



CORSO P. 14011
- Scandicci, 19-21 Febbraio 2014 -

CHE C'E' DI NUOVO IN TEMA DI EDILIZIA E URBANISTICA

**IL REATO DI CUI ALL'ART. 44 LETT. A) T.U. EDILIZIA:
l'intervento sul territorio e le fonti normative.**

Relazione di Gianni Reynaud
Giudice del Tribunale di Torino

IL REATO DI CUI ALL'ART. 44 LETT. A) T.U. EDILIZIA: L'intervento sul territorio e le fonti normative¹ - di Gianni Reynaud -

SOMMARIO: 1. Una norma penale in bianco a tutela residuale del territorio (e non solo) - 2. La residualità della contravvenzione prevista dalla lett. a tra fattispecie criminose speciali e fatti penalmente irrilevanti - 3. Le quattro categorie di illeciti considerate dalla norma e il problema delle condotte sanzionate: le attività di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio. - 4. Violazione della legge urbanistica: un'illegittima depenalizzazione - 4.1 Le condotte illecite configurabili: prosecuzione di lavori sospesi non punita ai sensi della lett. b... - 4.2. ...e mancata esibizione in cantiere del titolo abilitativo o del cartello - 4.3. Ipotesi depenalizzate: la violazione delle fasce di rispetto stradali fuori del perimetro dei centri abitati e l'inosservanza delle norme di legge che disciplinano l'attività edilizia in assenza di pianificazione - 5. Inosservanza dei regolamenti edilizi... - 5.1. ...e necessità di un'interpretazione adeguatrice restrittiva - 6. Violazione degli strumenti urbanistici - 6.1. Coltivazione di cave in aree non consentite - 6.2. Difformità "parziale" dal piano di lottizzazione - 7. Ulteriori ipotesi d'inosservanza delle prescrizioni urbanistiche o regolamentari: mutamenti di destinazione d'uso funzionali - 8. Segue. Illegittimità del titolo abilitativo e problematica sussistenza del reato urbanistico: dalla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo alla valorizzazione dell'oggetto della tutela penale. 8.1. Il problema resta aperto: la difficile ricerca di una soluzione interpretativa tra tutela sostanziale del territorio, rispetto del principio di tassatività e indebolimento delle forme di controllo della p.a. - 9. Interventi eseguiti con s.c.i.a. (o comunque non assoggettati a permesso di costruire) in contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia. - 10. Violazione del titolo edilizio: la parziale difformità e le variazioni essenziali (in zone non vincolate) - 10.1. Casistica e ulteriori ipotesi di inosservanza delle prescrizioni contenute nel titolo - 11. Violazione delle prescrizioni contenute nella d.i.a alternativa al permesso di costruire - 12. Violazione delle prescrizioni (con finalità urbanistica) contenute nei provvedimenti equipollenti al permesso di costruire: l'autorizzazione all'installazione di impianti di comunicazioni elettroniche. - 12.1 Segue. La violazione delle prescrizioni per la costruzione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. - 13. Le violazioni delle prescrizioni del titolo edilizio commesse in epoca successiva al termine dei lavori.

1. Una norma penale in bianco a tutela residuale del territorio (e non solo).

¹ La relazione riproduce, con i necessari aggiornamenti e le opportune integrazioni, il capitolo V del volume G. REYNAUD, *La disciplina dei reati urbanistici*, UTET, Torino, 2007, pp. 802, al quale si permetterà di fare talora rinvio nel corso delle trattazioni per l'approfondimento di temi connessi che non è possibile affrontare in questa sede.

In conformità ad una tradizione che risale alla l. 1150/1942, il testo unico in materia edilizia (d.p.r. 6.6.2001, n. 380, d'ora in avanti TUE) considera, quale ipotesi meno grave di contravvenzione urbanistica,

l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire (art. 44, 1° co., lett. a, TUE).

In giurisprudenza si è spesso posto in evidenza - con notazione nella quale alla concessione edilizia occorre ora sostituire il riferimento al permesso di costruire - che

si tratta di una norma penale in bianco: mentre la sanzione è determinata, il precetto ha un carattere generico, stante il rinvio ad un dato esterno (concessione, regolamento edilizio, ecc.)

(Cass. S.U.29.5.1992, Aramini, *FI*, 1993, II, 8. Il principio è richiamato da Cass. S.U., 12.11.1993, Borgia, *CP*, 1994, 905; più di recente, v. Cass. Sez. III, 8.4.1997, Pallagrosi, *RP*, 1997, 704; *RGE*, 1998, I, 775; Cass. Sez. III, 4.6.2013, Stroppini e a., C.E.D., Rv. 255836).

E' parimenti ricorrente il rilievo - condiviso anche in dottrina - che riconosce quale diretto **oggetto di tutela della fattispecie penale in parola l'interesse sostanziale della tutela del territorio**, anche se, in limitati casi, **la norma penale si presta pure alla tutela di beni di natura diversa** che possono essere coinvolti nelle attività di trasformazione del suolo (v., in particolare, quanto si dirà *infra* con riguardo alla violazione dei regolamenti edilizi). Questa convinzione è maturata negli anni successivi all'approvazione della legge n. 47/1985 rispetto alle modifiche apportate alla legislazione urbanistica, non tanto con riferimento alla formulazione della norma incriminatrice - il cui precetto, pur essendo parzialmente mutato dal 1942 ad oggi, in particolare con la c.d. legge Bucalossi, n. 10/1977, ha sempre avuto la stessa sostanziale impostazione - quanto con riguardo alla cornice normativa nella quale essa è destinata ad operare. La conclusione è stata ben argomentata in una sentenza resa dalla Suprema Corte a sezioni unite, la cui motivazione, riferita all'art. 20 l. 47/1985, vale la pena di richiamare:

l'art. 20 lett. a) cit. trova il proprio precedente normativo nell'art. 41 lett. a) l. 17 agosto 1942, n. 1150, il quale prevedeva la pena dell'ammenda <<...per l'inosservanza delle norme, prescrizioni, e modalità esecutive previste nell'art. 32 comma 1>>; e all'art. 32 comma 1 disponeva che <<il sindaco esercita la vigilanza sulle costruzioni...per assicurarne la rispondenza alle norme della presente legge e dei regolamenti, alle prescrizioni del piano regolatore ed alle modalità esecutive fissate nella licenza di costruzione...>>. Dal coordinamento delle due disposizioni della legge n. 1150 del 1942 - nell'ambito dell'organico quadro di tale disciplina urbanistica - appariva evidente che l'oggetto della tutela penale s'identificasse nel <<bene strumentale>> del controllo della disciplina degli usi del territorio. Tale configurazione normativa dell'interesse tutelato - la cui esatta identificazione è opportuna ai fini interpretativi della norma in esame - è venuta a mutare nel tempo: dall'entrata in vigore della legge 6 agosto 1967, n. 765 introduttiva tra l'altro degli standard urbanistici e della salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio, all'art. 80 d.P.R. 24 luglio ed alla successiva normativa (fra le altre: l. 8 agosto 1985, n. 431) - secondo la quale l'urbanistica non può farsi solo consistere nella disciplina dell'attività edilizia, dovendosi la relativa nozione estendere alla disciplina degli usi del territorio in senso sociale, economico e culturale, ivi compresa la valorizzazione delle risorse ambientali, nonché alle relazioni che devono instaurarsi tra gli elementi del territorio e non soltanto dell'abitato - , fino a giungere alla svolta costituita dalla legge del 1985, n. 47

(Cass. S.U., 12.11.1993, Borgia, *CP*, 1994, 905).

Dalle esame delle disposizioni contenute nella legge sul condono edilizio che la Corte ritiene al proposito più significative (gli artt. 6, 13 e 22), essa giunge quindi alla conclusione che

se l'urbanistica disciplina l'attività pubblica di governo degli usi e delle trasformazioni del territorio, lo stesso territorio costituisce il bene oggetto della relativa tutela, bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente (Cass. S.U., 12.11.1993, Borgia, CP, 1994, 905).

Pur muovendo dall'interpretazione dell'ipotesi di reato di cui alla lett. a della norma incriminatrice (oggi contenute nell'art. 44, co. 1, TUE), nell'importante decisione appena citata la Corte ha ritenuto che l'oggetto della tutela penale da essa individuato valga per tutte le fattispecie criminose in materia urbanistica, osservando che

mentre nelle lettere b) e c), con una gradualità crescente delle pene edittali in rapporto al grado di lesione dell'interesse stesso, la suddetta norma sanziona le opere di trasformazione urbanistica del territorio (...) in assenza di concessione, in totale difformità o con variazioni essenziali a quest'ultima equiparate, la previsione della lettera a) comprende le trasgressioni residuali, sempreché apprezzabili penalmente, cioè non depenalizzate

(Cass. S.U., 12.11.1993, Borgia, CP, 1994, 905).

2. La residualità della contravvenzione prevista dalla lett. a tra fattispecie criminose speciali e fatti penalmente irrilevanti.

La sintetica proposizione da ultimo riportata è densa di importanti implicazioni, poiché, per un verso, essa pone in luce la **natura "residuale" della fattispecie criminosa in esame** (che la giurisprudenza anche recente non manca di sottolineare: v. Cass. Sez. III, 4.6.2013, Stroppini e a., C.E.D., Rv. 255836) e, per altro verso, ne circoscrive l'operatività con riguardo a due ben precisi punti di riferimento: a "monte", per così dire, ci sono le altre ipotesi di reato urbanistico (compresa la lottizzazione abusiva, oggi, peraltro, disciplinata nella medesima *sedes materiae*); a "valle" ci sono le condotte vietate, ed illecite dal punto di vista amministrativo, che non rilevano però sul piano penale.

Quanto ai rapporti con le altre figure criminose, in via di prima approssimazione può dirsi che il concetto di residualità implica che debbono tendenzialmente ascrivere alla fattispecie in esame quelle condotte di aggressione del territorio che non rientrano nelle più gravi fattispecie previste dall'art. 44 TUE. La cautela con cui si afferma il postulato si spiega con l'ovvia necessità di misurarsi sempre con il principio di tassatività, ciò che impone in ogni caso di escludere dall'ambito di operatività della contravvenzione "inosservanze" diverse da quelle che il tenore letterale della norma (pur genericamente) indica. Tornando al rapporto con le altre ipotesi di reato urbanistico, talvolta esso è stato descritto in termini di *genus ad species*:

l'ipotesi di reato di cui alla lett. b) dell'art. 20 l. 28.2.1985 n. 47 (costruzione senza concessione o in totale difformità della concessione) è speciale rispetto a quella di cui alla lett. a) dell'art. 20 stessa legge (Cass. Sez. III, 28.10.1988, Lonardo, CP, 1990, 1581).

In altre occasioni, per spiegare tale rapporto si è fatto ricorso al principio dell'assorbimento (o "consunzione") della fattispecie meno grave in quella più grave e si è quindi sostenuto che

non è configurabile il *concorso formale* di reati tra le contravvenzioni edilizie contestate ai sensi dell'art. 20 lett. c), della legge n. 47 del 1985 e quelle di cui all'art. 20, lett. a) (...) previsione legislativa, quest'ultima, che introduce una ipotesi di *norma penale in bianco* configurante sostanzialmente *una categoria residuale* di condotte penalmente rilevanti (vedi Cass. Sez. III, 30.1.1988, ric. Ferrari): nel caso di realizzazione di opere in assenza o in totale difformità della concessione edilizia, pertanto, il reato più grave ricomprende ed assorbe quello riferito all'inosservanza delle regole fissate (dagli strumenti normativi urbanistici, ed in particolar modo dalle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, dal regolamento edilizio e dalla concessione edilizia medesima) per l'attività costruttiva

(Cass. Sez. III, 29.1.2001, Matarrese e a., *RGE*, 2001, I, 748. In termini, Cass. Sez. III, 18.3.1988, Furlan, *CP*, 1989, 1824).

Se questa conclusione, al di là del richiamo all'assorbimento, è certamente corretta, non può invece condividersi - e appare, anzi, arbitraria - quella secondo cui, ricostruendo in termini di specialità le interrelazioni tra le diverse fattispecie criminose previste dalla legislazione urbanistica, si ricaverebbe che

qualora una costruzione venga ritenuta penalmente lecita in quanto realizzata con concessione edilizia, non possono autonomamente rivivere le violazioni di legge o di regolamenti edilizi, che siano il presupposto della concessione stessa

(Cass. Sez. III, 28.10.1988, Lonardo, *CP*, 1990, 1581).

Non soltanto un limite del genere non è previsto dalla legge e la (formalistica) conclusione tradisce palesemente la *ratio* di sostanziale tutela del territorio più sopra rilevata, ma, pur esaminando il sillogismo (apparentemente) utilizzato, si comprende come esso si fondi su una premessa evidentemente errata. Non può dirsi, di fatti, che se due norme si trovano in rapporto di specialità e un caso concreto non è riconducibile all'una...*ergo* non può ricondursi nemmeno all'altra! Anzi, nel caso tipico del rapporto di specialità - vale a dire, non quello c.d. di specialità bilaterale, o reciproca, che ricorre quando due norme penali condividano uno o più elementi di fattispecie e si differenzino l'una dall'altra per uno o più elementi speciali che ciascuna di esse ha - l'insussistenza dell'elemento specializzante che contraddistingue la *lex specialis* comporta che il fatto ricada nella disposizione generale.

A nostro avviso, il particolare rapporto esistente tra l'ipotesi di cui alla lett. a dell'art. 44, 1° co., TUE e le ipotesi di cui alle successive lett. b e c è spiegabile talvolta in termini di specialità tra astratte previsioni incriminatrici - ciò che in particolare vale con riguardo alle violazioni del permesso di costruire - e, più spesso (sostanzialmente, negli altri casi) con il c.d. principio di "sussidiarietà". Secondo la *communis opinio* questo trova applicazione quando diverse disposizioni penali tutelano lo stesso bene in differenti gradi di offesa, ciò che accade nel caso di specie, come insegna la Cassazione a sezioni unite nella sentenza Borgia (v. citazione in fine del paragrafo precedente). La sussidiarietà comporta, da un lato, che la sanzione comminata per l'aggressione di maggior rilievo esaurisce in sé anche il disvalore penale connesso alla violazione meno grave, d'altro lato che laddove l'aggressione al bene tutelato non rientra nella fattispecie più grave, perché il precetto non

vieta la condotta, ed essa è riconducibile alla descrizione della norma residuale, certamente questa è applicabile. Si osservi, d'altronde, che la conclusione trova un preciso fondamento normativo nell'*incipit* della disposizione incriminatrice, secondo cui ciascuna delle tre figure criminose di seguito descritte trova applicazione <<salvo che il fatto costituisca più grave reato>> (art. 44, 1° co., TUE). Si tratta di **una clausola di riserva che recepisce espressamente il principio di sussidiarietà** e che, non trovando applicazione quando viene in rilievo un illecito avente diversa oggettività giuridica, spiega i propri effetti principalmente (se non esclusivamente) nei rapporti tra le diverse fattispecie previste nello stesso articolo. La considerazione dovrebbe secondo noi condurre – su un piano più generale, e salva la peculiarità di specifiche situazioni o di specifiche ipotesi di reato (ad es., quella di prosecuzione di lavori sospesi di cui all'art. 44, 1° co., lett. b, TUE, che pacificamente può concorrere con altre ipotesi) – a **negare tendenzialmente il concorso di reati tra le diverse fattispecie penali in materia urbanistica** (la giurisprudenza, soprattutto con riguardo alla possibilità del concorso tra il reato di lottizzazione abusiva e le altre fattispecie, è invece per lo più di contrario avviso: v., di recente, Cass. Sez. III, 24.2.2011, Silvestro e a., C.E.D. Rv. 249763).

Quanto al **limite che la residualità della fattispecie criminosa incontra “verso il basso”**, esso **discende da una valutazione di ordine sistematico**, che poggia sul discrimine per cui certi interventi (e le violazioni normative e urbanistiche che li disciplinano), per il maggior grado di potenziale aggressione al territorio che ne deriva, sono assoggettati al regime di tutela penale, mentre per altri interventi, che meno incidono sull'assetto urbanistico, si reputa sufficiente la sola repressione sul piano amministrativo. Ci riferiamo, com'è evidente, alla fondamentale distinzione tra opere di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio che richiedono il permesso di costruire (o la d.i.a. ad esso equipollente) e opere assoggettate invece al regime della s.c.i.a. o ad altri *iter* semplificati (come la comunicazione di inizio lavori di cui all'art. 6, comma 2, TUE). Nel prevedere che le violazioni delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal testo unico in materia edilizia sono punite dall'art. 44, 1° co., lett. a, TUE “*in quanto applicabili*” – inciso di per sé indubbiamente equivoco – la norma incriminatrice sottintende proprio la dimensione d'irrilevanza penale che contraddistingue la violazione di disposizioni relative ad interventi assoggettati dalla legge statale al regime della s.c.i.a. Come non si dubitava, un tempo, dell'irrilevanza penale delle condotte abusive commesse per mancata richiesta della (o per lavori eseguiti in difformità dalla) autorizzazione edilizia o altri titoli abilitativi speciali, come l'asseverazione per le opere interne, così è oggi pacifico che gli illeciti previsti dall'art. 37 TUE (interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla denuncia di inizio attività, oggi denominata s.c.i.a. anche in materia edilizia) rilevano esclusivamente sul piano amministrativo, ciò che, a scanso di equivoci, espressamente sancisce l'ultimo comma di tale disposizione. In mancanza di questa nor-

ma, e della specificazione che ad essa fa da contraltare nell'art. 44, 1° co., lett. a, TUE sull'applicabilità della relativa disciplina – tenendo anche conto che nella nostra materia, per espressa previsione contenuta nell'*incipit* della norma incriminatrice (<<*ferme le sanzioni amministrative*>>), si deroga al generale principio sancito dall'art. 9, 1° co., l. 689/1981 e opera il concorso tra illeciti (e sanzioni) penali e amministrativi - si sarebbe infatti dovuto concludere che le condotte di abuso edilizio punite dalla lett. *b* quando riferite ad interventi eseguiti in assenza o totale difformità dal permesso di costruire, sarebbero rientrate nella fattispecie residuale di cui alla lett. *a* se commesse in relazione ad interventi soggetti al regime della s.c.i.a.

3. Le quattro categorie di illeciti considerate dalla norma e il problema delle condotte sanzionate: le attività di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio.

Trattandosi di una norma penale in bianco, è primario compito dell'interprete quello di selezionare le ipotesi di inosservanza che integrano il precetto. Questo - osservano ancora le sezioni unite nella sentenza Borgia - fa

rinvio a dati prescrittivi, tecnici e provvedimenti, di fonte extrapenale. Difatti, oltre alle parziali difformità delle opere eseguite, il precetto comprende la violazione degli strumenti urbanistici e del regolamento edilizio, l'inosservanza delle prescrizioni della concessione edilizia, l'inosservanza delle modalità esecutive dell'opera risultanti dai suddetti strumenti e dalla concessione edilizia stessa, oltre che dalla legge. Pertanto, l'accertamento attribuito al giudice penale, nella materia in esame (art. 20 lett. a, l.c.) consiste nel procedere ad esatta e concreta verifica tra opera in corso di esecuzione o realizzata (con riguardo anche alla sua funzione, oltre che alle caratteristiche fisiche, strutturali, planivolumetriche e tipologiche) e fattispecie legale, quale descrittivamente risulta dagli indicati elementi extrapenalici, cioè di natura amministrativa. Sicché gli strumenti normativi urbanistici (ed in particolar modo le norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale), nonché il regolamento edilizio, la concessione edilizia, costituiscono l'organico parametro per l'accertamento della liceità o meno dell'opera edilizia

(Cass. S.U., 12.11.1993, Borgia, CP, 1994, 905 s.).

Sulla base della formulazione della vigente norma incriminatrice possiamo dunque distinguere in quattro gruppi le tipologie di norme la cui inosservanza determina responsabilità penale ai sensi dell'art. 44, 1° co., lett. a, TUE, a seconda che si abbia riguardo alle disposizioni di legge, al regolamento edilizio, agli strumenti urbanistici, al titolo abilitativo edilizio.

Prima di passare alla disamina delle singole categorie, occorre ancora osservare, sul piano generale, che, in conformità alle indicazioni provenienti dalla più accreditata dottrina, una parte della giurisprudenza suole dare un'interpretazione restrittiva delle regole – definite “norme, prescrizioni e modalità esecutive” – la cui inosservanza integra gli estremi del reato in parola. Muovendo dalla ricostruzione delle attività incriminate in analogia a quelle (più precisamente) descritte nelle lettere *b* e *c* della disposizione penale – che si riferiscono alla “esecuzione di lavori” – e avendo a mente la tradizionale formulazione che la norma incriminatrice aveva prima delle modifiche apportate con la legge Bucalossi (quale derivante dal combinato disposto degli

artt. 41, 1° co., lett. a, e 31, 1° co., l. 1150/1942), la Cassazione ha rilevato che anche il reato contenuto nella lettera a della disposizione nella sua “rinovata” veste quale vigente dal 1977

sanziona soltanto attività materiali urbanistiche od edilizie e non quelle meramente amministrative (Cass. Sez. III, 28.10.1988, Lonardo, *CP*, 1990, 1581. Nello stesso senso, Cass. Sez. III, 11.4.1989, Nicoletti, *CP*, 1991, 298).

In altra, precedente, occasione facendo applicazione del medesimo principio (poi ribadito, per altra fattispecie, da Cass. Sez. III, 6.10.1987, Arcella, *CP*, 1989, 1555), il giudice di legittimità ha ritenuto che

l'inosservanza dell'ordine di demolizione di un manufatto abusivo non costituisce reato ai sensi dell'art. 17 lett. a) della l. 28.1.1977 n. 10, sulla edificabilità dei suoli, sia per la mancanza di una espressa previsione normativa, sia perché lo spirito della legge urbanistica mira a criminalizzare soltanto la illecita attività costruttiva e non anche l'inerzia dell'autore dell'illecito nel ripristinare lo stato dei luoghi; infatti a tale inerzia la legge pone riparo con sanzioni amministrative, quali la demolizione e, in mancanza, la confisca (Cass. Sez. III, 26.10.1983, Conditi, *CP*, 1985, 184).

In senso contrario si sono invece espresse altre sentenze. In un'occasione, ad esempio, un giudice di merito ha ricondotto all'ipotesi di reato in parola la violazione dell'art. 41-bis l. 1150/1942, che vieta ai professionisti incaricati della redazione del piano regolatore generale o del programma di fabbricazione, sino a che lo strumento urbanistico sia approvato, di assumere incarichi professionali conferiti da privati nell'ambito del territorio comunale interessato (Pret. Messina 28.1.1985, Cutrufelli, *GM*, 1986, III, 723). Sul versante della giurisprudenza di legittimità deve segnalarsi la pronuncia che ha confermato la condanna inflitta alla proprietaria di un immobile che non aveva provveduto ad adempiere l'obbligo di manutenzione straordinaria imposto dal regolamento edilizio per eliminare gli inconvenienti statici dell'edificio (Cass. Sez. III, 8.5.1987, Fasolo, *CP*, 1987, 2206). In altra fattispecie, giudicata più di recente, la Cassazione ha statuito che

la costruzione di un immobile per cui sia prescritto il parere dell'autorità di bacino integra il reato di cui all'art. 44, lett. a), del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), in assenza di tale parere, anche quando sia stata rilasciata la relativa concessione edilizia (Cass. Sez. VI, 20.9.2004, Scacchi, *GP*, 2005, II, 600; *RP*, 2005, 1233).

In quest'ultimo caso, per la verità, l'inosservanza – sia pur afferente ad un adempimento finalizzato alla tutela del rischio idrogeologico (e a meno che non si voglia interpretare la massima come espressione dell'orientamento secondo cui ricade nella fattispecie in parola l'edificazione avvenuta in forza di titolo abilitativo illegittimo) – riguarda pur sempre la condotta di trasformazione del territorio.

In anni ancora più recenti l'interpretazione restrittiva è stata poi decisamente abbracciata dalla Corte di legittimità:

non rientra tra le prescrizioni, la cui inosservanza integra il reato di cui all'art. 44, comma primo lett. a), d.P.R. n. 380 del 2001, la presentazione, da parte del committente o del responsabile dei lavori appaltati, del documento unico di regolarità contributiva delle imprese o dei lavoratori autonomi (cosiddetto D.U.R.C.), prima che abbiano inizio i lavori oggetto del permesso di costruire o della denuncia di inizio attività (In motivazione la Corte ha precisato che le inosservanze penalmente sanzionate devono riguardare la condotta di trasformazione urbanistica o edilizia del territorio, non potendosi estendere il campo di applicazione della norma sanzionatoria a violazioni, come quella in esame, afferenti ad adempimenti amministrativi)

(Cass. Sez. III, 27.4.2011, Ceccanti e a., C.E.D. Rv. 250390).

Sulla stessa scia si è collocata altra pronuncia, che pure sembra dilatare la “connessione” della violazione ritenuta penalmente sanzionabile con l’attività di trasformazione del territorio:

integra il reato previsto dall'art. 44, comma primo, lett. a), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, anche l'inosservanza dell'obbligo di comunicazione della data di inizio dei lavori e del nominativo dell'impresa costruttrice

(Cass. Sez. III, 7.2.2012, Aliprandi, C.E.D. Rv. 251994)

In particolare, nella motivazione della decisione si afferma che

pur nel ristretto ambito di operatività delineato dalla attuale formulazione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. a) la specifica prescrizione contenuta nel titolo abilitativo che obbligava a comunicare con congruo anticipo la data di inizio lavori e la ditta assuntrice degli stessi aveva certamente attinenza con l'attività edilizia. Infatti del tutto correttamente il giudice di prime cure ha richiamato l'attenzione sulla circostanza che il fine della comunicazione imposta dal titolo abilitativo è quello di agevolare la verifica, da parte dell'amministrazione comunale, dell'inizio dell'intervento nei termini e consentire una tempestiva verifica sull'attività edilizia posta in essere. Non si tratta, pertanto, di una semplice formalità amministrativa, bensì di un adempimento strettamente connesso ai contenuti ed alle finalità del permesso di costruire ed agli obblighi di vigilanza imposto dall'art. 27 e segg. del Testo Unico al dirigente e al responsabile del competente ufficio comunale, cosicché la correlazione con l'attività edilizia autorizzata risulta del tutto evidente.

(Cass. Sez. III, 7.2.2012, Aliprandi, C.E.D. Rv. 251994)

Come espressamente affermato nella decisione Ceccanti sopra richiamata, le condotte sanzionate non solo però soltanto quelle consistenti in attività edilizie (le uniche menzionate nelle più risalenti decisioni), ma – in omaggio all’oggetto di tutela penale dei reati in esame – anche quelle di mera “trasformazione urbanistica” del territorio. Alla luce di questa impostazione, muovendo dalla premessa secondo cui <<le violazioni degli strumenti urbanistici possono essere commesse anche senza attività materiali ma mediante attività giuridica in senso stretto>> (A. ALBAMONTE, *L'inosservanza delle disposizioni degli strumenti normativi urbanistici e delle prescrizioni della concessione edilizia*, Cass. Pen., 1987, 2207), si è allora osservato che

la concessione edilizia identifica lo <<stato civile>> edilizio ed urbanistico di ciascuna unità, definendo lo statuto o il modo di essere dell'immobile sulla base della normativa degli strumenti urbanistici nonché delle prescrizioni in essa contenute che quella richiamano implicitamente od esplicitamente. Le trasformazioni urbanistiche che incidono sullo statuto dell'unità immobiliare possono consistere in modifiche della *res* in senso fisico e/o in modifiche giuridiche in senso stretto. Appare indubitabile, ad esempio, che le convenzioni e gli atti d'obbligo con i quali il titolare della concessione s'impegna ad osservare taluni vincoli od a porre in essere attività giuridica di un determinato contenuto, ed a seguito dei quali il comune rilascia al richiedente la concessione edilizia, sono integrativi del contenuto del provvedimento stesso, costituendo del medesimo prescrizioni inderogabili a tutela dell'interesse pubblico

(A. ALBAMONTE, *cit.*, 2207).

