), caducando automaticamente anche l'ordine giudiziale di demolizione (che è accessorio alla condanna (Cass.pen., sez. III, n. 3099/2000), ma **rimane fermo il potere/dovere di provvedere dell'Amministrazione** (Cass.pen., sez. III, n. 35451/2008). La sanzione, amministrativa, della demolizione, perciò, può, e deve, essere irrogata, ed eseguita, anche in caso di prescrizione del reato (Cass.pen., sez. III, n. 32709/2008), e comunque anche se il reato non sia stato perseguito (TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 3042/2007), senza che si possa eccepire la decadenza e/o prescrizione nemmeno sotto il profilo della procedura amministrativa, perché i relativi termini non iniziano a decorrere fino a che non sia ripristinata la situazione secondo il diritto (Cons. Stato, sez. IV, n. 2529/2004).

La esecuzione della sanzione, amministrativa, della demolizione non è impedita nemmeno da amnistia o indulto (Cass.pen., sez. III, 1 aprile 1994<sup>40</sup>).

La inosservanza dell'ordine di demolizione da parte del suo destinatario, peraltro, non configura il reato dell'art. 650, c.p. (Cass.pen., sez. III, 24 gennaio 1994), né quello dell'art. 44, T.U. (Cass.pen., sez. III, 12 gennaio 1983): la "sanzione" specifica è quella della acquisizione gratuita al patrimonio del Comune, della quale si dirà qui di seguito.

<sup>39</sup> Foro amm., 1996, 2430

<sup>40</sup> Riv.pen., 1995, 463

### **L'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune.**

Come detto, l'intervento abusivo che arrechi un danno significativo all'assetto urbanistico-edilizio del territorio va "bonificato", in linea generale, con la sua "eliminazione fisica" (e salve naturalmente le altre conseguenze penali, amministrative e civili, per i responsabili), e se è del tutto ovvio che, in prima istanza, alla eliminazione debba provvedere il responsabile dell'abuso (al quale è indirizzato l'ordine di demolizione/ripristino).

Se ciò non avvenga, è evidente che dovrà provvedervi l'Amministrazione, a spese, naturalmente, del responsabile medesimo. E ciò l'amministrazione potrà/dovrà fare dopo avere acquisito la proprietà, al proprio patrimonio indisponibile (Cons. Stato, sez. V, n. 288/1998<sup>41</sup>), non soltanto del manufatto abusivo, ma anche dell'area di sedime, nonché di quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive (ciò che vuole anche costituire un deterrente a delinquere), tenendo conto però che l'area acquisita non può comunque essere superiore a 10 volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita.

L'acquisizione purché: a) i beni siano individuati in maniera particolareggiata, b) non sia intervenuta una proroga da parte della Pubblica Amministrazione (Cass.pen., sez. III, n. 22440/2009), e c) non siano in corso procedimenti amministrativi (Cass.pen., sez. III, n. 32709/2008), è automatica<sup>42</sup>, senza necessità di alcun atto o notifica o trascrizione (Cass.pen., sez. III, n. 1819/2009) ed anche in presenza di sequestro penale (Cass.pen., sez. III, n. 9186/2009), poiché l'atto di accertamento dell'inottemperanza (che, questo sì, va notificato<sup>43</sup>: Cass.pen., sez. III, n. 1722/2002<sup>44</sup>), pur costituendo presupposto per la legittima immissione del Comune nel possesso del bene e per la trascrizione gratuita del titolo d'acquisto nei registri immobiliari (Cass.pen., sez. III, n. 48031/2008), così come la trascrizione stessa, hanno natura meramente dichiarativa: l'atto di accertamento dell'inottemperanza è necessario per opporre il trasferimento al proprietario dell'immobile acquisito e la trascrizione per opporre detto trasferimento ai terzi ai sensi del codice civile (Cass.pen., sez. III, n. 33297/2003) (anche se per l'acquisizione dell'area di sedime è però necessario un apposito atto che la identifichi precisamente - Cons.Stato., sez. V, n. 1595/1998), così che l'atto ablatorio che l'Amministrazione è tenuta ad adottare all'esito della prescritta procedura si rende necessario al solo fine di escludere la sopravvenienza di altri provvedimenti amministrativi o giurisdizionali che abbiano fatto venire meno o sospeso l'effetto acquisitivo derivante dall'accertata inadempienza (Cass.pen., sez. III, n. 33548/2003). La dichiarazione, del dirigente, della acquisizione di diritto al patrimonio comunale, insomma, non ha natura costitutiva degli effetti acquisitivi da parte dell'Amministrazione, bensì semplicemente dichiarativi di un effetto derivante direttamente dalla legge (TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, n. 2070/2008).

