

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
Nona Commissione – Tirocinio e Formazione Professionale

Incontro di studio sul tema:
“I crimini in danno dell’ambiente e del territorio”

Roma, 21 – 23 maggio 2012

**Novità legislative e giurisprudenziali in materia di reati
urbanistici**

SOMMARIO: 1. Attività edilizia e titoli abilitativi. – 2. Il regime attuale dei titoli abilitativi. – 3. La DIA (denuncia di inizio attività) in materia edilizia: successione delle disposizioni normative. – 4. La sostituzione della DIA con la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) in materia edilizia. – 5. SCIA ed immobili abusivi. – 6. SCIA ed immobili vincolati. – 7. La DIA alternativa (cd. superDIA) e l’art. 22, 3° comma, del T.U. n. 380/2001. – 8. Natura giuridica della denuncia di inizio dell’attività. – 9. SCIA, DIA e silenzio-assenso. – 10. La procedura di SCIA in materia edilizia. – 11. La procedura applicabile alla c.d. «superDIA». – 12. Lavori eseguiti in base a permesso di costruire illegittimo. – 13. Confisca penale e lottizzazioni abusive. – 14. Strumenti processuali di tutela dei terzi acquirenti. – 15. Estensione della confisca. – 16. La confisca del ricavato della vendita di lotti abusivi. – 17. Confisca ed effetti di sopravvenute determinazioni comunali.

1. Attività edilizia e titoli abilitativi

Anteriormente all'entrata in vigore del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*), il sistema dei **titoli abilitativi per la realizzazione di attività edilizia** operava una fondamentale distinzione tra gli *interventi rilevanti sotto il profilo urbanistico ed edilizio*, per i quali si riteneva necessario mantenere un più pregnante controllo preventivo da parte dell'Amministrazione comunale, ed *interventi edilizi minori*, per i quali tale controllo era assai attenuato.

Si era formato, per effetto delle tante modifiche succedutesi nel tempo, un apparato normativo frammentario, caratterizzato dal progressivo abbandono dall'originariamente esclusiva *concessione edilizia*, prevista dall'art. 1 della legge n. 10 del 1977 per ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio.

Già a partire dall'anno successivo, infatti, alcuni tipi di interventi edilizi erano stati subordinati ad *autorizzazione*, cioè a un titolo più leggero perché gratuito, privo di sostegno penale e a formazione anche implicita (art. 48 della legge n. 457 del 1978; art. 7 del D.L. 23 gennaio 1982, n. 9, convertito nella legge 23 marzo 1982, n. 84).

Qualche anno dopo il legislatore aveva fatto passi ulteriori nella direzione della liberalizzazione, prevedendo che una serie di opere edilizie minori potesse essere realizzata senza il previo rilascio di un provvedimento: con l'articolo 26 della legge n. 47 del 1985 era stata sottoposta a semplice *asseverazione di conformità* la realizzazione di *opere interne* agli edifici e, successivamente (con l'art. 2, comma 60, della legge 23 dicembre 1996, n. 662) era stato esteso l'ambito della liberalizzazione, prevedendosi che una ulteriore serie di interventi edilizi minori potesse essere realizzata mediante *denuncia di inizio attività*.

Il quadro di risulta era, dunque, quello di *una varietà di atti legittimanti*, ciascuno dei quali costituente titolo per una o più tipologie specifiche di intervento edilizio.

Il profilo più innovativo del **T.U. n. 380/2001** ha riguardato *la riduzione dei titoli abilitativi a due soltanto: il permesso di costruire e la denuncia di inizio attività*, con conseguente *soppressione dell'autorizzazione*.

In dottrina la *ratio* del sistema è stata individuata nella *diversa rilevanza per la collettività* assunta da determinati interventi sul territorio piuttosto che da altri (MARZARO GAMBA): il regime abilitativo al quale l'intervento viene sottoposto si pone, in tale prospettiva, in correlazione diretta con l'interesse della collettività coinvolto dalla natura dell'attività posta in essere dal privato ed il più pregnante strumento di controllo costituito dal permesso di costruire si correla ad attività capaci di trasformare il territorio, dal punto di vista urbanistico ed edilizio, alterandolo sotto i profili del fabbisogno di infrastrutture ovvero dal punto di vista estetico ed ambientale.

I casi di denuncia di inizio dell'attività alternativa al permesso di costruire possono essere razionalmente inquadrati nell'orientamento sistematico anzidetto in base alla considerazione che si tratta di ipotesi in cui i requisiti dell'intervento sono predeterminati in modo completo dalle previsioni degli strumenti pianificatori mentre alle scelte progettuali del privato residua solo il compito di tradurre le norme di piano nel caso concreto.

La Corte Costituzionale – con la sentenza n. 303 del 25 settembre 2003 – ha rilevato che la disciplina dei titoli abilitativi ad edificare appartiene storicamente all'*urbanistica*, materia che, in base all'art. 117 Cost., fa parte del «*governo del territorio*» e costituisce oggetto di *competenza legislativa concorrente* fra Stato e Regioni.

Secondo il Giudice delle leggi, lo Stato ha mantenuto la disciplina dei titoli abilitativi come appartenente alla potestà di dettare *i principi della materia* e, nella legislazione statale, le previsioni della possibilità di realizzare opere con procedure diverse da quella prescritta per il rilascio del permesso di costruire si ricollegano ad interventi edilizi di entità non rilevante o, comunque, ad attività che si conformano a dettagliate prescrizioni degli strumenti urbanistici.

Il fine perseguito, che costituisce un principio dell'urbanistica, è quello «*che la legislazione regionale e le funzioni amministrative in materia non risultino inutilmente gravose per gli amministrati e siano dirette a semplificare le procedure e ad evitare la duplicazione di valutazioni sostanzialmente già effettuate dalla*

pubblica amministrazione».

Resta come *principio* la *necessaria compresenza nella legislazione di titoli abilitativi espressi* (la concessione o l'autorizzazione, ed oggi, nel nuovo testo unico n. 380 del 2001, il permesso di costruire) e *taciti*, (la D.I.A. e la S.C.I.A.) considerati questi ultimi quali procedure di semplificazione che non possono mancare, libero il legislatore regionale di ampliare o ridurne l'ambito applicativo.

Il legislatore poi:

- con l'art. 5 del **D.L. 25-3-2010, n. 40**, convertito con modificazioni nella **legge 22-5-2010, n. 73**, ha introdotto una normativa di semplificazione dell'attività edilizia, limitata però ad interventi di scarso impatto sul territorio e sul tessuto urbanistico, prevedendo, per alcuni di essi, una «*preventiva comunicazione*» informativa dell'inizio dei lavori all'Amministrazione comunale;
- con l'art. 49, comma 4-*bis*, del **D.L. 31-5-2010, n. 78**, convertito, con modificazioni, dalla **legge 30-7-2010, n. 122**, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto generale della **segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)**, sostituendo integralmente la disciplina della *dichiarazione di inizio attività* (D.I.A.) contenuta nel previgente art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241;
- con l'art. 5 del **D.L. 13-5-2011, n. 70**, convertito, con modificazioni, dalla **legge 12-7-2010, n. 106**, ha espressamente stabilito che «*le disposizioni di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 si interpretano nel senso che le stesse si applicano alle denunce di inizio attività in materia edilizia disciplinate dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, con esclusione dei casi in cui le denunce stesse, in base alla normativa statale o regionale, siano alternative o sostitutive del permesso di costruire*».

2. Il regime attuale dei titoli abilitativi

Secondo le previsioni del T.U. n. 380/2001, come modificato:

- dal **D.Lgs. 27-12-2002, n. 301** (che ha dato attuazione alla delega di adeguamento del T.U. medesimo alle previsioni in materia edilizia introdotte dalla legge 21-12-2001, n. 443, conferita al Governo dall'art. 1, comma 14, della stessa legge n. 443/2001);
 - dall'art. 5 del **D.L. 25-3-2010, n. 40**, convertito con modificazioni dalla **legge 22-5-2010, n. 73**;
 - dall'art. 5 del **D.L. 13-5-2011, n. 70**, convertito con modificazioni dalla **legge 12-7-2011, n. 106**,
- il regime attuale dei titoli abilitativi degli interventi edilizi può schematizzarsi** come segue:

a) Interventi edilizi «liberi», eseguibili senza alcun titolo abilitativo (art. 6, comma 1):

- gli interventi di *manutenzione ordinaria*;
- gli interventi volti all'*eliminazione di barriere architettoniche*, che non comportino la realizzazione di rampe o di ascensori esterni ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio;
- le *opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico*, ad esclusione di attività di ricerca di idrocarburi, e che siano eseguite in aree esterne al centro edificato;
- i *movimenti di terra strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività agricola* e le pratiche agrosilvopastorali, compresi gli interventi su impianti idraulici agrari;
- le *serre mobili stagionali*, sprovviste di strutture in muratura, funzionali allo svolgimento dell'attività agricola.

Tali interventi devono essere comunque conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e alla disciplina urbanistico-edilizia vigente.

Essi devono altresì rispettare le altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, le norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, quelle relative all'efficienza energetica, nonché le disposizioni contenute nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al D.Lgs. 22-1-2004, n. 42.

b) Interventi edilizi eseguibili senza alcun titolo abilitativo ma previa comunicazione, anche per via

telematica, dell'inizio dei lavori all'Amministrazione comunale (art. 6, comma 2):

- gli interventi di *manutenzione straordinaria* di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), ivi compresa l'apertura di porte interne o lo spostamento di pareti interne, sempre che non riguardino le parti strutturali dell'edificio, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari e non implicino incremento dei parametri urbanistici;
- le *opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee* e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a 90 giorni;
- le *opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni*, anche per aree di sosta, che siano contenute entro l'indice di permeabilità, ove stabilito dallo strumento urbanistico comunale, ivi compresa la realizzazione di intercapedini interamente interrate e non accessibili, vasche di raccolta delle acque, locali tombati;
- i *pannelli solari e fotovoltaici, a servizio degli edifici*, da realizzare al di fuori della zona A) di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444;
- le *aree ludiche* senza fini di lucro e gli *elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici*.

Anche tali interventi devono essere comunque conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e alla disciplina urbanistico-edilizia vigente.

Essi devono altresì rispettare le altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia.

c) Interventi soggetti a permesso di costruire (art. 10):

- interventi di *nuova costruzione*;
- interventi di *ristrutturazione urbanistica*;
- 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.

La classificazione anzidetta, tuttavia, non costituisce un elenco chiuso. Il 3° comma dello stesso art. 10 attribuisce infatti alle Regioni il potere di sottoporre al permesso di costruire ulteriori categorie di interventi, «in relazione all'incidenza sul territorio e sul carico urbanistico».

d) Interventi soggetti a segnalazione certificata di inizio attività - SCIA - (art. 22, commi 1 e 2):

- tutti gli interventi edilizi non assoggettati a permesso di costruire ai sensi dell'art. 10, sempre che siano conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e alla disciplina urbanistico-edilizia vigente;
- le *varianti* a permessi di costruire già rilasciati, purché non incidano sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, non modificano destinazione d'uso, categoria edilizia e sagoma dell'edificio e non violino prescrizioni specificamente imposte dal permesso di costruire.

Tali varianti «possono essere presentate prima della dichiarazione di ultimazione dei lavori» e ciò significa che la presentazione della SCIA può essere anche successiva alla concreta realizzazione delle stesse.

e) Interventi soggetti a permesso di costruire o, in base alla scelta discrezionale dell'interessato, a denuncia di inizio attività - DIA - (art. 22, comma 3):

- gli interventi di *ristrutturazione* di cui all'art. 10, comma 1 lett. c);
- gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano *disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo* (es. convenzioni di lottizzazione), che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede

di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti.

Qualora i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della legge 21-12-2001, n. 443, il relativo atto di ricognizione deve intervenire entro 30 giorni dalla richiesta degli interessati.

In mancanza, si prescinde dall'atto di ricognizione, purché il progetto di costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuati vi con le caratteristiche dianzi menzionate;

- gli interventi di nuova costruzione qualora siano *in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali* recanti precise disposizioni plano-volumetriche.

L'art. 22, 7° comma, del T.U. n. 380/2001, nell'attuale formulazione, fa salva la **facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio del permesso di costruire anche per la realizzazione degli interventi soggetti in via ordinaria a segnalazione certificata di inizio dell'attività (S.C.I.A.)**.

La stessa norma specifica che, comunque, la richiesta del permesso non incide sulla (eventuale) gratuità dell'intervento né sul regime sanzionatorio al quale esso è soggetto.

Le Regioni a statuto ordinario possono:

- **estendere la disciplina degli interventi edilizi eseguibili senza alcun titolo abilitativo ad interventi edilizi ulteriori** rispetto a quelli previsti dai commi 1 e 2 del modificato art. 6 del T.U. n. 380/2001;
- **ampliare o ridurre l'ambito applicativo della S.C.I.A.**, individuando le tipologie di interventi assoggettate a *contributo di costruzione* (che deve essere sempre corrisposto nei casi che il T.U. prevede come alternativi al permesso di costruire) e definendo criteri e parametri per la relativa determinazione.