La citata dottrina ne fa quindi discendere la responsabilità penale di chi, una volta terminati i lavori oggetto del titolo abilitativo edilizio, anche nel caso in cui si tratti di avente causa dal titolare del permesso, ponga in essere atti negoziali in violazione delle prescrizioni in esso contenuto,

ad esempio, nel caso di vendita di un terreno posto a servizio di un edificio con atto d'obbligo stipulato all'atto del rilascio della concessione edilizia; oppure in caso di contratto stipulato in violazione dell'obbligo assunto nei modi predetti di applicare prezzi di vendita e canoni di locazione determinati dal comune (art. 7 l. n. 10 del 1977). Il reato in esame è configurato anche in caso di contratto stipulato in violazione del vincolo imposto sugli spazi per parcheggio a servizio degli edifici, ai sensi dell'art. 18 l. 765 del 1967

(A. ALBAMONTE, *cit.*, 2207).

Con riguardo a queste sue estreme conseguenze, la tesi – che pure si sforza di mantenere un aggancio (per la verità, formale) al concetto di “con-

dotta di trasformazione urbanistica del territorio” - non ha trovato riscontri (ma nemmeno esplicite smentite) in giurisprudenza. Sul punto si tornerà in chiusura della relazione (§. 14), anticipando sin d'ora che, a nostro avviso, indipendentemente dall'ambito di oggettiva operatività che si voglia assegnare alla norma incriminatrice, non pare possibile estenderne l'efficacia precettiva temporale una volta che l'intervento di trasformazione del territorio cui si è (legittimamente o meno) posto mano si sia definitivamente concluso.

IN SINTESI – La fattispecie di reato contenuta nell'art. 44, 1° co., lett. a, TUE è norma penale in bianco volta alla tutela sostanziale del territorio. Essa ha natura residuale rispetto alle ipotesi di reato contenute nelle lett. b e c, nei cui confronti opera come lex generalis o norma sussidiaria, sicché, di regola, i reati non concorrono. L'ambito di operatività della fattispecie si ritaglia tra quello delle ipotesi di reato più gravi e quello in cui le violazioni costituiscono invece soltanto illecito amministrativo. Il precetto, indubbiamente ampio, contiene quattro tipologie di illecito a seconda del parametro di legalità extrapenale che viene in rilievo e il campo di applicazione è di regola circoscritto a violazioni afferenti a condotte di trasformazione urbanistica o edilizia del territorio.

4. Violazione della legge urbanistica: un'illegittima depenalizzazione.

La prima categoria di “norme, prescrizioni e modalità esecutive” la cui violazione integra il reato in esame appare chiara e ben circoscritta, sicché potrebbe pensarsi, di primo acchito, che essa non sollevi soverchi problemi interpretativi. L'art. 44, 1° co., lett. a, TUE si riferisce infatti alle disposizioni di legge “previste nel presente titolo”, vale a dire il IV, della prima parte, del testo unico in materia edilizia, rubricato *vigilanza sull'attività urbanistico edilizia, responsabilità e sanzioni* e comprendente gli articoli da 27 a 51. Per chi abbia a mente la diversa formulazione della corrispondente fattispecie incriminatrice previgente – che puniva <<l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dalla presente legge, dalla legge 17 agosto 1942, n. 1150 e successive modificazioni>> (art. 20, lett. a, l. 47/1985) – l'ambito di applicazione del precetto contenuto nel testo unico appare *ictu oculi* ben più circoscritto. **Si passa, in sostanza, da un rinvio “aperto” a tutta la legislazione urbanistico-edilizia - comprensiva, secondo parte della giurisprudenza, delle norme di fonte regionale** (<<le leggi regionali integrano o modificano la disciplina urbanistico-edilizia e la loro violazione trova sanzione nella previsione dell'art. 20, lett. a), L. n. 47 del 1985>>: Cass. Sez. III, 7.3.1993, Gorraz, *RP*, 1995, 393; nello stesso senso, Cass. Sez. III, 7.3.1995, Garofalo, *RGE*, 1996, I, 814) - **ad un rinvio “chiuso”, operato a poco più di una ventina di disposizioni, sicché è evidente come nella redazione del testo unico sia stata operata, almeno in astratto, una consistente depenalizza-**

zione di illeciti urbanistici minori. La soluzione prescelta dal legislatore delegato – affatto spiegata nella relazione al testo unico, ove, disinvoltamente, si sottolinea invece che l'art. 44 <<riproduce l'art. 20 della legge 28 febbraio 1985 n. 47>> (Rel. ill. T.U.E., *RGE*, 2001, III, 353) – è viepiù incomprensibile se la si confronta con l'obbligo imposto al titolare del permesso di costruire, al committente e al costruttore di assicurare la conformità delle opere alla normativa urbanistica tutta (cfr. art. 29, 1° co., TUE). Al di là del fatto che, in concreto, tenendo conto della ridotta sfera d'applicazione che in passato la norma ha avuto, l'effetto depenalizzante non appare massiccio e che il vigente precetto realizza più compiutamente il principio di tassatività della fattispecie penale rispetto alla maggiore indeterminatezza che contraddistingueva la previgente formulazione, non si può negare che l'attuale previsione sollevi un problema di legittimità costituzionale, alla luce della natura meramente compilativa del testo unico in materia edilizia e della mancata attribuzione al legislatore delegato di sostanziali poteri d'innovazione rispetto al tessuto normativo esistente, se non nei limiti necessari per realizzare il coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti e garantire la coerenza logica e sistematica della disciplina (v. art. 7, 2° co., l. 8.3.1999, n. 50, come modificato dall'art. 1, comma 6, l. 24.11.2000, n. 340). Nel caso di specie, dunque, nulla autorizzava il legislatore delegato a ridurre l'ambito del penalmente rilevante con riguardo alla fattispecie incriminatrice in parola, che, pertanto, appare viziata da illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. Tenendo anche conto dei limiti che il giudizio incidentale di legittimità costituzionale incontra quando la soluzione costituzionalmente corretta imporrebbe di ampliare il campo di applicazione di una norma penale e del tempo trascorso dall'entrata in vigore del testo unico senza che il problema in parola si sia concretamente posto in giurisprudenza, il restringimento dell'area del penalmente rilevante sembra tuttavia un dato oramai definitivo (si limita a prenderne atto, ad es., Cass. Sez. III, 4.6.2013, Stroppini e a., C.E.D., Rv. 255836).

4.1. Le condotte illecite configurabili: prosecuzione di lavori sospesi non punita ai sensi della lett. b...

Tra le possibili violazioni delle disposizioni contenute nel titolo IV, parte prima, del testo unico, riconducibili alla fattispecie incriminatrice residuale vi sono, a nostro avviso (e ben consapevoli di dissentire, al proposito, dalla *communis opinio*), quelle concernenti la prosecuzione dei lavori edili sospesi per ragioni diverse dall'assenza del titolo (permesso di costruire o d.i.a. equipollente) o dall'esecuzione di opere in totale difformità dallo stesso. I lavori, di fatti, possono essere sospesi con provvedimento amministrativo adottato dal dirigente o dal responsabile del competente ufficio comunale (cfr. art. 27, 3° co., TUE) per qualsiasi ragione di difformità, anche minima, dal regolamento edilizio, dallo strumento urbanistico, o da un titolo abilitativo (compresi quelli la cui mancata richiesta non dà di

regola luogo all'applicazione di sanzioni penali), ovvero da norme di legge la cui violazione parimenti non origina responsabilità sul piano criminale. Secondo l'opinione prevalente, la violazione dell'ordine di sospensione dei lavori integrerebbe sempre gli estremi del reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. b, TUE anche se la loro esecuzione – pur incompatibile con la disciplina sostanziale delle trasformazioni o dello sfruttamento del territorio – non sia penalmente sanzionata, o lo sia, ma solo ai sensi della residuale, e meno grave, fattispecie di cui alla lett. a, della citata disposizione. Secondo questa tesi, la *ratio* della fattispecie criminosa in esame non si rinverrebbe tanto nella necessità di assicurare protezione all'assetto del territorio, quanto nell'esigenza di proteggere l'autotutela della p.a. rispetto a condotte di mera disobbedienza all'ordine impartito (così, Cass., sez. III, 9-2-1984, Pepe, *CP*, 1985, 1450; Cass., sez. III, 11-3-1988, Metta, *CP*, 1990, 1154; ancora di recente, Cass., sez. III, 7-4-2005, Tomassetti, *RP*, 2006, 748; sostanzialmente nello stesso senso è la dottrina maggioritaria, secondo cui si tratta << di un reato formale che trova la sua giustificazione nel potere di autotutela dell'amministrazione>>: M. BRESCIANO – A. PADALINO MORICHINI, *I reati urbanistici*, Milano, 2000, 107; conformi, P. MENDOZA - E. QUARTO, *Edilizia e urbanistica*, in M. PADOVANI, *Leggi penali complementari*, Milano, 2007, 227). Così inquadrata, tuttavia, la figura di reato di prosecuzione di lavori sospesi non convince sul piano della legittimità costituzionale, per diverse ragioni.

Innanzitutto, il legislatore avrebbe equiparato nel trattamento sanzionatorio fattispecie di oggettiva, diversa, gravità: le prime due (costruzione senza titolo o in difformità dallo stesso) aventi riguardo alla diretta tutela del territorio contro aggressioni ritenute di particolare insidiosità; la terza, invece, quasi esclusivamente mirata alla protezione delle prerogative della p.a. pur se la violazione di queste non si traduca – e non si possa nemmeno astrattamente tradurre, anche nell'ottica di un'anticipazione della tutela – in un apprezzabile pregiudizio dell'assetto urbanistico. In secondo luogo, mentre con riguardo alle prime due ipotesi contenute nell'art. 44, 1° co., lett. b, TUE, attività di trasformazione del territorio compiute in spregio dei poteri di controllo della p.a. (perché eseguite *sine titulo* o in totale difformità dallo stesso) potrebbero andare esenti da sanzione penale se ritenute comunque conformi alla disciplina urbanistica sostanziale a seguito dell'ordinario procedimento di sanatoria (art. 36 TUE), resterebbero inesorabilmente assoggettate alla sanzione penale condotte di prosecuzione di lavori sospesi in casi in cui il permesso di costruire era stato rilasciato ovvero non era necessario trattandosi di interventi non assoggettati a tale regime (sicché non potrebbe ottenersi l'accertamento di conformità, con la conseguente estinzione del reato urbanistico). In terzo luogo, suscita perplessità assicurare tutela penale – peraltro con una sanzione di apprezzabile gravità - ad un ordine avente chiara natura cautelare rispetto all'esigenza di consentire alla p.a. di effettuare più approfondite valutazioni sulla reale sussistenza dell'ipotizzato illecito e sulle conseguenti misure da

adottarsi, quando l'illecito stesso, nell'ipotesi in cui sia davvero accertato, comporti l'applicazione di mere sanzioni di carattere amministrativo. Da ultimo, si consideri che il pesante trattamento sanzionatorio previsto per la violazione dell'art. 44, 1° co., lett. b, TUE appare irragionevole rispetto a quello contemplato da analoghe ipotesi di reato di "disobbedienza formale" ad ordini della p.a. e, quale pertinente *tertium comparationis*, basti richiamare la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. (non si può certo dire, invero, che le ragioni di tutela del territorio, nel senso ampio ed indiretto che sorregge l'ordine di sospensione lavori, giustificano una tutela penale strumentale più intensa delle ragioni a cui rispondono gli ordini contemplati dalla disposizione codicistica).

Sulla base di tali considerazioni, apparirebbe ben fondato il dubbio di legittimità costituzionale della previsione che incrimina la violazione dell'ordine di sospensione dei lavori qualora la si interpretasse, in conformità alla *communis opinio*, come applicabile, ad esempio, al caso di un ordine impartito con riguardo ad opere di manutenzione straordinaria per le quali sia ravvisabile una difformità rispetto alla s.c.i.a. Si tratta, tuttavia, di un'opzione interpretativa non obbligata e la necessità di operare una lettura delle norme in senso costituzionalmente orientato porta a ritenere maggiormente soddisfacente un'applicazione restrittiva del precetto penale di cui alla lettera b della fattispecie incriminatrice. Molti degli inconvenienti che più sopra si sono rilevati esaminando l'orientamento interpretativo tradizionale potrebbero infatti essere evitati se si limitasse la rilevanza penale della prosecuzione dei lavori in violazione dell'ordine di sospensione ai soli interventi eseguiti in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire. Il tenore letterale della disposizione, del resto, supporta questa lettura, poiché, nel vietare la <<esecuzione dei lavori in totale difformità o in assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione>>(art. 44, 1° co., lett. b, TUE) la norma penale ben può essere riferita, anche nell'ultima parte, soltanto ai medesimi casi di interventi *sine titulo* o in totale difformità. Ferma restando, sul piano amministrativo, la possibilità per l'amministrazione di sospendere i lavori nei più ampi termini di cui si è dato conto, le uniche ipotesi riconducibili alla fattispecie di reato in questione sarebbero quelle in cui il provvedimento sospensivo tragga origine dalla constatazione delle più gravi fattispecie di abuso (compresa la lottizzazione abusiva, per la quale l'art. 30, 7° co., TUE prevede espressamente il potere-dovere del dirigente o responsabile del competente ufficio comunale di ordinare, tra l'altro, la sospensione dei lavori).

Seguendo quest'impostazione si recupera, innanzitutto, quel collegamento "forte" con l'interesse sostanziale protetto che contraddistingue anche le altre due figure criminose contemplate dalla medesima norma: si sospendono cautelativamente le attività di trasformazione del territorio in corso, rafforzando l'ordine amministrativo con la minaccia della sanzione penale, allo scopo di arrestare con immediatezza un'attività che viene considerata quale sostanziale aggressione del bene protetto. Si instaura, in secondo luogo, un

coerente nesso tra un certo tipo di condotta abusiva – l'unica che viene ritenuta meritevole della sanzione prevista dalla norma – e l'ulteriore violazione dell'ordine amministrativo adottato quale reazione a quella specifica condotta abusiva. Non più, dunque, soltanto un precetto penale "formale", che tutela il potere amministrativo cautelare in sé a prescindere dalle ragioni per cui vi si fa ricorso, ma un precetto strumentale rispetto alla tutela di interesse "sostanziale", il quale assicura l'effetto deterrente onde evitare la prosecuzione delle condotte di ritenuta aggressione al bene protetto. Inoltre, qualora si accertasse, *ex post*, che tali condotte non si sono in realtà tradotte nella violazione della disciplina urbanistica, la possibilità di ottenere il permesso in sanatoria consentirebbe di evitare l'applicazione della sanzione penale a chi – con gli interventi abusivi originari e con quelli realizzati successivamente all'ordine di sospensione violato – non ha arrecato pregiudizio al bene protetto. La maggiore pregnanza che la norma così interpretata finisce con l'assumere sul piano dell'offensività rende poi ragione del più grave trattamento sanzionatorio che la violazione dell'ordine di sospensione lavori merita rispetto alle generiche ipotesi di disobbedienza punite dall'art. 650 c.p. Quanto osservato vale – ovviamente - anche in relazione alle ipotesi di prosecuzione dei lavori che siano stati sospesi per difformità totale dalla d.i.a. presentata ex art. 22, 3° co., TUE (o ai sensi delle previsioni regionali di cui all'art. 22, 4° co., TUE). In relazione a tale ipotesi, quando l'art. 44, comma 2-*bis*, TUE estende le disposizioni penali di cui ai commi precedenti agli interventi edilizi eseguiti con d.i.a., o in totale difformità dalla stessa, il riferimento va infatti inteso anche all'ipotesi di reato del proseguimento dei lavori sospesi.

Tutti gli altri casi di violazione dell'ordine di sospensione dei lavori – traducendosi nell'inosservanza di "prescrizioni" previste da norme contenute nel titolo IV del testo unico in materia edilizia – origineranno invece responsabilità penale ai sensi dell'art. 44, 1° co., lett. a, TUE. Optando per questa tesi interpretativa, per un verso non si lasciano i precetti sforniti di sanzione e si tiene nel debito conto il carattere plurioffensivo della norma che punisce la violazione dell'ordine di sospensione tutelando anche il pregiudizio arrecato alle potestà della p.a., ma, per altro verso, si riconduce la violazione entro una cornice edittale di pena che appare più adeguata al minore *vulnus* arrecato all'assetto del territorio e maggiormente in linea con le sanzioni previste in analoghi casi di disobbedienza ai comandi della p.a.

Accogliendo la tesi interpretativa qui sostenuta, si dovrà quindi concludere che rientrano nella residuale fattispecie di cui alla lett. a della disposizione incriminatrice i casi di "disobbedienza" ad ordini di sospensione lavori adottati, ad esempio, per riscontro di difformità parziali o variazioni essenziali rispetto al progetto approvato con permesso di costruire, per violazioni ravvisate con riferimento ad interventi assoggettati alla semplice s.c.i.a., ai sensi dell'art. 22, commi 1 e 2, TUE., per violazioni di norme del regolamento edilizio o degli strumenti urbanistici (a meno che ci si trovi di fronte ad titolo abilitativo illecito, nel qual caso sarebbe applicabile l'ipotesi della lett. b), o per

qualsiasi altra ragione riconducibile all'ampio potere di vigilanza urbanistico-edilizia del territorio che si riconosce ai competenti organi degli enti locali. Tenendo conto del fatto che la contravvenzione, nella sua ampia e residuale area di applicazione di cui si è detto, può efficacemente rispondere anche alla tutela di beni diversi da quello dell'assetto del territorio strettamente inteso – e, dunque, anche all'autotutela della p.a., interesse protetto, peraltro, pure dall'art. 44, 1° co., lett. b, ult. parte, TUE – non varrebbe osservare che, sul piano teleologico, sarebbe paradossale punire con sanzione penale chi, violando l'ordine impartito, prosegue un'attività che è illecita soltanto sul piano amministrativo. Il *quid pluris* insito nella condotta di disobbedienza giustifica in questo caso l'adozione della sanzione penale, sia pur nell'ambito della meno grave fattispecie criminosa prevista in materia urbanistica. Del resto, la norma che esclude la rilevanza penale delle condotte illecite in materia di d.i.a. non equipollente al permesso di costruire – l'art. 37, 6° co., TUE, che, come abbiamo già osservato, vale a riempire di significato la clausola di salvezza che, per l'art. 44, 1° co., lett. a, TUE, reputa penalmente sanzionate le violazioni delle disposizioni di legge “in quanto applicabili” – si riferisce soltanto ai casi di mancanza della denuncia di inizio attività (e, *a fortiori*, di difformità dalla medesima) e non già ad altre violazioni della legge urbanistica originate da interventi oggi assoggettabili a semplice s.c.i.a.

4.2. ...e mancata esibizione in cantiere del titolo abilitativo o del cartello.

Un'ipotesi di violazione della legge urbanistica che la giurisprudenza, non senza oscillazioni, aveva invece ricondotto alla fattispecie in esame e che tutt'oggi, a nostro avviso, resta reato, è quella relativa all'**inottemperanza agli obblighi di apporre in cantiere il cartello edilizio e di esibire il permesso di costruire a richiesta degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria**. Se prima dell'approvazione della legge sul condono edilizio la legislazione urbanistica nulla prevedeva al proposito – sicché poteva farsi riferimento soltanto all'eventuale prescrizione in tal senso contenuta nel regolamento edilizio o nella concessione – la successiva legislazione ha dettato una specifica previsione:

gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, ove nei luoghi in cui vengono realizzate le opere non sia esibito il permesso di costruire, ovvero non sia apposto il prescritto cartello, ovvero in tutti gli altri casi di presunta violazione urbanistico-edilizia, ne danno immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, al competente organo regionale e al dirigente del competente ufficio comunale, il quale verifica entro trenta giorni la regolarità delle opere e dispone gli atti conseguenti (art. 27, 4° co., TUE, che, salva la diversa indicazione degli organi regionali e comunali destinatari della comunicazione, riproduce testualmente l'art. 4, 4° co., l. 47/1985).

Esaminando la disposizione di cui all'art. 4, 4° co., l. 47/1985, la Cassazione ritenne che tale norma ha

inserito nella legislazione edilizia due nuovi obblighi a carico di coloro che costruiscono: la tenuta in cantiere della concessione edilizia e la esposizione di una tabella contenente gli estremi indispensabili della conces-

sione e dei responsabili. Quest'ultima previsione era già contenuta in taluni strumenti urbanistici e la giurisprudenza, anche recente di questa sezione, aveva escluso che la sua violazione potesse dar luogo all'applicazione delle sanzioni di cui alla lett. a) dell'art. 17 l. n. 10 del 28.1.1977, sotto il profilo della inosservanza dei regolamenti edilizi e strumenti urbanistici. Al riguardo si osservava che non ogni mancato rispetto degli stessi potesse essere sanzionato, ma soltanto quello che fosse attinente a rilevanti parametri costruttivi. Nel solco di questa interpretazione ritiene il collegio che il legislatore abbia voluto apportare una significativa innovazione, diretta a facilitare il delicato compito di controllo sull'attività urbanistico-edilizia. E' evidente infatti che la sistemazione del menzionato cartello consente una vigilanza rapida (senza cioè necessità di lunghe fermate in loco per individuare i responsabili, cercarli ed ottenere l'esibizione della concezione), precisa ed efficiente. In tal modo la polizia, qualora voglia limitarsi ad un controllo per così dire formale, eseguirà un sopralluogo delle località prescelte ed avrà la possibilità di effettuare un sollecito riscontro anche semplicemente visivo. Nell'ipotesi in cui voglia poi accertare la rispondenza tra l'opera realizzata e quella di cui al progetto approvato eseguirà le opportune indagini in cantiere, ove dovrà essere conservata la concessione.

Trattasi quindi di un precetto di carattere generale e non più affidato alle regolamentazioni locali. Né può lasciarsi condurre a diversa soluzione l'espressione "ne danno immediata comunicazione...", di cui al citato comma ult. dell'art. 4. Correttamente il legislatore ha usato la parola "comunicazione" e non "denuncia", poiché essendo previsto che la notizia dovesse essere data anche ad autorità amministrative, ha preferito avvalersi di un termine di significato generico ed onnicomprensivo. Si noti poi che la "comunicazione" della mancata apposizione del cartello va inviata anche quando nel successivo espletamento delle indagini la polizia accerti che la concessione esista

[Cass. Sez. III, 21.5.1990, Autero e a., *CP*, 1991, 293 s. **Contra**, Cass. Sez. III, 17.7.1987, Carraro Bruno, *CP*, 1989, 143, che si limita ad osservare come l'art. 4, u.c., l. 47/1985 abbia <<natura di norma procedurale, la cui inosservanza costituisce mero indizio di eventuale violazione di altra norma (di legge, di regolamento, dell'atto di concessione)>>].

La decisione, puntualmente motivata, è del tutto condivisibile e non sembra violare nemmeno quel generale limite secondo cui la norma penale non sarebbe applicabile a violazioni che non riguardino l'attività costruttiva. Questa, invero, non potrebbe certo essere intesa in senso stretto e comprenderebbe quindi tutte le prescrizioni accessorie e strumentali allo svolgimento dei lavori in conformità alla disciplina normativa, quali certamente sono l'apposizione del cartello e l'esibizione del permesso di costruire a richiesta degli organi di vigilanza. La conclusione fu però respinta da una successiva decisione della Cassazione, che ebbe a confermare la diversa opzione interpretativa già espressa nella sentenza Carraro Bruno:

l'omessa esposizione del cartello con l'indicazione dei dati della concessione edilizia non ha rilevanza penale ai sensi dell'art. 20 l. 28.2.1985, n. 47, che contempla prescrizioni di carattere urbanistico. Detto cartello infatti è volto a facilitare le ricerche della p.a., rientra solo indirettamente nelle prescrizioni dettate al momento della concessione, costituisce un adempimento successivo che non attinge alla perfezione dell'atto amministrativo, e la sua omissione è un inadempimento formale costituente violazione amministrativa, ma non rientrante nella disposizione penale indicata

(Cass. Sez. III, 8.1.1992, Bazzi, *CP*, 1993, 1524).

A fronte della perdurante oscillazione giurisprudenziale, della questione furono investite le Sezioni Unite, che disattesero quest'ultimo orientamento con una decisione la cui motivazione, da un lato, contiene aspetti di notevole importanza circa i criteri d'interpretazione da utilizzarsi per applicare l'ipotesi di cui reato di cui alla lett. a) della norma incriminatrice, ma, d'altro lato, non è scevra da ambiguità. Quanto alle rilevanti affermazioni di principio, condotte alla luce del criterio interpretativo teleologico, la Suprema Corte osservò che le norme del capo I l. 47/85 mirano tutte alla tutela del territorio, attribuendo al sindaco un compito più incisivo rispetto a quello più ristretto di <<vigilanza sulle costruzioni>>, di cui parlava l'art. 32 l. 1150/42. Infatti, il citato art. 4 non solo individua i fini e l'ambito della vigilanza, ma determina nell'ultimo comma una specifica vigilanza da esercitarsi <<nei luoghi in cui le opere vengono realizzate>> da parte degli ufficiali ed agenti di

polizia giudiziaria. Risulta, quindi, evidente come sia stata considerata dal legislatore di grande interesse, ai fini della salvaguardia del territorio, questa attività di vigilanza, sì da prevedere nella citata norma l'obbligo per detti ufficiali ed agenti di dare immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, al presidente della giunta regionale ed al sindaco, non soltanto degli abusi accertati, ma anche dei casi di omessa esibizione della concessione o della mancata apposizione del cartello prescritto o, comunque, di <<tutti gli altri casi di presunta violazione urbanistico-edilizia>>. Se così è, vuole dire che entrambe le ipotesi anzidette sono state considerate dal legislatore come casi di presunta violazione urbanistico-edilizia, e come tali di particolare rilevanza ai suindicati fini

(Cass. S.U. 29.5.1992, Aramini e a., CP, 1992, 2989; FI, 1993, II, 8).

Dopo aver confermato i rilievi contenuti nella sentenza Autero circa l'importanza di tali norme per consentire una vigilanza rapida ed efficiente agli organi preposti – oltre che, con riguardo all'affissione del cartello, di consentire ad ogni cittadino di verificare se i lavori siano stati autorizzati – la Corte osservò che

il precetto contenuto nell'art. 4, ultimo comma, cit. non può essere ritenuto di natura procedurale, perché diretto ai suddetti agenti ed ufficiali, avendo anche natura di diritto sostanziale per esser rivolto soprattutto ai costruttori per regolamentare la loro condotta durante l'esecuzione dei lavori edilizi

(Cass. S.U. 29.5.1992, Aramini e a., CP, 1992, 2989 s.; FI, 1993, II, 8).

Affermata la natura sostanziale e immediatamente precettiva degli obblighi contenuti nell'art. 4, u.c., l. 47/1985, la conclusione circa la penale rilevanza delle omissioni sembrava dunque scontata, sicché appare sorprendente la successiva, e non meglio argomentata, asserzione secondo cui

si ritiene che possa trovare applicazione il disposto dell'art. 20, lett. a), l. 47/85, qualora i regolamenti edilizi o le concessioni lo prescrivano espressamente

(Cass. S.U. 29.5.1992, Aramini e a., CP, 1992, 2990; FI, 1993, II, 8).

Non volendo credersi che la motivazione sia affetta da una così lampante contraddizione, deve ritenersi che la proposizione da ultimo riportata – per vero non felice - fosse condizionata dalla concreta situazione *sub iudice*, in cui, come si osserva nella sentenza,

la concessione edilizia al punto n. 9 impone <<l'esposizione della tabella>>, recante l'oggetto dei lavori, l'intestazione della ditta e le generalità del progettista e del direttore dei lavori <<e l'esibizione>>, ad ogni richiesta, della concessione e della copia dei disegni

(Cass. S.U. 29.5.1992, Aramini, FI, 1993, II, 8).