La acquisizione opererà naturalmente **soltanto se la inottemperanza del responsabile gli sia addebitabile** (Cass.pen., sez. III, n. 22440/2009), **anche a titolo di colpa** (Cass.pen., sez. III, n. 3755/2000).

Naturalmente, salva la demolizione del manufatto abusivo ancorché appartenente a soggetto diverso dall'autore dell'illecito (Cass.pen., sez. III n. 39322/2009), ove **l'area di sedime appartenga a terzi estranei al reato, essa non potrà essere acquisita**: in questo caso l'acquisizione riguarderà soltanto l'opera abusiva (TAR Campania, Napoli, sez. IV, n. 3492/2002), perché non è possibile applicare tale sanzione a chi non sia accertato essere responsabile, o corresponsabile, dell'abuso (Cass.pen., sez. III, n. 22440/2009), a meno che il proprietario, sebbene non responsabile, sia

<sup>41</sup> Foro amm., 1998, 711

<sup>42</sup> Tanto è vero che il manufatto abusivo dissequestrato dopo che il responsabile non abbia ottemperato all'ingiunzione comunale di demolizione, va restituito non già al privato responsabile, anche se sia ancora in possesso del bene, bensì allo stesso Comunale, ormai divenutone proprietario (Cass.pen., sez. III, n. 25112/2008), anche se il Comune non abbia ancora provveduto alla trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari (Cass.pen., sez. III, n. 4962/2008).

<sup>43</sup> Ai fini della immissione in possesso o della trascrizione, come previsto dall'art. 31, comma 4, T.U.

<sup>44</sup> Riv.pen., 2003, 906

venuto a conoscenza dell'abuso e non si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offerti dall'ordinamento (TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 2509/2006).

L'opera acquisita, come detto, deve poi essere demolita, a spese dei responsabili dell'abuso, ed a ciò provvederà il dirigente/responsabile dell'ufficio, con ordinanza, salvo che con deliberazione consiliare<sup>45</sup> non si dichiarerà l'esistenza di prevalenti interessi pubblici (art. 31, comma 5, T.U.): tale deliberazione, però, non è mai ammessa se l'opera contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali (*idem*).

La demolizione dell'immobile abusivo è **un obbligo** inderogabile (se non nel caso della deliberazione consiliare di cui all'art. 31, comma 5, cit.), anche per il dirigente/responsabile del competente ufficio comunale: se non vi provveda (salvo l'esercizio del potere/dovere sostitutivo della Regione – art. 31, comma 8, T.U.), in giurisprudenza si è ritenuto violato l'art. 328, c.p.<sup>46</sup> – mentre Cass.pen., sez. II, n. 4296/2004<sup>47</sup>, e Cass.pen., sez. IV, n. 6192/2001<sup>48</sup>, l'una assolvendo e l'altra condannando, pongono in rilievo la rilevanza decisiva dell'elemento soggettivo per la configurazione del reato dell'art. 323, c.p..

---

<sup>45</sup> **Requisiti della delibera del Consiglio Comunale.** Il Consiglio comunale può dichiarare legittimamente la prevalenza di interessi pubblici ostativi alla demolizione (art. 31, comma 5, T.U.), alle seguenti condizioni: 1) assenza di contrasto con rilevanti interessi urbanistici e, nell'ipotesi di costruzione in zona vincolata, assenza di contrasto con interessi ambientali (con l'obbligo, per l'amministrazione preposta alla tutela del vincolo, di accertare l'assenza di contrasto); 2) dichiarazione formale della sussistenza di entrambi detti presupposti; 3) dichiarazione di contrasto della demolizione con prevalenti interessi pubblici (es. destinazione del manufatto abusivo ad edificio pubblico ....) (Cass.pen., sez. III, n. 11252/2008).

<sup>46</sup> Da parte dell'organo comunale che non aveva tempestivamente dato esecuzione alla sentenza del TAR che aveva annullato la concessione edilizia in forza della quale la costruzione era stata realizzata (Cass.pen., sez. VI, 26 maggio 1999, Riv.pen, 1999, 990)

<sup>47</sup> [www.amvientediritto.it](http://www.amvientediritto.it)

<sup>48</sup> Riv.giur.Polizia, 2001, 613