Gli ampliamenti o le riduzioni delle categorie sottoposte dalla legge statale a permesso di costruire **non incidono**, però, **sul regime delle sanzioni penali**, che alla sola normativa statale si correla in considerazione dei limiti posti dalla Costituzione alla potestà legislativa regionale (art. 22, comma 4, del T.U. n. 380/2001).

3. La D.I.A. (denuncia di inizio attività) in materia edilizia: su cessione delle disposizioni normative

L'art. 2, comma 60, della legge 23-12-1996, n. 662 — modificato dall'art. 10 del D.L. 31-12-1996, n. 669, convertito nella legge 28-2-1997, n. 30 e dall'art. 11 del D.L. 25-3-1997, n. 67, convertito nella legge 23-5-1997, n. 135 — (che aveva sostituito l'art. 4 del D.L. 5-10-1993, n. 398, convertito nella legge 4-12-1993, n. 493), prevede, per taluni interventi specifici, la facoltà di eseguirli previa mera **denuncia di inizio dell'attività** (DIA), disciplinata, quale istituto generale, dall'art. 19 della legge 7-8-1990, n. 241 e succ. modif.

Si trattava dei seguenti *interventi assoggettati anche al regime autorizzatorio*:

- opere di manutenzione straordinaria, restauro e risanamento conservativo;
 - opere di eliminazione delle barriere architettoniche in edifici esistenti, qualora consistenti in rampe o ascensori esterni ovvero in manufatti alteranti la sagoma dell'edificio;
 - revisione o installazione di impianti tecnologici al servizio di edifici o di attrezzature esistenti e realizzazione di volumi tecnici indispensabili sulla base di nuove disposizioni;
 - parcheggi di pertinenza nel sottosuolo del lotto di insidenza del fabbricato;
- nonché dei seguenti *altri interventi*:
- recinzioni, muri di cinta e cancellate;
 - destinazione di aree ad attività sportive senza creazione di volumetrie;
 - 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 di tipo A) di cui al D.M. n. 1444/1968 (centro storico), non modifichino la destinazione d'uso;
 - varianti a concessioni già rilasciate che non incidano sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non cambino la destinazione d'uso e la categoria edilizia e non alterino la sagoma né violino le eventuali prescrizioni contenute nella concessione edilizia.

Per gli interventi (dianzi specificati) **assoggettati anche al regime autorizzatorio** venne così introdotto un **regime di alternatività**, in quanto coloro che intendevano realizzarli erano *liberi di optare in ogni momento* (e quindi pure dopo il diniego intervenuto sulla denuncia di inizio dell'attività) *per la richiesta di autorizzazione*, che non era subordinata al preventivo esperimento della procedura di denuncia (più tempestiva ma anche più responsabilizzante).

Il T.U. n. 380/2001 ha eliminato l'**autorizzazione quale titolo abilitativo dell'edificazione** e ha disciplinato (agli artt. 22 e 23) gli interventi edilizi realizzabili mediante **denuncia di inizio attività**, individuandoli in via residuale rispetto alle categorie espressamente sottoposte a permesso di costruire, eventualmente integrate dalle ulteriori ipotesi determinate dalle singole Regioni. Ciò ha reso inutile l'elencazione degli interventi edilizi minori già contenuto nel ricordato art. 2, comma 60, della legge n. 662/1996 e successive modificazioni.

L'art. 1, 6° comma, della legge 21-12-2001, n. 443 (c.d. legge obiettivo) ampliò **notevolmente l'ambito di applicazione della denuncia di inizio di attività**.

Esso, infatti, assoggettò a tale istituto, a scelta dell'interessato:

- a) gli *interventi edilizi minori* già ad esso ricondotti dall'art. 4, 7° comma, del D.L. n. 398/1993 (convertito nella legge n. 493/1993), come sostituito dall'art. 2, 60° comma, della legge 23-12-1996, n. 662;
- b) le *ristrutturazioni edilizie* comprensive della demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma, con esclusione dal calcolo della volumetria delle innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica;
- c) gli *interventi* già sottoposti a concessione edilizia, se *specificamente disciplinati da piani attuativi contenenti precise disposizioni planovolumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza fosse stata espressamente dichiarata dal Consiglio comunale* in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti. Relativamente ai piani attuativi approvati anteriormente all'entrata in vigore della stessa legge, l'atto di ricognizione doveva avvenire entro 30 giorni dalla richiesta degli interessati; in mancanza, si prescindeva dall'atto di ricognizione

purché il progetto di costruzione venisse accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale fosse asseverata l'esistenza di piani attuativi aventi le caratteristiche anzidette;

d) *i sopralzi, le addizioni, gli ampliamenti e le nuove edificazioni in diretta esecuzione di ido nei strumenti urbanistici diversi da quelli indicati alla lettera c), ma recanti analoghe previsioni di dettaglio.*

Successivamente è stato emanato il **D.Lgs. 27 dicembre 2002, n. 301**, allo scopo di coordinare la normativa contenuta nel T.U. n. 380/2001 con quella introdotta dalla *legge obiettivo* n. 443/2001, che, all'art. 1, comma 14, aveva delegato il Governo ad emanare, entro il 31 dicembre 2002, un decreto legislativo volto ad introdurre nel T.U. dell'edilizia le modifiche strettamente necessarie per adeguare quest'ultimo alle disposizioni, in tema di DIA, contenute nella legge obiettivo.

È stato così riformulato l'art. 22 del T.U. n. 380/2001 ed alle ipotesi di DIA (che può definirsi « *semplice*») già configurate nell'originaria versione, **sono state aggiunte nuove ipotesi (definite nella pratica di cd. «superDIA»)** aventi ad oggetto le *ristrutturazioni edilizie* (comma 3, lett. a)), nonché le *nuove costruzioni e gli interventi di ristrutturazione urbanistica, nel rispetto degli strumenti urbanistici attuativi o generali contenenti prescrizioni di dettaglio.*

La c.d. «*superDIA*» ha ad oggetto interventi edilizi maggiori, per i quali il regime di fondo è quello del permesso di costruire. L'interessato ha la facoltà di utilizzare il procedimento della DIA, in luogo del permesso di costruire, ma il regime giuridico sostanziale rimane quello del permesso di costruire, con le seguenti conseguenze:

- il titolo abilitativo tipizzato continua ad essere il permesso di costruire, mentre la cd. « *superDIA*» è facoltativa;
- la «*superDIA*» è sempre onerosa, come il permesso di costruire;
- le violazioni della «*superDIA*» comportano le stesse sanzioni amministrative e penali previste per le violazioni del permesso di costruire.

4. La sostituzione della DIA con la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) in materia edilizia

A) Il nuovo istituto della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e la sua applicabilità in materia edilizia

L'art. 49, comma 4-*bis*, **D.L. 31 maggio 2010, n. 78**, convertito con modificazioni dalla **legge 30 luglio 2010, n. 122** — in sostituzione dell'art. 19 della legge 241/1990 — ha introdotto la disciplina della **segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)**, destinata a sostituire direttamente la DIA, sia nel nome sia nel procedimento.

Ai sensi del comma 4-*ter* dello stesso art. 49, infatti, le espressioni «segnalazione certificata di inizio attività» e «SCIA» sostituiscono, rispettivamente, quelle di «dichiarazione di inizio attività» e «DIA», ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione più ampia, e la disciplina di cui al comma 4-*bis* sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale.

Alla SCIA devono essere allegate, tra l'altro — con «assunzione di responsabilità» dell'interessato — le «*attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati*», insieme agli elaborati progettuali necessari per consentire le verifiche successive di competenza dell'amministrazione.

Il nuovo istituto consente di **iniziare immediatamente l'attività «segnalata», senza la necessità di attendere il decorso di alcun termine**, ma è fatta salva la possibilità per l'amministrazione, in caso di accertata carenza dei requisiti, di adottare entro 60 giorni motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli effetti. Decorso tale termine l'amministrazione può intervenire, esercitando il proprio potere sanzionatorio, in presenza del *pericolo di un danno* per il patrimonio storico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque gli interessi anzidetti mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

Per l'attività edilizia, si è dubitato che la SCIA avesse sostituito la DIA, in considerazione del fatto che la DIA nell'edilizia è regolata con una normativa speciale rispetto al paradigma dell'art. 19 della legge 241/1990 (artt. 22 e segg. del T.U. 380/2001, quale esito di un percorso normativo avviato con l'art. 2 della legge 537/1993 e con l'art. 2, 60° comma, della legge 662/1996).

A causa delle incertezze indotte dal D.L. 78/2010, nel tentativo di dissipare i dubbi circa l'estensione dell'applicazione del nuovo istituto anche all'edilizia, il *Ministero per la semplificazione aveva emanato una circolare del 16 settembre 2010* con la quale aveva concluso nel senso che la SCIA sostituisce la DIA anche nella materia edilizia, mantenendone l'identico campo applicativo e senza interferire con il permesso di costruire.

Secondo l'interpretazione ministeriale, rimaneva esclusa, invece, l'estensione della disciplina della SCIA alla *DIA alternativa al permesso di costruire*, ponendosi come ostacolo la disciplina speciale di tale istituto posta dall'art. 22, 3° e 4° comma, T.U. 380/2001, articolata sulla falsariga di quella del permesso di costruire.

La circolare anzidetta, priva di valenza prescrittiva, però, non aveva dissipato le incertezze interpretative ed è quindi nuovamente intervenuto il legislatore che, con l'art. 5 del **D.L. 13 maggio 2011, n. 70**, convertito in **legge 12 luglio 2011, n. 106**, ha espressamente stabilito che le disposizioni di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241:

— *si applicano alle denunce di inizio attività in materia edilizia disciplinate dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, con esclusione dei casi in cui le denunce stesse, in base alla normativa statale o regionale, siano alternative o sostitutive del permesso di costruire;*

— *esse non sostituiscono la disciplina prevista dalle leggi regionali che, in attuazione dell'articolo 22, 4° comma, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, abbiano ampliato l'ambito applicativo delle disposizioni di cui all'articolo 22, 3° comma, del medesimo decreto e, nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, la SCIA «non sostituisce gli atti di autorizzazione o nulla osta, comunque denominati, delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale».*

Nei casi di SCIA in materia edilizia, inoltre, è stato *ridotto a 30 giorni* il termine concesso all'amministrazione per adottare, in caso di accertata carenza dei requisiti, motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli effetti.

B) Gli interventi edilizi attualmente assoggettati a SCIA

Devono ritenersi attualmente assoggettati a SCIA, ai sensi dell'art. 22, 1° e 2° comma, T.U. 380/2001:

— tutti gli interventi edilizi non assoggettati a permesso di costruire ai sensi dell'art. 10 dello stesso T.U., sempre che siano conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e alla disciplina urbanistico-edilizia;

In questa categoria, tipicamente residuale, rientrano (con elencazione meramente esemplificativa):

- a) gli interventi pertinenziali che comportino la realizzazione di un volume non superiore al 20% di quello dell'edificio principale (come si evince *a contrario* dalla disposizione dell'art. 3, lett. e.6 del T.U.);
- b) gli interventi rivolti all'eliminazione delle barriere architettoniche che non comportino la realizzazione di rampe o di ascensori esterni, ovvero di manufatti che alterino la sagoma dell'edificio;
- c) gli interventi di manutenzione straordinaria e le opere interne allorché comportino modifiche delle parti strutturali degli edifici;
- d) gli interventi di restauro e risanamento conservativo;
- e) alcuni degli interventi tra quelli precedentemente individuati dalla legge 662/1996 — quale le recinzioni, i muri di cinta e le cancellate — allorché siano realizzati con opere di entità limitata per natura e dimensioni;
- f) le demolizioni, gli scavi e i rinterri non finalizzati ad interventi di nuova costruzione;

— le varianti a permessi di costruire già rilasciati, purché non incidano sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, non modifichino destinazione d'uso, categoria edilizia e sagoma dell'edificio e non violino

prescrizioni specificamente imposte dal permesso di costruire (cd. «varianti leggere o minori»).
La SCIA relativa a tali varianti può essere presentata «prima della dichiarazione di ultimazione dei lavori» e ciò significa che la presentazione può essere anche successiva alla concreta realizzazione delle stesse.

L'art. 22, 7° comma, T.U. 380/2001 fa salva la **facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio del permesso di costruire anche per la realizzazione degli interventi soggetti a SCIA**.

Trattasi di una disposizione rivolta a salvaguardare l'interesse del privato alla certezza della propria situazione giuridica e la stessa norma specifica che, comunque, la richiesta del permesso non incide sulla (eventuale) gratuità dell'intervento né sul regime sanzionatorio al quale esso è soggetto.