Così svelata la cennata “ambiguità” contenuta nella motivazione della decisione delle Sezioni Unite – che, peraltro, espressamente dichiarò di voler condividere l'orientamento della sentenza Autero – non dovrebbe quindi attribuirsi autonomo rilievo all'apparente principio secondo cui la responsabilità penale conseguirebbe all'espressa ripetizione, nel regolamento o nel titolo edilizio, degli obblighi che invece discendono già direttamente dalla legge. Sembra dunque figlia di una non attenta lettura della sentenza delle Sezioni Unite la massima - che nel caso di specie ha condotto ad una pronuncia assolutoria, non essendo stata prodotta in giudizio copia della concessione edilizia - secondo cui

la violazione dell'obbligo di esposizione, sul luogo di una costruzione, del cartello indicante gli estremi della concessione edilizia integra il reato di cui all'art. 20, lettera a), l. 28.2.1985, n. 47, qualora il regolamento edilizio o la concessione lo prescrivano espressamente

(Cass. Sez. III, 28.6.1994, Gotti, RP, 1995, 1493; CP, 1996, 1591).

Questo principio di diritto – in modo un po' tralaticio – è stato poi riproposto in successive decisioni della Corte che, a differenza dell'ultima citata, hanno però in concreto confermato il giudizio di responsabilità penale perché

l'obbligo di esposizione del cartello era contenuto nel titolo edilizio e/o nel regolamento, precisando altresì che destinatario dello stesso è da ritenersi non soltanto il titolare del permesso di costruire ma, ai sensi della previsione di cui all'art. 29, 1° co., TUE, anche chiunque altro rivesta le qualità ivi indicate:

<<la violazione dell'obbligo di esposizione del cartello indicante gli estremi del permesso di costruire, qualora prescritto dal regolamento edilizio o dal provvedimento sindacale, configura una ipotesi di reato anche dopo la entrata in vigore del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, ex artt. 27, comma quarto, e 44 lett. a) del citato d.P.R. n. 380, a carico del titolare del permesso, del direttore dei lavori e dell'esecutore>>

(Cass. Sez. III, 7.4.2006, Bianco, C.E.D. Rv. 234330; nello stesso senso, Cass. Sez. III, 4.6.2013, Stroppini e a., C.E.D. Rv. 255836; v. anche Cass. Sez. III, 22.5.2012, Zago e a., C.E.D. Rv. 253673, secondo cui, attesa l'ovvia *ratio* della previsione, il cartello dev'essere visibile, sicché <<integra il reato previsto dall'art. 44 lett. a) d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, anche l'esposizione, in maniera non visibile, del cartello indicante il titolo abilitativo e i nominativi dei responsabili, ancorché esso risulti presente all'interno del cantiere>>).

Per le ragioni esposte, sembra a noi auspicabile una revisione del “diritto vivente” secondo cui la fonte dell'obbligo di esposizione del cartello edilizio sarebbe non già la legislazione urbanistica, bensì (se del caso) il permesso di costruire o il regolamento edilizio, pena lo svuotamento di significato della previsione di cui all'art. 27, 4° co., TUE. Per quanto detto deve parimenti ritenersi previsto dall'art. 27, 4° co., TUE – e dunque, in caso di violazione, sanzionato dall'art. 44, 1° co., lett. a, TUE - l'obbligo di esibire il permesso di costruire a richiesta di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria. Poiché la disposizione fa esclusivo riferimento al menzionato titolo edilizio, l'omessa esibizione in cantiere, agli organi di vigilanza, della s.c.i.a. potrà essere sanzionata ai sensi dell'art. 44, 1° co., lett. a, TUE soltanto se il regolamento edilizio preveda tale obbligo. A nostro avviso, il legislatore bene avrebbe fatto a “rimodulare” il precetto della legge urbanistica tenendo conto anche del nuovo titolo edilizio, ma, non essendo ciò accaduto, non è possibile estendere la previsione in via analogica per farne derivare conseguenze penali. Ci sembra invece sin d'ora legittima un'interpretazione della norma (non analogica, ma meramente estensiva) che abbracci anche il caso in cui alle opere si sia proceduto con d.i.a. alternativa al permesso di costruire: se un intervento è subordinato al rilascio di questo titolo non potrà andare esente da pena chi, a richiesta degli organi di vigilanza, abbia omesso di esibire l'equipollente denuncia d'inizio attività ovvero (come più oltre meglio si dirà: v. §. 13) il provvedimento di autorizzazione che, in taluni casi, tiene luogo del permesso.

4.3. Ipotesi depenalizzate: la violazione delle fasce di rispetto stradali fuori del perimetro dei centri abitati e l'inosservanza delle norme di legge che disciplinano l'attività edilizia in assenza di pianificazione.

Tra i casi che la giurisprudenza formatasi nel vigore dell'abrogata disciplina aveva ricondotto alla fattispecie penale in parola, vi è quello della violazione delle distanze da osservarsi nella edificazione effettuata fuori dal perimetro dei centri abitati, a protezione dei nastri stradali. Una disposizione della

legge urbanistica fondamentale, introdotta dalla legge ponte e tuttora in vigore, sancisce infatti che

fuori del perimetro dei centri abitati debbono osservarsi nella edificazione distanze minime a protezione del nastro stradale, misurate a partire dal ciglio della strada (art. 41-*septies*, comma 1, l. 1150/1942).

La disposizione, al comma 2, rimetteva l'individuazione delle distanze minime ad un successivo decreto ministeriale da emanarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge ponte (v. d.m. 1.4.1968, n. 1404) e, al terzo comma, dettava anche una specifica disciplina transitoria. Come ha rilevato la Corte di cassazione in una non recente pronuncia,

la situazione normativa è mutata in seguito alla entrata in vigore dell'ultimo codice della strada (D.L.vo 30.4.1992, n. 285), vigente dal 1° gennaio 1993, che ha regolato compiutamente *ex novo* le distanze dalle strade da osservarsi fuori dei centri abitati (artt. 16 e 17), imponendo altresì <<fasce di rispetto ed aree di visibilità>> nei centri abitati (art. 18) (...) In base a tale nuova disciplina le distanze dal confine stradale, fuori dei centri abitati, da rispettare nella costruzione o ricostruzione di muri di cinta di qualsiasi natura e consistenza, lateralmente alle strade, non possono essere inferiori a tre metri per le strade extraurbane secondarie e per le strade locali (ad eccezione di quelle vicinali) ed a cinque metri per le autostrade e le strade extraurbane principali

(Cass. Sez. III, 8.4.1997, Pallagrosi, *RP*, 1997, 705; *RGE*, 1998, I, 776).

Sulla base di questa premessa, la Corte – confermando la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 20, lett. a, l. 47/1985 in un caso di violazione delle fasce di rispetto stradali - ha ritenuto che

nell'anzidetta successione di norme il comma 1 dell'art. 41 *septies* della legge urbanistica sicuramente non può considerarsi abrogato dalle disposizioni dell'ultimo codice della strada e dalle relative disposizioni di attuazione, ma viene da queste specificato, considerato anche che lo stesso art. 41 *septies* si innestava appunto nella disciplina del T.U. n. 1740 del 1933 e che tale disciplina parzialmente modificava unitamente al decreto del Ministro dei lavori pubblici n. 1404/1968

(Cass. Sez. III, 8.4.1997, Pallagrosi, *RP*, 1997, 705; *RGE*, 1998, I, 776 s; per un'ulteriore ipotesi, v. Cass. Sez. III, 18.3.1988, Furlan, *CP*, 1989, 1824).

Nel titolo IV della prima parte del testo unico in materia edilizia non vi è però alcuna disposizione che regoli le fasce di rispetto stradale al di fuori dei centri abitati sicché, sulla base della formulazione del vigente precetto penale, una simile situazione andrebbe oggi esente da pena.

Identica conclusione s'impone per la violazione delle disposizioni di legge destinate a regolare l'attività edilizia nei comuni privi di strumenti urbanistici, situazione, questa, verosimilmente marginale sul piano quantitativo se riferita agli strumenti pianificatori generali - P.R.G.C. o programma di fabbricazione – ma più frequente con riguardo alla mancanza dei piani d'attuazione. Il testo unico in materia edilizia – sostituendo la previgente disciplina, che era contenuta nell'art. 4 u.c., l. 10/1977 – ha regolamentato le due ipotesi, rispettivamente, al 1° e 2° co. dell'art. 9, in tal modo prevedendo le condizioni e i limiti delle attività di trasformazione del suolo consentite in mancanza di pianificazione. Si aggiunga che tale disciplina si considera applicabile anche nelle c.d. “zone bianche” del piano regolatore, quelle rimaste prive di qualificazione dopo la scadenza dei vincoli urbanistici. Le disposizioni dell'art. 9 TUE, in sostanza, tengono luogo delle previsioni urbanistiche in difetto di pianificazione comunale e <<salvi i più restrittivi limiti fissati dalle leggi regionali>> (così, l'*incipit* dell'art. 9, 1° co., TUE). Trattandosi di una disposizione non compresa nel titolo IV della prima parte del testo unico, la viola-

zione delle prescrizioni *ivi* contenute – così come di quelle più restrittive eventualmente dettate dalla legislazione regionale – non sarà più suscettibile d'integrare il reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE (per un caso in cui era invece stato ritenuto il reato di cui all'art. 20, lett. a, l. 47/1985 a fronte della violazione dei parametri fissati dall'art. 4, u.c., l. 10/1977 in un comune privo di valido strumento urbanistico, v. Pret. Frosinone – sez. Anagni, 15.7.1993, Miaci e a., CP, 1994, 1097).

IN SINTESI – Il testo unico in materia edilizia riduce l'ambito di operatività della norma penale residuale in relazione alla violazione della legge urbanistica, limitandolo alle sole norme in esso contenute nel titolo IV della prima parte, così operando una sostanziale depenalizzazione non prevista dalla legge-delega e quindi viziata da illegittimità costituzionale. Tra le fattispecie che tuttora integrano reato rientrano la violazione dell'ordine di sospendere i lavori adottato per ragioni diverse dalla mancanza di permesso o dalla totale difformità dal medesimo, la non affissione in cantiere del cartello edilizio e la mancata esibizione del permesso di costruire alla polizia giudiziaria. A causa della "depenalizzazione", invece, non sono più riconducibili al reato in esame la violazione delle fasce di rispetto stradale fuori dai centri abitati e l'inosservanza delle disposizioni di legge che disciplinano l'attività edilizia in mancanza di pianificazione comunale.

5. Inosservanza dei regolamenti edilizi...

La seconda categoria di inosservanze che può dare origine alla contravvenzione in parola è quella che riguarda le norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dai regolamenti edilizi. Questi atti di normazione secondaria risalgono al r.d. 8.6.1865, n. 2321 (regolamento alla legge comunale e provinciale) e, nel tempo,

hanno subito molte variazioni, quasi un moto pendolare, a seconda dello <<spazio>>, ampio o ridotto, che essi hanno avuto

(V. ITALIA, *Commento all'art. 4*, in ITALIA V., a cura di, *Commento al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, modificato ed integrato con D.Lgs. 27 dicembre 2002, n. 301*, 2^a ed., Milano, 2003, 50).

La disciplina del regolamento edilizio comunale è oggi contenuta nel testo unico in materia edilizia, ove, da un lato, si prevede che

i Comuni, nell'ambito della propria autonomia statutaria e normativa di cui all'articolo 3 del D.lg. 18 agosto 2000 n. 267, disciplinano l'attività edilizia

(art. 2, 4° co., TUE)

e, d'altro lato, si specifica che

il regolamento che i Comuni adottano ai sensi dell'articolo 2, comma 4, deve contenere la disciplina delle modalità costruttive, con particolare riguardo al rispetto delle normative tecnico-estetiche, igienico-sanitarie, di sicurezza, di vivibilità degli immobili e delle pertinenze degli stessi

(art. 4, 1° co., TUE).

Nel caso in cui i Comuni intendano istituire la Commissione edilizia – che il testo unico ha, in via generale, soppresso – la citata disposizione aggiunge che <<il regolamento indica gli interventi sottoposti al preventivo pare-

re di tale organo consultivo>> (art. 4, 2° co., TUE). Nell'ambito di una legislazione incentivante dell'uso di veicoli a ridotto impatto ambientale (d.l. 22.6.2012, n. 83, conv., con modiff., in l. 7.8.2012 n. 134, nell'art. 4 TUE sono poi state inserite disposizioni (gli attuali commi 1-ter, 1-quater e 1-quinquies) che, entro il prossimo 1.6.2014, vincolano i comune a subordinare il perfezionamento del titolo abilitativo edilizio per la nuova costruzione di edifici ad uso non residenziale aventi superficie utile superiore a 500 mq. all'installazione di infrastrutture idonee alla ricarica dei veicoli elettrici.

Come si vede, il contenuto del regolamento edilizio comunale quale dalla legge indicato ha proprio riguardo ad uno degli specifici ambiti di prescrizioni la cui inosservanza costituisce reato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. a, TUE: le "modalità costruttive" (che nella fattispecie incriminatrice sono evocate come "modalità esecutive"). Si noter  che la tipologia degli interessi sottesi alle normative richiamate va per  al di l  del tradizionale settore dell'urbanistica e pure, per certi versi, di quello dell'edilizia (si pensi all'ampiezza della nozione di "sicurezza", che si presta ad essere intesa – e di fatto lo   da dottrina e giurisprudenza – anche in relazione alla sicurezza pubblica e a quella del lavoro nei cantieri edili, ovvero alla recente "novella" adottata per ridurre le emissioni in atmosfera). In questa parte, dunque – e salvo che si voglia dare un'interpretazione restrittiva - l'oggetto di tutela della norma penale sembrerebbe pi  ampio di quello che di regola contraddistingue la norma in esame (v. §. 3) e la *liaison* con il bene giuridico delle contravvenzioni urbanistiche sta nel fatto che l'occasione di aggressione (o di tutela) di quegli ulteriori beni   rappresentata dall'esecuzione di lavori di trasformazione del suolo. Si consideri, ad es., la pronuncia secondo cui la norma incriminatrice che ci occupa sanziona penalmente l'inosservanza di norme e prescrizioni stabilite dal regolamento edilizio, senza distinguere tra norme di controllo dell'attivit  a fini urbanistico-edilizi ed altre norme, le cui finalit  sono connesse alla tutela di diversi interessi pubblici e privati. Pertanto, in mancanza di tale distinzione limitativa, tutte le inosservanze alle prescrizioni dei regolamenti edilizi integrano l'indicata contravvenzione di cui all'art. 17, lett. a) l. n. 10 del 1977 (Nella specie, relativa a ritenuta sussistenza della contravvenzione, l'imputato aveva omesso di provvedere alla recinzione del cantiere di lavoro ed apporre la segnalazione prescritta a norma del regolamento edilizio)

(Cass. Sez. III, 12.7.1988, Fontanella, *CP*, 1990, 145).

Le disposizioni violate nel caso citato, invero, attengono ad una materia che, sebbene non direttamente connessa all'interesse dell'assetto del territorio – bens  alla "sicurezza" dell'attivit  costruttiva –   certamente compresa tra quelle che l'art. 4 TUE (cos  come la previgente disciplina: cfr. art. 33, 1° co., n. 13, l. 1150/1942) demanda alla potest  regolamentare edilizia del Comune.

Le questioni problematiche – di natura tipicamente amministrativa - connesse al regolamento edilizio, al suo contenuto e ai suoi rapporti con le altre fonti normative, di diverso livello, statali e regionali sono piuttosto complesse e controvertibili e in questa sede non possono essere approfondite (per riferimenti v. V. ITALIA, *cit.*, 53 ss.). Nella particolare ottica dell'operatore del diritto penale occorre fare, tuttavia, almeno due notazioni.

Deve innanzitutto osservarsi, che l'art. 4, 1° co., TUE vincola i Comuni che si accingano ad adottare il regolamento edilizio al "rispetto delle normative" esistenti in particolari materie, tra cui quelle tecnico-estetiche, igienico-sanitarie e di sicurezza. Ebbene – al di là del giudizio sull'opportunità o meno, e sulla stessa legittimità, di una così forte compressione dell'autonomia regolamentare dell'ente locale – deve notarsi che alcune di queste discipline normative di fonte statale prevedono l'applicazione di sanzioni penali in caso di loro violazione. Laddove il regolamento edilizio le richiami e le stesse siano violate, per il rispetto della regola, immanente al sistema, del *ne bis in idem* sostanziale – espressa dal principio di specialità o da quello di consunzione - non si potrà fare applicazione dell'istituto del concorso di reati e la contravvenzione urbanistica cederà il passo al reato previsto dalla normativa specifica. Si pensi, in materia "tecnica" (ma viene qui in rilievo anche la pubblica incolumità), all'inosservanza delle prescrizioni dettate dai decreti interministeriali sulle opere strutturali (art. 52 TUE) e sulle edificazioni in zone sismiche (art. 83 TUE), la cui violazione è specificamente sanzionata dall'art. 95 TUE, ovvero, in materia di sicurezza intesa in senso ampio, ai reati previsti dalla legislazione sugli infortuni e igiene sul lavoro, quando tali norme (o alcune di esse) siano richiamate nel regolamento per disciplinare le modalità costruttive. Laddove, invece, siano richiamate normative che prevedono soltanto sanzioni amministrative, giusta il principio generale – consacrato nell'*incipit* dell'art 44, 1° co., TUE - del concorso tra reati urbanistici e illeciti amministrativi, non potrà essere invocato il principio di specialità e, in aggiunta a quelle, troverà applicazione anche la norma penale in esame.

5.1. ...e necessità di un'interpretazione adeguatrice restrittiva.

Da altro punto di vista, è bene segnalare che dall'ambito del contenuto che il regolamento edilizio può avere rispetto a previsioni normative che sul punto vincolano la potestà regolamentare del Comune dipende l'esito del giudizio sulla legittimità delle relative previsioni. Nel caso in cui ad essere violata sia una norma regolamentare ritenuta illegittima, l'interpretazione finalistica e costituzionalmente orientata della norma penale porta di fatti a ritenere che la responsabilità non sussista. Al contrario, fatta salva la verifica circa la sussistenza dell'elemento soggettivo, come anche di recente ha riconosciuto la Corte di cassazione, sussisterà responsabilità penale laddove il privato, conformandosi ad una previsione di regolamento edilizio contrastante con una norma sovraordinata, abbia violato norme urbanistiche penalmente sanzionate:

in materia edilizia, è configurabile il reato di costruzione abusiva nel caso di realizzazione di un manufatto in forza di un titolo abilitativo "provvisorio" atipico previsto dalla normativa secondaria che consenta l'esecuzione di opere edilizie in contrasto con la normativa urbanistica. (Fattispecie relativa a manufatto qualificato da regolamento edilizio comunale come precario esclusivamente sulla base dei materiali utilizzati) (Cass. Sez. III, 24.3.2010, Verrengia e a., C.E.D. Rv. 247691)

Per altro verso, le norme penali in bianco che sanzionano l'inosservanza di previsioni contenute in atti di normazione secondaria, ciò che già appare (appena, appena) ai limiti dell'accettabilità costituzionale, devono ricevere un'interpretazione restrittiva e quanto più possibile ancorata al rispetto del principio di legalità. A fronte di un'opzione minimalista del contenuto del regolamento edilizio quale quella effettuata (almeno nella sua versione originaria) dal testo unico in materia edilizia – sia rispetto alla previsione precedentemente contenuta nell'art. 33 l. 1150/1942, sia rispetto all'ambito della potestà regolamentare che normalmente spetta ai Comuni ai sensi del testo unico sugli enti locali - e salvo che prevalga un'interpretazione estensiva dell'art. 4 TUE, magari ritenuta necessaria alla luce del rilievo costituzionale che l'autonomia normativa degli enti locali ha in forza del nuovo art. 117, 6° co., Cost., anche sotto questo profilo appare oggi ridotto il campo di operatività della fattispecie incriminatrice in esame.

Ci si può chiedere, ad esempio, se sia oggi ancora possibile ritenere la penale responsabilità per il reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE per chi, violando una prescrizione contenuta nel regolamento edilizio, non abbia

provveduto ad eliminare gli inconvenienti statici di un edificio di sua proprietà (...) avendo trascurato, quale proprietaria dell'immobile, di adempiere l'obbligo di manutenzione straordinaria cui era tenuta (Cass. Sez. III, 8.5.1987, Fasolo, CP, 1987, 2208).

Di fatti, un obbligo di manutenzione straordinaria degli edifici esistenti non attiene alle "modalità costruttive" di immobili e loro pertinenze, anche se – a ben vedere – potrebbe invece rientrare nella nozione di "sicurezza" con riferimento alla pubblica incolumità. Più problematico è il caso dello smantellamento di una struttura regolarmente costruita (come sembrerebbe ritenere, sia pur in via potenziale, Cass. Sez. III, 11.2.2002, Miceli e a., GP, 2004, II, 54). Con ciò, beninteso, non si vuol negare al Comune, nella sua autonomia normativa e statutaria – oggi garantita in modo più incisivo dalla Costituzione - di dettare norme al proposito, ma lo si dovrebbe fare con strumenti diversi dal regolamento edilizio e con la conseguenza, non di poco conto, che in caso di inosservanza delle prescrizioni non potrebbe trovare applicazione la contravvenzione in esame. La conclusione, però, è tutt'altro che scontata.

La relazione governativa al testo unico, nella parte in cui esamina l'art. 4, osserva che, rispetto alla previgente disposizione, che risaliva al 1942, la nuova norma

è stata coordinata con le disposizioni che, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, riconoscono un'autonomia normativa al Comune (art. 5 e 128 Cost.), e in particolare con l'art. 3, del d. lg. 18 agosto 2000 n. 267, recante <<Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali>>. In virtù di tale coordinamento, il presente articolo stabilisce soltanto quale deve essere il contenuto necessario dei regolamenti edilizi, rinviando per il resto all'autonomia normativa comunale (Rel. ill. T.U.E., RGE, 2003, II, 348).

Guardando alla *mens legislatoris*, sembrerebbe che quello indicato nell'art. 4 T.U.E. sia il "contenuto minimo" del regolamento edilizio, ben potendo il Comune inserire nello stesso ulteriori previsioni e disciplinare ulteriori materie con l'unico limite connesso al rispetto dei principi cui è subordinata la sua ordinaria potestà normativa. Dal punto di vista dell'operatore di diritto penale

occorre invece considerare che, a fronte della generale depenalizzazione delle violazioni dei regolamenti locali (cfr. art. 1, lett. *d*, l. 3.5.1967, n. 317), il mantenimento della sanzione penale con riguardo ai regolamenti edilizi appare essere situazione eccezionale. Tenendo anche conto della necessità di interpretare le norme alla luce del principio costituzionale della riserva di legge che vige in materia penale, con particolare riguardo ad una tecnica di incriminazione che da sempre pone problemi di rispetto di quel principio, sembra a noi **preferibile riferire il precetto di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE all'inosservanza di quelle sole previsioni regolamentari che trovino fondamento in una previsione di legge *ad hoc* sul "regolamento edilizio", vale a dire, in sostanza, nell'art. 4 TUE** (ed invero, le norme del codice civile che si riferiscono al regolamento edilizio – l'art. 871, l'art. 873 e alcune delle successive disposizioni dettate in tema di distanze tra le costruzioni - disciplinano materie già comprese nell'art. 4 TUE). E' ben vero che l'interpretazione qui sostenuta ricollega al riordino delle disposizioni nel testo unico in materia edilizia un effetto sostanzialmente depenalizzante senza che – come più volte osservato – esistesse al proposito una specifica delega, ma, tenendo conto dei valori costituzionali che vengono in gioco, questa lettura restrittiva ci pare senz'altro preferibile rispetto a quella, pan-incriminatrice, che potrebbe darsi in alternativa. Quando ci si trovi di fronte all'inosservanza di una norma contenuta in quel particolare atto normativo locale denominato "regolamento edilizio", dunque, si dovrà ricondurre la condotta all'ipotesi criminosa in esame soltanto dopo aver verificato che si tratti di una "norma tipica" di quel regolamento secondo una previsione del legislatore nazionale. Se, poi, si vuole aderire quella lettura ancor più restrittiva che sembra connotare la più recente giurisprudenza di legittimità in materia (v. *supra*, *sub* §. 3), si dovrà affermare che sono in ogni caso suscettibili di sanzione soltanto le inosservanze a prescrizioni che siano in qualche modo connesse alla tutela del territorio rispetto ad attività di trasformazione urbanistico-edilizie. Ad esempio, integra certamente il reato in esame l'edificazione in <<violazione delle distanze dai confini>> (Cass. Sez. III, 28.1.2003, Pedrazzini e a., *GP*, 2004, II, 172; *RP*, 2005, 101).

6. *Violazione degli strumenti urbanistici.*

L'integrazione del precetto penale con riguardo all'inosservanza delle prescrizioni contenute negli strumenti urbanistici postula, in primo luogo, l'individuazione degli atti cui la norma fa rinvio. Trattandosi di un rinvio generico – e, dunque, ampio – e tenendo conto che in questo senso depone anche l'interpretazione teleologica della norma penale si dovrà avere riguardo a tutti i provvedimenti con cui si attua la pianificazione urbanistica, indipendentemente dal livello (comunale o sovraordinato) e dal contenuto (generale o di attuazione). A livello di programmazione comunale, vengono innanzitutto in rilievo

il piano regolatore generale comunale (art. 7, l. 1150/1942), o, in mancanza, il programma di fabbricazione contenuto nel regolamento edilizio (art. 34 l. 1150/1942), nonché gli strumenti di attuazione variamente denominati e disciplinati da una normativa succedutasi per stratificazione e non interessata dal riordino operato dal testo unico in materia edilizia (cfr. artt. 136 e 137 TUE): il programma pluriennale di attuazione (art. 13, l. 10/1977), il piano particolareggiato (art. 13, l. 1150/1942), il piano di zona (art. 1, l. 167/1962), il piano di recupero (artt. 27 ss., l. 5.8.1978, n. 457), il programma integrato di recupero (art. 16, l. 179/1992), il programma di recupero urbano (art. 11, l. 493/1993). Nel concetto di strumento urbanistico rientra anche la pianificazione comunale ad oggetto speciale, come il piano per gli insediamenti produttivi (art. 27, l. 22.10.1971, n. 865) e il programma urbano dei parcheggi (art. 3 l. 24.3.1989, n. 122). Quanto alla pianificazione sovracomunale – che, di regola, vincola i comuni nelle loro scelte urbanistiche, ma che può anche dettare norme immediatamente operative che si impongono rispetto a quelle, eventualmente diverse, della pianificazione sottoordinata – possono ricordarsi il piano territoriale di coordinamento regionale (art. 5 l. 1150/1942) e provinciale (artt. 14 s. l. 142/1990), il piano paesaggistico (art. 143 d.lg. 42/2004), il piano pluriennale di opere delle comunità montane (art. 28 l. 142/1990), il piano territoriale dell'area metropolitana (art. 19, l. 142/1990), il piano regolatore intercomunale (art. 12 l. 1150/1942), il piano di assetto idrogeologico regionale o, se del caso, di bacino interregionale (l. 183/1989 e d.l. 180/1998 conv. in l. 267/1998)

Del resto, nel caso di Comuni che non siano dotati di strumento urbanistico generale – p.r.g.c. o programma di fabbricazione – le uniche norme urbanistiche concretamente operanti potrebbero essere quelle, immediatamente operative, degli strumenti sovraordinati. E soltanto le inosservanze a questi strumenti urbanistici potrebbero essere sanzionate penalmente, posto che, come si è detto (§. 4.3), la violazione delle disposizioni di legge che disciplinano l'attività edilizia nei Comuni privi di strumenti (art. 9 TUE) non rientra nel campo di applicazione dell'art. 44, 1° co., lett. a, TUE.

Talvolta in giurisprudenza i titoli abilitativi edilizi – autorizzazione o concessione – sono definiti strumenti urbanistici “particolari” o “speciali” (Cass. Sez. III, 21.12.1993, Rovai, *CP*, 1995, 1036; Cass. Sez. III, 24.5.1994, Bartolucci, *CP*, 1995, 1966 s.). Al di là della discutibilità di tale espressione è però chiaro – alla stessa giurisprudenza – che quando la legge menziona questa categoria di atti, dalla disciplina normativa generale

(così come dal contesto della norma di cui all'art. 20 l. 28.2.1985, n. 47, in cui gli strumenti urbanistici sono addirittura espressamente distinti dalla concessione) si ricava logicamente che gli strumenti urbanistici (...) sono quelli generali (piani generali, piani particolareggiati o attuativi ecc.) ma non quelli speciali, come una concessione edilizia

(Cass. Sez. III, 7.7.1995, Imerito, *RP*, 1996, 896).