Le **Regioni** a statuto ordinario **possono** — con legge — **ampliare o ridurre l'ambito applicativo della SCIA edilizia**, individuando le tipologie di interventi assoggettate a *contributo di costruzione* e definendo criteri e parametri per la relativa determinazione.

Gli ampliamenti o le riduzioni delle categorie sottoposte dalla legge statale a permesso di costruire **non incidono**, però, **sul regime delle sanzioni penali**, che alla sola normativa statale si correla in considerazione dei limiti posti dalla Costituzione alla potestà legislativa regionale (art. 22, 4° comma, T.U. 380/2001).

5. SCIA ed immobili abusivi

Deve ritenersi che i **lavori edilizi che riguardano manufatti abusivi che non siano stati sanati né condonati non sono assoggettabili al regime della SCIA**, in quanto gli ulteriori interventi (anche se riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della ristrutturazione, del restauro e/o risanamento conservativo, della realizzazione di opere costituenti pertinenze urbanistiche) ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera principale alla quale in eriscono strutturalmente (così, con riferimento alla DIA, Cass. pen., sez. III: 20 gennaio 2009, n. 2112, Pizzolante; 19 gennaio 2009, n. 1810, P.M. in proc. Cardito; 19 aprile 2006, n. 21490. Nello stesso senso vedi T.a.r. Campania, Napoli, sez. VI, 22 dicembre 2009, n. 9335).

6. SCIA ed immobili vincolati

Qualora un qualsiasi intervento da realizzarsi mediante SCIA riguardi **immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale**, l'effettuazione dello stesso è subordinata al *preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti* dalle relative previsioni normative (art. 22, 6° comma, del T.U. n. 380/2001).

Nell'ambito delle *norme di tutela* rientrano, in particolare, le disposizioni di cui:

- al D.Lgs. 22-1-2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio);
 - alla legge 6-12-1991, n. 394 (legge-quadro sulle aree protette);
 - alla legge 18-5-1989, n. 183 (norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo);
- nonché le previsioni:
- dei piani territoriali paesistici o dei piani urbanistico-territoriali aventi le medesime finalità di salvaguardia dei valori paesistici e ambientali;
 - degli strumenti urbanistici, qualora siano espressamente rivolte alla tutela delle caratteristiche paesaggistiche, ambientali, storico-archeologiche, storico-artistiche, storico-architettoniche e storico-testimoniali.

Il T.U. n. 380/2001 ha esteso alla generalità dei vincoli di tutela storica o paesaggistico-ambientale il principio — già esplicitato dall'art. 36 del D.Lgs. 29-10-1999, n. 490 (Testo unico in materia di beni culturali e ambientali) con riferimento al solo vincolo storico-artistico — secondo cui **la circostanza che l'immobile oggetto dell'intervento edilizio sia sottoposto a tutela non comporta alcun aggravio del procedimento** (le disposizioni che avevano via via introdotto semplificazioni procedurali in materia edilizia avevano invece escluso l'applicabilità di tali semplificazioni ove l'intervento edilizio riguardasse un immobile sottoposto a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale: si ricordino, in proposito, l'art. 48 della legge n. 457/1978; l'art. 7 del D.L. n. 9/1982; l'art. 26 della legge n. 47/1985; l'art. 4, comma 8, del D.L. n. 398/1993).

Quanto ai profili procedurali, deve ritenersi che, ai sensi dell'art. 23, 3° e 4° comma, del T.U. n. 380/2001:

- *nell'ipotesi in cui la tutela del vincolo è affidata, anche in via di delega, alla stessa Amministrazione comunale*, la SCIA rimane temporaneamente inefficace fino a quando tale provvedimento non sia emesso. Essa rimane definitivamente priva di effetti, invece, nell'ipotesi di diniego esplicito;
- *nell'ipotesi in cui la tutela del vincolo compete ad un'autorità diversa dall'Amministrazione comunale*, ove il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela non sia allegato alla SCIA, l'ufficio comunale competente a ricevere la segnalazione medesima può convocare apposita *conferenza di servizi*, al fine di conseguire, in quella sede, i necessari provvedimenti. I lavori possono essere iniziati solo in seguito al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica anche quale esito della conferenza, mentre la SCIA rimane definitivamente priva di effetti qualora l'esito sia negativo.

7. La DIA alternativa (c.d. superDIA) e l'art. 22, 3° comma, del T.U. n. 380/2001

La denuncia di inizio attività, in materia edilizia, è attualmente limitata alle **ipotesi previste dall'art. 22, 3° comma, del T.U. dell'edilizia n. 380/2001, come modificato dal D.Lgs. 27-12-2002, n. 301.**

Trattasi degli **interventi soggetti a permesso di costruire o, in base alla scelta discrezionale dell'interessato, a c.d. «superDIA»**, ricomprendenti:

- gli interventi di *ristrutturazione* di cui all'art. 10, comma 1, lettera c);
- gli interventi di *nuova costruzione* o di *ristrutturazione urbanistica* qualora siano *disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo* (es. convenzioni di lotizzazione), che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti. Qualora i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della legge 21-12-2001, n. 443, il relativo atto di ricognizione deve intervenire entro 30 giorni dalla richiesta degli interessati. In mancanza, si prescinde dall'atto di ricognizione, purché il progetto di costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi con le caratteristiche dianzi menzionate;
- gli interventi di *nuova costruzione* qualora in *diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali* recanti precise disposizioni plano-volumetriche.

Ove esista no **piani attuativi**, dunque, essi devono contenere « *precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive* », che costituiscono i parametri dettagliati in base ai quali dovrà essere redatto il progetto del privato, con semplice trasposizione, nelle previsioni progettuali, delle prescrizioni complete dettate dallo strumento urbanistico.

Ciò comporta che i *piani attuativi di nuova redazione* devono contenere anche la dichiarazione esplicita di sussistenza dei presupposti per l'effettuazione degli interventi mediante D.I.A., qualora essi (ovviamente) siano in concreto presenti.

Per i *piani attuativi già esistenti*, invece, il Comune dovrà provvedere, di ufficio, attraverso una variante normativa, ad una ricognizione in via generale e, in mancanza, il riconoscimento dei presupposti dovrà essere chiesto da colui che intenda utilizzare la procedura di D.I.A.

Nel caso in cui il Comune non fornisca riscontro, l'interessato potrà fare ricorso all'attestazione del progettista sull'esistenza delle prescrizioni di dettaglio richieste dalla legge.

Qualora manchi una pianificazione attuativa, la legge prevede che *i soli interventi di nuova costruzione* (e non anche, quindi, quelli di ristrutturazione urbanistica) possano essere eseguiti mediante D.I.A. a condizione che siano « *in diretta esecuzione di **strumenti urbanistici generali** recanti precise disposizioni plano-volumetriche* ».

Notevoli perplessità induce il mancato (e poco ragionevole) riferimento alle «caratteristiche tipologiche,

formali e costruttive» richieste, invece, in presenza di piani attuativi.

I piani regolatori di nuova formulazione potrebbe indicare espressamente, per determinati ambiti territoriali, la sussistenza dei presupposti per il ricorso alla D.I.A. alternativa ma, ove ciò non si veri fichi, spetterà al progettista (con elevato rischio personale) attestare siffatta sussistenza.

Quanto poi alla individuazione concreta di detti presupposti, viene prospettata in dottrina (MARZARO GAMBA) la possibilità di riferimento a quelle situazioni in cui la nuova costruzione debba essere effettuata in una zona *adeguatamente urbanizzata* del territorio comunale, per la quale non sia richiesta la redazione di piani attuativi ove l'intervento progettato non sia in grado di incidere sul carico urbanistico, aggravandolo e creando la necessità di ulteriori opere di urbanizzazione.

Può auspicarsi una specificazione dei presupposti in sede di disciplina regionale ma allo stato, a giudizio di chi scrive, la norma è tanto lacunosa da essere praticamente inapplicabile: essa, se superficialmente interpretata, può arrecare gravi danni alla collettività, mentre colui che in buona fede se ne volesse avvalere direttamente affronterebbe una situazione di intollerabile incertezza, foriera di assai probabili sanzioni (anche penali sotto i profili della colpa per imprudenza).

8. Natura giuridica della denuncia di inizio dell'attività

Il tema della natura giuridica della DIA presenta profili teorici problematici e posizioni divergenti sono state espresse in dottrina ed in giurisprudenza.

A) Un orientamento minoritario, ormai superato, prospettava la configurazione di un' *ipotesi di provvedimento abilitativo tacito per silenzio-assenso* (atto implicito di controllo positivo circa la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per l'esercizio dell'attività).

In tale prospettiva la DIA si tradurrebbe direttamente nell' *autorizzazione implicita all'effettuazione dell'attività in virtù di una valutazione legale tipica*. Si tratterebbe, quindi, di un istituto del tutto peculiare, comunque, assimilabile ad una istanza autorizzatoria, che, con il decorso del termine di legge, provoca la formazione di un «titolo», cioè di un provvedimento tacito di accoglimento di una siffatta istanza, che rende lecito l'esercizio dell'attività (vedi, tra le decisioni più recenti in tal senso, C. Stato: sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811; sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3742; sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828; sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550).

Dalla tesi che configura la formazione di un provvedimento tacito di accoglimento deriva che la pubblica amministrazione potrebbe esercitare successivamente il proprio distinto *potere sanzionatorio* dell'attività posta in essere con DIA illegittima *soltanto previa rimozione dell'atto positivo che si è tacitamente formato*.

B) La giurisprudenza e la dottrina prevalenti **escludono, invece, che la denuncia di inizio attività dia origine ad un provvedimento amministrativo in forma tacita**.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato — con la recente sentenza 29-7-2011, n. 15 — ha testualmente affermato, in proposito, che la DIA «*non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge*».

Già le sezioni semplici del Consiglio di Stato, del resto, avevano osservato che la DIA «*è un atto di un soggetto privato e non di una pubblica amministrazione, che ne è invece destinataria, e non costituisce, pertanto, esplicazione di una potestà pubblicistica. L'attività dell'amministrazione, difatti, è limitata alla verifica della sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti, e tale verifica, a differenza di quanto accade nel regime a previo atto amministrativo, non è finalizzata all'emanazione dell'atto amministrativo di consenso all'esercizio dell'attività, ma al controllo, privo di discrezionalità, della corrispondenza di quanto dichiarato dall'interessato rispetto ai requisiti stabiliti dalla normativa applicabile*» (vedi: C. Stato: sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Urbanistica e appalti*; 2009, 572; sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; Sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919).

Secondo le argomentazioni svolte dalla citata giurisprudenza del Consiglio di Stato, il **legislatore ha contrapposto nettamente la DIA al provvedimento amministrativo**, prevedendo proprio la sostituzione dei tradizionali modelli procedurali in tema di autorizzazione con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività

economiche private, con la conseguenza che per l'esercizio delle stesse non è più necessaria l'emanazione di un titolo provvedimentale di legittimazione.

A seguito della denuncia, il soggetto pubblico verifica la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e gli unici provvedimenti rinvenibili nella fattispecie sono quelli (meramente eventuali) che la P.A. può emanare nel termine di legge per impedire la prosecuzione dell'attività o per imporre la rimozione degli effetti, ovvero quelli adottati in «autotutela» successivamente alla scadenza di questo termine.

Il potere di verifica di cui dispone l'amministrazione, a differenza di quanto accade nel regime a previo atto amministrativo, non è finalizzato all'emanazione dell'atto amministrativo di consenso all'esercizio dell'attività, ma al controllo (privo di discrezionalità) della corrispondenza di quanto dichiarato dall'interessato rispetto ai canoni normativi stabiliti per l'attività in questione.

Con la DIA, quindi, al principio autoritativo si sostituisce il *principio dell'autoresponsabilità dell'amministrato* (temperato dalla persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata).

Ha evidenziato ancora il Consiglio di Stato che, se la DIA fosse davvero un atto destinato ad avviare un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento di accoglimento tacito, *sarebbe arduo cogliere una sostanziale differenza tra DIA e silenzio-assenso*.

I due istituti, invece, sono tenuti distinti dal legislatore che attribuisce loro una diversa funzione: mentre con la DIA, infatti, si attua una liberalizzazione dell'attività privata non più soggetta ad autorizzazione, il silenzio-assenso costituisce una mera semplificazione procedimentale, prevedendo una modalità di conseguimento dell'autorizzazione equipollente ad un provvedimento esplicito di accoglimento.

Resta fermo il potere dell'amministrazione di assumere **determinazioni in via di autotutela** ai sensi degli artt. 21^{quiquies}-21^{nonies} della legge n. 241/1990.