Si consideri, inoltre, che il reato in esame potrà ritenersi configurato soltanto nel caso in cui lo strumento urbanistico della cui inosservanza si discute

sia valido ed efficace. Al proposito, un giudice di merito ha ritenuto che non potesse considerarsi tale

quello del Comune di Trevi nel Lazio, in quanto solo adottato dall'ente locale, ma, come già detto, mai approvato dalla Regione – quantomeno ai fini urbanistici – ed apparendo influenti i motivi di tale mancata approvazione

(Pret. Frosinone – sez. Anagni, 15.7.1993, Miaci e a., *CP*, 1994, 1101).

Occorre considerare, tuttavia, che

a seguito dell'adozione dei piani urbanistici, ovvero dal momento in cui l'organo amministrativo competente delibera formalmente il piano e lo pubblicizza, onde consentire la presentazione delle osservazioni da parte dei soggetti interessati, entrano in vigore le misure di salvaguardia, con lo scopo di impedire che antecedentemente all'approvazione del piano vengano eseguiti interventi che compromettano gli assetti territoriali previsti dal piano stesso, così che integrano la violazione dell'art. 20 della l. 28.2.1985, n. 47 (ora art. 44 del D.P.R. 6.6.2001 n. 380, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) gli interventi posti in essere dopo l'adozione ed antecedentemente all'approvazione del piano ed eseguiti in contrasto con le misure di salvaguardia

(Cass. Sez. III, 10.6.2003, Soluri e a., *GP*, 2004, II, 441, con riferimento alla violazione del P.A.I.)

Al di là dell'efficacia, si diceva, lo strumento urbanistico dev'essere anche valido, cioè, ragionando con categorie amministrativistiche, legittimo. Esso, invero, ha di regola natura di provvedimento amministrativo discrezionale (cfr., per tutti, G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, 3^a ed., Milano, 2002, 33 s.), salve le particolari ipotesi dei <<piani la cui iniziativa può essere assunta da soggetti privati, e che assumono la natura di un atto negoziale (convenzione) fra i privati e l'autorità pubblica>> (A. FIALE, *Diritto urbanistico*, 9^a ed., Napoli, 2000, 47). In ogni caso, tenendo conto dell'interpretazione finalistica e al pari di quanto si è osservato con riguardo ai regolamenti edilizi (v. §. 5.1) si dovrà escludere la rilevanza penale di violazioni di prescrizioni contenute in strumenti urbanistici che, anche in sede penale, siano ritenuti illegittimi (o comunque invalidi), senza, tuttavia, che il giudice possa sindacare le scelte di merito effettuate dalla p.a.: da questo punto di vista, e tenendo conto del carattere discrezionale dell'attività pianificatoria, il ruolo del giudice penale dovrà essere limitato ad una rigorosa valutazione dei soli profili di legittimità formale degli atti *de quibus*.

IN SINTESI - *La sanzionabilità penale delle violazioni del regolamento edilizio comunale costituisce eccezione rispetto alla depenalizzazione, da tempo avvenuta, delle inosservanze ai regolamenti locali. Occorre, pertanto, distinguere bene le norme che si riferiscono all'esercizio della potestà normativa comunale nella materia de qua – quale circoscritta dall'art. 4 TUE, in termini più ridotti che nel passato - da quelle che traggono origine dall'ordinaria autonomia regolamentare dell'ente locale. Alcune norme tutelano interessi che vanno al di là dell'urbanistica e che vengono in rilievo soltanto perché connessi all'attività di trasformazione del suolo. Quanto all'inosservanza delle previsioni contenute negli strumenti urbanistici, viene in rilievo tutta la pianificazione, generale e di attuazione, fatta a livello comunale o sovraordinato. Il reato sussisterà soltanto se gli strumenti – come pure i regolamenti edilizi – siano validi ed efficaci.*

6.1. Coltivazione di cave in aree non consentite.

Tra i casi che la giurisprudenza ha ricondotto alla violazione degli strumenti urbanistici vi è la coltivazione di cava in zone del territorio comunale ove tale attività non sia consentita. Deve rammentarsi che l'orientamento consolidato della Cassazione, a seguito di una decisione delle sezioni unite che non ha tuttavia dissolto i dubbi (Cass. S.U., 18.6.1993, Antonelli, *CP*, 1994, 274; per approfondimenti sia consentito rinviare a G. REYNAUD, *cit.*, 130 ss.), è nel senso che l'attività estrattiva (miniere, cave e torbiere), pur incidente in modo rilevante sull'assetto territoriale (soprattutto negli ultimi due casi), non è soggetta al rilascio del permesso di costruire, ma soltanto alle autorizzazioni minerarie, oggi attribuite, quanto alle cave e torbiere, alla competenza regionale. Se, dunque, non è in alcun modo ipotizzabile il reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. b, TUE (per una recente riaffermazione del principio v. Cass. Sez. III, 26.2.2013, D'alessandro e a., C.E.D. Rv. 255960), vi è però spazio per l'applicazione dell'ipotesi residuale della lett. a, perché la pianificazione urbanistica può considerare l'assetto territoriale nel suo complesso, compresi gli insediamenti produttivi. La giurisprudenza ha infatti ritenuto che lo svolgimento dell'attività estrattiva debba comunque conformarsi alle scelte di pianificazione compiute dalle competenti autorità, sicché è apparso naturale valutare la liceità di tali condotte alla luce delle previsioni contenute negli strumenti urbanistici. In una decisione di legittimità, di fatti, si legge che

detto orientamento giurisprudenziale non contrasta con le decisioni delle Sezioni unite, in base alle quali si è sostenuta la tesi della non sottoposizione a concessione edilizia dell'attività di coltivazione di cava, giacché detta conclusione non esclude la sussistenza del reato di cui all'art. 20 lett. a) l. n. 47 del 1985, basata sulle violazioni delle prescrizioni e quindi dei vincoli di piano, in quanto la norma punisce ogni inosservanza di norme previste da uno strumento urbanistico quale è il piano regolatore generale anche qualora non riguardi opere edilizie

(Cass. Sez. III, 13.7.1995, Rognini, *CP*, 1997, 186).

Questa strada era apparsa percorribile già nei primi anni '80, quando, a seguito dell'approvazione della legge Bucalossi, si pose il problema della liceità urbanistica dell'attività estrattiva. Nella prime pronunce, tuttavia, il problema non fu messo bene a fuoco. Una lontana decisione, ad es., ritenne applicabile il reato di cui all'art. 17, lett. a, l. 10/1977 sul rilievo che la legge regionale - si trattava della l.r. Toscana 30.4.1980, n. 36 - <<ha regolato l'ambiente territoriale ed in contesto ha imposto per gli operatori siffatti nella coltivazione di cave, l'autorizzazione del sindaco competente. Una simile normativa>> - statuì lapidariamente, ma discutibilmente, la Corte - <<non può che equivalere a strumento urbanistico>> (Cass. Sez. III, 3.6.1985, Barsotti, CP, 1987, 635). In realtà, un conto è la legge regionale, e un conto sono le previsioni degli strumenti urbanistici, anche se, come si vedrà, per la fattispecie in esame le due prospettive sono inscindibilmente connesse. In una successiva pronuncia, emessa sempre in relazione alla subordinazione a concessione edilizia dell'attività di cava da parte di una legge regionale - la l.r. Calabria 23/1990 - la Cassazione fece allora riferimento all'inosservanza di leggi e sostenne che la violazione <<configura un'inosservanza della normativa urbanistica sanzionabile ex art. 20 lett. a>> (Cass. Sez. III, 7.3.1995, RGE, 1996, I, 837). La successiva giurisprudenza, si mosse invece nel senso - che appare più corretto - di verificare la compatibilità degli insediamenti estrattivi con le previsioni di piano. Emersero, tuttavia, diverse tendenze.

Pronunciandosi sempre con riferimento alla citata l.r. Toscana n. 36/1980 e confermando, nella sostanza, l'orientamento affermato nella sentenza Barsotti, in altre decisioni la Corte rilevò che lo specifico quadro normativo

è ispirato al principio secondo cui la coltivazione di cave nel territorio regionale è ammessa soltanto nelle zone appositamente previste negli strumenti urbanistici, con la conseguenza della inammissibilità in aree diverse. In tale regione l'autorizzazione alla coltivazione di cave è affidata al sindaco con logica coerenza, in quanto lo strumento urbanistico particolare (autorizzazione) deve verificare preventivamente la corrispondenza con le specifiche prescrizioni e destinazioni degli strumenti urbanistici generali (piano regolatore, piano di fabbricazione)

(Cass. Sez. III, 21.12.1993, Rovai, CP, 1995, 1036. Esattamente in termini, Cass. Sez. III, 24.5.1994, Bartolucci, CP, 1995, 1966 s.).

A parte la discutibile qualificazione dell'autorizzazione sindacale come "strumento urbanistico particolare" - di cui si è detto al paragrafo precedente - la *ratio decidendi* sembra riposare sul rilievo per cui, quanto meno in Toscana, la coltivazione delle cave appare consentita soltanto nelle zone che abbiano una tale destinazione nello strumento urbanistico: l'insediamento altrove è punito ai sensi della lett. a della norma incriminatrice (il principio sembra ribadito, senza specifico riferimento alla regione Toscana, da Cass. Sez. III, 2.7.1995, Salesi, GP, 1996, II, 432).

Secondo una posizione meno rigorosa, il reato sussisterebbe invece solo quando l'attività sia svolta in una zona del territorio comunale che abbia una destinazione con essa incompatibile:

è ipotizzabile il reato previsto dall'art. 20, lett. a) l. 28.2.1985, n. 47 qualora la coltivazione di una cava sia stata svolta in zona ove la predetta attività non sia consentita dalle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale. Difatti, il reato di cui all'art. 20 lett. a) cit. rimane integrato (...) anche dalle violazioni del-

le norme degli strumenti urbanistici, comprese quelle che prevedono la destinazione urbanistica delle varie zone di piano regolatore. (Nella specie, la coltivazione della cava veniva esercitata in zona con destinazione agricola)

(Cass. Sez. III, 11.10.1991, Di Rauso, *CP*, 1993, 161. Per analogia fattispecie, v.: Cass. Sez. III, 1.6.1994, Ciotti, *RP*, 1996, 72; Cass. Sez. III, 4.7.1995, Trotta e a., *RP*, 1996, 509).

Una terza posizione – all'apparenza più liberale – ritiene invece integrato il reato in parola

solo quando il piano regolatore comunale vieti espressamente (e non già con una generica destinazione) l'apertura di cave in una determinata zona

(Cass. Sez. III, 4.5.1994, Moscato e a., *GP*, 1995, II, 286; *RP*, 1995, 813).

Probabilmente, il contrasto di giurisprudenza che emerge dalla lettura delle massime di legittimità riportate non è così netto come appare. Se, infatti, si leggono le decisioni pubblicate per esteso, dalla motivazione si comprende che il giudizio varia in relazione al quadro normativo regionale di riferimento. Una chiara pronuncia, dopo aver correttamente enunciato i termini generali del problema circa la sicura applicabilità, in astratto, della contravvenzione in parola – ciò che costituisce *ius receptum* – effettua la valutazione di liceità alla luce della disciplina regionale applicabile. Quanto all'inquadramento generale della questione, la Corte osserva:

in via di principio l'esercizio dell'attività di cava non può prescindere dall'assetto del territorio come definito dagli strumenti urbanistici generali (Piano Regolatore Comunale) e particolari (Piani Attuativi del P.R.C.), in quanto l'urbanistica non può ridursi alla semplice edilizia, comprendendo l'equilibrata disciplina di bisogni collettivi complementari a quello fondamentale abitativo (es. le aree destinate ad attività agricole, le aree destinate alla conservazione di beni naturali, le aree destinate alla conservazione di valori culturali, le aree per i servizi, le aree destinate all'attività produttiva, compreso l'esercizio di impresa consistente nell'esercizio di escavazioni per il recupero di risorse). A prescindere dal distinto problema della necessità o meno della concessione comunale, quando l'esercizio di una cava contrasti con le previsioni degli strumenti urbanistici deve trovare applicazione l'articolo 20 lettera a della legge 47/85, che sanziona comportamenti anche diversi da quelli tipici consistenti in lottizzazione, costruzioni senza concessione o in difformità. Una cosa, infatti, è il controllo comunale dell'attività edilizia, altra cosa è la disciplina complessiva del territorio affidato anche alla competenza sopracomunale della Regione, nella quale certamente rientra anche l'esercizio dell'attività di impresa consistente nella cava

(Cass. Sez. III, 10.4.1995, Falcione e a., *GP*, 1996, II, 495).

Passando ad esaminare il quadro normativo di riferimento locale, la Cassazione precisa che,

nel caso di specie, nella Regione Lazio deve trovare applicazione la nuova legge in materia di cava n. 27 del 1993 la quale ne vieta espressamente l'esercizio <<sino a che non sia stato approvato lo strumento urbanistico comunale che recepisce il piano regionale delle attività estrattive>>, stabilendosi un legame indissolubile con l'assetto del territorio quale sancito negli strumenti urbanistici comunali (...) Poiché nel caso di specie il P.R.C. del Comune di Roma non prevede espressamente per l'area in oggetto la possibilità di esercizio dell'attività di cava (e tale previsione è necessaria positivamente in base alla citata legge regionale n. 13/93) gli imputati si trovano in una situazione di illegittimità, aggravata dalla mancanza di una autorizzazione. L'esercizio delle attività di cava nella Regione Lazio non può svolgersi nel periodo transitorio ex art. 39 L. 13/93 se non siano <<legittimamente in atto>> e tale condizione non sussisteva oggettivamente per le aree di P.R.G. aventi diversa destinazione, a prescindere dalla adozione di piani attuativi da parte del comune

(Cass. Sez. III, 10.4.1995, Falcione e a., *GP*, 1996, II, 495).

Per valutare se l'attività di coltivazione di cava contrasti o meno con lo strumento urbanistico, occorre dunque, per un verso, esaminarne il contenuto e, per altro verso, considerare la legislazione regionale di riferimento. Questa, peraltro, prevede sovente la redazione di un "piano cave" su base regionale, che vincola la pianificazione urbanistica locale (cfr., pure per riferimenti, N. CENTOFANTI, *La legislazione urbanistica*, 2^a ed., Pa-

dova, 2000, 80 ss.), sicché anche per tale ragione è imprescindibile una valutazione congiunta della disciplina regionale (normativa o pianificatoria) e degli strumenti urbanistici comunali. La giurisprudenza penale se ne mostra consapevole. Si consideri, con riguardo alla Regione Toscana nella vigenza della l.r. 3.11.1998, n. 78, la seguente decisione di merito, che conferma il provvedimento di reiezione di misura cautelare emesso dal g.i.p. sul presupposto della non configurabilità del reato:

nel caso di specie si tratta della prosecuzione della coltivazione di una cava già in precedenza autorizzata e in una zona dove vi sono altre cave che svolgono attività estrattiva per cui fino a prova contraria deve fondatamente ritenersi che la zona di Miseglia di Carrara non sia stata presa in considerazione del Piano regolatore generale del Comune di Carrara cui il P.M. fa un generico riferimento (...) La L.R. Toscana 3.11.1998, n. 78, invocata dal P.M., disciplina l'attività estrattiva nelle cave, torbiere e miniere nonché il recupero di aree scavate e il riutilizzo di residui recuperabile e all'art. 10 stabilisce che il comune nella fase di adeguamento del proprio strumento urbanistico generale al Paerp, nei termini dallo stesso stabiliti, individua i casi in cui il rilascio dell'autorizzazione per l'attività estrattiva nei nuovi bacini estrattivi è subordinato all'approvazione di un piano urbanistico attuativo di iniziativa pubblica o privata, precisando gli elaborati necessari. Nel caso di specie non si tratta di un bacino estrattivo nuovo e anche a volerlo considerare tale non risulta che il Comune di Carrara abbia subordinato l'autorizzazione per l'attività estrattiva al suddetto piano urbanistico (Trib. Massa Carrara 8.4.1999, Dell'Amico e a., *RP*, 1999, 687).

La decisione, in questa parte, è condivisibile. Se il giudice avesse però avuto a disposizione il piano regolatore comunale avrebbe dovuto verificare quale destinazione era stata data alla zona in questione, poiché, se questa fosse stata incompatibile con l'attività estrattiva, a nostro avviso si sarebbe dovuto ritenere la sussistenza del reato di cui all'art. 20 lett. a, l. 47/1985. Non è condivisibile, invero, l'ulteriore passaggio della motivazione in cui si afferma che

per l'integrazione della suddetta contravvenzione è necessario che la legislazione regionale abbia inquadrato l'attività di cava anche nella disciplina urbanistica e nella pianificazione complessiva dell'assetto urbanistico territoriale, conferendo al comune interessato il potere di emanare appositi atti (Trib. Massa Carrara 8.4.1999, Dell'Amico e a., *RP*, 1999, 687).

Questo potere, invero, deriva dalla legislazione nazionale, sicché, in assenza di disciplina regionale contraria (o più specifica), vale il principio per cui l'attività di apertura e coltivazione di cava

deve svolgersi nel rispetto della pianificazione territoriale comunale, configurandosi, in difetto, ovvero in caso di svolgimento della stessa in zona non consentita, la violazione dell'art. 20 lett. a) l. 28.2.1985, n. 47 (Cass. Sez. III, 21.3.2002, Guida, *CP*, 2003, 3157; *RP*, 2003, 359).

E' ben vero, peraltro, che

quando la legislazione regionale disciplina l'attività di cava inquadrandola anche nella disciplina urbanistica e nella pianificazione complessiva dell'assetto urbanistico territoriale conferendo al comune interessato il potere di emanare appositi atti (es. attestato di conformità agli strumenti urbanistici, approvazione studio di fattibilità, approvazione piani di recupero), la mancanza di tali atti è sufficiente ad integrare la più lieve contravvenzione di cui all'art. 20 lett. a) l. 28.2.1985, n. 47, in quanto la norma regionale ed i correlati strumenti urbanistici comunali integrano il precetto della predetta norma penale in bianco, avente funzione complessiva urbanistica e non solo edilizia in senso stretto (Cass. Sez. III, 16.11.1994, Agati, *CP*, 1996, 2354).

L'orientamento in questione è stato altresì confermato, più di recente, dalla Corte di legittimità pronunciatisi a sezioni unite per comporre un contrasto di giurisprudenza insorto circa la portata delle disposizioni transitorie dettate dall'art. 36 l.r. Campania 13.12.1985, n. 54 in relazione ai profili urbanistici ed ambientali delle cave in esercizio. Al di là della specifica questione interpretativa esaminata, la Corte, ponendosi nel solco della giurisprudenza delle

sezioni semplici più sopra richiamata, ribadisce alcuni importanti principi. In primo luogo, la Cassazione osserva che

la giurisprudenza amministrativa riconosce ormai agli strumenti urbanistici (piano regolatore generale e piano di fabbricazione) il potere di definire <<zone a cave>>, dettando disposizioni in merito all'attività di coltivazione delle cave. Se è vero infatti che questa non è attività propriamente urbanistica (riservata alla competenza del sindaco), in quanto lo sfruttamento del sottosuolo per fini estrattivi è di competenza delle regioni (ex artt. 50 e 62 d.P.R. n. 616/77), è anche vero però che la coltivazione delle cave può interessare gli strumenti urbanistici sotto il profilo della tutela del paesaggio (Cass. S.U. 31.12.2001, De Marinis, CP, 2002, 1326).

In secondo luogo, dopo aver escluso, nel caso *sub iudice*, la sussistenza dei presupposti per ritenere l'attività di cava legittima ai sensi della disciplina regionale transitoria, la Corte ha fatto applicazione della ordinaria legislazione statale confermando la condanna inflitta con la sentenza impugnata sul rilievo che

correttamente i giudici di merito hanno ritenuto il contrasto con la destinazione urbanistica della zona (quanto meno con la sua destinazione boschiva). Si è già osservato più sopra che – contrariamente alla tesi accennata nel ricorso – lo strumento urbanistico può anche prevedere una zona specificamente destinata a cave. Come già rilevato, risulta quindi integrato il reato di cui all'art. 20 let. a) l. n. 47/85 (ora art. 44 comma 1 lett. a) del testo unico approvato con d.P.R. 6.6.2001, n. 380) (Cass. S.U. 31.12.2001, De Marinis, CP, 2002, 1332).

Può dunque considerarsi ormai *ius receptum* il principio, anche di recente riaffermato, secondo cui

l'attività di apertura e coltivazione di cava, pur non essendo subordinata al potere di controllo edilizio comunale, deve comunque svolgersi nel rispetto della pianificazione territoriale comunale, potendosi configurare, in difetto, la contravvenzione di cui all'art. 44 lett. a) d.P.R. n. 380 del 2001

(Cass. Sez. III, 26.8.2008, Iuliano, C.E.D. Rv. 241268).

Deve ricordarsi, da ultimo, che va certamente applicata l'ordinaria disciplina che prevede il rilascio del permesso di costruire (sicché, in mancanza, si perfeziona il reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. b, TUE) nel caso di edificazione di manufatti all'interno degli impianti minerari :

le opere edili realizzate all'interno di una cava in cui si svolgono attività estrattive autorizzate necessitano del permesso di costruire, ove non precarie, anche se connesse al ciclo produttivo, configurandosi, in difetto, il reato di cui all'art. 44, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Cass. Sez. III, 7.4.2010, Borra, C.E.D. Rv. 247157)

6.3. Difformità "parziale" dal piano di lottizzazione.

Com'è noto, il reato di lottizzazione abusiva c.d. "materiale" – sul quale non ci si può qui intrattenere – è reato a condotta alternativa che si perfeziona quando le opere di trasformazione urbanistica od edilizia che integrano il concetto di lottizzazione siano commesse

in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione (art. 30, 1° co., TUE)

L'autorizzazione comunale in questione, che - integrata dalla convenzione urbanistica che privato e p.a. debbono siglare – costituisce il piano di lottizzazione, è senz'altro da qualificarsi come strumento urbanistico (v. Cass.

S.U. 28.11.2001, Salvini, CP, 2002, 2017). I punti degni di nota a proposito dell'applicazione del reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE sono due.

Innanzitutto, trattandosi di uno strumento attuativo – espressamente definito come alternativo al p.p.a. – il piano di lottizzazione deve rispettare la programmazione sovraordinata, sicché, laddove sia stato rilasciato in difformità dalla medesima, il parametro di legalità della condotta resterà pur sempre la normativa urbanistica di rango superiore. Per la particolare formulazione della fattispecie di reato della lottizzazione abusiva quale sopra richiamata – e la natura residuale dell'art. 44, 1° co., lett. a, TUE - queste ipotesi rientrano però nell'ambito di operatività del reato di lottizzazione abusiva, perché essa, appunto, abbraccia anche i casi in cui la condotta lottizzatoria (pur se autorizzata) si ponga in contrasto con gli strumenti urbanistici. Nell'ottica dell'interpretazione finalistica di tale più grave fattispecie, appare tuttavia preferibile limitare questa conseguenza ai casi in cui la difformità valga a “compromettere l'assetto pianificatorio” (l'argomento si trae da Cass. S.U. 28.11.2001, Salvini, CP, 2002, 2017, citata immediatamente *infra*), sicché se la difformità del piano di lottizzazione dagli strumenti urbanistici sovraordinati sia veramente marginale – e quindi inidonea a realizzare questa compromissione – l'attività di trasformazione del territorio compiuta in conformità a quel piano (pur formalmente illegittimo, e salvo che sia illecito) potrebbe essere ricondotta, a livello oggettivo, alla fattispecie della lettera a (impregiudicata, ben inteso, la valutazione dell'elemento soggettivo).

Al di là di questa marginale applicazione, una seconda, più ampia, possibilità d'impiego della fattispecie incriminatrice in parola nell'ambito delle opere di lottizzazione si ha con riguardo a quelle condotte che violino il piano di lottizzazione legittimamente approvato. In questi casi, non espressamente disciplinati dalla norma che punisce la lottizzazione abusiva, la giurisprudenza equipara alla mancanza dell'autorizzazione a lottizzare l'esecuzione di opere che, con locuzione efficace, potrebbero definirsi “in totale difformità” da essa. L'ipotesi della *lottizzazione illecita per violazione delle prescrizioni autorizzatorie* – precisa la già menzionata sentenza delle sezioni unite – è configurabile poiché:

qualora siano idonee a compromettere l'assetto pianificatorio, costituiscono anch'esse <<difformità da uno strumento urbanistico>>;

qualora implicino difformità tipologiche, volumetriche, strutturali e di destinazione, tanto rilevanti e diffuse su tutta l'area, rispetto al progetto approvato dall'autorità amministrativa, comportano che l'opera non è più riferibile a quella pianificata e deve considerarsi pertanto <<senza autorizzazione>>

(Cass. S.U. 28.11.2001, Salvini, CP, 2002, 2026).

In via residuale rispetto alle caratteristiche che deve avere questa “ipotesi pretoria di totale difformità”, è quindi possibile individuare un'area (che potremmo definire di “parziale difformità”) nella quale la minor rilevanza delle violazioni del piano di lottizzazione non giustifica la loro riconducibilità al reato di lottizzazione abusiva, poiché, pur non corrispondendo il realizzato a quanto pianificato, non si tratta propriamente di un *aliud pro alio*. In tal caso, come

osservava un'attenta dottrina già qualche anno prima dell'intervento delle sezioni unite,

le singole minime violazioni, derivanti dall'*iter* procedurale, o le piccole difformità (...) troveranno la loro eventuale sanzione nell'art. 20 lett. a) legge n. 47 del 1985

(F. NOVARESE, *La lottizzazione abusiva: forme e modalità di accertamento*, in RGE 1994, II, 130).

7. Ulteriori ipotesi d'inosservanza delle prescrizioni urbanistiche o regolamentari: mutamenti di destinazione d'uso funzionali.

Un'altra ipotesi che, in taluni casi, può essere ricondotta alla norma incriminatrice residuale in esame è quella relativa alla modifica della destinazione d'uso di un immobile attuata senza opere (c.d. modifica formale o funzionale), cui si può parificare anche il caso del mutamento materiale realizzato con semplici opere di manutenzione ordinaria o con altra attività edilizia c.d. libera, posto che, per il loro pressoché nullo impatto sul tessuto urbanistico ed edilizio, queste sono escluse da qualsiasi forma di controllo amministrativo (cfr. art. 6, 1° co., lett. a, TUE). L'economia del presente scritto non consente di approfondire il concetto di mutamento di destinazione d'uso giuridicamente rilevante e, soprattutto, la complessa problematica della necessità o meno del permesso di costruire per poter procedere a modifiche, materiali o formali, della destinazione d'uso di edifici (ci si permette di rinviare, sul punto, a G. REYNAUD, *cit.*, 141 ss.). Premesso che a nostro avviso è preferibile la tesi – peraltro prevalente in giurisprudenza, quanto meno per le modifiche materiali (v., di recente: Cass. Sez. III, 30.8.2012, Moscatelli, C.E.D. Rv. 253585; Cass. Sez. III, 19.1.2012, Tedesco, C.E.D. Rv. 252341) – secondo cui per la legge statale è necessario il permesso di costruire per gli interventi su immobili preesistenti che ne determinano la modificazione della destinazione d'uso giuridicamente rilevante (vale a dire, detto in sintesi, quella che avviene tra categorie non omogenee di manufatti), deve tuttavia osservarsi che, quand'anche si accogliesse la tesi interpretativa alternativa (che guarda alle scelte dei singoli legislatori regionali effettuate ai sensi dell'art. 10, 2° co., TUE), nel caso di modifiche meramente funzionali non potrebbe mai ipotizzarsi il reato di costruzione *sine titulo*. A differenza delle modifiche di destinazione d'uso c.d. strutturali, invero, quelle funzionali non possono essere ricondotte alla contravvenzione di cui all'art. 44, 1° co., lett. b, TUE proprio per la mancanza dell'elemento costitutivo della fattispecie, che postula la "esecuzione di lavori". Per contro, dette condotte possono integrare gli estremi del reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE, innanzitutto sotto il profilo dell'inosservanza delle disposizioni contenute negli strumenti urbanistici (o, in taluni casi, del piano regolatore).

Il precedente giurisprudenziale più autorevole in questo senso è rappresentato dalla decisione con cui, vigente la legge Bucalossi, le sezioni unite della Cassazione presero posizione sui diversi orientamenti espressi dalla se-

zioni semplici, che, in alcune decisioni, avevano escluso la rilevanza penale del mutamento funzionale (v. Cass. Sez. III, 6.4.1981, Carli e a., *FI*, 1982, II, 28 e *GI*, 1982, II, 49; Cass. Sez. III, 17.2.1981, Buccino, *FI*, 1982, II, 28 e *GI*, 1982, II, 50; Cass. Sez. III, 10.2.1981, Gangemi e a., *GI*, 1982, II, 59), e, in altri casi, l'avevano invece affermata, riconducendo le condotte alla fattispecie di cui all'art. 17, lett. a, l. 10/1977 (Cass. Sez. V, 10.11.1980, Venturi e a., *FI*, 1982, II, 28 e *GI*, 1982, II, 60) ovvero al reato di cui all'art. 17, lett. b, l. 10./1977 (Cass. Sez. III, 23.4.1981, Conci, *FI*, 1982, II, 27 e *GI*, 1982, II, 49). Pur osservando come <<la scarsa chiarezza della disciplina positiva potrebbe offrire qualche appiglio per giustificare le opposte soluzioni>> (Cass. Sez. U., 29.5.1982, Querqui Guetta, *GP*, 1982, II, 691), il supremo organo della Corte di legittimità avallò la tesi della punibilità ai sensi dell'art. 17, lett. a, l. 10/1977, richiamando le argomentazioni svolte nelle precedenti sentenze conformi. Alcune di queste – *mutatis mutandis*, laddove si fa riferimento a disposizioni incriminatrici della legge Bucalossi che sono state sostanzialmente ribadite nella l. 47/1985 e nel testo unico in materia edilizia – possono essere riproposte ancora oggi:

A) L'art. 17 lett. a della legge n.10 del 1977 garantirebbe la conformità dell'opera non soltanto nel corso dell'esecuzione dei lavori, ma in modo continuo nel tempo, con la conseguenza che il mutamento di destinazione d'uso si configurerebbe come un'attività comportante <<trasformazione urbanistica>> (ex art. 1 di detta legge) e lesiva quindi dell'interesse tutelato dalla legge stessa, dalle previsioni del piano regolatore, e dalla concessione rilasciata per diversa destinazione; B) il già citato art. 17 avrebbe una portata più ampia dell'art. 41 lett. a della legge urbanistica del 1942 (modificato dall'art.13 della legge n.765 del 1967) e non ne riproporrebbe *sic et simpliciter* lo stesso contenuto sanzionatorio, con la sola modificazione letterale, se viene interpretato (come deve essere interpretato) nel contesto complessivo in cui detto articolo 17 è contenuto e, soprattutto in relazione alla mutata concezione dell'urbanistica, intesa non come mera attività edilizia, e al suo stretto rapporto con l'assetto dell'intero territorio comunale e del suo equilibrato sviluppo (...) F) Infine, sotto un profilo di carattere generale, la destinazione d'uso in senso urbanistico dovrebbe essere riferita, alle cosiddette <<destinazioni di zona>> previste dagli strumenti programmatori, come il piano regolatore generale, il piano di fabbricazione, o il contenuto specifico della singola concessione (...) è stato fatto richiamo anche agli artt.17 comma ottavo della legge 6 agosto 1967, n. 765, e 41 *quinquies* della legge urbanistica, i quali dispongono che, nella ripartizione del territorio comunale (la cosiddetta <<zonizzazione>>) debbono essere osservati rapporti massimi fra spazi destinati agli insediamenti residenziali e spazi riservati alle attività collettive, a verde pubblico, a parcheggio. A sua volta, il Decreto Ministeriale del 2 aprile 1968, n.1444 ha provveduto a determinare in concreto la destinazione d'uso delle zone in cui è suddiviso il territorio comunale con la conseguenza che il mutamento di detta destinazione, modificando arbitrariamente il predisposto piano di distribuzione degli insediamenti e dei servizi, violerebbe interessi tutelati anche penalmente, perché ricompresi nel più volte citato art. 17, lett. a della legge n.10 del 1977 (Cass. Sez. U., 29.5.1982, Querqui Guetta, *GP*, 1982, II, 690 s.).

La Corte, inoltre, notò come la dottrina avesse posto in evidenza

tutti quei riflessi negativi che potrebbero derivare all'aspetto del territorio con la violazione del criterio fondamentale relativo alla predisposta programmazione per zone del territorio stesso, osservando al riguardo che da tutto il complesso della legislazione urbanistica ed edilizia, entrata in vigore nell'ultimo quarantennio, si può ricavare la regola di carattere generale anche se non assoluto, che è lo strumento normativo urbanistico quello che decide, fra tutte quelle possibili, la destinazione d'uso dei suoli e degli edifici, in funzione della quale trova attuazione il contenuto delle scelte del piano di gestione di tutto il territorio comunale (Cass. Sez. U., 29.5.1982, Querqui Guetta, *GP*, 1982, II, 691).

Confermando la condanna inflitta dal giudice di merito per il reato di cui all'art. 17 lett. a, l. 10/1977, la Cassazione osservò che nel caso di specie,

trasformando l'unità immobiliare da abitazione privata ad uso ufficio, l'imputata aveva violato gli indici di utilizzo dei fabbricati previsti, per quella zona, dal regolamento edilizio, ove si stabiliva che ciascun fabbricato dovesse essere destinato per l'80% ad uso abitativo e per il 20% ad usi diversi, di cui non più del 10% ad uffici.

La giurisprudenza penale formatasi successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite si adeguò sostanzialmente all'autorevole insegnamento (per tutte, v.: Cass. Sez. III, 12.1.1984, Pirri, *CP*, 1985, 985; Cass. Sez. III, 2.4.1984, Bernardi, *CP*, 1985, 1658; Cass. Sez. III, 29.2.1984, Metelli, *RP*, 1985, 539. *Contra*, Cass. Sez. III, 20.2.1985, Sciacca, *CP*, 1986, 992). Con la previsione di cui all'art. 25, 4° co., l. 47/1985 il legislatore assoggettò però ad autorizzazione del sindaco, da ritenersi necessaria nei casi previsti dallo strumento urbanistico e in relazione alle prescrizioni ivi contenute, i mutamenti di destinazione d'uso soltanto formali, stabilendo che in mancanza del titolo sarebbero state applicabili soltanto sanzioni amministrative. La giurisprudenza successiva, dunque, esclude che le violazioni potessero continuare ad essere ricondotte alla fattispecie incriminatrice residuale (Cass. 25.6.1986, Crippa, *CP*, 1987, 2016 s.; Cass. Sez. III, 1.10.1985, Sachdeva, *CP*, 1986, 2022; Cass. Sez. III, 3.3.1987, Deffenu e Mereu, *CP*, 1987, 2205; Cass. Sez. III, 15.7.1988, Mielli, *CP*, 1991, 1795. *Contra*, Cass. Sez. III, 20.11.1991, Coccia, *CP*, 1993, 1525).

Con una "novella" del 1993 – lievemente modificata nel 1996 - l'art. 25, u.c., l. 47/1985 è stato però sostituito con una disposizione analoga (salvo il riferimento alla d.i.a. in luogo dell'autorizzazione) a quella oggi contenuta nell'art. 10, 2° co., TUE. Questa previsione riguarda soltanto l'individuazione del titolo abilitativo – e rimette la scelta alla legislazione regionale – ma non prevede più che in caso di irregolarità debbano trovare applicazione soltanto le sanzioni amministrative. Ferma restando l'impossibilità di configurare l'ipotesi di lavori eseguiti *sine titulo* per mancanza della condotta materiale richiesta dalla norma – ciò che rende irrilevante, ai fini penali, l'assoggettamento al permesso di costruire piuttosto che alla d.i.a. – non appare dunque più preclusa, oggi, la riconducibilità di mutamenti d'uso funzionali all'ipotesi di reato residuale, secondo le regole generali. Tornano dunque validi i principi affermati dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 1982.

Sulla scorta di quell'insegnamento, occorre ritenere che se il mutamento di destinazione d'uso funzionale contrasta con le previsioni degli strumenti urbanistici (ad es. perché dà ad un edificio un utilizzo incompatibile con la zona in cui esso è ubicato: si pensi ad un insediamento produttivo installato in un edificio prima adibito ad abitazione e ubicato in zona residenziale), ovvero se si violano degli indici di destinazione previsti dal regolamento edilizio (come nel caso deciso con la sentenza Querqui Guetta) – quale che sia il titolo abilitativo previsto dalle leggi regionali e, addirittura, quand'anche esso fosse stato in ipotesi (illegittimamente) rilasciato - ricorrerà il reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE. **Per i mutamenti d'uso senza opere, in sostanza, il parametro**

di legalità penale non sono le norme che disciplinano il controllo della p.a. sulla trasformazione del territorio richiedendo il permesso di costruire piuttosto che la d.i.a., bensì la normativa urbanistica sostanziale che, se violata, lascia sussistere gli estremi della contravvenzione residuale. Né la disposizione incriminatrice appare indebitamente utilizzata oltre i confini che, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata, anche noi condividiamo, vale a dire per sanzionare condotte che non abbiano riguardo all'attività di trasformazione edilizia o urbanistica del territorio: anche in questo caso, infatti, la violazione attiene ad una attività che, dall'approvazione della legge Bucalossi in poi, certamente rileva ai fini del controllo pubblico sulle trasformazioni del suolo e, dunque, nei limiti consentiti dal rispetto del principio di tassatività della fattispecie, anche sul piano del controllo e della tutela penale.

Certamente condivisibile, dunque, appare l'affermazione del principio, anche di recente riproposta, secondo cui

integra il reato di cui all'art. 44, comma primo, lett. a), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 il mutamento della destinazione d'uso di un immobile, pur senza la realizzazione di opere edilizie, qualora la trasformazione comporti funzioni e utilità contrarie alle previsioni dello strumento urbanistico, fatta comunque salva l'ipotesi di modificazioni poste in essere tra categorie omogenee (Cass. Sez. III, 17.1.2012, C.E.D. Rv. 251984)

Sempre in tema è interessante anche una successiva sentenza in cui la Corte – confermando la condanna emessa nel giudizio di merito in relazione al reato di cui all'art. 44, 1° co., lett a, TUE - ha affermato che

la destinazione d'uso è un elemento che qualifica la connotazione dell'immobile e risponde agli scopi di interesse pubblico perseguiti dalla pianificazione. Essa, infatti, individua il bene sotto l'aspetto funzionale, specificando le destinazioni di zona fissate dagli strumenti urbanistici in considerazione della differenziazione infrastrutturale del territorio, prevista e disciplinata dalla normativa sugli standard, diversi per qualità e quantità proprio a seconda della diversa destinazione di zona. Soltanto gli strumenti di pianificazione, generali ed attuativi, possono decidere, fra tutte quelle possibili, la destinazione d'uso dei suoli e degli edifici, poiché alle varie e diverse destinazioni, in tutte le loro possibili relazioni, devono essere assegnate - proprio in sede pianificatoria - determinate qualità e quantità di servizi. L'organizzazione del territorio comunale e la gestione dello stesso vengono realizzate attraverso il coordinamento delle varie destinazioni d'uso e le modifiche non consentite di queste incidono negativamente sull'organizzazione dei servizi, alterando appunto la possibilità di una gestione ottimale del territorio

(Cass., Sez. III, 16.5.2013, Farieri, in Lexambiente)

8. Segue. Illegittimità del titolo abilitativo e problematica sussistenza del reato urbanistico: dalla disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo alla valorizzazione dell'oggetto della tutela penale.

Un'altra serie di casi che potrebbe essere ricondotta alla norma incriminatrice residuale - secondo una plausibile interpretazione anche da noi in passato fortemente sostenuta - è quella che riguarda l'accertata violazione degli strumenti urbanistici (o, in qualche caso, del regolamento edilizio) pur quando le opere sono state eseguite in conformità al titolo abilitativo rilasciato dal comune (ieri la concessione edilizia, oggi il permesso di costruire ovvero la d.i.a. ad esso alternativa). Il tema, dunque, è quello dell'illegittimità del provvedimento abilitativo edilizio, che deve

essere rilasciato <<in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente>> (art. 12, 1° co., TUE; per il generale principio secondo cui pure gli interventi eseguiti con denuncia di inizio attività postulano la conformità delle opere agli stessi parametri di piano e regolamento, v. artt. 22, 1° co., e 23, 1° co., TUE).

Se la giurisprudenza non ha mai avuto dubbi nel ritenere il reato di costruzione *sine titulo* punito ai sensi della lettera *b* della fattispecie incriminatrice (o della lettera *c*, se l'abuso ricada in zone vincolate) quando vi sia un titolo abilitativo inefficace (ad es., quando siano decorsi i termini di efficacia del permesso di costruire), **da oltre trent'anni si discute invece quale sorte riservi il diritto penale a chi costruisca in base ad un provvedimento amministrativo illegittimo.** Secondo la dogmatica amministrativistica, il provvedimento illegittimo – perché affetto da uno dei tradizionali vizi dell'atto (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) – è infatti efficace sino a che l'atto sia annullato ovvero disapplicato dal giudice ordinario. *Nulla quaestio* in ordine alla situazione di chi inizi o prosegua i lavori a seguito dell'annullamento del provvedimento, poiché costui incorre certamente nel reato di costruzione senza permesso al pari di chi effettui le medesime attività in forza di un titolo non più efficace (v. Cass., Sez. III, 20-2-1995, Scalia, *RGE*, 1996, I, 237). Diverso, invece, è il problema della disapplicazione dell'atto – e, più in generale, della sindacabilità del titolo ritenuto illegittimo – da parte del giudice penale e delle conseguenze ai fini dell'integrazione dei reati urbanistici, questione attorno alla quale si è sviluppato uno dei più controversi dibattiti dottrinari e giurisprudenziali che abbiano mai riguardato la materia oggetto della nostra trattazione. Pur a distanza di decenni, e nonostante due interventi della Corte di cassazione a sezioni unite, la *querelle* non appare del tutto risolta, e, in mancanza di espresse direttive impartite al legislatore delegato, neanche il testo unico prende posizione sull'annosa questione, che resta dunque rimessa alla valutazione dell'interprete.

Com'è noto, **la questione che sin da subito si pose riguardò l'equiparabilità tra assenza di concessione edilizia e illegittimità della stessa e la più risalente giurisprudenza l'affrontò – risolvendola, per lo più, in senso affermativo – facendo ricorso al potere di disapplicazione del provvedimento illegittimo attribuito al giudice ordinario dall' art. 5 l. 22-3-1865, n. 2248, All. E,** c.d. legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo (v., *ex multis*: Cass., sez. III, 23-3-1981, Volpicelli, *CP*, 1982, 1624; Cass., sez. III, 13-11-1984, Del Favero, *CP*, 1986, 357). Non sembrando conforme ad equità ritenere responsabili del reato di costruzione abusiva coloro che avessero in buona fede richiesto ed ottenuto la concessione edilizia confidando nella legittimità dell'operato degli organi comunali e tenendo anche conto delle critiche mosse dalla maggioritaria dottrina, che vi ravvisava una violazione del principio di tassatività della legge penale (R. BETTIOL, *La tutela penale dell'assetto territoriale nelle norme per l'edificabilità dei suoli*, Padova, 1978, 78; R. BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano,

1980, 92 ss.; G. FORNASARI, *Costruzione edilizia in base a concessione illegittima e ambito di rilevanza della <<buona fede>>*, in *GM* 1986, IV, 238 s.; L. DE LIGUORI, *Riflessi penali della concessione edilizia illegittima*, in *GM*, III, 1255 ss; B. CARAVITA DI TORRITTO, *La <<disapplicazione>> dell'atto amministrativo da parte del giudice penale*, in *QCSM*, 53, che parla di <<giurisprudenza tecnicamente aberrante>>), a tale rigoroso orientamento fu tuttavia ben presto apportato un importante correttivo:

l'equazione: concessione illegittima = assenza di concessione può considerarsi conforme al canone inviolabile di tassatività della fattispecie punitiva soltanto allorché l'illegittimità dell'atto amministrativo sia tale da eliminare radicalmente la sua attitudine a conseguire l'effetto per il quale è data all'autorità competente la potestà di emetterlo, sì che esso, quantunque esistente nella sua materialità, debba considerarsi giuridicamente *tamquam non esset* (...) Di "sostanziale inesistenza" del titolo si può parlare solo quando la concessione sia frutto di attività criminosa del soggetto pubblico che la rilasci o del soggetto privato che la consegua o del concorso di entrambi

(Cass., sez. III, 10-1-1984, Tortorella, *CP*, 1985, 1448).

Si arrivò così a distinguere l'ipotesi della mera illegittimità da quella della illiceità della concessione, affermandosi che soltanto in quest'ultimo caso sussiste responsabilità penale per il reato di costruzione senza titolo (Cass., sez. III, 16-12-1985, Furlan, *CP*, 1987, 389). I più recenti approdi della Corte di legittimità, tuttavia, lasciavano (volutamente) in ombra l'impostazione teorica dalla quale la giurisprudenza aveva preso le mosse, vale a dire la disapplicazione dell'atto amministrativo, giacché in questa prospettiva sarebbe stato piuttosto arduo distinguere tra concessione illegittima e concessione illecita. Di qui **l'affermarsi dell'orientamento secondo cui il giudice penale non può disapplicare l'atto amministrativo ai sensi dell'art. 5 l. abol. cont. amm., trattandosi di potere che l'autorità giudiziaria ordinaria potrebbe esercitare soltanto nel caso di atti che incidano negativamente su diritti soggettivi ai sensi del precedente art. 4** della stessa legge (Cass., sez. III, 13-3-1985, Meraviglia e a., *CP*, 1985, 1197). Nell'avallare tale opinione, le sezioni unite della Suprema corte confermarono l'orientamento secondo cui, comunque, nell'indagine sulla sussistenza del reato di costruzione in mancanza di concessione

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

(Cass. S.U., 31-1-1987, Giordano e a., *CP*, 1987, 881)

Negli anni immediatamente successivi alla pronuncia della Corte a sezioni unite, la giurisprudenza per lo più ne recepì le conclusioni, sia quanto all'impossibilità per il giudice penale di utilizzare il meccanismo di disapplicazione degli atti amministrativi previsto dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo (Cass., sez. III, 31-5-1988, Patroni, *CP*, 1989, 1833; Cass. sez. III, 13-6-1990, Di Felice, *CP*, 1992, 1579. La conclusione, con particolare riguardo alla questione interpretativa in parola, è condivisa dalla prevalente dottrina: R. BAJNO, *La tutela*, cit., 98 ss.; G. FORNASARI, *Costruzione edilizia*, cit., 234; A. ALBAMONTE, *Rilevanza penale dell'illegittimità della concessione edilizia alla luce della l. 28 febbraio 1985 n. 47*, in *CP*, 1987,

2098; P. MICHELI, *Giudice penale e concessione edilizia illegittima: la definitiva affermazione della portata sostanziale del <<sindacato>> sull'atto amministrativo*, in *CP*, 1997, 3149; C. ROSSI, *La concessione edilizia fra interpretazione teleologica e legalità penale*, in *DPP*, 1998, 1160. *Contra*, con diffusa motivazione, Cass., sez. III, 9-1-1989, Bisceglia, *CP*, 1990, 135) sia, soprattutto, quanto all'equiparazione della concessione illecita all'ipotesi di assenza del titolo (Cass., sez. III, 20-9-1988, Dalla Negra, *CP*, 1990, 1576; Cass., sez. III, 8-11-1988, Borgogno, *CP*, 1990, 661). Su un punto, tuttavia, la decisione delle sezioni unite non apparve convincente e suscitò le immediate reazioni della dottrina e della giurisprudenza, vale a dire con riguardo all'individuazione dell'oggetto della tutela penale delle disposizioni che prevedono i reati urbanistici, ricostruito come meramente "formale". Secondo la Corte, cioè, l'interesse tutelato dall'incriminazione di costruzione abusiva

è quello pubblico di sottoporre l'attività edilizia al preventivo controllo della pubblica amministrazione, con conseguente imposizione, a chi voglia edificare, dell'obbligo di richiedere l'apposita autorizzazione amministrativa

(Cass. S.U., 31-1-1987, Giordano e a., *CP*, 1987, 881).

Nell'economia del ragionamento svolto dalla Corte ai fini di cui ora si discute, il rilievo è importante, perché - **secondo le sezioni unite - pur non potendo ricorrere alla disapplicazione, in determinati casi il giudice penale potrebbe comunque conoscere della legittimità dell'atto amministrativo se tale potere trovi**

fondamento e giustificazione o in una esplicita previsione legislativa (come, ad esempio, avviene con il disposto dell'art. 650 c.p.), ovvero, nell'ambito della interpretazione ermeneutica della norma penale, qualora la illegittimità dell'atto amministrativo si presenti, essa stessa, come elemento essenziale della fattispecie criminosa. Ne deriva, pertanto, che nel caso in esame, in tanto 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), l. 28.1.1977 n. 10 (ora art. 20, lett. b l. 28.2.1985 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

(Cass. S.U., 31-1-1987, Giordano e a., *CP*, 1987, 881).

Ebbene, proprio quest'ultima, radicale, negazione apparve subito insostenibile alla luce del nuovo quadro normativo delineato dalla l. 28-2-1985, n. 47 (in giurisprudenza, v: P. Agropoli, 31-10-1987, Russo, *GM*, 1988, III, 636; P. Gragnano, 10-3-1988, Peccerillo e a., *GM*, 1990, III, 419; P. Lamezia Terme, 26-1-1990, Lucia, *GM*, 1993, III, 208; P. Alcamo, 6-2-1991, Cavataio e a., *CP*, 1991, 1133. In dottrina: A. ALBAMONTE, *Rilevanza penale*, cit., 2097 s.; S. BENINI, *L'oggetto dei reati urbanistici: un nodo ancora da sciogliere*, in *GM*, 1989, III, 446 ss.; P. MENDOZA, *Giudice penale e pubblica amministrazione tra gli orientamenti della Cassazione penale e i principi della Corte costituzionale*, in *CP*, 1990, 1145 s.; F. NOVARESE, *Disapplicazione e sindacabilità della concessione edilizia con particolare riferimento a quella in sanatoria ex art. 13 e 22 l. 28 febbraio 1985 n. 47*, in *GM*, 1993, III, 215 ss.; P. MICHELI, *Giudice penale*, cit., 3148; G. MARINI, *Urbanistica (reati in materia di)*, in *Dig.Pen.* 1999, Torino, XV, 100.) e **il suggello alla "concezione sostanziale" dell'interesse protetto dai reati urbanistici fu poi posto da una successiva decisione delle sezioni unite della Corte**, che, pur esaminando la

fattispecie di cui all'art. 20, 1° co., lett. a, l. 47/1985, spese argomentazioni – e raggiunte conclusioni – valide per tutte le ipotesi di reato contenute nella disposizione incriminatrice e che conservano tutt'oggi la loro indubbia attualità. In particolare, la Cassazione notò che se l'impianto risultante dalla legge urbanistica fondamentale, la l. 17.8.1942, n. 1150, consentiva d'individuare l'oggetto della tutela penale nel "bene strumentale" del controllo e della disciplina degli usi del territorio, la configurazione normativa dell'interesse tutelato era venuta a mutare nel tempo e aveva segnato una vera e propria svolta con la c.d. legge sul condono edilizio, la l. 28.2.1985, n. 47. L'analisi dell'evoluzione normativa - concluse la Corte, facendo un'affermazione che ancora oggi costituisce un imprescindibile principio-guida per l'interprete del diritto penale urbanistico – rende

evidente che, se l'urbanistica disciplina l'attività pubblica di governo degli usi e delle trasformazioni del territorio, lo stesso territorio costituisce il bene oggetto della relativa tutela, bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività, ed il cui parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente (Cass. S.U., 12.11.1993, Borgia, CP, 1994, 905).

8.1. Il problema resta aperto: la difficile ricerca di una soluzione interpretativa tra tutela sostanziale del territorio, rispetto del principio di tassatività e indebolimento delle forme di controllo della p.a.

A seguito della sentenza Borgia può oggi dirsi comunemente accettato che il bene tutelato dalle norme incriminatrici è (anche, diciamo noi) la tutela sostanziale del territorio. Questa considerazione – unita alla premessa contenuta nella sentenza Giordano circa l'interpretazione teleologica che deve attribuirsi alle norme penali tra i cui elementi costitutivi figura la mancanza di un provvedimento amministrativo idoneo a rendere lecita un'attività – **ha mosso parte della successiva giurisprudenza a ritenere sussistente il reato di cui all'art. 20, 1° co., lett. b, l. 47/1985 (oggi art. 44, comma 1, lett. b, TUE) quando l'atto abilitativo sia (non solo inesistente o frutto di conclamata attività illecita, ma) anche soltanto macroscopicamente illegittimo.**

Secondo questa giurisprudenza, si legge in alcune decisioni che richiamano testualmente un passaggio della sentenza Borgia,

nell'ipotesi in cui si edifichi con concessione edilizia illegittima, non si discute più di disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo e dei relativi poteri del giudice penale, ma di potere accertativo di detto magistrato dinanzi ad un atto amministrativo che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. In tale ipotesi l'esame deve riguardare non l'esistenza ontologica dello stesso, ma l'integrazione o meno della fattispecie penale "in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela (nella specie l'interesse sostanziale alla tutela del territorio), nella quale gli elementi di natura extrapenale...convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo" (Sez. un., 21 dicembre 1993)

(Cass., sez. III, 12-5-1995, Di Pasquale, CP, 1997, 3146; Cass., sez. III, 4-4-1995, Marano, FI, 1996, II, 505 s.; nello stesso senso: Cass., sez. III, 13-1-1995, Antonilli, CP, 1996, 3455; Cass., sez. VI, 2-3-1998, Calisse e a., RGE, 1999, I, 194; Cass., sez. III, 28-9-2001, Diana e a., RP, 2003, 72; Cass., sez. III, 22-4-2004, Verdelocco, GP, 2006, II, 174)

Anche a seguito della parziale declaratoria d'illegittimità costituzionale che ha interessato l'art. 5 c.p., **è sul terreno della verifica della colpevolezza che l'interpretazione in parola può trovare un equo contemperamento**, sicché, come si precisa in altra pronuncia

la concessione integra un elemento normativo materiale e deve essere sottoposta ad accertamento di legalità, pur se nell'ambito della rilevanza psicologica, che limita alla sola macroscopicità dell'illecito la sua punibilità. In parole povere il giudice può eseguire la verifica della legittimità dell'atto, restringendo il magistero repressivo al solo caso in cui questa illegittimità risulti in modo eclatante e sia tale da non sfuggire ad un soggetto normalmente informato a livelli minimi di conoscenza normativa>>

(Cass., sez. III, 28-10-1997, Controzzi e a., *DPP*, 1998, 1545).

Pur dopo la sentenza Borgia, l'orientamento di cui si è dato conto è stato tuttavia contrastato da coeve pronunce di opposto segno, che, da un lato, hanno rilevato come la tesi che esclude rilevanza ad un atto amministrativo macroscopicamente illegittimo desti forti perplessità - <<considerata la indeterminatezza del concetto di macroscopicità, che confligge col principio di legalità e tassatività dei reati>>(Cass., sez. III, 11-1-1996, Ciaburri, *CP*, 1996, 3454.) – e, d'altro lato, in maniera ancor più radicale, hanno osservato che

resta tuttora non apprezzabilmente contraddetto, e va pertanto seguito, il principio affermato dalle Sezioni unite con sentenza 31 gennaio 1987, ric. Giordano, secondo cui il reato di costruzione in assenza di concessione non è configurabile quando, come nella specie ritenuto, la concessione rilasciata prima dell'inizio dei lavori sia soltanto illegittima e, beninteso, non illecita

(Cass., sez. III, 23-12-1994, De Nobili, *RP*, 1996, 203. Nello stesso senso, sia pure in relazione a meri vizi del procedimento, Cass., sez. III, 27-6-1995, Barillaro, *CP*, 1996, 3103).