Ciò significa che l'amministrazione, accanto al potere di adottare provvedimenti di inibizione dell'attività (che è soggetto a decadenza), può ulteriormente esercitare il potere di autotutela ma soltanto nel rispetto dei principi e delle norme regolanti l'esercizio del potere di annullamento di ufficio, cioè solo in *presenza di un interesse pubblico prevalente, entro un termine ragionevole e previa comparazione dell'interesse pubblico con quello dell'interessato e dei controinteressati*.

La V Sezione del Consiglio di Stato — con la sentenza 19 giugno 2006, n. 3586, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, I, 951 — ha rilevato testualmente che «il riferimento all'autotutela può spiegarsi anche restando nei confini della linea interpretativa secondo cui la DIA è un atto del privato: si tratterà di un'autotutela **«sui generis»**, poiché non andrà ad incidere su un atto amministrativo, ma consisterà nella possibilità per la P.A. di adottare, successivamente alla scadenza del termine di 30 giorni dalla comunicazione di avvio dell'attività, provvedimenti di divieto di prosecuzione della stessa e di rimozione dei suoi effetti, condizionata, però, dalla sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto, ulteriore e diverso rispetto a quello volto al mero ripristino della legalità violata».

La VI Sezione del Consiglio di Stato poi — con la sentenza 9 febbraio 2009, n. 717, dianzi citata — ha affermato che, anche dopo la scadenza del termine perentorio di 30 giorni per l'esercizio del potere inibitorio, la P.A. conserva un potere residuale di autotutela, da intendere, però, come **potere «sui generis», che si differenzia dalla consueta autotutela decisoria proprio perché non implica un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo**.

L'applicazione degli artt. 21^{quiquies} e 21^{nonies} della legge n. 241/1990 consente alla P.A. di esercitare un potere che tecnicamente non è di secondo grado, in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione, ma che con l'autotutela classica condivide soltanto i presupposti e il procedimento.

In tal modo viene tutelato pure l'affidamento che può essere maturato in capo al privato per effetto del decorso del tempo.

Non vi è dubbio, infatti, che la DIA, pur essendo un atto che proviene da un privato, sia comunque suscettibile, a causa del decorso del tempo e del mancato esercizio del potere inibitorio da parte della pubblica amministrazione, di consolidare, analogamente a quanto potrebbe fare un provvedimento espresso, un affidamento meritevole di protezione.

Detto affidamento, però, non è certamente così forte da escludere qualsiasi potere di intervento da parte della P.A., anche perché altrimenti, per effetto della DIA, si andrebbe a consolidare una posizione più stabile rispetto a quella che deriva dal provvedimento autorizzatorio (il quale, ricorrendo le condizioni di legge, può essere appunto rimosso in via di autotutela).

C) L'art. 6 del **D.L. 13-8-2011, n. 138**, convertito dalla **legge 14-9-2011, n. 148**, ha testualmente specificato che **la DIA e la SCIA «non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili»**.

9. SCIA, DIA e silenzio-assenso

La SCIA (al pari della DIA) ed il silenzio-assenso restano **istituti distinti**.

A) L'art. 20 della legge 241/1990 (come modificato dalla legge 80/2005 e delimitato, quanto alla portata applicativa, dalla legge 69/2009) delinea il **silenzio-assenso** quale *istituto di carattere generale* che equipara all'accoglimento della domanda del privato il silenzio mantenuto dall'amministrazione per un certo tempo successivo alla presentazione della stessa.

Qualora l'amministrazione non dà risposta ad una istanza di rilascio di un provvedimento amministrativo, il suo silenzio ha valore di provvedimento di accoglimento, fatta salva l'applicazione delle ipotesi di SCIA, regolate dal precedente art. 19.

Il silenzio-assenso matura, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, quando l'amministrazione non comunica all'interessato il provvedimento di diniego entro i termini previsti dai regolamenti di cui all'art. 2, 2° comma della legge 241/1990, con i quali sono stabiliti i termini di conclusione dei procedimenti di competenza statale, ovvero nei termini di cui al comma 3 del medesimo art. 2, cioè entro 90 giorni qualora i regolamenti non abbiano fissato un termine di conclusione del procedimento.

Esso matura, altresì, se l'amministrazione competente non procede, entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza, a indire la conferenza di servizi di cui al capo IV della legge 241/1990, nel caso in cui il rilascio del provvedimento dipenda da una valutazione congiunta del pubblico interesse.

L'istituto non può applicarsi nelle ipotesi di esclusione espressamente previste dall'art. 20, 4° comma, L. 241/1990 che riguardano:

- materie sensibili (patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, cittadinanza e asilo, salute e pubblica incolumità);
- casi in cui la normativa comunitaria impone provvedimenti amministrativi formali;
- materie soggette ad espressa determinazione regolamentare;
- le ipotesi di silenzio-diniego (silenzio significativo di rigetto), in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come provvedimento di rigetto dell'istanza.

Si tratta di eccezioni introdotte a salvaguardia di interessi in relazione ai quali, per la loro rilevanza, il legislatore ha ritenuto di dovere esigere l'espletamento di un procedimento formale e non silenzioso.

Vi è, dunque, una **equiparazione espressa fra silenzio e provvedimento**: il silenzio non è un atto neutro, ma una *manifestazione di volontà positiva* corrispondente ad un comportamento cosciente dell'amministrazione, la quale — nei procedimenti ad istanza di parte — può scegliere se fare passare il tempo, e così permettere la formazione dell'assentimento silenzioso, ovvero indire una conferenza di servizi o, infine, pronunciarsi con un provvedimento espresso, secondo il disposto dell'art. 2, 1° comma, della legge n. 241/1990.

Ne consegue che il silenzio-assenso è un **provvedimento espresso ma non scritto**, in ossequio alla forma libera delle modificazioni di volontà dell'amministrazione.

B) La SCIA, invece (al pari della DIA), non è un atto pubblico, né porta alla formazione di un provvedimento espresso ma non iscritto.

Essa è, in sostanza, un **adempimento del privato**, con cui l'interessato adempie all'onere di avvisare l'amministrazione che intende intraprendere una determinata attività. L'attività può immediatamente iniziare e proseguire indisturbata se l'amministrazione non la vieta o non ne dispone la rimozione degli effetti per accertata carenza delle condizioni, modalità o fatti legittimanti. Qualora, invece, l'amministrazione emetta provvedimenti,

il privato è tenuto a conformarsi, cessando l'attività intrapresa o adattandola alle disposizioni ricevute per renderla conforme alla legge.

La dichiarazione unilaterale dell'interessato sostituisce l'atto amministrativo, poiché questo non serve, restando fermo il potere sanzionatorio dell'amministrazione.

È vero che l'art. 19, 3° comma, del novellato art. 19 della legge 241/1990 prevede espressamente il potere dell'amministrazione di assumere **determinazioni in via di autotutela**, ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge 241/1990, ma tale riferimento al *potere di autotutela* va inteso come correlato ad un potere *sui generis*, che si differenzia dalla consueta autotutela decisoria in senso proprio, perché (pur consentendo di ordinare la sospensione dell'attività e di rimuovere gli effetti della SCIA) non implica un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo, non interviene cioè su una precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione.

10. La procedura di SCIA in materia edilizia

A) Redazione e presentazione della SCIA

A norma del novellato art. 19 della legge 241/1990 (come modificato dall'art. 5 del D.L. 70/2011, convertito dalla legge n. 106/2011), il proprietario dell'immobile, o chi abbia titolo per avvalersi del regime della segnalazione certificata di inizio dell'attività, *deve presentare la SCIA allo sportello unico dell'edilizia* accompagnata:

- dalle *dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà*, per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti dagli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28-12-2000, n. 445 (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa);
- dalle *attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati* relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale;
- dagli elaborati tecnici e progettuali necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione.

La SCIA, corredata delle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché dei relativi elaborati tecnici, può essere presentata anche mediante posta raccomandata con avviso di ricevimento: in tal caso la segnalazione si considera presentata al momento della ricezione da parte dell'amministrazione comunale.

B) Individuazione del responsabile del procedimento

Deve ritenersi che lo sportello unico debba *comunicare all'interessato il nominativo del responsabile del procedimento*, per consentirgli di partecipare alla successiva procedura di controllo, mediante accesso agli atti, e, eventualmente, di depositare memorie e documenti di cui l'amministrazione deve tener conto (ciò in applicazione delle norme, di portata generale, poste dagli artt. 4 e 5 della legge 241/1990 e succ. modif.).

C) L'esecuzione dell'intervento

L'*attività edilizia* oggetto della segnalazione *può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione*, purché siano state previamente acquisite, ove necessarie, l'autorizzazione paesaggistica e quella prevista dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche.

D) L'attività di controllo dell'intervento

Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale — nel termine di 30 giorni dal ricevimento della SCIA — adotta, in caso di accertata carenza della correttezza della qualificazione dell'intervento, della sussistenza dei presupposti della procedura e del rispetto delle prescrizioni di legge, *motivato provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa*, salvo che, ove ciò sia

possibile, l'interessato provveda a conformare detta attività ed i suoi effetti alla normativa vigente entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a 30 giorni.

E) Determinazioni in via di autotutela

È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione comunale di *assumere determinazioni in via di autotutela*, ai sensi degli artt. 21^{quinq}ues e 21^{non}ies della legge 241/1990.

Tale potere di autotutela non è escluso dalla configurazione della SCIA come atto privato ed il Consiglio di Stato, in relazione alla DIA, ne ha individuato la peculiare caratteristica nel fatto «di non implicare un'attività di secondo grado su di un precedente provvedimento amministrativo» (C. Stato, sez. V, 19 giugno 2006, n. 3586, in *Riv. giur. edil.*, 2006, I, 951; sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453).

L'amministrazione, dunque, pur non dovendo incidere su un atto amministrativo, potrà pur sempre adottare, successivamente alla scadenza del termine di 30 giorni dalla presentazione della SCIA, provvedimenti di divieto della prosecuzione della stessa e di rimozione dei suoi effetti, a condizione, però, che provvedimenti siffatti siano giustificati dalla *sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto*, che non si identifichi con il mero ripristino della legalità violata.

F) L'eventuale esercizio del potere sanzionatorio

Decorso il termine di 30 giorni dal ricevimento della SCIA, l'amministrazione può intervenire, anche esercitando il proprio *potere sanzionatorio*, soltanto però in presenza del *pericolo di un danno* per il patrimonio storico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque gli interessi anzidetti mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

G) Efficacia temporale della SCIA

La SCIA *non è sottoposta ad un termine massimo di efficacia*, con la conseguenza che l'interessato non ha l'obbligo di comunicare allo sportello unico la data di ultimazione dei lavori.

H) La prova dell'abilitazione all'esecuzione dei lavori

La sussistenza dell'abilitazione all'esecuzione dei lavori *è provata* con la copia della SCIA, da cui risulti la data di ricevimento.

Qualora, però, un intervento eseguito in seguito a SCIA non sia riconducibile a detto regime, bensì a quello del permesso di costruire, l'intervenuta presentazione della segnalazione medesima è assolutamente irrilevante ed i lavori eseguiti sono da considerare abusivi.

11. La procedura applicabile alla c.d. «superDIA»

A) Redazione e presentazione della DIA

A norma dell'art. 23 del T.U. 380/2001, come modificato dal D.Lgs. 301/2002, il proprietario dell'immobile, o chi abbia titolo per avvalersi del regime della denuncia alternativa di inizio dell'attività (cd. *superDIA*), *deve presentare tale denuncia allo sportello unico dell'edilizia — almeno 30 giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori —* accompagnata:

— dagli opportuni elaborati progettuali e da una *dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato* che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati ed il non-contrasto con gli strumenti urbanistici adottati e con i regolamenti ed ilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie;

— dall'indicazione dell'impresa a cui si intende affidare i lavori.

Qualora l'intervento oggetto di denuncia di inizio attività sia sottoposto ad un vincolo *la cui tutela compete* (anche in via di delega) *alla stessa amministrazione comunale*, l'anzidetto termine di 30 giorni decorre dal rilascio del relativo atto di assenso ed in *manca di siffatto provvedimento favorevole la denuncia è priva di effetti*.

Qualora, invece, la tutela del vincolo non spetta all'amministrazione comunale, ove il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela non sia allegato alla denuncia, il competente ufficio del Comune può convocare una *conferenza di servizi* e l'anzidetto termine di 30 giorni decorre dall'esito della conferenza. In caso di esito non favorevole, la denuncia è priva di effetti.

B) Individuazione del responsabile del procedimento

Deve ritenersi che lo sportello unico debba *comunicare all'interessato il nominativo del responsabile del procedimento*, per consentirgli di partecipare alla successiva procedura di controllo, mediante accesso agli atti, e, eventualmente, di depositare memorie e documenti di cui l'amministrazione deve tener conto (ciò in applicazione delle norme, di portata generale, poste dagli artt. 4 e 5 della legge 241/1990 e succ. modif.).

Quanto al termine in cui detta comunicazione deve intervenire, può applicarsi in via analogica quello di 10 giorni previsto dal novellato art. 20, 2° comma, del T.U. 380/2001, nell'ambito della disciplina del permesso di costruire: in ogni caso, comunque, la comunicazione e stessa dovrà essere inviata entro un termine ragionevolmente inferiore a quello di 30 giorni dalla data della presentazione della denuncia e dei relativi elaborati progettuali, che l'art. 23 del T.U. assegna al Comune per la notifica dell'eventuale ordine e di non effettuare l'intervento riscontrato irregolare.

C) L'attività di controllo dell'intervento

Spetta all'amministrazione comunale — nel termine di 30 giorni che, dalla presentazione della denuncia, deve essere lasciato libero prima di iniziare i lavori — *verificare d'ufficio la correttezza della qualificazione dell'intervento che si vuole effettuare, la sussistenza dei presupposti della procedura ed il rispetto delle prescrizioni di legge*.

Tale attività di controllo è *assolutamente doverosa*, poiché in essa risiede l'unica vera garanzia ordinamentale a salvaguardia della legalità.

Non può condividersi, pertanto, la prospettazione della possibilità, per il Comune, di limitarsi ad operare dei *controlli a campione* ed in dottrina viene evidenziata l'opportunità (anche per evitare addebiti disciplinari o penali in conseguenza di condotte omissive) che i funzionari istruttori lascino traccia dell'avvenuto controllo in una sorta di relazione interna al fascicolo procedimentale.

Meritano adesione le argomentazioni svolte, in proposito, da BOSCOLO, secondo le quali «il modello della denuncia non costituisce una deregolamentazione, né una sorta di delega di responsabilità a vantaggio del privato, proprio perché l'amministrazione rimane lì, a controllare che la denuncia non divenga il veicolo di attività antiggiuridiche».

Il cittadino deve avere la consapevolezza che la legalità trova una forma di garanzia obiettiva nella presenza effettiva dell'amministrazione, mentre — come avverte altra dottrina — la sistematica «deresponsabilizzazione del personale comunale» rischia di lasciare il territorio «alla mercé di soggetti privati in ipotesi senza scrupoli». In conclusione, il ricorso alla procedura in oggetto non deve risolversi (perché così non è stata prevista dal legislatore) in una diminuzione del livello di protezione della legalità.

Questione controversa è quella della perentorietà e ordinatorietà del termine (di 30 giorni) entro il quale l'amministrazione comunale (nella persona del dirigente o responsabile dell'ufficio competente) può inibire all'interessato di effettuare l'intervento edilizio denunciato.

Appare opportuno ricordare che, in relazione all'*istituto generale* della denuncia di inizio di attività già disciplinato dall'art. 19 della legge 241/1990, l'Assemblea plenaria del Consiglio di Stato ha ravvisato *la*

perentorietà del termine ivi previsto per l'esercizio, da parte dell'amministrazione, del potere di verificare d'ufficio i presupposti ed i requisiti di legge per il ricorso all'istituto medesimo (C. Stato, Ad. plen., 28 aprile 1994, n. 137, in *Foro it.*, 1996, III, 329 e, nello stesso senso, C. Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 554, in *Foro amm.*, 1998, 1403).

In relazione all'attività edilizia la *perentorietà del termine* è stata affermata dal T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 29 gennaio 2009, n. 127; dal T.a.r. Campania, Napoli, 27 giugno 2005, n. 8707; dal T.a.r. Veneto, sez. II: 5 novembre 2004, n. 3862, 13 gennaio 2003, n. 324 e 22 febbraio 2002, n. 844; dal T.a.r. Piemonte, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 70; dal T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, 30 gennaio 2001, n. 18.

Il T.a.r. Puglia, Bari, sez. II, 13 novembre 2002, n. 4950; il T.a.r. Lombardia, Brescia, 13 aprile 2002, n. 686; il T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 6 dicembre 2001, n. 5272 hanno affermato, invece, la *natura meramente sollecitoria* del termine, evidenziando che nel contesto della relativa disciplina, non si rinviene alcun elemento testuale o logico-sistematico dal quale possa desumersi la perentorietà e la conseguente decadenza del potere della P.A.

D) L'eventuale adozione di provvedimento inibitorio

Qualora venga riscontrata l'assenza di una o più condizioni stabilite, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale — con provvedimento motivato — *ordina agli interessati di non effettuare le previste trasformazioni*. In tal caso gli aventi diritto possono *ripresentare la denuncia*, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica ed edilizia.

Deve ammettersi che il funzionario responsabile del controllo — ove la denuncia sia mancante di un documento necessario non acquisibile di ufficio da parte dell'Amministrazione, ovvero sia necessario apportare modifiche progettuali di modesta entità — possa *segnalare tali circostanze all'interessato, affinché vi provveda, con sospensione del termine* di 30 giorni fino all'effettiva integrazione.

Il provvedimento inibitorio non richiede il preventivo *avviso del procedimento*, trattandosi di procedura attivata su iniziativa di parte.

Non è applicabile, altresì, l'istituto del cd. *preavviso di rigetto*, previsto dall'art. 10 bis della legge 241/1990 (istituto secondo il quale, nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda ed entro il termine di 10 giorni dal ricevimento della comunicazione gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti). Nel procedimento di DIA, infatti, l'eventuale atto di inibizione non può considerarsi, a rigore, un rigetto dell'istanza e l'onere del preavviso di diniego è incompatibile con il ristretto termine di 30 giorni entro cui l'amministrazione deve effettuare il controllo ad essa demandato (così C. Stato, sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828, in *Vita not.*, 2007, 695).

E) Determinazioni in via di autotutela

Permane altresì, in capo alla P.A., il *potere* «di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21quinquies e 21nonies» della legge n. 241/1990 (vedi C. Stato, sez. V, 30 luglio 2003, n. 4391, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 1180).

Tale potere di autotutela non è escluso dalla configurazione della DIA come atto privato ed il Consiglio di Stato ne individua la peculiare caratteristica nel fatto «di non implicare un'attività di secondo grado su di un precedente provvedimento amministrativo» (C. Stato, sez. V, 19 giugno 2006, n. 3586, in *Riv. giur. edil.*, 2006, I, 951; sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453).

L'amministrazione, dunque, pur non dovendo incidere su un atto amministrativo, potrà pur sempre adottare, successivamente alla scadenza del termine di 30 giorni dalla comunicazione di avvio dell'attività, provvedimenti di divieto della prosecuzione della stessa e di rimozione dei suoi effetti, a condizione, però, che provvedimenti siffatti siano giustificati dalla *sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto*, che non si identifichi con il mero ripristino della legalità violata.

F) L'esercizio del potere sanzionatorio-repressivo

In ogni caso, comunque, la decadenza (ovvero la consumazione) del potere inibitorio non preclude all'amministrazione l'esercizio del *potere sanzionatorio-repressivo* (diverso dal potere inibitorio e da quello di autotutela) per tutte quelle trasformazioni edilizie contrastanti con la disciplina urbanistica (C. Stato, sez. IV, 19 settembre 2008, n. 4513; nonché Cass. pen., sez. III, 29 gennaio 2008, Taglione).

La presentazione di una superDIA, infatti, ed il decorso del termine non possono avere alcun effetto abilitativo in ipotesi non consentite per carenza dei presupposti e dei requisiti normativamente previsti.

G) Efficacia temporale della DIA

La denuncia di inizio dell'attività è sottoposta al *termine massimo di efficacia di 3 anni* e l'interessato ha l'*obbligo di comunicare allo sportello unico la data di ultimazione dei lavori*.

I lavori non ultimati entro tale termine devono essere realizzati previa *nuova denuncia*.

H) Certificato di collaudo finale

Una volta che l'intervento sia stato ultimato, il progettista (o un tecnico abilitato) deve rilasciare un *certificato di collaudo finale*, che va presentato allo sportello unico, con cui si attesti la conformità dell'opera eseguita al progetto presentato con la denuncia di inizio attività.

I) La prova dell'abilitazione all'esecuzione dei lavori

La sussistenza dell'abilitazione all'esecuzione dei lavori è *provata* con la copia della DIA, da cui risulti la data di ricevimento.

12. Lavori eseguiti in base a permesso di costruire illegittimo

La giurisprudenza pretorile, intorno agli anni settanta, cominciò a *ricorrere alla carenza di concessione edilizia le ipotesi di lavori eseguiti sulla base di concessione illegittima*: cioè viziata, o per inosservanza dei presupposti formali di legittimità, o in violazione del vincolo di inedificabilità stabilito dalla legge in assenza di strumenti urbanistici, ovvero in contrasto con i limiti imposti dalla pianificazione vigente. Venne affermato che in tali casi *il giudice penale* — avvalendosi dei poteri genericamente attribuiti al giudice ordinario dall'art. 5 della legge 20-3-1865, n. 2248, all. E) — *può compiere una valutazione del titolo abilitativo, al fine di verificarne la legalità*.

Qualora egli riscontri eventuali vizi di illegittimità (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere), *può disapplicare l'atto amministrativo illegittimo*, considerando ad ogni effetto i lavori come eseguiti in assenza di titolo.

La Suprema Corte non assunse, al riguardo, un orientamento uniforme, ed invero:

- talune decisioni ritennero che l'illegittimità della concessione fosse assimilabile alla mancanza della stessa;
- altre distinsero tra *concessione illegittima* e *concessione illecita*, escludendo — nel primo caso — la sussistenza di un presupposto essenziale del reato;
- altre infine ravvisarono, nell'ipotesi di concessione illegittima, la violazione dell'art. 17, lett. a), della legge n. 10/1977, e non quella più grave di cui alla lett. b).

Alcuni studiosi (BAJNO, PETRONE, VENDITTI, VILLATA), comunque, confutarono energicamente la tesi della disapplicazione, affermando che l'art. 5 della legge n. 2248/1865 non può spiegare alcuna efficacia nell'ambito del processo penale, in quanto questo non è rivolto alla tutela di diritti soggettivi, bensì all'accertamento della corrispondenza di un fatto alla fattispecie incriminatrice.

Non vi è, insomma, una parte che possa chiedere al giudice il disconoscimento di una disciplina imposta da un provvedimento amministrativo illegittimo, con sacrificio di relazioni giuridiche alle quali essa partecipa; il provvedimento illegittimo, invece, potrebbe costituire soltanto il presupposto di un reato.

Si asserì, infine, che la disapplicazione si risolve, agli effetti penali, in una forma di retroattività *«in malam partem»* (BAJNO, G. DE ROBERTO), dal momento che si qualifica postumamente illecita una condotta posta in essere in conformità ad un titolo assistito dalla presunzione di legittimità degli atti amministrativi, che è principio generale del nostro ordinamento.

Un notevole contributo alla configurazione della questione venne fornito dalla III sezione penale del Supremo Collegio, con l'ordinanza 13-3-1985 (ric. Meraviglia).

Approfondito, in detta ordinanza, è l'esame dei riferimenti all'allegato E) della legge n. 2248/1865:

«La legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, di abolizione del contenzioso amministrativo, intese fondamentalmente salvaguardare, nella scelta dei criteri di individuazione della giurisdizione, il principio della tutela esclusiva dei diritti da parte del giudice ordinario, quale garanzia assoluta di libertà.

In tale contesto l'art. 4 dispone che il giudice ordinario, quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, può conoscere solo degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto del giudizio, non potendo né revocare né modificare l'atto amministrativo; e l'art. 5 dispone che, in questo come in ogni altro caso, il giudice ordinario applica gli atti amministrativi in quanto siano conformi alla legge. Com'è noto, è tuttora aperta la questione se le norme degli artt. 4 e 5 contemplino fattispecie diverse e comportino precetti autonomi l'uno dall'altro, ovvero se si tratti, in realtà, di disposizioni tra loro complementari.

La questione non è soltanto formale perché, ove si accogliesse la prima soluzione, si dovrebbe ritenere che l'art. 5 contiene un precetto generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, indipendentemente dal fatto che vi sia lesione di diritti soggettivi, essendo diretto alla reintegrazione del diritto oggettivo.

Quest'ultima è l'interpretazione prevalentemente accolta dalla giurisprudenza penale, la quale, laddove la decisione presuppone la cognizione dell'atto amministrativo, lo disapplica se il giudice ne ravvisa l'invalidità. Tale orientamento non può essere condiviso.

La cognizione degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario fu voluta dal legislatore del 1865 solo entro i limiti in cui ritenne che la giurisdizione amministrativa non fosse sufficiente a garantire determinate posizioni soggettive a livello di diritti; e, pure in tali limiti ristretti, il legislatore si preoccupò di evitare che la cognizione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario potesse comportare, comunque, la revoca o la modifica del provvedimento, il che avrebbe determinato un consistente *vulnus* al principio fondamentale voluto dalla legge sul contenzioso, secondo cui il controllo della validità degli atti amministrativi e l'eliminazione degli effetti degli atti invalidi sono attribuiti alla giurisdizione amministrativa.