L'analisi della giurisprudenza di legittimità mostra peraltro come tra le due opposte tesi di cui si è dato conto ne sia stata elaborata una in qualche modo "intermedia", nel senso che, per un verso, mira a rispettare il principio di tassatività nell'applicazione del reato di costruzione in assenza di titolo e, per altro verso, realizza comunque l'obiettivo di interpretare le fattispecie incriminatrici urbanistiche nell'ottica della tutela dell'interesse sostanziale protetto. Ferma restando la punibilità ai sensi dell'ipotesi di cui all'art. 20, 1° co., lett. b, l. 47/1985 (ora art. 44, 1° co., lett. b, TUE) delle condotte di edificazione in presenza di titolo giuridicamente inesistente o illecito - ciò che, a ben vedere, costituisce l'unica conclusione veramente condivisa nella materia *de qua* (cfr., più di recente: Cass., sez. VI, 8-7-2002, Marra, *CP*, 2004, 4201; Cass., sez. III, 13-11-2002, Pezzella, *GP*, 2003, II, 501; Cass., sez. IV, 15-1-2004, Polito, *RGE*, I, 353; Cass., sez. III, 22-4-2004, Verdelocco, *GP*, 2006, II, 174; Cass., sez. III, 20-9-2004, Scacchi, *GP*, 2005, II, 648) - e salva la valutazione della sussistenza, in concreto, dell'elemento soggettivo, anche in relazione alla "macroscopicità" del vizio, **nel caso di lavori effettuati in forza di un provvedimento affetto da mera illegittimità per contrasto con la normativa urbanistica s'incorrerebbe nel reato previsto dalla lett. a della citata disposizione incriminatrice**. L'orientamento - inaugurato da Cass., sez. III, 15-3-1982, Basso, in *CP*, 1983, 1856 e poi ribadito, in particolare, da Cass., sez. III, 10-1-1984, Tortorella, *CP*, 1985, 1446 - è stato particolarmente approfondito da Cass., sez. III, 24-6-1992, Palmieri, *CP*, 1993, 2078 e ha trovato nuova linfa nella decisione presa dalle sezioni unite nel caso Borgia, la quale, pur non approfondendo *ex professo* il tema della fattispecie incrimina-

trice applicabile, ha tuttavia legittimato, nel giudizio sottoposto al suo esame, la configurabilità dell'ipotesi prevista nell'art. 20, 1° co., lett. a, l. 4/1985. Non a caso tale autorevole decisione è richiamata come precedente in successive pronunce che, in situazioni simili, hanno ritenuto la sussistenza della meno grave ipotesi di reato (v. Cass., sez. III, 12-6-1996, Vené, *CP*, 1997, 1858; Cass., sez. III, 28-11-1997, Bortoluzzi, *RGE*, 1999, I, 182).

Il problema, come si vede, è tutt'altro che risolto e la dottrina resta spaccata (per la configurabilità del reato di costruzione *sine titulo* v.: A. ALBAMONTE, *Responsabilità del costruttore e concessione illegittima alla luce della l. n. 47 del 28 febbraio 1985*, in *CP*, 1986, 570 ss.; F. NOVARESE, *Orientamenti in tema di disapplicazione di concessione edilizia illegittima secondo la l. 28 febbraio 1985 n. 47*, in *GM*, 1987, IV, 289 ss.; A. ALBAMONTE, *Rilevanza penale*, cit., 2097 s.; S. BENINI, *L'oggetto*, cit., 446 ss.; P. MENDOZA, *Giudice penale*, cit., 1145 s.; F. NOVARESE, *Disapplicazione*, cit., 215 ss.; P. MICHELI, *Giudice penale*, cit., 3148; G. MARINI, *Urbanistica*, cit., 100; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Milano, 2000, 118 ss. Propendono invece per la configurabilità del reato residuale di cui alla lett. a della fattispecie incriminatrice: R. BETTIOL, *La tutela*, cit., 79, nt. 27; R. BAJNO, *La tutela*, cit., 103 s.; G. FORNASARI, *Costruzione edilizia*, cit., 240 s.; G. DE LUCA, *L'art. 20 lett. a) l. 28 febbraio 1985 n. 47: l'ultima spiaggia del pretore penale*, in *CP*, 1989, 1072 ss.; G. CONTENTO, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *QCSM*, 1989, 36; C. ROSSI, *La concessione*, cit., 1164. Perplesso, sul punto, L. VIGNALE, *Concessione illegittima e contravvenzioni urbanistiche: un cerchio sempre difficile da quadrare*, in *CP*, 1987, 1714 s. Pure perplesso, ma nel senso di ritenere preferibile la tesi dell'assoluta irrilevanza penale, BARBUTO, *Reati edilizi e urbanistici*, Torino, 1995, 329. Deve ricordarsi, da ultimo, che, sullo sfondo di questa spaccatura circa il reato configurabile, v'è sempre stata la questione – che non si pone in termini sostanzialmente diversi, quale che sia l'ipotesi criminosa ritenuta configurabile – della rilevanza della buona fede di chi abbia edificato sulla base di un titolo illegittimo, ignorando che lo stesso fosse viziato: cfr., con diversi accenti e anche per riferimenti: G. FORNASARI, *Costruzione edilizia*, cit., 242 ss.; F. NOVARESE, *Orientamenti*, cit. 295 s.; G. MARINI, *Urbanistica*, cit., 100; P. MICHELI, *Giudice penale*, cit., 3158 s.). Dal canto suo, **neppure la più recente giurisprudenza di legittimità ha preso chiara posizione sul punto** (emblematica la decisione cautelare, pur diffusamente motivata, con cui la Corte, affermando l'illiceità della costruzione avvenuta in forza di permesso illegittimo, non prende posizione sulla fattispecie di reato integrata: Cass., sez. III, 21-3-2006, Tantillo, *CP*, 2007, 2982).

Chi scrive non si era sottratto all'impegnativa ricerca della soluzione interpretativa preferibile e lo aveva fatto – nel solco della strada tracciata dalla Cassazione a sezioni unite nei due interventi più volte richiamati e poi percorsa dalla successiva giurisprudenza – muovendo dall'individuazione del bene

oggetto di tutela penale della norma incriminatrice che prevede il reato di lavori eseguiti in assenza di permesso. In quest'ottica avevamo ritenuto che una lettura della norma incriminatrice scevra da pregiudizi e condotta avendo a mente l'intero sistema delle disposizioni di legge portasse a ritenere – in parziale accordo, peraltro, con entrambe le affermazioni di principio contenute delle due decisioni delle Sezioni unite della Corte, opportunamente contenute – che il reato di lavori eseguiti in assenza di permesso, sia pure secondo una precisa gerarchia interna o, se si vuole, secondo un certo criterio di funzionalizzazione, tutelasse sia la funzione di controllo riservata alla p.a., sia l'esigenza di impedire trasformazioni del territorio in contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia. In particolare, ci era sembrato di poter affermare che si punisce chi costruisce senza aver previamente ottenuto il permesso perché in questo modo non è stato consentito all'autorità pubblica preposta di effettuare i necessari controlli finalizzati ad evitare che le attività di trasformazione effettuate dai privati possano ledere l'ordinato sviluppo del territorio, quale pianificato dall'amministrazione nel rispetto delle previsioni di legge. Detto in altre parole ancora, **la tutela (immediata) del controllo pubblico sulle condotte lato sensu edificatorie dei privati assicurata dalla previsione del reato di costruzione sine titulo non sarebbe fine a sé stessa, ma consentirebbe di realizzare un'efficace (e mediata) tutela del bene sostanziale avuto di mira, con l'utilizzo di una tecnica di protezione anticipata** frequentemente utilizzata per beni collettivi analoghi a quello dell'assetto del territorio (si pensi, ad es., al paesaggio). Criticando le teorie che ricostruiscono la fattispecie *de qua* come reato di danno – avendo riguardo vuoi alla lesione del controllo pubblico sull'attività edificatoria, vuoi al *vulnus* sostanziale al territorio – avevamo allora proposto di ricostruire la fattispecie come **reato di pericolo in relazione al bene “tutela del territorio”**.

Nel punire chi proceda a significative trasformazioni del territorio (quelle che, appunto, necessitano del rilascio del permesso di costruire) senza conseguire il relativo titolo, il legislatore sembrava aver ritenuto che la sottoposizione del progetto di trasformazione del suolo al vaglio della competente autorità amministrativa fosse garanzia idonea a conseguire l'obiettivo di un ordinato sviluppo urbanistico e che tale valore fosse invece messo in pericolo dall'esecuzione di opere non assoggettate alle prescritte forme di controllo. La complessiva razionalità del sistema, del resto, sarebbe assicurata dalla speciale causa di estinzione del reato per sanatoria: se si accerta, attraverso una verifica *ex post*, che la condotta illecita tenuta non ha arrecato danno all'interesse protetto (conformità *ex ante* allo strumento urbanistico) e che essa sarebbe assentibile anche sulla base della pianificazione successivamente approvata (cd. doppia conformità), previo pagamento di una somma a titolo di oblazione (ciò che appare sufficiente a sanzionare la violazione formale *illo tempore* commessa), non si fa luogo all'applicazione della sanzione penale.

Sulla base di questi principi avevamo quindi affrontato il problema delle conseguenze che si verificano quando il meccanismo di controllo amministrativo non abbia funzionato affermando che

se ciò è dipeso dalla mancata attuazione della funzione di controllo – solo apparentemente espletata da chi non aveva il potere di farlo (atto inesistente per incompetenza assoluta), ovvero impedita *ab origine* da una condotta fraudolenta del privato (concretizzatasi in reati di falso o nella c.d. truffa edilizia) o da un'attività criminosa del soggetto pubblico, di regola in concorso con l'interessato beneficiario (permesso illecito per collusione) - l'interpretazione teleologica della norma incriminatrice porta ad equiparare l'ipotesi a quella dell'assenza di permesso (conclusione, come si è detto, oggi sostanzialmente pacifica in dottrina e giurisprudenza, sia pur variamente argomentata). Se, invece, senza dolo di alcuno, la procedura di controllo non si è svolta in conformità alle regole che la disciplinano – per violazione di leggi, regolamenti o per eccesso di potere – e alla richiesta del privato abbia fatto seguito il rilascio di un permesso illegittimo (anche se macroscopicamente tale) la fattispecie di cui all'art. 44, 1° co., lett. b, TUE non potrà dirsi integrata. A causa di condotte degli organi pubblici preposti che saranno di regola riconducibili al paradigma della colpa (negligenza, imperizia) dei funzionari intervenuti nel procedimento, il controllo non è stato efficace e, tuttavia, è avvenuto (o sarebbe potuto avvenire), sicché, essendo stata rispettata la finalità della norma precettiva, non può farsi ricorso all'interpretazione teleologica per ritenere comunque integrato il reato, tanto meno se per far ciò occorra violare il principio di tassatività della legge penale. Detto in altre parole, nella struttura della fattispecie la tutela dell'interesse finale che sottostà all'illecito (l'assetto territoriale) passa necessariamente attraverso al meccanismo di controllo della competente pubblica amministrazione e se questo è avvenuto (pur se in modo errato o inadeguato) non v'è spazio per ritenere applicabile la norma...Ciò non significa, tuttavia, che l'esecuzione di lavori in forza di un permesso illegittimo non integri gli estremi di (altro) reato, perché, per le ragioni già esposte dando conto della giurisprudenza che ha sostenuto questa tesi, potrà residuare la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE (G. REYNAUD, *cit.*, 193).

Si è voluto ricordare il passo saliente del ragionamento conclusivo cui eravamo pervenuti – scusandoci per l'inelegante autocitazione – perché ci rendiamo conto che essa appare più difficilmente sostenibile alla luce della recenti “novelle” che hanno interessato il procedimento per rilascio del permesso di costruire delineato dall'art. 20 TUE (il cui testo originario è stato sostituito dall'art. 5, 2° co., lett. a, n. 2, d.l. 13.5.2001, n. 70, conv., con modiff., in l. 12.7.2011 n. 106 e poi ulteriormente modificato dall'art. 13 d.l. 22.6.2012, n. 83, conv., con modiff., in l. 7.8.2012, n. 134). Ed invero, in un sistema come quello attuale, che codifica il principio secondo cui (salvo che nelle zone vincolate) l'inerzia dell'amministrazione sull'istanza di rilascio del permesso di costruire – inerzia magari giustificata dall'inefficienza, dovuta anche all'endemica carenza di personale, degli apparati comunali – equivale a rilascio del provvedimento “tacito”, il perfezionamento dell'*iter* amministrativo non assicura che vi sia effettivamente stata (né, forse, che vi sarebbe potuta essere, tenendo conto delle condizioni disastrose in cui versano molti uffici pubblici) quell'attività di controllo funzionale alla tutela dell'interesse sostanziale protetto che aveva costituito la *ratio* dell'interpretazione da noi ritenuta preferibile. E' ben vero che, diversamente dall'originaria disciplina dell'*iter* procedurale, è stata rafforzata (anche con la previsione del nuovo delitto di falso ideologico di cui all'art. 20, 13° co., TUE) l'autoresponsabilità del privato, richiedendosi che l'istanza sia corredata dall'attestazione, da parte di un soggetto professionalmente abilitato, di conformità del progetto (tra l'altro) <<agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia>>

(art. 20, 1° co., TUE), ma, tenendo anche conto del fatto che il nuovo reato presuppone, ovviamente, il dolo e che l'interpretazione della disciplina urbanistica non è sempre agevole, **il conseguimento tacito del necessario titolo giuridico non vale a far ritenere accertata la conformità dell'opera alla normativa urbanistico-edilizia sostanziale.**

La recente riforma alla quale si è fatto cenno, dunque, da un lato pone **problemi inediti** rispetto alla soluzione del quesito da cui abbiamo preso le mosse nel caso in cui l'intervento soggetto a permesso perfezionatosi con silenzio-assenso contrasti con la disciplina urbanistico-edilizia e, d'altro lato, modifica la cornice sistematica all'interno della quale deve muoversi l'interprete per tentare di dare risposte adeguate a problemi che si fanno sempre più complessi. La considerazione spinge altresì a domandarsi, **de iure condendo**, se quella che è stata sinora la principale fattispecie penale in materia urbanistica – fondata esclusivamente sull'omesso rilascio di un provvedimento che oggi può formarsi tacitamente, che in alcuni casi, ad iniziativa del privato, può essere surrogato da una semplice d.i.a., che in particolari settori è sostituito da adempimenti di diverso genere (si pensi alle opere pubbliche disciplinate dall'art. 7 TUE, ovvero all'installazione di impianti di telecomunicazione o alla costruzione di impianti di energia da fonti rinnovabili di cui più oltre si tratterà) – non debba essere ripensata. Del resto, un buon modello di fattispecie a cui ispirarsi - da tempo presente all'interno della legislazione penale urbanistica e che ha mostrato di ben funzionare e di evitare tutti i problemi interpretativi di cui si è sin qui discusso - è quello del reato di lottizzazione abusiva, che, secondo la condotta alternativa descritta nell'art. 30, 1° co., TUE, sussiste tanto se l'intervento sia stato realizzato in assenza della prescritta autorizzazione, quanto se esso si ponga comunque in contrasto con gli strumenti urbanistici o, più in generale, con la disciplina urbanistico-edilizia.

9. Interventi eseguiti con s.c.i.a. (o comunque non assoggettati a permesso di costruire) in contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia.

Il testo unico in materia edilizia pone il principio secondo cui sono realizzabili mediante d.i.a. (oggi s.c.i.a.) gli interventi diversi da quelli assoggettati a permesso di costruire ai sensi dell'art. 10 TUE e dalle attività libere di cui all'art. 6 TUE <<che siano conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente>> (art. 22, 1° co., TUE). Quest'ultima locuzione – che non compariva nell'originaria stesura della norma – è stata inserita nella nuova formulazione della disposizione quale approvata con l'art. 1, 1° co., lett. f, d.lg. 27.12.2002, n. 301. Giova innanzitutto osservare che di tale specificazione, per un verso, non v'era necessità e, per altro verso, qualora se ne volessero far derivare effetti sostanziali al fine di stabilire le conseguenze sanzionatorie della non conformità, la

disposizione sarebbe gravata da sospetta illegittimità costituzionale. Ma procediamo con ordine.

La previgente disciplina sulla d.i.a., contenuta nell'art. 4, 11° co., d.l. 398/1993, conv. in l. 493/1993, da ultimo sostituito dall'art. 2, 60° co., l. 662/1996, all'art. 8, lett. *b*, prescriveva la compatibilità degli interventi con i soli gli strumenti adottati e, secondo l'interpretazione preferibile, non si poteva dubitare della necessità di rispettare anche le previsioni dei piani approvati e del regolamento (cfr., anche per riferimenti, A. PADALINO MORICHINI, *La denuncia d'inizio attività*, CP 2000, 250 ss.). Questo non significava, tuttavia, che in caso di contrasto l'intervento dovesse qualificarsi come assoggettabile al permesso di costruire. Pronunciandosi con riguardo alla normativa da ultimo richiamata, la Cassazione era invece andata in contrario avviso e aveva confermato la sentenza di condanna inflitta per il reato di cui all'art. 20, lett. *b*, l. 47/1985 in un caso in cui, a seguito di presentazione di d.i.a., si era proceduto alla realizzazione di un muro di recinzione che violava le distanze dalla via pubblica previste dal piano regolatore, osservando quanto segue:

qualora un qualsiasi intervento da realizzarsi mediante denuncia di inizio attività riguardi immobili soggetti a norme di tutela, l'effettuazione dello stesso soggiace al rispetto di dette norme, tra cui rientrano, come nella specie, le previsioni degli strumenti urbanistici, sicché, in tali casi, non può essere seguita la procedura semplificata essendo necessario accedere al regime concessorio (...) correttamente è stata ritenuta la configurabilità del reato poiché l'imputato si è avvalso della procedura semplificata che gli era preclusa per l'operatività di norme di tutela urbanistica (la recinzione ricadeva in zona di rispetto stradale dove secondo lo strumento urbanistico comunale potevano essere costruite solo recinzioni in rete metallica con assoluto divieto di impiego di muratura)

(Cass. Sez. III, 26.6.2002, Perfigli, RP, 2003, 626).

La soluzione non convince. Ed invero, il titolo abilitativo dev'essere individuato in relazione alla tipologia di intervento e non già – ciò che costituisce, invece, un passaggio successivo dell'*iter* procedurale - alla sussistenza o meno di tutte le condizioni di legittimità previste per l'esecuzione dell'opera. Del resto, se un'opera non è conforme alle previsioni di piano o di regolamento (ovvero non ha ottenuto il necessario *placet* dell'autorità preposta alla tutela del vincolo eventualmente esistente) non è realizzabile, né con permesso di costruire, né con d.i.a. /s.c.i.a. Se, dunque, l'intervento si pone in contrasto con le norme urbanistiche sostanziali, non per questo muta il regime amministrativo del titolo edilizio (che, in ipotesi di non difformità, sarebbe stato) necessario, sicché, trattandosi di interventi soggetti al regime amministrativo della s.c.i.a., non può farsi applicazione delle ipotesi criminose contemplate nelle lett. *b* e *c* dell'art. 44, comma 1, TUE.

Si deve aggiungere, con particolare riguardo al caso in esame e in relazione al richiamato disposto contenuto nell'art. 22, 1° co., TUE, in versione "novellata", come alla norma non possa essere data una tale interpretazione. La c.d. legge-obiettivo aveva addirittura abrogato l'art. 4, 8° co., d.l. 398/1993, così mostrando di ritenerlo, *in parte qua*, irrilevante: che gli interventi di trasformazione del territorio, quale che sia il titolo abilitativo previsto, debbano rispettare le previsioni urbanistiche e regolamentari è implicito al sistema e non necessita d'essere ribadito. Sulla stessa linea si era mosso il legislatore della

riforma del TUE, che, come detto, nulla aveva specificamente previsto al proposito, salvo dettare altre previsioni (come l'art. 23, 1° co., TUE da cui quel principio poteva essere desunto). Soltanto per un "eccesso di zelo", dunque, il legislatore delegato che ha attuato la legge-obiettivo ha ritenuto di dover introdurre quella specifica previsione (peraltro, collocandola, chissà perché, soltanto nel 1° comma dell'art. 22 TUE e non nei due successivi). Se non si vuole trasformare l'eccesso di zelo in...eccesso di delega, non si può pertanto interpretare la disposizione in questione per farne derivare le conclusioni qui rifiutate, che, appunto, non erano sostenibili nemmeno sulla base della previgente disciplina.

In allora, con riguardo agli interventi soggetti al regime della mera d.i.a. si era detto che

resta da accertare se, verificandosi il ricorso a quest'ultima procedura e in caso di opere che, pur rientranti nell'ambito delle categorie subordinate alla sola denuncia, siano state effettuate in contrasto con norme e prescrizioni urbanistiche, prime fra tutte quelle contenute negli strumenti urbanistici e nei regolamenti edilizi, sia ravvisabile la contravvenzione prevista dall'art. 20 lett. a) della l. n. 47 del 1985: la risposta non può che essere affermativa, considerata in primo luogo la natura di norma penale in bianco della violazione in oggetto, la cui sfera di applicazione non è affatto limitata alla sola attività edilizia per la quale è richiesta la concessione ma comprende ogni tipo di intervento, comunque effettuabile, che abbia determinato l'inosservanza delle norme di legge e delle altre disposizioni indicate nel precetto; in secondo luogo perché altro è eseguire opere in assenza o in difformità dalla denuncia di inizio, senza ulteriori infrazioni, con conseguente applicazione della sola sanzione amministrativa prevista dall'art. 4 comma 13 d.l. n. 398 del 1993, altro effettuare interventi che, pure in regola sotto il profilo formale, abbiano leso l'interesse urbanistico sostanziale tutelato dalla fattispecie di reato in questione (A. PADALINO MORICHINI, *cit.*, 258).

Le argomentazioni sono tuttora spendibili per ritenere che l'esecuzione di un intervento soggetto al regime della d.i.a. ai sensi dell'art. 22, 1° o 2° co., TUE che contrasti con le previsioni dello strumento urbanistico o del piano regolatore integra gli estremi della contravvenzione prevista dall'art. 44, 1° co., lett. a, TUE, indipendentemente dal fatto che essa sia stata presentata oppure no (per un *obiter dictum* in questo senso, v. Cass. Sez. III, 26.11.2003, Selva e a, in *RGE*, 2004, I, 845). La conclusione appare ancor più convincente laddove si ritenga che rientrano nell'ambito di operatività della fattispecie criminosa in esame le trasformazioni urbanistiche o edilizie che, sebbene avallate da un illegittimo permesso di costruire (o effettuate a seguito di presentazione di d.i.a. alternativa), si pongano in contrasto con la disciplina pianificatoria e regolamentare, non essendovi ragione per non giungere ad analoga conclusione se si tratti di interventi esclusivamente soggetti a d.i.a., a prescindere, si ripete, dal fatto che questa sia stata presentata oppure no. Secondo una dottrina che giunge alla medesima conclusione, la tesi troverebbe ulteriore conforto nell'art. 37, 6° co., TUE sul rilievo che esso

se da un lato stabilisce che non si applicano le sanzioni penali di cui all'art. 44 per il caso di assenza della denuncia di inizio attività o per il caso di difformità, dall'altro prevede che resta salva l'applicazione delle sanzioni di cui agli artt. 31, 33, 34, 35 e 44 in relazione all'intervento realizzato: dovendosi escludere che la norma si riferisca solo ai casi in cui sia stata presentata la d.i.a., a fronte di un intervento soggetto a permesso di costruire, in quanto si tratterebbe di disposizione superflua, sembra preferibile opinare che il legislatore abbia inteso far salva fra l'altro l'ipotesi di concreto contrasto dell'intervento, pur soggetto a d.i.a., con la normativa di riferimento, il che varrebbe a rendere applicabile, in sintonia con quanto fin qui osservato, la sanzione di cui all'art. 44 lett. a)

(M. RICCIARELLI, *La denuncia di inizio attività tra legge obiettivo e nuovo testo unico dell'edilizia*, CP 2004, 3362).

Deve osservarsi, tuttavia, che, per un verso, l'osservazione non giustifica il richiamo agli artt. 31, 33, 34 e 35 TUE e, per altro verso, le ragioni che hanno determinato l'inserimento della norma sono enunciate dallo stesso legislatore delegato in termini che legittimerebbero l'opposta conclusione:

si è provveduto a chiarire che, nel caso sia stato realizzato un intervento edilizio, dietro presentazione di denuncia di inizio attività, in assenza dei presupposti per il ricorso a DIA, l'intervento va considerato quale abuso edilizio, in quanto realizzato in assenza di permesso di costruire, e dunque sottoponibile alle sanzioni penali e ripristinatorie previste per i casi di attività edificatoria in assenza di permesso di costruire (Rel. ill. TUE, RGE, 2001, III, 353).

Nonostante questa presa di posizione del "legislatore storico", la necessità di ricostruire il sistema normativo in chiave "adeguatrice", vale a dire in linea di continuità con la previgente disciplina, secondo l'interpretazione più sopra richiamata, e la maggior coerenza complessiva del sistema che comunque ne deriva impongono di preferire la conclusione qui sostenuta.

In ultima analisi – come si è più volte messo in luce – **la valutazione delle condotte di abuso deve essere distinta a seconda del tipo di "parametro di legalità" che viene in rilievo: se si tratta di verificare le conseguenze della mancata richiesta del titolo (o dell'esecuzione di opere in difformità) sul piano penale rilevano soltanto quelle soggette al regime del permesso di costruire secondo la legge statale (o della d.i.a. alternativa); se, invece, si tratta di verificare la conformità dell'intervento alla disciplina normativa sostanziale urbanistica o edilizia, non importa quale sia il regime di controllo amministrativo previsto (se il permesso di costruire, la s.c.i.a., altro titolo o, al limite, nessun titolo), né importa se, in concreto, il titolo sia stato conseguito: qualsiasi violazione integra gli estremi della norma incriminatrice residuale.**

Questa conclusione – non sempre chiara e, per la verità, poche volte affermata anche in giurisprudenza – avrebbe dovuto condurre già nel vigore della precedente disciplina all'affermazione della responsabilità penale per l'art. 20, lett. a, l. 47/1985 nel caso di interventi soggetti ad autorizzazione e realizzati in difformità dalla disciplina urbanistica sostanziale. Emblematica – e totalmente condivisibile – è la decisione secondo cui

qualora l'opera realizzata, costruzione di un muro di contenimento, sia di natura pertinenziale, essa è assoggettabile al regime dell'autorizzazione gratuita e l'eventuale contrasto della stessa con la prescrizione di edilizia locale disciplinante la distanza di confine integra gli estremi della contravvenzione di cui all'art. 20 lett. a) l. 28.2.1985, n. 47, indipendentemente dal fatto che sia stata o meno autorizzata (Cass. Sez. III, 8.10.2003, Airoidi e a., CP, 2004, 3369).

E' dunque da salutare con favore la pronuncia che, con riguardo alla vigente fattispecie incriminatrice, ha insegnato:

la esecuzione in assenza o in difformità degli interventi subordinati a denuncia di inizio attività (DIA) ex art. 22, commi 1 e 2, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, allorché non conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia in vigore, comporta l'applicazione della sanzione penale prevista dall'art. 44 lett. a), del citato d.P.R. n. 380, atteso che soltanto in caso di interventi eseguiti in assenza o difformità dalla DIA, ma conformi alla citata disciplina, è applicabile la sanzione amministrativa prevista dall'art. 37 dello stesso decreto n. 380 del 2001

(Cass. Sez. III, 22.11.2006, Cariello, C.E.D. Rv. 235413).

Sulla stessa scia si è successivamente affermato il principio secondo cui

in tema di reati edilizi, nel caso in cui la denuncia di inizio attività (DIA) si ponga quale titolo abilitativo esclusivo (art. 22, commi primo e secondo, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), solo l'esecuzione di interventi edilizi in difformità sostanziale da quanto stabilito dagli strumenti urbanistici e dai regolamenti edilizi integra il reato di cui all'art. 44, lett. a), d.P.R. n. 380 del 2001

(Cass., Sez. III, 20.1.2009, Tarallo, C.E.D., Rv. 243099)

Per contro, pur se, per la natura dei manufatti – due piazzali di grandi dimensioni a servizio di un'attività commerciale – l'opera appariva riconducibile al regime del permesso di costruire (sicché, per ciò solo, si giustificava la conferma della pronuncia di condanna per il reato previsto dall'art. 44, 1° co., lett. b, TUE adottata dai giudici di merito), non appare invece condivisibile il principio secondo cui

in materia di reati edilizi, il regime dell'attività edilizia libera, ovvero non soggetta ad alcun titolo abilitativo, di cui all'art. 6 del d.P.R. n. 380 del 2001, non è applicabile agli interventi che, pur rientrando nelle tipologie di tale disposizione, siano in contrasto con le prescrizioni degli strumenti urbanistici. (Fattispecie di realizzazione di piazzali, da adibire a parcheggio, in area classificata come zona agricola)

(Cass. Sez. III, 27.4.2011, Ferraro, C.E.D. Rv. 250018)

Ed invero, per quanto sopra osservato, **se l'intervento, per sua ontologica natura, non sia riconducibile al regime del permesso di costruire e sia eseguibile con s.c.i.a., con comunicazione di inizio lavori a norma dell'art. 6, 2° co., TUE, ovvero, addirittura, rientri nell'attività libera prevista dall'art. 6, 1° co., TUE, l'eventuale non conformità agli strumenti urbanistici o al regolamento edilizio sarà sanzionabile soltanto ai sensi della previsione incriminatrice residuale.**

IN SINTESI – Tra le ipotesi che integrano il reato in esame per violazione degli strumenti urbanistici (o, talvolta, dei regolamenti edilizi) si può annoverare l'apertura (o la prosecuzione) dell'attività estrattiva in cave o torbiere insediate in zone del territorio comunale che, secondo la pianificazione, sono incompatibili con quella destinazione. Altra ipotesi di violazione della disciplina urbanistica o regolamentare può darsi nel caso di mutamento funzionale della destinazione d'uso di un edificio (o di un'unità immobiliare) da cui consegua un utilizzo del manufatto incompatibile con quelle prescrizioni. Ancora, secondo un orientamento interpretativo – per vero posto in crisi dalle recenti riforme legislative sul rilascio del permesso di costruire per silenzio-assenso – potrebbero ricondursi alla fattispecie incriminatrice in parola i casi di violazione della disciplina urbanistica e costruttiva sostanziale attuati sulla base di permesso di costruire (o di d.i.a. ad esso alternativa) illegittimo ma non illecito. Da ultimo, sarà riconducibile al reato in esame la trasformazione del territorio operata con s.c.i.a. (od effettuata a norma dell'art. 6 TUE), in violazione della disciplina urbanistica o regolamentare.

10. Violazione del titolo edilizio: la parziale difformità e le variazioni essenziali (in zone non vincolate).

L'ultimo dei quattro parametri di legalità che – in caso di “inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive” integra gli estremi dell'art. 44, 1° co., lett. a, TUE – è quello del permesso di costruire. Poiché l'efficacia autorizzativa del provvedimento si riferisce innanzitutto al progetto dell'opera, il primo (ed il principale) terreno sul quale debbono essere verificate eventuali inosservanze è proprio quello della conformità di quanto eseguito al progetto approvato. Com'è noto, la legislazione urbanistica (dall'entrata in vigore della l. 47/1985) individua **tre ipotesi di difformità dell'opera rispetto al progetto in funzione della loro maggiore o minore gravità**, cui corrispondono conseguenze sanzionatorie diverse sul piano amministrativo: la totale difformità; la variazione essenziale; la parziale difformità.

L'unica categoria normativamente definita dalla legge statale è quella della totale difformità, che l'art. 32, 1° co., TUE - riproducendo la corrispondente previsione contenuta nella l. 47/1985, che, in omaggio al principio di tassatività, aveva cercato di “codificare” gli orientamenti emersi in giurisprudenza al-

lorquando l'ipotesi non era in alcun modo definita – distingue a seconda che si tratti di totale difformità c.d. qualitativa (<<la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione>>) ovvero di totale difformità c.d. quantitativa (<<l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile>>). Quanto alle variazioni essenziali, la loro concreta individuazione è invece rimessa alla legislazione regionale, la quale deve attenersi ai principi indicati nell'art. 32, commi 1 e 2, TUE. Infine, le ipotesi di parziale difformità – in assenza di definizione normativa (cfr. art. 34, 1° co., TUE) - sono enucleate direttamente dall'interprete, in via residuale, rispetto alle altre due categorie. Si deve ancora osservare che la discrezionalità del legislatore regionale nel definire i casi di variazione essenziale è limitata, oltre che dai principi fondamentali dettati dall'art. 32, 1° e 2° co., TUE, dalla nozione che la legge statale dà della difformità totale, ciò che equivale a dire che, ferma restando tale ultima categoria quale *ex lege* dello Stato determinata, il legislatore regionale potrà scegliere nel residuale novero delle minori difformità, ed in conformità ai principi posti, quelle che, apparendo più insidiose, meritano di essere annoverate nella tipologia di gravità intermedia. Come immediatamente si dirà, tuttavia – salva un'ipotesi del tutto marginale - **la “gravità intermedia” delle variazioni essenziali** (di cui parla, ad es., Cass. Sez. III, 25.1.2005, Guida e a., *RP*, 2006, 349) **spiega effetti soltanto sul piano delle conseguenze sanzionatorie amministrative, essendo invece irrilevante sul piano penale** (e non potrebbe essere diversamente se si pensa all'impossibilità per la legislazione regionale di incidere sulla sfera di applicazione del diritto penale, riservata alla potestà legislativa statale: cfr., volendo, G. REYNAUD, *cit.*, 11 ss.).

L'affermazione da ultimo riportata necessita di un approfondimento, poiché sembrerebbe smentita dalla lettura delle fattispecie incriminatrici contenute nell'art. 44, 1° co., TUE. Ed invero, in relazione alle violazioni del titolo abilitativo edilizio, la natura sussidiaria dell'ipotesi contenuta nella lett. *a* della disposizione incriminatrice rispetto a quelle previste dalle successive lett. *b* e *c*, suggerisce che saranno ad essa riconducibili le ipotesi di difformità dell'opera realizzata rispetto a quella in progetto che siano diverse dalla difformità totale (punita ai sensi della lett. *b* della norma incriminatrice) e, nel caso di lavori in zone vincolate, anche dalla variazione essenziale (ipotesi ricondotta, insieme alla mancanza del titolo ed alla totale difformità dal medesimo, alla più grave fattispecie di cui all'art. 44, 1° co., lett. *c*, TUE). Conviene analizzare distintamente le due situazioni.

Laddove non sussistano vincoli, in campo penale le variazioni essenziali sono parificate alla parziale difformità dal titolo e, unitamente a queste ultime, rilevano soltanto ai fini della meno grave ipotesi di cui alla lettera *a* della disposizione incriminatrice. In sostanza, in quest'ambito **rientrano nell'ipotesi criminosa residuale tutte le difformità dal permesso di co-**

struire che non sono riconducibili al concetto di difformità totale quale delineato nell'art. 31, 1° co., TUE, essendo altrimenti applicabile il più grave reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. *b*, TUE.

Il punto è stato chiarito dalla giurisprudenza subito dopo l'entrata in vigore della l. 47/1985, che, discostandosi dalla previgente legislazione – la quale distingueva soltanto tra difformità totali (equiparate alla mancanza di concessione) e altre difformità (che gli interpreti definivano parziali) – introdusse la tripartizione che il testo unico ha mantenuto. Ebbene, la Cassazione ha ritenuto priva di rilievo la circostanza che la nuova disciplina abbia

introdotto la figura della variazione essenziale. Invero, una volta stabilito, in base alla nuova legge, quali siano le opere abusive sanzionate penalmente dalla lettera *b*) dell'art. 20 della l. n. 47 del 1985 e quali le opere non più rilevanti penalmente, tutte le altre opere (ivi comprese quelle in difformità parziale) debbono essere ricondotte – così come era in base alla l. n. 10 del 1977 – sotto il regime della lett. *a*) dell'art. 20, sicché, in buona sostanza, la menzionata lett. *a*) disciplina una categoria residuale (Cass. Sez. III, 7.10.1987, Ferfari, *CP*, 1989, 274)

In caso di esecuzione di opere non conformi al progetto, dunque, il compito dell'interprete è verificare se l'ipotesi sia riconducibile alla nozione di totale difformità, ciò che accade, ricorda la Cassazione,

quando l'opera realizzata non sia riferibile a quella progettata sotto il profilo tipologico, planovolumetrico o di utilizzazione, ovvero quando sia stato realizzato un distinto corpo di fabbrica, dotato di autonomia funzionale e di considerevole entità in relazione al progetto approvato. Per accertare se la difformità sia invece parziale – categoria residuale e sanzionata dalla lettera *a*) dell'art. 20 l. 47/1985 – il giudice deve svolgere un preciso raffronto tra l'opera ipotizzata e quella eseguita. A tal fine nella motivazione della sentenza dovrà dare conto degli accertamenti compiuti e dei risultati conseguiti attraverso il suddetto confronto (Cass. Sez. III, 8.11.1991, Riva e a., *CP*, 1993, 1527).

Deve essere chiaro, peraltro, che se l'opera eseguita in difformità dal permesso di costruire, considerata in sé e per sé, sarebbe assentibile con mera d.i.a., ciò non elimina la rilevanza penale dell'abuso. Lo ha precisato una più recente decisione di legittimità, chiarendo che

alle opere edilizie eseguite in difformità dal progetto assentito con permesso di costruire non si applicano le disposizioni di cui all'art. 4, 7° co., della l. 4.12.1993, n. 493 e all'art. 1, comma 6° lett. *a*), della l. 21.12.2001, n. 443 (che prevedono la semplice denuncia di inizio attività in alternativa al permesso di costruire), atteso che tali disposizioni si riferiscono a interventi autonomi e non alle difformità, in relazione alle quali viene integrato il reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. *a*)

(Cass. Sez. III, 9.12.2004, Iacononelli, *RP*, 2006, 103).

Venendo ora agli abusi commessi in zone sottoposte a vincolo, si è visto come l'art. 44, 1° co., lett. *c*, TUE conferisca alle variazioni essenziali una maggiore gravità anche sul piano delle conseguenze penali, equiparandole alle ipotesi di difformità totale, sicché sembrerebbe qui rilevante individuare i confini anche della categoria “intermedia” guardando alla definizione in concreto fattane nelle legislazioni regionali. A ben vedere, tuttavia, non è così. Di fatti, **le classificazioni ordinarie delle ipotesi di difformità dal titolo edilizio subiscono una metamorfosi se applicate agli abusi commessi in zone vincolate**, posto che l'art. 32 TUE - dopo aver delineato nei primi due commi i principi fondamentali cui debbono attenersi le Regioni nell'individuare i casi di variazione essenziale - prosegue disponendo che

gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico ed ambientale, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali

(art. 32, 3° co., TUE)

La disposizione, apparentemente contorta – e obiettivamente tale, quanto al problema di cui tra breve si dirà - ha, in realtà, un significato di estrema semplicità, se letta in funzione dell'applicazione della norma incriminatrice di cui all'art. 44, 1° co., lett. c, TUE. Dal combinato disposto delle due previsioni, in sostanza, si ricava che: le divergenze dal titolo edilizio che formalmente sono da qualificarsi come variazioni essenziali si considerano in realtà quali totali difformità, sicché non rileva distinguerle da quelle di cui all'art. 31, 1° co., TUE; tutte le divergenze dal titolo diverse da queste, vale a dire quelle che normalmente sono semplici difformità parziali, sono considerate ai fini penali come variazioni essenziali. Detto in termini ancora più semplici, poiché integrano gli estremi del reato di abuso edilizio in zone vincolate tutte le divergenze dal titolo che sono (considerate come) difformità totali e tutte quelle che sono (considerate come) variazioni essenziali, ne deriva che qualsiasi difformità dal titolo edilizio è punita ai sensi dell'art. 44, 1° co., lett. c, TUE. **Per gli interventi eseguiti in zone vincolate, nel caso in cui l'opera eseguita sia difforme da quella autorizzata con il permesso di costruire (o con la d.i.a. ad esso equipollente), non c'è spazio per l'applicazione della meno grave fattispecie di cui alla lettera a della norma incriminatrice: ogni divergenza dal progetto, anche se di minima rilevanza, costituisce abuso punito con la sanzione più elevata che la disciplina dei reati urbanistici contempla** (la conclusione è affermata – sia pure come *obiter dictum* - da Cass., sez. III, 23-5-1997, Ciotti e a., *RGE*, 1998, 1053. Per qualche applicazione in sede di merito: P. Frosinone – sez. Anagni, 15-7-1993, Miaci e a., *CP*, 1994, 1097; P. Belluno – sez. Pieve di Cadore, 12-11-1993, Mercuri e a., *GM*, 1996, 308.).

La disposizione contenuta nell'art. 32, 3° co., TUE, tuttavia, sembra avere un campo di applicazione più ampio di quello proprio dell'art. 44, 1° co., lett. c, TUE. Il rilievo non concerne il fatto che quest'ultima, a differenza della prima, non menziona il vincolo architettonico, poiché – salvo errori o dimenticanze – la locuzione non ha precisi riferimenti normativi a determinate categorie di beni e ben può rientrare, quale *species*, nel *genus* del vincolo artistico. Ci si riferisce, invece, alla circostanza che, diversamente da quanto previsto nella norma incriminatrice, la previsione di cui all'art. 32, 3° co., TUE abbraccia anche quei singoli edifici soggetti a vincolo che non si trovino in zone (a loro volta) vincolate. Ciò significa che se un intervento eseguito in variazione essenziale dal titolo su un edificio (vincolato o non vincolato) ubicato in zona soggetta a vincolo sarà riconducibile alla più grave ipotesi criminosa di cui alla lettera c della disposizione incriminatrice, la stessa condotta commessa con riguardo ai soli edifici soggetti a vincolo che non ricadano in zone vincolate sarà punita ai sensi della lettera b. Con riguardo alle variazioni essenziali, dunque, il trattamento sanzionatorio sarà sì aggravato in questi casi, ma solo nel senso che verrà in rilievo la contravvenzione di cui alla lettera b anziché quella di cui alla lettera a dell'art. 44, 1° co., TUE.

10.1. Casistica e ulteriori ipotesi di inosservanza delle prescrizioni contenute nel titolo.

Quanto alla (non vasta) **casistica** edita in relazione alla fattispecie incriminatrice in parola, può osservarsi che sono state ritenute quali ipotesi di difformità parziale situazioni di <<localizzazione di un fabbricato in luogo diverso da quello indicato nel progetto assentito dall'autorità comunale>> (Cass. Sez. III, 19.9.2003, Casà, *CP*, 2005, 1377) e variazioni dell'altezza del tetto e del sottotetto quando <<il progetto di ristrutturazione sottoposto all'esame della Commissione edilizia non corrispondeva integralmente con le dimensioni degli interventi edilizi effettivamente realizzati e registrati in sede di sopralluogo, almeno per una quota di 40 centimetri>> (Pret. Rieti, 22.1.1998, Borgia e a., *RGE*, 1999, I, 1433). Ancora, sono state ricondotte al concetto in esame

le opere – effettuate nel corso di una ristrutturazione – consistite nella demolizione e ricostruzione di muri perimetrali con conseguente modifica delle unità immobiliari, nonché di quelle effettuate in violazione delle prescrizioni particolari contenute nella originaria concessione (Cass. Sez. III, 18.3.1999, Ferruci e a., *RP*, 1999, 1016).

Per contro, si è esclusa ogni rilevanza penale a minime difformità, come nel caso in cui <<il muro della costruzione, casa di civile abitazione, era stato posizionato sul terreno non in linea perfettamente parallela rispetto al confine del fondo, sì che ad un'estremità risultava distante dal confine stesso metri 4,95 e non 5 come prescritto nella concessione dell'opera>> (Pret. Abbiategrasso 15.4.1993, Pintonello, *GM*, 1994, II, 942). Nel caso di specie, il giudice di merito ha ritenuto che il fatto non potesse ritenersi "tipico" perché non lesivo dell'interesse protetto dalla fattispecie incriminatrice. Rileva il pretore che questa

ha un contenuto estremamente generico prestandosi ad una pluralità di applicazioni con conseguente necessità di un'interpretazione rigorosa ancorata, oltre al criterio letterale, anche a quello di necessaria offensività dell'illecito penale, se non altro per evitarne un'utilizzazione incostituzionale perché in contrasto con il principio di offensività. Il reato può dirsi integrato da qualsiasi attività di trasformazione urbanistica che abbia comportato lesione dell'interesse protetto mediante violazione nella concessione edilizia. La previsione di tale ipotesi residuale di reato, che raccoglie tutte le condotte che non rientrano nelle fattispecie più gravi di cui alle lettere successive dello stesso articolo, estende al massimo la tutela dell'interesse urbanistico, interesse tutelato che deve sempre esser tenuto presente ai fini dell'individuazione, sia in astratto che in concreto, della condotta punibile. I fatti che rientrano nella formula della legge, presa alla lettera, sono tantissimi e vari ed è fuori dubbio che non tutti meritano di essere assoggettati ad una pena. Solo quelle condotte che si concretano in un danno o in un pericolo di danno per l'oggetto giuridico del reato giustificano l'applicazione di una sanzione punitiva. Da questa considerazione deriva l'impunità per tutte quelle difformità minime ed assolutamente innocue dell'opera realizzata rispetto alle prescrizioni della concessione o degli strumenti urbanistici. Condotte di questo genere, infatti, non sono idonee a ledere né la funzione pubblica di gestione del territorio né soprattutto il bene dell'ordinato assetto del territorio e dell'ambiente (Pret. Abbiategrasso 15.4.1993, Pintonello, *GM*, 1994, 942).

In linea generale, occorre precisare che compete senza dubbio al giudice penale il potere di verificare, in concreto, se vi sia stata o meno difformità dal progetto, non essendo questi vincolato all'esito degli accertamenti eseguiti in sede amministrativa. Ed invero, ha osservato la Cassazione,

il giudice accerta con competenza autonoma tutte le componenti dell'illecito penale previsto dalla legge urbanistica e, quindi, tutti gli elementi di fatto e di diritto che compongono le fattispecie criminose descritte nell'art. 20 legge n. 47 del 1985. Rientra, quindi, nei poteri giurisdizionali la determinazione del criterio di calcolo del livello dell'edificio, se dal livello di strada o di campagna, che riguarda la rilevazione dell'elemento di fatto da confrontare con la fattispecie astratta prevista dalla norma (Cass. Sez. III, 25.5.2000, Petrecca, *RGE*, 2001, I, 763).

Un'ulteriore ipotesi di reato ascrivibile alla categoria in parola può riguardare le **violazioni del permesso di costruire in relazione alla destinazione d'uso di singoli locali dell'organismo edilizio**. Se la modifica di destinazione d'uso dell'intero organismo edilizio realizzata mediante opere conferisce all'edificio una diversa utilizzazione che rileva quale difformità totale ai sensi dell'art. 32, 1° co., TUE, le divergenze rispetto al progetto finalizzate a modificare la destinazione di alcune porzioni soltanto dell'edificio – o di talune unità immobiliari di un grande complesso - possono rilevare quali difformità parziali. Si pensi, per fare un esempio che spesso ricorre nella pratica – ma che non sempre viene correttamente inquadrato - alla destinazione abitativa di locali che, in progetto, sono indicati come “di sgombero” o, comunque, non abitabili (soffitte, piani interrati, ripostigli), ovvero alla realizzazione di maggiori volumi, in progetto non contemplati, che non rivestano, per scarsa consistenza e/o difetto di specifica rilevanza, gli estremi della figura della totale difformità (si pensi ad una veranda ottenuta con la abusiva chiusura di un balcone o di una terrazza nel contesto di più ampie opere di ristrutturazione o edificazione *ex novo*). A quest'ultimo proposito, ad es., in un caso in cui, in difformità dalla concessione edilizia, erano state tamponate con strutture in metallo e vetro due terrazze, la Cassazione, dapprima, ha affermato il principio giusta il quale

qualora siano realizzate opere oltre i limiti volumetrici (di questi la presente decisione si occupa) previsti in progetto e purché non sia posto in essere un corpo autonomo di notevole rilevanza (altrimenti si ricade nella totale difformità), non trova più applicazione la lett. b) dell'art. 20, ma la lett. a), perché vengono violate le modalità esecutive della concessione

(Cass. Sez. III, 19.5.1986, Borgatti, *CP*, 1987, 1223);

da ciò ha poi tratto la conclusione che la realizzazione abusiva di verande

oltre i limiti della concessione non è in totale difformità, quando, pur comportando la creazione di un corpo autonomo non abbia una rilevanza specifica. In tal caso è sempre configurabile una parziale difformità, punibile ai sensi dell'art. 20 lett. a). Nella specie l'imputata dovrà pertanto essere nuovamente giudicata per la contravvenzione della violazione delle modalità esecutive della concessione

(Cass. Sez. III, 19.5.1986, Borgatti, *CP*, 1987, 1223).

Al di là delle difformità rispetto al progetto, l'art. 44, 1° co., lett. a, TUE può trovare applicazione anche in qualche altro, limitato, caso di violazione del permesso di costruire. Potrebbe, ad es., farsi l'ipotesi di opere strutturali realizzate in conformità al progetto ma alle quali sia conseguita una destinazione d'uso del manufatto – o di una unità del medesimo – diversa da quella prevista nel permesso di costruire. Secondo l'interpretazione preferibile dell'art. 32, comma 1, lett. a, TUE, laddove la modificazione implichi variazione degli *standards* previsti dal d.m. 2.4.1968, n. 1444, l'ipotesi rientra nella categoria delle variazioni essenziali. Ove questa condizione non ricorra, ma vi sia pur sempre modificazione meramente formale di destinazione d'uso (si pensi al caso dell'utilizzo per fini abitativi di locali di sgombero), la condotta

potrà comunque rilevare quale parziale difformità. In questi casi deve tuttavia porsi il problema della punibilità di condotte che intervengano a distanza di tempo dall'ultimazione dei lavori assentiti con il permesso di costruire (sul punto si tornerà nel §. 13).

Vi sono, poi, **ipotesi di violazione di certe prescrizioni del permesso di costruire non direttamente afferenti al progetto dell'opera**. A parte l'omessa esposizione del cartello di cantiere nel caso in cui il permesso eventualmente ribadisca tale obbligo – che parte della giurisprudenza ritiene necessario ai fini dell'integrazione del reato (cfr. Cass. Sez. III, 28.6.1994, Gotti, *RP*, 1995, 1493; *CP*, 1996, 1591 e quanto osservato *supra*, §. 4.2.) ma che, a nostro avviso, già è sanzionabile quale violazione dell'art. 27, 4° co, TUE – in giurisprudenza si sono talvolta esaminati casi relativi alla violazione delle prescrizioni imposte circa le modalità di recinzione del cantiere. Ritenendo che la protezione del territorio coinvolga

una molteplicità di interessi giuridicamente rilevanti, quali la diversificazione funzionale delle aree, le comunicazioni interne ed esterne anche con riferimento all'afflusso della popolazione, la conservazione di ambiti determinati, la direzione dello sviluppo urbano, l'armonia delle linee architettoniche, la funzionalità tecnica e la sicurezza, l'igiene, le esigenze paesaggistiche

(Pret. Putignano 19.4.1989, Masi e a., *GM*, 1991, III, 181),

sicché, nel rilasciare il provvedimento abilitativo all'edificazione, il comune dovrebbe tenere conto di tutti gli interessi in questione, il giudice ha ritenuto sanzionabile ai sensi della contravvenzione in esame la violazione della prescrizione relativa alla predisposizione attorno al cantiere di una recinzione

con le peculiari caratteristiche puntualizzate in rubrica (*che*) aveva la finalità (data la sua prefissata altezza di m. 2,50) di evitare in modo assoluto l'eventuale introduzione di estranei all'interno del cantiere edile *de quo*, caratterizzato da uno sbancamento di notevole ampiezza e profondità

(Pret. Putignano 19.4.1989, Masi e a., *GM*, 1991, III, 181).

Con riguardo alla violazione di questo tipo di prescrizioni, tuttavia, il problema interpretativo che si pone è quello di verificare se l'interpretazione finalistica della norma incriminatrice residuale rispetto al suo oggetto di tutela penale consenta oppure no di ricondurvi inosservanze che non attengono al profilo della trasformazione del territorio (v. quanto osservato *supra*, *sub* §. 3)

11. Violazione delle prescrizioni contenute nella d.i.a alternativa al permesso di costruire.

Tra i parametri di legalità dell'attività di trasformazione urbanistica ed edilizia del suolo, l'art. 44, 1° co., lett. a, TUE non menziona anche le indicazioni contenute nella denuncia di inizio attività. Ciò non desta sorpresa, se si tiene conto, da un lato, della tecnica normativa utilizzata in tutte e tre le disposizioni penali – le quali considerano soltanto gli abusi relativi ad opere assentibili con il permesso di costruire - e, d'altro lato, del principio generale circa l'irrilevanza penale delle violazioni relative ad opere soggette al regime della d.i.a. (sancito dall'art. 37, 6° co., TUE e non riferibile, come si è visto, al caso di difformità dalla disciplina urbanistica e normativa sostanziale). Questo

principio, tuttavia, vale soltanto per gli interventi suscettibili d'essere realizzati con il titolo abilitativo semplificato (oggi denominato s.c.i.a.) sulla base delle regole generali poste dalla legge statale, come si ricava, tra l'altro, dal fatto che l'art. 37 TUE delimita il proprio campo di operatività con riguardo agli <<interventi edilizi di cui all'art. 22, commi 1 e 2, in assenza della o in difformità dalla denuncia di inizio attività>> (art. 37, 1° co., TUE). L'inciso da noi riportato in corsivo è stato aggiunto dall'art. 1, 1° co., lett. n, d.lg. 27.12.2002, n. 301, che, in attuazione della delega contenuta nella legge obiettivo, ha adeguato il testo unico alla disciplina sulla c.d. "super-d.i.a." introdotta da questa legge nell'ordinamento. Com'è noto, in taluni casi – indicati nell'art. 22, 3° co., TUE – è possibile, a scelta dell'interessato, eseguire con d.i.a. alternativa al permesso di costruire taluni interventi di regola assoggettati a quest'ultimo regime. Quest'innovazione (come pure quella che consente alle Regioni di ampliare ulteriormente tale categoria, a norma dell'art. 22, 4° co., TUE) ha effetto soltanto sul piano procedurale, nel senso che si consente l'utilizzo dell'*iter* amministrativo semplificato, mentre nulla muta sul piano sostanziale, e sanzionatorio in particolare: nel caso di abusi, saranno applicabili le stesse sanzioni amministrative e penali previste per gli interventi assoggettati al permesso di costruire (quali, in ultima analisi, sono e restano quelli in esame).