Tutto ciò convince che l'art. 5 legge contenzioso non introduce affatto un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice penale per esigenze di diritto oggettivo, ma che al contrario, esso contiene un precetto complementare al precedente art. 4, in modo che il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo debba restare rigorosamente confinato agli atti incidenti negativamente su diritti soggettivi, e sempre che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti di cui l'atto è capace all'esterno del giudizio.

Si deve ritenere, cioè, che l'istituto della disapplicazione non riguarda gli atti amministrativi che rimuovono un ostacolo al libero esercizio di diritti (nulla -osta, autorizzazioni) ovvero costituiscono diritti soggettivi (concessioni), per la semplice considerazione che, in tali casi, non sussiste la lesività dell'atto e perché l'intervento del giudice ordinario si tradurrebbe in una ingerenza ed in un controllo dell'attività amministrativa, teso ad eliminare *ex officio* non solo i diritti derivati dall'atto amministrativo ma anche lo stesso atto amministrativo, la cui accertata invalidità lo svuoterebbe di contenuto all'interno ed all'esterno del giudizio, talché, sostanzialmente, esso sarebbe annullato dall'autorità giudiziaria ordinaria.

Tutto ciò non esclude in termini assoluti che il giudice penale debba egualmente conoscere dell'invalidità dell'autorizzazione o della concessione e ritenere che tali provvedimenti siano da considerarsi *tamquam non essent* sotto il profilo sostanziale, nei casi i cui l'assenza di tali atti amministrativi costituisca il presupposto della condotta incriminata. Ma tale potere non è riconducibile, come erroneamente è stato ritenuto dai giudici di merito, al potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi ex art. 5 legge sul contenzioso, bensì deve trovare fondamento e giustificazione nella stessa disposizione incriminatrice, nel senso che sia il precetto normativo ad esigere il controllo della legalità dell'atto per non essere la materiale esistenza del provvedimento sufficiente ad escludere la sussistenza del reato. L'indagine sistematica si può avvalere, sotto tale riflesso, del disposto dell'art. 650 c.p., in cui si prevede espressamente che il reato d'inosservanza di provvedimenti dell'autorità sussiste sempre che tali provvedimenti siano dati legalmente. La cognizione del reato da parte del giudice penale comporta, in tal caso, un giudizio valutativo, che include l'esame della legalità dell'atto amministrativo, perché è la stessa disposizione incriminatrice a richiamare tale requisito tra i presupposti del reato».

Rilevò, quindi, la Corte che la norma incriminatrice ricollega la sanzione penale all'«insussistenza» del provvedimento amministrativo e non anche alla sua «illegalità»:

«Applicando i principi testé esposti al caso di specie, si rammenta che l'art. 17, lett. b), L. 28 gennaio 1977 n. 10 prevede, tra l'altro, una contravvenzione edilizia nel fatto della costruzione in assenza della concessione.

Avrebbe potuto il legislatore aggiungere “legalmente data” ovvero “con concessione e illegalmente data”, come per le ipotesi sanzionatorie dell'art. 650 c.p., e non vi sarebbe stato alcun problema interpretativo.

In tal caso, il giudice penale avrebbe conosciuto della legalità della concessione, perché da tale accertamento, positivo o negativo, sarebbe dipeso il giudizio, non in forza degli artt. 4 e 5 legge sul contenzioso ma della stessa struttura della norma incriminatrice. In mancanza, non ritiene la Corte che il requisito della legalità della concessione sia ricavabile in base ad altri rilievi ermeneutici delle norme in esame».

In decisioni successive la Suprema Corte ribadì che *il giudice penale deve controllare soltanto l'esistenza dell'atto* sulla base dell'esteriorità formale e della sua provenienza dall'organo legittimato ad emetterlo, ulteriormente precisando che deve parlarsi di *assenza dell'atto* non solo qualora l'atto in questione sia stato emesso da organo assolutamente privo del potere di provvedere, ma *anche qualora il provvedimento sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che lo rilascia o del soggetto privato che lo consegue*, e, quindi, non sia riferibile oggettivamente alla sfera del lecito giuridico, oltre la quale non è dato operare ai pubblici poteri (cfr. Cass., 31-3-1986, ric. Ainora).

Il contrasto giurisprudenziale rese opportuno l'intervento delle **Sezioni Unite penali** e queste — con la **sentenza del 31 gennaio 1987 (ric. Giordano)** — statuirono che «*il potere del giudice penale di conoscere*

della illegittimità della concessione edilizia non è riconducibile al potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo riconosciutogli dagli artt. 4 e 5 della legge n. 2248 del 1865, all. E), ma deve trovare fondamento e giustificazione o in una esplicita previsione legislativa ovvero nell'ambito della interpretazione ermeneutica della norma penale, qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa».

Le Sezioni Unite affermarono, nella decisione anzidetta, che — dalla lettura congiunta degli artt. 4 e 5 della legge del 1865 — «si evince chiaramente che le norme in questione non introducono affatto un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario (sia esso civile o penale) per esigenze di diritto oggettivo, ma che, al contrario, *il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo è stato rigorosamente limitato dal legislatore ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi* ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti che l'atto medesimo è capace di produrre all'esterno del giudizio. Ne consegue, pertanto, che la normativa in questione non può trovare applicazione per quegli atti amministrati vi che, lungi da comportare lesione di un diritto soggettivo, rimuovono, invece, un ostacolo al loro libero esercizio (nulla -osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni).

Opinare diversamente non solo comporta l'estensione al diritto oggettivo di una regola dettata unicamente a tutela dei diritti soggettivi, ma comporta altresì — con violazione del principio della divisione dei poteri — l'attribuzione al giudice penale di un potere di controllo e d'ingerenza esterna sull'attività amministrativa e, quindi, l'esercizio di un'attività gestionale che dalla legge è, invece, demandata in esclusiva ad altro potere dello Stato.

Ciò, peraltro, non esclude che, in determinati casi, il giudice penale non possa egualmente conoscere della illegittimità dell'atto amministrativo.

Tale possibilità, tuttavia, non è riconducibile al potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo riconosciutogli dagli artt. 4 e 5 della legge del 1865, ma deve, invece, trovare fondamento e giustificazione o in una esplicita previsione legislativa (come, ad esempio, avviene con il disposto dell'art. 650 cod. pen.), ovvero, nell'ambito dell'interpretazione ermeneutica della norma penale, *qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa*.

Ne deriva, pertanto, che nel caso in esame, intanto potrebbe ritenersi valida la (effettuata) equiparazione tra «mancanza di concessione» e «concessione illegittimamente rilasciata», in quanto fosse possibile ritenere che la disposizione di cui al citato art. 17, lett. b), legge 28 gennaio 1977 n. 10 (ora art. 20, lett. b), legge 28 marzo 1985, n. 47) sia funzionale alla tutela dell'interesse all'osservanza delle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'attività edilizia.

Ma una simile opinione certamente non può essere condivisa, dato che — come è stato oramai ripetutamente precisato da questa Suprema Corte con giurisprudenza consolidata (nonché dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 47 del 1979) — l'interesse tutelato da tale norma è quello pubblico di sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della P.A., con conseguente imposizione, a chi voglia edificare, dell'obbligo di richiedere l'apposita autorizzazione amministrativa; il reato *de quo* sussiste anche se il privato — che non ha chiesto o comunque non ha ottenuto la detta autorizzazione (denominata concessione) — abbia costruito o iniziato a costruire nel pieno rispetto delle norme sostanziali che disciplinano l'attività edilizia».

Secondo l'assunto delle Sezioni Unite, dunque, l'inammissibilità dell'equiparazione tra mancanza di concessione e concessione illegittimamente rilasciata sarebbe derivata dalla considerazione che la disposizione di cui all'art. 17, lett. b), della legge n. 10/1977 non era «funzionale alla tutela dell'interesse all'osservanza delle norme di diritto sostanziale che disciplinano l'attività edilizia».

Un netto dissenso dall'anzidetto orientamento venne però espresso in una successiva sentenza della sezione III della Cassazione (9 gennaio 1989, n. 2766, ric. Bisceglia, in *Cass. pen.* 1990, 1142), ove si affermò che la questione doveva essere rivista alla stregua dei principî informativi della legge n. 47/1985, avendo tale legge profondamente mutato l'oggetto stesso della tutela penale, incentrata ormai sul *criterio sostanziale della conformità delle opere alla normativa urbanistica*. Al giudice penale venne riconosciuta così la potestà di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo, *essendo divenuta la illegittimità dell'atto essa stessa un elemento essenziale della fattispecie criminosa*.

La Corte Costituzionale — con ordinanza 11/14 giugno 1990, n. 288 — confermò l'orientamento delle Sezioni Unite penali della Cassazione (ritenendolo espressamente non superato dall'anzidetta decisione) secondo il quale *il giudice ordinario non può disapplicare il provvedimento amministrativo, salvo i casi di lesione di diritti soggettivi o di illiceità penale*, soggiungendo però che «*l'illiceità penale di una concessione*

non deriva soltanto dalla collusione (tra richiedente ed autorità amministrativa), ma da qualsiasi violazione della legge penale che abbia a viziare il momento formativo della volontà della pubblica Amministrazione».

Le ipotesi di *rilascio doloso di titolo abilitativo illegittimo* potranno essere, altresì, punite:

- ai sensi dell'art. 319 c.p., se vi sia stata offerta di danaro o di altra utilità;
- nonché ai sensi dell'art. 323 c.p.

Le **Sezioni Unite** della Cassazione hanno avuto occasione di pronunciarsi nuovamente sulla questione e — con la **sentenza 12 novembre 1993, ric. Borgia**, in *Corriere giur.*, 1994, 750 — hanno affermato che «*al giudice penale non è affidato, in definitiva alcun cd. sindacato sull'atto amministrativo*», ma questi — nell'esercizio della potestà penale — è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguita o eseguita) e fattispecie legale (identificata dalle disposizioni legislative statali e regionali in materia urbanistico-edilizia, dalle previsioni degli strumenti urbanistici e dalle prescrizioni del regolamento edilizio). Il complesso di tali disposizioni, previsioni e prescrizioni, tutte insieme considerate, costituisce il parametro organico per l'accertamento della liceità o dell'illiceità dell'opera edilizia e ciò in quanto *l'oggetto della tutela penale apprestata dall'art. 20 della legge n. 47/1985 non è più — come nella legge n. 1150/1942 — il bene strumentale del controllo e della disciplina degli usi del territorio, bensì «la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio» medesimo.*

In questa prospettiva, nell'ipotesi di realizzazione di opere di trasformazione del territorio in violazione dell'anzidetto parametro di legalità urbanistica ed edilizia, *il giudice non deve concludere per la mancanza di illiceità penale solo perché sia stato rilasciato il permesso di costruire: questo, infatti, «nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idoneo a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera realizzanda senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici ... Né il limite al potere di accertamento penale del giudice può essere posto evocando l'enunciato dell'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 - all. E, in quanto tale potere non è volto ad incidere sulla sfera dei poteri riservati alla pubblica Amministrazione, e quindi ad esercitare un'indebita ingerenza, ma trova fondamento e giustificazione in una esplicita previsione normativa, la quale postula la potestà del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata».*

In seguito a quest'ultimo intervento delle Sezioni Unite, alcune decisioni della Suprema Corte considerarono il reato di cui all'art. 20, lett. a), della legge n. 47/1985 come l'unica fattispecie penale configurabile nell'ipotesi di illegittimità dell'atto concessorio, escludendo comunque l'elemento soggettivo della contravvenzione medesima quando la violazione delle norme urbanistiche (leggi, strumenti di pianificazione, regolamenti) non fosse «grossolana o macroscopica» (vedi Cass., sez. III: 19 ottobre 1992, Palmieri e 21 maggio 1993, P.M. in proc. Tassarolo).

Successivamente, però, la Corte ha rilevato che il giudizio (ric. Borgia) conclusosi con la pronuncia delle Sezioni Unite aveva ad oggetto una fattispecie inquadrabile nella previsione dell'art. 20, lett. a), ma che i principî affermati con quella pronuncia *hanno valore e portata generale in relazione a tutte e tre le fattispecie attualmente previste dall'art. 44*, poiché esse tutte tutelano il medesimo interesse sostanziale dell'integrità del territorio.

Spetta in ogni caso al giudice penale la individuazione, in concreto, di **eventuali situazioni di buona fede e di affidamento incolpevole**.

Attualmente il consolidato orientamento della Cassazione è nel senso che, in presenza di un permesso di costruire illegittimo, **non viene in rilievo la disapplicazione di un atto amministrativo, bensì la valutazione della sussistenza di un elemento normativo della fattispecie penale**.

Allorquando il giudice penale accerta l'esistenza di profili di illegittimità sostanziale del titolo abilitativo edilizio *non pone in essere la procedura di disapplicazione riconducibile all'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, né incide con indebita ingerenza sulla sfera riservata alla pubblica amministrazione, ma *esercita un potere che trova fondamento e giustificazione nella stessa previsione normativa incriminatrice*, della quale la legittimità dell'atto costituisce elemento integrativo, in quanto procede ad una identificazione in concreto

della fattispecie con riferimento all'oggetto della tutela da identificarsi nella salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio regolati dagli strumenti urbanistici (vedi Cass., sez. III: 2 marzo 2009, n. 9177, Corvino ed altri, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, I, 977; 21 marzo 2006, Tantillo; 3 marzo 2004, Dalla Fior, in *Cass. pen.*, 2005, 34).

Appare opportuno ricordare altre decisioni della Corte Suprema nelle quali è stato affermato che:

- «In materia edilizia, il giudice penale può accertare la illegittimità sostanziale del titolo abilitativo *non soltanto se l'atto medesimo sia illecito*, ovvero frutto di attività criminosa per eventuali collusioni del soggetto beneficiario con organi dell'amministrazione, *ma anche nell'ipotesi in cui sussista la non conformità dell'atto alla normativa che ne regola l'emanazione o alle disposizioni legislative in materia urbanistico-edilizia* (nell'occasione la Corte ha ulteriormente affermato che il potere del giudice trova il proprio limite nell'esistenza di provvedimenti giurisdizionali, passati in giudicato, che abbiano espressamente affermato la legittimità del titolo abilitativo ed il conseguente diritto del cittadino alla realizzazione dell'opera)» (Cass., sez. III, 14 dicembre 2006, Bruno).
- In materia urbanistico-edilizia, la *macroscopica illegittimità* del provvedimento amministrativo abilitativo non è essenziale ai fini della configurabilità di un'ipotesi di reato ex art. 44 D.P.R. n. 380/2001, ma costituisce un significativo indice di riscontro dell'elemento soggettivo della contravvenzione contestata, anche riguardo all'apprezzamento della colpa» (Cass. pen., sez. III, 13 gennaio 2009, Corvino, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, I, 977).
- «In materia edilizia il potere del giudice penale di accertare la conformità alla legge ed agli strumenti urbanistici di una costruzione edilizia, e conseguentemente di valutare la legittimità di eventuali provvedimenti amministrativi concessori o autorizzatori, *trova un limite nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato* che abbiano espressamente affermato la legittimità della concessione o della autorizzazione edilizia ed il conseguente diritto del cittadino alla realizzazione dell'opera» (Cass., sez. III, 5 giugno 2003, Lubrano di Scorpianello, in *Cass. pen.*, 2005, 153).

Deve altresì rilevarsi che il giudice penale non esercita alcun sindacato sull'attività della pubblica Amministrazione allorché verifica (con accertamento doveroso) la necessità del permesso di costruire per la realizzazione dell'intervento sottoposto al suo esame e perviene ad affermare l' **insufficienza di diversa procedura autorizzatoria o di controllo** (es. mera denuncia dell'inizio dell'attività) **pur ritenuta applicabile in sede amministrativa**.

Per completezza espositiva va evidenziato, infine, che la Cassazione penale si è occupata anche della diversa ipotesi in cui l' **edificazione** sia avvenuta **in seguito al diniego illegittimo del rilascio del titolo abilitativo da parte dell'Amministrazione comunale**.

In ipotesi siffatte la Suprema Corte — pur riconoscendo al giudice penale il potere di valutare *incidentalmente* la legittimità del rifiuto del rilascio del titolo abilitativo (in considerazione del carattere generale del sindacato dell'autorità giudiziaria ordinaria nei confronti dell'atto amministrativo) — ne ha tratto, però, la conseguenza che il riconoscimento della eventuale illegittimità del rifiuto non vale comunque a rendere legittima la realizzazione di opere urbanisticamente rilevanti senza concessione edilizia, «perché ciò equivarrebbe ad un inconcepibile rilascio di provvedimenti abilitativi da parte del giudice medesimo, in difetto assoluto di potere». È stato affermato, conseguentemente, il principio che **la valutazione incidentale di illegittimità del rifiuto della concessione edilizia** (attualmente *permesso di costruire*) **da parte dell'Amministrazione non elimina l'illiceità penale della condotta di chi realizza comunque l'opera non assentita** (Cass., sez. III, 23 maggio 2000, Puddu, in *Riv. pen.*, 2001, 54).

13. Confisca penale e lottizzazioni abusive

A) La configurazione dell'istituto

L'art. 44, 2° comma, del T.U. n. 380/2001 — che riproduce testualmente l'art. 19 della legge n. 47/1985 — impone al giudice penale, *ove accerti l'esistenza di una lottizzazione abusiva* [senza alcun riferimento alla necessità della pronuncia di una sentenza di condanna], l'*obbligo* di disporre la **confisca dei terreni abusivamente lottizzati, nonché delle opere eventualmente realizzate sugli stessi**.

Per effetto della confisca, i **terreni e le opere sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio disponibile del Comune** nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva.

La relativa statuizione *prescinde dall'affermazione della responsabilità penale*, potendo dunque conseguire, oltre che ad una sentenza di patteggiamento, anche ad una sentenza di proscioglimento ovvero assolutoria, salvo che per insussistenza del fatto.

Essa diviene esecutiva con il passaggio in giudicato della sentenza (art. 648 c.p.p.) e questa, divenuta irrevocabile, costituisce «titolo per l'immediata trascrizione nei registri immobiliari».

Non può mancarsi di rilevare, al riguardo, che il sistema delle *sanzioni amministrative* previsto dall'art. 30 del T.U. n. 380/2001 per le lottizzazioni abusive — se correttamente applicato — dovrebbe rendere del tutto residuale tale provvedimento di confisca demandato all'autorità giudiziaria.

Si ricordi che:

- il dirigente del competente ufficio comunale deve emettere ordine di sospensione dei lavori (che va trascritto nei registri immobiliari) non appena accerti l'illecito; quindi, nei successivi 90 giorni, deve provvedere alla demolizione delle opere, mentre i terreni sono acquisiti di diritto (cioè *ex lege* e non ad opera di un apposito provvedimento con effetti costitutivi) al patrimonio disponibile del Comune;
- in caso di inerzia dovrà intervenire, con gli stessi poteri, il Presidente della Giunta regionale (entro 45 giorni dall'accertamento, ovvero entro 120 giorni dall'emissione dell'ordinanza di sospensione).

Ben note, però, sono le inadempienze della P.A. nella materia e notevoli ritardi possono ricollegarsi a pronunzie dei tribunali amministrativi che sospendano l'esecutività delle ordinanze di sospensione dei lavori.

B) La natura giuridica

La dottrina è stata divisa circa la individuazione della *natura giuridica* da attribuire a detta confisca: considerata da alcuni Autori quale vera e propria misura di sicurezza patrimoniale ed inquadrata ora nella previsione del 1° comma (DI GIOVINE, in *“Commento all'art. 19 della legge n. 47/1985”*, in *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di Predieri, Roma, 1985) ora in quella del 2° comma dell'art. 240 cod. pen. (MENDOZA-QUARTO, *“Il reato di lottizzazione abusiva”*, in *Consiglio di Stato*, 1989, p. 127); ma riguardata, secondo altro orientamento, quale sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale (VERGINE, in *Aa.Vv. “Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella legge 28 febbraio 1985, n. 47”*, Rimini, 1985, p. 260; MONALDI, in *“Commentario alla legge 28 febbraio 1985, n. 47”*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1985, p. 1096).

Proprio quest'ultimo orientamento è stato condiviso dalla Corte Suprema (vedi già Cass., sez. III, 20-12-1995, n. 12471, ric. Besana ed altri).

La Cassazione ha rilevato che:

- * non può parlarsi di istituto assimilabile alla *confisca facoltativa* di cui all'art. 240, 1° comma, cod. pen., sia poiché la sanzione è obbligatoria e deve essere irrogata indipendentemente da una sentenza di condanna sia poiché i terreni sono destinati al patrimonio comunale invece che a quello statale;
- * né può configurarsi un'assimilazione alla *confisca obbligatoria* di cui al n. 2 del capoverso dell'art. 240 cod. pen., poiché il terreno abusivamente frazionato non ha caratteristiche intrinseche di pericolosità, mentre viene sanzionata soltanto una specifica destinazione di esso, che è

antigiuridica esclusivamente se non autorizzata.

La confisca, dunque, deve essere ritenuta piuttosto **una sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale**, alla stessa stregua dell'ordine di demolizione previsto dall'art. 31, ultimo comma, del T.U. n. 380/2001 [vedi Cass., sez. III: 8 novembre 2000, Petrachi, in *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 529; 7 luglio 2004, n. 38728, Lazzara, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, I, 344; 22 settembre 2009, n. 36844, Contò; 16 febbraio 2011, n. 5857, Grova ed altri].

Trattasi di un provvedimento posto a chiusura di un complessivo sistema sanzionatorio con il quale tuttavia deve essere coordinato.

Non è necessario, in proposito, che il giudice penale — nell'adottarlo — accerti previamente la non-avvenuta acquisizione delle aree ai sensi dell'art. 30, 8° comma, del T.U. n. 380/2001: non si ravvisa, invero, possibilità di incongrue interferenze per eventuale «sovrapposizione» di provvedimenti ablatori, poiché, *anche per effetto della confisca disposta ex art. 44, i terreni vengono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio disponibile del Comune* nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva.

Sarebbe del tutto irrazionale, però, l'applicazione della misura anche qualora l'autorità amministrativa, cui compete istituzionalmente il governo del territorio, nell'autonomo esercizio del potere ad essa devoluto dalla legge, *prima della formazione del giudicato*, abbia ritenuto di dovere autorizzare l'intervento lottizzatorio.

C) Confisca e terzi acquirenti

La Corte di Cassazione aveva per lungo tempo affermato che «la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite sugli stessi *deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato*, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile» [vedi Cass., Sez. III: 4.12.1995, Cascarino; 4.10.2004, n. 38728; 21.3.2005, n. 10916].

Tale orientamento, però, è stato rielaborato – più recentemente – nella prospettiva della valutazione dei rapporti tra l'ordinamento statale e quelle peculiari norme internazionali contenute nella **Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)**, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, ai quali è stata data esecuzione con la legge di ratifica 4.8.1955, n. 848.

La **Corte europea dei diritti dell'uomo**, infatti, nelle sentenze pronunziate rispettivamente il 30.8.2007 ed il 20.1.2009 [ricorso n. 75909/01 proposto contro l'Italia dalla s.r.l. “Sud Fondi” ed altri] – a fronte di una sentenza nazionale che aveva disposto la confisca pur ritenendo insussistente l'elemento soggettivo del reato di lottizzazione abusiva – ha affermato che la confisca già prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 ed attualmente collocata tra le “*sanzioni penali*” dall'art. 44, 2° comma, del T.U. sull'edilizia n. 380/2001:

— “*non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge*”;

— è, quindi, una “*pena*” ai sensi dell'art. 7 della Convenzione e la irrogazione di tale “*pena*” senza che sia stata stabilita l'esistenza di dolo o colpa dei destinatari di essa, costituisce infrazione dello stesso art. 7, una corretta interpretazione del quale “*è, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato*”.

La Corte Costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 22.10.2007:

- a) ha affrontato *la questione relativa alla posizione ed al ruolo delle norme della CEDU ed alla loro incidenza sull'ordinamento giuridico italiano*, rilevando che dette norme, diversamente da quelle comunitarie, non creano un ordinamento giuridico sopranazionale e sono pur sempre *norme*

internazionali pattizie, che vincolano lo Stato ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno. Il nuovo testo dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione, introdotto dalla legge costituzionale 18-10-2001, n. 3, ha reso inconfutabile la maggiore forza di resistenza delle norme CEDU (nell'interpretazione ad esse data dalla Corte europea per i diritti dell'uomo) rispetto alle leggi ordinarie successive, trattandosi di norma costituzionale che sviluppa la sua concreta operatività solo se posta in stretto collegamento con altre norme (cd. «fonti interposte», di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria), destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere;

- b) ha attratto le stesse norme CEDU come interpretate dalla Corte europea (quali norme – diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie – che, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, integrano però il parametro costituzionale), in ipotesi di asserita incompatibilità con una norma interna, nella sfera di competenza della Corte Costituzionale, alla quale viene demandata la verifica congiunta della compatibilità della norma interposta con la Costituzione e della legittimità della norma legislativa ordinaria rispetto alla stessa norma interposta;
- c) ha escluso che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali, evidenziando che “tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 111, primo comma, Cost. e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”.

Nel rapporto, come sopra delineato, tra il diritto interno e le norme pattizie poste dalla CEDU, deve rilevarsi che la Corte europea dei diritti dell'uomo – nella citata sentenza 20.1.2009 – ha escluso la “prevedibilità” del carattere abusivo della lottizzazione sottoposta al suo esame sui rilievi che, alla stregua di quanto definitivamente affermato dalla Corte di Cassazione, gli imputati avevano commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione delle norme violate. La Corte di Strasburgo ha ritenuto perciò “arbitraria” la confisca (considerata “sanzione penale” secondo le previsioni della CEDU) applicata a soggetti che, a fronte di una base legale non accessibile e non prevedibile, non erano stati messi in grado di conoscere il senso e la portata della legge penale, “a causa di un errore insormontabile che non può in alcun modo essere imputato a colui o colei che ne è vittima”.

I Giudici di Strasburgo non hanno detto, però, che presupposto necessario per disporre la confisca in esame sia una pronuncia di condanna del soggetto al quale la *res* appartiene.

Alla stregua di tali considerazioni la Cassazione penale ha enunciato l'ormai consolidato principio di diritto secondo il quale: «**Per disporre la confisca prevista dall'art. 44, 2° comma del T.U. n. 380/2001 (e precedentemente dall'art. 19 della legge n. 47/1985), il soggetto proprietario della *res* non deve essere necessariamente “condannato”,** in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo) anche se per una causa diversa, quale è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena» (Cass., sez. III, 20 maggio 2009, n. 21188, Casasanta).

Si ricordi, in proposito, che la Corte Costituzionale ha affermato che fra le sentenze di proscioglimento ve ne sono alcune che “pur non applicando una pena comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo” (vedi le sentenze n. 85 del 2008 e n. 239 del 2009). Siffatto “sostanziale riconoscimento”, per quanto privo di effetti sul piano della responsabilità penale, non è pertanto impedito da una pronuncia di proscioglimento, conseguente a prescrizione, ove invece l'ordinamento imponga di apprezzare tale profilo per fini diversi dall'accertamento penale del fatto di reato.

Appare opportuno, comunque, evidenziare l'orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale la confisca delle aree oggetto di lottizzazione abusiva può essere disposta anche con la sentenza di non luogo a procedere resa all'esito dell'udienza preliminare, ma **l'estinzione del reato per prescrizione, maturata in data antecedente all'esercizio dell'azione penale, preclude al giudice l'accertamento, a fini di confisca, degli elementi oggettivi e soggettivi del reato.** (Cass., sez. III: 16 febbraio 2011, n. 5857, Grova ed altri; 24 luglio 2009, n. 30933, Costanza).

La Cassazione penale ha altresì specificato che:

— *presupposto essenziale ed indefettibile*, per l'applicazione della confisca in oggetto, è (secondo l'interpretazione giurisprudenziale costante) che sia stata **accertata l'effettiva esistenza di una lottizzazione abusiva;**

— ulteriore condizione, però, che si riconnette alle recenti decisioni della Corte di Strasburgo, investe l'elemento soggettivo del reato ed è quella del **necessario riscontro quanto meno di profili di colpa** (anche sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) **nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene ad incidere** (vedi Cass., sez. III: 20 ottobre 2008, n. 37472, Belloi; 20 maggio 2009, n. 21188, Casasanta; 8 ottobre 2009, n. 39078, Apponi).

Profili di *colpa* possono ravvisarsi anche per l'accertata violazione (deliberata o dovuta a trascuratezza) degli specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta applicazione dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione (vedi Cass., sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865, Quarta).

La Corte di appello di Bari, con ordinanza del 9.4.2008, aveva rimesso alla Corte Costituzionale la valutazione circa la legittimità del provvedimento di confisca qualora emesso “*a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti*”, per asserito contrasto con gli artt. 3, 25 - comma 2 e 27 - comma 1 della Costituzione.

La Corte Costituzionale — con la sentenza n. 239, depositata il 24.7.2009 — ha espressamente affermato che, «in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., *solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa.*

Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale *interposta*, egli deve investire [il giudice delle leggi n.d.r.] delle relative questioni di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.» [sentenze nn. 348 e 349 del 2007].

La Corte Costituzionale ha concluso che «spetta, pertanto, agli organi giurisdizionali comuni l'eventuale opera interpretativa dell'art. 44, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001 che sia resa effettivamente necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge».

La Corte di Cassazione ha fornito appunto un'interpretazione adeguatrice dell'art. 44, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001 alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo ed ha affermato **l'esclusione dell'applicabilità della confisca nei confronti di coloro che effettivamente risultino "in buona fede"**.

14. Strumenti processuali di tutela dei terzi acquirenti

Il soggetto che rivendichi la illegittimità, nei suoi confronti, della disposta confisca – qualora **non abbia partecipato al procedimento nel quale è stata applicata la misura** e sia quindi rimasto estraneo al giudizio di merito – pur non avendo ovviamente diritto di impugnare la sentenza nella quale la sanzione ablatoria è stata applicata, può chiedere la restituzione dei beni di propria pertinenza **esperando incidente di esecuzione**, nell'ambito del quale può svolgere le proprie deduzioni e chiedere l'acquisizione di elementi utili ai fini della decisione [vedi Cass., sez. I: 9.4.2008, n. 14928, Marchitelli e 12.11.2008, n. 42107, Banca].

Restano precluse le valutazioni di merito riferite alla configurazione della lottizzazione abusiva, *qualora sia stata oggettivamente riscontrata in sede di merito*; ma il giudice dell'esecuzione potrà sicuramente valutare, sia pure ai soli fini riguardanti la confisca, la implicazione (caratterizzata quanto meno da profili di *colpa*) nella lottizzazione medesima del soggetto che, dichiarandosi "terzo estraneo", chiede la restituzione della parte di sua pertinenza del terreno confiscato.

La Cassazione ha evidenziato pure [Sez. III, 27-9-2010, n. 34882, ric. Usai] che **l'ordinamento appresta altri strumenti di tutela patrimoniale al soggetto che non risulta indagato o imputato**, in quanto:

— il 1° comma dell'art. 257 c.p.p. dispone che "contro il decreto di sequestro [probatorio], l'imputato, *la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione* possono proporre richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'art. 324";

— il 2° comma dell'art. 322 c.p.p. prevede che "contro il decreto di sequestro [preventivo] emesso dal giudice, l'imputato e il suo difensore, *la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione* possono proporre richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'art. 324";

— il 3° comma dell'art. 355 c.p.p. dispone, altresì, che "contro il decreto di convalida [del sequestro effettuato ad iniziativa della polizia giudiziaria], la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e il suo difensore, *la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione* possono proporre, entro dieci giorni dalla notifica del decreto ovvero dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuto sequestro, richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'art. 324".

La persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, pertanto, possono proporre autonomamente richiesta di riesame; possono partecipare all'udienza camerale del riesame eventualmente proposto dall'indagato, quali *soggetti interessati* ex art. 127 c.p.p.; possono avanzare in qualsiasi momento autonoma istanza di restituzione.

15. Estensione della confisca

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte [Cass., sez. III: 8-10-2009, n. 39078, Apponi; 2-10-2008, n. 37472, Belloi]:

— nel caso in cui si accerti un preventivo frazionamento di un'area abusivamente lottizzata, preordinato ad agevolarne l'utilizzazione a scopo edilizio, la confisca prevista dall'art. 44, 2° comma, del T.U. n. 380/2001 investe l'intera area interessata da tale frazionamento nonché dalla

previsione delle relative infrastrutture ed opere urbanizzative, indipendentemente dall'attività di edificazione posta concretamente in essere;

— nell'ipotesi, invece, in cui non sia stato predisposto un frazionamento fondiario e tuttavia si sia conferito, di fatto, un diverso assetto ad una porzione di territorio comunale, la confisca va limitata a quella porzione territoriale effettivamente interessata dalla vendita di lotti separati, dall'edificazione e dalla realizzazione di infrastrutture.

16. La confisca del ricavato della vendita di lotti abusivi

In qualche pronunzia dei giudici di merito è stata ritenuta la *obbligatorietà* (ex art. 240, 2° comma - n. 1, cod. pen.) della **confisca del ricavato della vendita di lotti abusivamente formati**, configurandosi questo come il «prezzo del reato» di lottizzazione abusiva (così: Trib. Siracusa, 10-12-1979, in *Foro it.*, 1980, II, 543).

La Corte di Cassazione ha affermato, invece, che il denaro che si ricava dalla vendita dei terreni abusivamente lottizzati non costituisce prezzo, ma «profitto» del reato ed è, come tale, suscettibile di *confisca facoltativa* ex art. 240, 1° comma, cod. pen. [sez. III: 6-4-1988, n. 6644, Grasso; 23-12-1985, n. 12374, Pizzi; 6-11-1984, n. 1630, Castaldo; 31-3-1984, n. 2974, Marrotto; 1-3-1982, n. 2103, Piscitelli].

Il provvedimento ablatorio, inoltre, deve colpire «il danaro materialmente pagato dall'acquirente e percepito dal venditore», «esattamente individuato» (sez. III, 11-10-1983, n. 8059, Ferrarotto).

Una possibilità siffatta non appare esclusa dalla previsione legislativa dell'obbligo di confisca dei terreni e delle opere (tenuto conto della peculiare natura della misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., rivolta alla «eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato» - *Relaz. min. sul progetto del codice penale*), allorché il giudice si convinca — in relazione al particolare carattere o alla tendenza anti-sociale del reo — che la perdurante disponibilità di tali somme tenga viva in quegli l'idea della condotta antiggiuridica, sì da rendere probabile che lo stesso reato venga portato ad ulteriori conseguenze o che nuovi reati vengano perpetrati.

Perplessità in proposito sono state, però, espresse — in dottrina — da BELLOMIA e A.M. SANDULLI.

17. Confisca ed effetti di sopravvenute determinazioni comunali

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, sarebbe del tutto irrazionale l'applicazione della misura anche qualora l'autorità amministrativa, cui compete istituzionalmente il governo del territorio, nell'autonomo esercizio del potere ad esso devoluto dalla legge, **nelle more del giudizio e prima della formazione del giudicato**, abbia ritenuto di dovere autorizzare l'intervento lottizzatorio, ovvero di modificare la pianificazione territoriale rendendo edificabili i terreni lottizzati prima che si pervenga alla sentenza definitiva [così Cass., sez. III: 20 dicembre 1995, n. 12471; 13 ottobre 2004, n. 39916; 5 luglio 2006, n. 23154].

Al contrario i provvedimenti amministrativi che, **dopo il passaggio in giudicato della sentenza contenente il provvedimento di confisca**, mutano la destinazione delle aree o comunque consentono ciò che anteriormente era vietato, non solo non elidono l'illiceità della condotta oggetto della condanna, ma non possono incidere sull'esecuzione del trasferimento di proprietà del bene che costituisce conseguenza indefettibile della confisca [Cass. sez. III: 18 marzo 2002, n. 11141, Montalto, in *Questione giustizia*, 2002, 936; 29 maggio 2007, n. 21125, in *Impresa c.i.*, 2007, 925; 26 ottobre 2007, Casile ed altri].

Nella sentenza n. 21125/2007 rileva tra l'altro la Corte che «... dalla circostanza che il Comune, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, decida di rendere edificabili proprio i terreni oggetto di

lottizzazione non può in alcun modo farsi derivare un obbligo, non previsto da alcuna disposizione, di ritrasferire la proprietà ai privati che subirono l'ablazione. Essendo divenuto pieno proprietario (con trasferimento a titolo originario, caratteristica che rafforza la cesura irreversibile nella titolarità dei beni rispetto ai precedenti proprietari), il Comune può scegliere quale utilizzo dare agli immobili pervenutigli per ordine del giudice. Può decidere di dare corso in proprio alle opere di urbanizzazione, in tutto o in parte; può decidere di cedere i terreni a persone interessate a dare corso all'edificazione; può decidere di locare i terreni, di darli in comodato, e così via. Se così non fosse, porremmo a carico della proprietà un limite che non risulta presente nell'ordinamento e che non trova fondamento in alcuna disposizione di legge ... Il Comune conserva la piena e incondizionata potestà di programmazione e gestione del territorio e va escluso che dall'adozione di nuovi strumenti urbanistici derivi una fonte di retro-trasferimento della proprietà in favore dei privati destinatari dell'ordine di confisca ... Ciò non significa, tuttavia, che proprio nell'ambito di quella potestà di gestione del territorio il Comune non possa adottare strumenti che tengano conto della realtà preesistente rispetto alla sentenza che ha ordinato la confisca. Qualora ragioni di opportunità e di convenienza consiglino di destinare l'area lottizzata alla edificazione da parte di privati, il Comune può decidere di non esercitare in proprio le iniziative di edificazione e di non conservare la proprietà sui terreni e sui manufatti che eventualmente vi insistono. Nel caso che a tali scelte seguano da parte del Comune atti *dispositivi volontari ed a titolo oneroso che trasferiscono la proprietà a tutti o parte dei precedenti proprietari*, si sarà in presenza di atti aventi natura contrattuale al pari di qualsiasi altro trasferimento di proprietà dal titolare del diritto all'acquirente».

ALDO FIALE