Il decreto delegato emanato in attuazione della legge obiettivo, per vero, ha esplicitato in modo chiarissimo e corretto il principio appena affermato quanto alle sanzioni amministrative, ma lo ha malamente espresso nell'art. 44, comma 2-*bis*, TUE con riguardo alle sanzioni penali. Sul piano amministrativo, mentre il regime dell'irrilevanza penale degli abusi relativi agli interventi effettuati con d.i.a. (oggi s.c.i.a.) è stato limitato ai casi disciplinati nell'art. 22, commi 1 e 2, TUE con la segnalata interpolazione dell'art. 37, 1° co., TUE, nelle disposizioni che prevedono le sanzioni amministrative per gli illeciti connessi ad opere soggette al permesso di costruire è stato aggiunto un ultimo capoverso che estende la relativa disciplina ai casi in cui si sia proceduto con d.i.a. ai sensi dell'art. 22, 3° co., TUE (cfr. artt. 31, comma 9-*bis*, 33, comma 6-*bis*, 34, comma 2-*bis*, 35, comma 3-*bis*, TUE). Più in generale, il regime dettato per il permesso di costruire è stato esteso alla d.i.a. ad esso alternativa in tutti i settori rilevanti sul piano amministrativo, dall'accertamento di conformità (art. 36, comma 1, TUE), all'annullamento del titolo (artt. 38, comma 2-*bis*, e 39, comma 5-*bis*, TUE), all'adozione dei provvedimenti cautelari o ripristinatori (art. 40, comma 4-*bis*, TUE), e pure con riguardo alle c.d. "sanzioni civili" dettate a contrasto dell'abusivismo edilizio (cfr. artt. 46, comma 5-*bis*, e 48, comma 3-*bis*, TUE). A fronte di questa chiara opzione legislativa, **appare dunque una mera "svista" del legislatore delegato del 2002 quella compiuta nel dettare la clausola di estensione delle conseguenze sanzionatorie penali previste per gli abusi connessi ad interventi soggetti al permesso di costruire ai casi di abuso realizzati in un contesto di scelta della d.i.a. quale titolo abilitativo alternativo ai sensi dell'art.**

22, comma 3, TUE. La formulazione letterale dell'art. 44, comma 2-*bis*, TUE, infatti, realizza l'estensione soltanto con riguardo ai casi di lavori eseguiti in mancanza o totale difformità dal titolo e non fa menzione delle ipotesi di variazione essenziale o parziale difformità. Non potendo ritenersi che si sia trattato di una scelta intenzionale – ciò che, peraltro, aprirebbe la via ad una ben fondata questione di legittimità costituzionale per violazione della legge-delega e per irrazionalità del sistema (dovendosi evidentemente far discendere le stesse conseguenze nel caso di violazione del progetto, indipendentemente dal titolo abilitativo che l'interessato abbia scelto di adottare) - ed essendo possibile operare una un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, **deve dunque ritenersi che la richiamata disposizione, pur malamente formulata, equipari le situazioni di abuso realizzate con d.i.a. alternativa al permesso a quelle riferite a quest'ultimo anche in relazione alle variazioni essenziali e alla parziale difformità.**

In una non recente decisione, tuttavia, la Cassazione è andata in contrario avviso, escludendo la rilevanza penale di opere eseguite in parziale difformità rispetto alla d.i.a. alternativa al permesso di costruire ed affermando il seguente principio di diritto:

in caso di ristrutturazione edilizia, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. *d*), D.P.R. 6.6.2001, n. 380, realizzabile con denuncia di inizio attività alternativa al permesso di costruire, ex art. 22, comma 3, del citato D.P.R.n. 380 del 2001, le sanzioni di cui all'art. 44 dello stesso D.P.R. sono applicabili soltanto in caso di assenza o totale difformità dalla d.i.a., atteso che l'esclusione dell'ipotesi di parziale difformità dal regime sanzionatorio opera sia in caso di edificazione con permesso di costruire che nella diversa ipotesi di opzione per la d.i.a. (Cass. Sez. III, 23.9.2004, Croattini, *GP* 2006, II,56).

Leggendo la stringata motivazione della sentenza – emessa in sede di impugnazione di provvedimento cautelare - se ne comprende meglio la *ratio decidendi* e se ne può apprezzare la portata letteralmente dirompente. Poiché l'art. 44, comma 2-*bis*, TUE – osserva la Corte – prevede la tutela penale soltanto per le ipotesi di assenza e totale difformità dalla d.i.a. alternativa al permesso di costruire

la previsione deve essere interpretata, per non creare una ingiustificata ed irrazionale disparità di trattamento, nel senso che la limitazione è operante sia nel caso in cui l'agente abbia optato per la denuncia di inizio attività sia nel caso in cui abbia scelto di edificare con permesso di costruire (Cass. Sez. III, 23.9.2004, *GP* 2006, II, 56).

Il ragionamento – il cui unico pregio è di operare un'interpretazione *in bonam partem* – rompe tuttavia la già segnalata armonia del sistema sanzionatorio che lo stesso legislatore ha evidentemente inteso delineare (si noti, con particolare riguardo ai casi di lavori eseguiti in parziale difformità dalla d.i.a. alternativa al permesso, la previsione di cui all'art. 34, comma 2-*bis*, TUE). Inoltre, la Corte non si avvede che una sostanziale depenalizzazione come quella che deriva dal principio di diritto da essa affermato non era in alcun modo consentita al legislatore delegato che ha (in questo caso, malamente) attuato i principi indicati nella legge-obiettivo, sicché, se questa interpretazione dovesse prevalere, la disposizione dovrebbe essere sottoposta allo scrutinio di legittimità costituzionale (per entrambi questi rilievi, v. già L. BISORI, *La parziale difformità dalla <<superDia>> non integra reato*, in *UA*

2005, 239 s., il quale giustamente osserva come la conclusione determina una lacuna di tutela ancor più ampia e clamorosa con riguardo agli interventi eseguiti in variazione essenziale dal titolo nella aree vincolate). Il principio di diritto circa l'irrelevanza penale delle opere eseguite in parziale difformità dalla d.i.a. alternativa a permesso di costruire è tuttavia stato richiamato – sia pur come *obiter dictum* – in una più recente decisione

nel caso in cui la DIA si ponga quale titolo abilitativo alternativo al permesso di costruire (cosiddetto super-DIA: art. 22, comma terzo, d.P.R. citato) è configurabile il reato di cui all'art. 44, lett. b), d.P.R. n. 380 del 2001, sia nel caso di assenza del permesso di costruire o della DIA, sia nel caso di difformità totale delle opere eseguite rispetto alla DIA presentata, restando priva di sanzione penale la sola difformità parziale (Cass., Sez. III, 20.1.1999, Tarallo, C.E.D., Rv. 243099).

Per quanto argomentato, appare auspicabile una rivisitazione di questo indirizzo interpretativo, dal quale la Suprema Corte si era peraltro distaccata in una precedente pronuncia nella quale – in modo del tutto condivisibile – si era osservato che

se è vero che le pene sono limitate testualmente dall'art. 44 comma 2-*bis* T.U.ED., alla sola esecuzione in totale difformità ed in assenza della d.i.a., tralasciando la difformità parziale, le variazioni essenziali e le violazioni alle prescrizioni ed al regolamento edilizio, un'esegesi sistematica della disposizione con riferimento alla richiesta conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, stabilita per la c.d. d.i.a. semplice induce a ritenere, a parere del collegio, estesa anche alla c.d. super d.i.a. la previsione dell'art. 44 lett. a) T.U.ED. in modo da rendere detta disparità di trattamento apparente, tanto più che tutta la disciplina sanzionatoria amministrativa è equiparata alle ipotesi di esecuzione degli interventi in assenza, in totale e parziale difformità dal permesso di costruire e che l'art. 44 comma 2-*bis* richiama <<le disposizioni del presente articolo>>

(Cass. Sez. III, 26.11.2003, Selva e a., RGE, I, 856 s.).

E' dunque preferibile ritenere – anche in omaggio all'interpretazione adeguatrice - che risponderà della contravvenzione prevista dall'art. 44, 1° co., lett. a, TUE, chi, violando le modalità esecutive previste nel progetto allegato alla d.i.a. presentata ai sensi dell'art. 22, 3° co., TUE – ovvero ai sensi delle leggi regionali che estendano l'area dell'alternatività tra permesso e d.i.a., giusta la previsione dell'art. 22, 4° co., TUE, la quale, non distinguendo tra le diverse ipotesi di abuso, ulteriormente conforta la conclusione – esegua opere parzialmente difformi o in variazione essenziale rispetto a quelle formalmente dichiarate. Per contro, non saranno invece penalmente rilevanti analoghe violazioni del progetto approvato con permesso di costruire che le Regioni reputino necessario nei casi in cui la legge statale prevede la sola d.i.a. (oggi s.c.i.a.) o che l'interessato abbia deciso di presentare quale alternativa a quest'ultima ai sensi dell'art. 22, 7° co., TUE: in entrambi i casi l'unico regime sanzionatorio applicabile sarà quello amministrativo previsto dall'art. 37 del testo unico (cfr. art. 10. 3° co., e 22, 7° co., TUE).

Nei casi di denuncia di inizio attività alternativa al permesso di costruire le ipotesi di rilevanza penale sembrano tuttavia ridursi a quelle segnalate. In particolare, non sembrano configurabili ulteriori inosservanze della d.i.a. suscettibili d'essere penalmente sanzionate, anche perché la parificazione di trattamento di situazioni eguali, indipendentemente dall'*iter* amministrativo prescelto per ottenere il titolo abilitativo, suggerisce di escludere la possibilità di sanzionare violazioni tipiche della d.i.a. e non riscontrabili nel permesso di costruire (si pensi, ad es., all'affidamento dei lavori ad impresa diversa da

quella indicata in denuncia). Per contro, essendo la d.i.a. un atto privato, essa non potrà contenere “prescrizioni” della p.a. suscettibili d’essere sanzionate in caso di inosservanza, sicché, da questo angolo visuale, chi opti per l’esecuzione con la denuncia di un intervento di regola assoggettato al permesso di costruire riduce potenzialmente *ab origine* il rischio di incorrere in sanzione penale per il reato di cui all’art. 44, 1° co., lett. a, TUE.

12. *Violazione delle prescrizioni (con finalità urbanistica) contenute nei provvedimenti equipollenti al permesso di costruire: l’autorizzazione all’installazione di impianti di comunicazioni elettroniche.*

Nell’ottica di semplificazione procedurale che ha connotato l’azione legislativa dell’ultimo decennio, in alcuni settori, talvolta anche per adeguare la disciplina nazionale a fonti comunitarie, si è assistito allo “inglobamento” del permesso di costruire in un più ampio provvedimento di autorizzazione adottato all’esito di una conferenza di servizi nell’ambito della quale l’intervento viene assentito dopo essere stato valutato, dalle pp.aa. competenti, alla luce delle diverse normative di settore che vengono in rilievo. In siffatti casi, dopo alcune iniziali incertezze, la Corte di cassazione sembra avere oramai assunto un orientamento consolidato nel senso di ritenere che al provvedimento delineato dalla normativa speciale non può affiancarsi il permesso di costruire e che il primo “tiene luogo” (anche) del secondo sicché, laddove necessario, la sua mancanza integra gli estremi del reato previsto dall’art. 44, 1° co., lett. b, TUE.

E’ quanto accaduto in materia di installazione di infrastrutture di telecomunicazioni, la cui disciplina – originariamente dettata dal d.lgs. 4.9.2002, n. 198 (c.d. “decreto Gasparri”), emanato in forza della delega inserita nella c.d. legge obiettivo (l. 443/2001) e poi dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega (Corte cost. 1.10.2003, n. 303, *CorG*, 2004, 40) - è oggi contenuta nel d.lgs. 1.8.2003, n. 259, c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche. La posizione della Cassazione sul punto è stata espressa in due pronunce “gemelle”, emesse alla metà del 2005 nella stessa camera di consiglio, che val la pena qui ricordare anche per l’importanza “metodologica” che il ragionamento assume rispetto alla concreta possibilità di riproporlo in analoghe fattispecie:

secondo un orientamento interpretativo (condiviso dal T.A.R. Veneto, sez. II, 8.1.2004, n. 1), anche a fronte delle disposizioni introdotte dal Codice delle comunicazioni elettroniche, persisterebbe la necessità di un distinto ed autonomo titolo abilitativo edilizio e ciò essenzialmente perché:

- l’art. 86 del D.Lgs. n. 259/2003 assimila espressamente (come si è detto dianzi) le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, di cui ai successivi artt. 87 e 88, alle opere di urbanizzazione primaria, alle quali deve applicarsi <<la normativa vigente in materia>>, e, quindi, anche l’art. 3 del T.U. n. 380/2001;
- lo stesso D.Lgs. n. 259/2003 (a differenza del D.Lgs. n. 198/2002) non contiene una <<clausola di esclusività>>, rivolta a consentire la realizzabilità delle infrastrutture in esso contemplate sulla sola base delle procedure definite dallo stesso Codice; esso non contiene, inoltre, previsioni modificatrici del T.U. dell’edilizia.

Esclusa la teoria più radicale, secondo la quale la verifica edilizia dovrebbe considerarsi superflua, stante la mancata menzione espressa dei profili edilizi nel Codice delle telecomunicazioni, un altro orientamento, assolutamente prevalente nella giurisprudenza amministrativa, riconosce invece (sia pure con argomentazioni non sempre coincidenti) carattere omnicomprensivo all'autorizzazione prevista dal D.Lgs. n. 259/2003, esteso a tutti i profili connessi alla realizzazione ed all'attivazione degli impianti di telefonia cellulare inclusi quelli urbanistici ed edilizi (...). Tale orientamento – fatto proprio dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con le recenti decisioni 11.1.2005, n. 100 e 22.10.2004, n. 6910 (dopo le contrarie decisioni 26.9.2003, n. 5502 e 18.5.2004, n. 3193) viene condiviso da questo Collegio (in senso contrario vedi Cass. Sez. III, 1.12.2003, n. 46172, Gro, ove si omette, però, di valutare la normativa introdotta dal D.Lgs. n. 259/2003) (Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1030; Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1265. Quest'ultima decisione è pubblicata anche in *RP*, 2005, 1336).

A sostegno della conclusione la Corte adduce innanzitutto la *ratio* di semplificazione e concentrazione dei procedimenti amministrativi volti al rilascio dell'autorizzazione per l'installazione di infrastrutture di comunicazione elettronica, espressamente indicata nella legge-delega in attuazione di direttive europee, che resterebbe vanificata <<qualora al procedimento di autorizzazione disciplinato dal D.Lgs. n. 259/2003 dovesse aggiungersi quello previsto dal T.U. dell'edilizia, peraltro non coordinato sotto il profilo temporale>> (Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1030; Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1265). In secondo luogo, la procedura delineata dall'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003 ben si concilia con la valutazione anche della compatibilità urbanistico-edilizia dell'intervento, in quanto:

- può essere finalizzata ad approfondire tali aspetti la previsione del 5° comma, secondo la quale il responsabile del procedimento può richiedere, per una sola volta, entro 15 giorni dalla ricezione dell'istanza, l'integrazione della documentazione prodotta;
- i commi 6 e 7 prevedono il ricorso ad una <<conferenza di servizi>>, che deve essere convocata dal responsabile del procedimento in caso di motivato dissenso espresso da un'Amministrazione interessata e l'approvazione intervenuta all'esito della conferenza, adottata a maggioranza dei presenti, <<sostituisce ad ogni effetto gli atti di competenza delle singole Amministrazioni e vale altresì come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori>>

(Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1030; Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1265).

La Corte trae dunque le seguenti conclusioni:

l'individuazione di un'autorizzazione unitaria, rilasciata dal Comune con l'intervento delle Amministrazioni portatrici degli altri interessi pubblici coinvolti, porta razionalmente a ritenere che nel procedimento di autorizzazione debbano confluire tutti i procedimenti in precedenza autonomi, necessari per la compiuta valutazione degli interessi sottesi all'atto che autorizza già la <<installazione>>, e non la sola attivazione, dell'impianto (una particolare disciplina è comunque prevista nel caso di motivato dissenso espresso da un'Amministrazione preposta alla tutela ambientale, alla tutela della salute o alla tutela del patrimonio storico-artistico). Le singole valutazioni, che in precedenza erano autonome, non sono eliminate ma unificate sul piano procedimentale e di esse deve essere dato conto in sede di motivazione del provvedimento finale (Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1030 s.; Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1265).

Negando forza dirimente al principale argomento addotto dai sostenitori della tesi contraria, la Cassazione osserva che

In una situazione siffatta non può riconoscersi, allora, rilevanza assorbente alla mancata riproduzione, nel testo del D.Lgs. n. 259/2003, di una <<clausola di esclusività>>. E' vero, altresì, che l'art. 41, comma 2, lett. d) della legge delega n. 166/2002 impone formalmente la <<abrogazione espressa>> di tutte le norme incompatibili. L'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003, però, non esclude che gli impianti in esso previsti debbano considerarsi <<nuova costruzione>>, ai sensi dell'art. 3 (lettere e.2 ed e.4) del T.U. n. 380/2001 e pone una deroga esclusivamente procedimentale alle generali previsioni dell'art. 10 dello stesso T.U., in quanto non mette in discussione la necessità di una valutazione dell'intervento alla stregua della vigente normativa urbanistico-edilizia e delle prescrizioni degli strumenti di pianificazione (Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1031; Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1265 s.).

In sostanza, per la Suprema Corte, l'installazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica costituisce pur sempre un intervento di nuova costruzione soggetto al regime sostanziale del permesso di costruire, anche, si badi, se si tratti di impianti "con potenza in singola antenna uguale o inferiore ai 20 Watt", poiché per questi <<la denuncia di inizio attività, prevista dall'art. 87 3° comma – ultima parte, del D.Lgs. n. 259/2003 (...) non è quella disciplinata dagli artt. 22 e 23 del T.U. n. 380/2001, ma va ricondotta al modello generale di cui all'art. 19 della legge n. 241/1990, come modificato, da ultimo, dall'art. 3, comma 1, del D.L. 14.3.2005, n. 35, convertito nella legge 14.5.2005, n. 80. Nel relativo procedimento, tuttavia, dovranno essere pur sempre valutati i profili urbanistico-edilizi del realizzando intervento>> (Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1031; Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1265). **La speciale disciplina contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche, dunque, deroga al regime dei titoli abilitativi del TUE soltanto sul piano procedurale e la decisione finale assunta in sede di conferenza di servizi – come pure la d.i.a. di cui si è appena detto, ovvero il perfezionamento della procedura con silenzio-assenso a norma degli artt. 87, 9° co., e 88, 7° co., d.lgs. 259/2003 – "sostituisce", ad ogni effetto, il permesso di costruire, secondo il principio oggi contenuto nell'art. 14-ter, co. 6-bis, l. 241/1990 e succ. modiff., con la conseguenza che, anche per gli impianti di debole potenza soggetti all'*iter* procedurale semplificato, non resta influenzato, in ogni caso, il regime sanzionatorio penale di cui all'art. 44 T.U. n. 380/2001 e le infrastrutture di comunicazione elettronica specificate al comma 1 dell'art. 87 del D.Lgs. n. 259/2003 restano sottoposte, pur sempre, alle sanzioni penali specifiche delle opere soggette a permesso di costruire (Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1031; Cass. Sez. III, 8.7.2005, Vodafone Omnitel, *GI*, 2006, 1266).**

La conclusione – frutto di un percorso interpretativo che potrebbe lasciare sussistere qualche perplessità circa il rispetto del principio di tassatività - cerca di contemperare in modo intelligente le esigenze di speditezza sottese alla speciale procedura prevista per l'installazione delle infrastrutture di comunicazione con la tutela degli interessi collettivi sulla gestione e il controllo dell'uso del territorio senza indebolirne l'efficacia. La lettura data dalla Cassazione a proposito di quello che abbiamo sopra definito "inglobamento" del permesso di costruire nell'autorizzazione prevista dalla legge speciale è stata peraltro sostanzialmente confermata dalla Corte costituzionale che ha, da un lato, dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni di legge regionali che prevedevano un autonomo *iter* volto al rilascio del permesso di costruire in aggiunta a quello delineato nell'art. 87 d.lg. 259/2003 (v. Corte cost. 28.3.2006, n. 129, *GI*, 2006, 1287) e, d'altro lato, disatteso eccezioni di incostituzionalità della disciplina prevista dal d.lg. 259/2003 interpretata nel senso, ritenuto, appunto, errato, che le infrastrutture in questione, nonostante la loro rilevanza urbanistica, sarebbero irragionevolmente sottratte al regime del permesso di costruire (Corte cost. 18.5.2006, n. 203, *UA*, 2006, 818).

Come si accennava, l'orientamento in questione è stato successivamente ribadito e appare oggi consolidato:

ai fini della installazione di ripetitori telefonici è insufficiente la presentazione di d.i.a., essendo invece necessario il rilascio delle autorizzazioni previste al termine della specifica procedura disciplinata dagli artt.87 e ss. del d. lgs. n. 259 del 2003 il cui mancato rispetto rende le opere abusive e suscettibili delle sanzioni di cui all'art. 44 del d. P.R. n. 380 del 2001.

(Cass., Sez. III, 28.4.2010, Brini e a., C.E.D. Rv. 248218);

integra il reato previsto dall'art. 44, lett. b), d.P.R. n. 380 del 2001, l'installazione di impianti di telefonia mobile senza il preventivo rilascio dell'autorizzazione disciplinata dall'art. 87, D.Lgs. n. 259 del 2003, atto quest'ultimo che può ritenersi sostituito dalla formazione del cosiddetto silenzio-assenso a condizione, però, che sussistano i presupposti e i requisiti richiesti dalla legge. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto integrato il reato in quanto il silenzio-assenso formatosi sulla richiesta di autorizzazione era in contrasto al piano di localizzazione delle stazioni radio base, adottato dal Comune).

(Cass., Sez. III, 21.3.2013, Vodafone Omnitel, C.E.D. Rv. 256425)

Si è richiamata questa giurisprudenza poiché essa – pur formatasi con riguardo al reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. b, TUE – evidentemente rileva, *mutatis mutandis*, anche ai fini dell'**integrazione dell'ipotesi di reato residuale di cui alla lett. a della disposizione integratrice nel caso in cui si accerti che le opere siano state eseguite in difformità dal progetto approvato con l'autorizzazione rilasciata (o dalla d.i.a. che di essa tenga luogo nel caso di impianti di minor potenza)**. Sul punto non constano pronunce edite, ma l'affermazione dei riportati principi non può che condurre a questa conclusione, con un paio di necessarie avvertenze. La prima è che, in forza dell'interpretazione finalistica più volte richiamata, per rilevare ai sensi della norma penale residuale, le difformità debbono aver riguardo agli aspetti urbanistico-edilizi dell'impianto (ad es. alle dimensioni dello stesso in quanto suscettibili, appunto, di determinare un differente "impatto" dell'opera sul territorio), mentre non rileveranno difformità che tale incidenza non abbiano (potrebbero essere irrilevanti, ad es., le questioni strettamente inerenti alla potenza dell'impianto, salvo che, per la loro potenziale dannosità, non siano in grado di incidere sull'utilizzo delle attigue porzioni di territorio secondo la destinazione urbanistica loro propria). La seconda è che dovrà trattarsi di difformità marginali, vale a dire tali da non integrare un vero e proprio *aliud pro alio*, dovendosi altrimenti optare per la riconducibilità dell'abuso al più grave reato che punisce le difformità totali dal provvedimento di assenso.

12.1 *Segue. La violazione delle prescrizioni per la costruzione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.*

Problemi analoghi, ma non del tutto identici, a quelli appena descritti si pongono per la costruzione (e l'esercizio) di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, settore nel quale il nostro paese ha dovuto armonizzare la propria legislazione recependo ed attuando alcune direttive europee (la n. 2001/77/CE e la n. 2009/28/CE) volte ad incentivare la diffusione di siffatti impianti, anche mediante la semplificazione delle procedure amministrative. In

ambito statale le fonti sono costituite dall'art. 12 d.lgs. 29.12.2003, n. 387 (rubricato "razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative"), dalle linee guida adottate sulla base di tale norma con d.m. 18/9/2010 e dagli artt. 4 ss. d.lgs. 3.3.2011, n. 28. Senza pretesa di completezza, sulla base di tale normativa e delle successive modificazioni il quadro può essere sinteticamente così ricostruito:

la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico (art. 12, 3° co., d.lgs. 387/2003; l'art. 5, 1° co., d.lgs. 28/2011 conferma sostanzialmente tale disciplina).

La disposizione prosegue prevedendo che la menzionata autorizzazione «è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate» e che «**il rilascio dell'autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto approvato**» (art. 12, 4° co., d.lgs. 387/2003).

Sin qui la normativa appare sostanzialmente speculare a quella descritta per gli impianti di telecomunicazione, sicché se ne deve far derivare – e la giurisprudenza non ha mancato di rilevarlo – che la mancanza dell'autorizzazione, laddove richiesta, equivale ai fini dell'applicazione delle norme penali urbanistiche alla mancanza di permesso di costruire ed è pertanto riconducibile all'ipotesi di reato di cui all'art. 44, 1° co, lett. b, TUE (o lett. c, se trattasi di zone vincolate):

integra il reato previsto dall'art. 44 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 la realizzazione di impianti fotovoltaici, che deve essere preceduta dal rilascio dell'autorizzazione unica, che ha carattere omnicomprensivo ed è sostitutiva del permesso di costruire all'esito della conferenza di servizi appositamente indetta dall'amministrazione competente per la verifica della compatibilità urbanistico-edilizia dell'intervento.

(Cass., Sez. III, 20.3.2012, Ferrero e a., C.E.D., Rv. 253286)

Ai fini della presente indagine deve pertanto affermarsi la medesima conclusione tratta alla fine del paragrafo precedente: **nel caso di difformità parziale dal progetto di costruzione dell'impianto autorizzato, sempre che essa comprometta il bene tutelato, sarà applicabile la fattispecie di reato residuale di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE.** Deve ancora osservarsi che, come si desume dalla richiamata norma contenuta nell'art. 12, 3° co., d.lgs. 387/2003, l'autorizzazione costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico, sicché – laddove non siano però ravvisabili profili di illegittimità della procedura – non potrà qui farsi questione di eventuale difformità tra l'autorizzazione e lo strumento urbanistico.

La disciplina in materia di costruzione di impianti di produzione di energia derivante da fonti rinnovabili (i casi statisticamente più ricorrenti si sono sinora avuti nel settore del fotovoltaico e dell'eolico) presenta però un importante profilo di novità rispetto a quella – esaminata al paragrafo che precede – degli impianti di telecomunicazione, quanto meno secondo l'interpretazione che di tale ultima disciplina è stata sin qui data (e sempre che essa non sia "rivisitata" proprio alla luce della normativa ora in esame). Ci si riferisce alle

conseguenze delle inosservanze commesse per la costruzione di impianti di minor potenza che l'art. 12 d.lgs. 387/2003 e, soprattutto, gli artt. 4 ss. d.lgs. 28/2011 subordinano alla presentazione di una semplice s.c.i.a. ai sensi degli artt. 22 e 23 TUE o, addirittura, di una mera comunicazione di inizio lavori ex art. 6 TUE. In questi casi la Corte di legittimità ha affermato che – in conformità a quanto accade laddove si tratti di normali interventi urbanistici sottoposti a tali regimi semplificati – la mancanza del titolo, o l'inosservanza del medesimo, danno luogo a mere sanzioni amministrative. Le ipotesi vanno dall'installazione di impianti solari termici integrati in edifici esistenti o loro pertinenze (considerati, al di fuori dei centri storici, attività ad edilizia libera e soggetti ad una mera comunicazione di inizio lavori: v. artt. 7 d.lgs. 28/2011 e 6, co. 2, lett. d, TUE) alla costruzione di impianti di minor potenza quali indicati negli artt. 12, 5° co., d.lgs. 387/2003 e 6 d.lgs. 28/2011, soggetti alla semplice s.c.i.a. (il comma 7 di tale ultima disposizione, ampliando i limiti prima previsti dalla legislazione statale, consente alla legislazione regionale e delle province autonome di estendere tale regime semplificato <<agli impianti di potenza nominale fino a 1 MW elettrico>>). Posto che, alla stregua della disciplina generale dei menzionati titoli semplificati, è però richiesta la conformità degli interventi, tra l'altro, agli strumenti urbanistici e ai regolamenti edilizi (il requisito, a scanso di equivoci, è comunque precisato, quanto agli impianti soggetti al regime della s.c.i.a. anche dall'art. 6, 2° co., d.lgs. 28/2011) in caso di inosservanza dei medesimi residua spazio per l'applicazione del reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE, come la giurisprudenza non ha mancato di rilevare:

è legittimo il sequestro di un impianto fotovoltaico assentito dal rilascio di semplice DIA e non da autorizzazione unica regionale atteso che, a seguito della declaratoria di incostituzionalità degli artt. 3 legge della Regione Puglia 21 ottobre 2008, n. 31 e 27 legge della Regione Puglia 19 febbraio 2008, n. 1 per effetto delle sentenze della Corte Costituzionale n. 119 del 2010 e n. 366 del 2010, la realizzazione in zona agricola delle opere senza il rispetto del limite di potenza previsto dalla legislazione statale integra il reato previsto dall'art. 44, lett. a), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380

(Cass., Sez. III, 7.2.2012, Ancora, C.E.D., Rv. 252542; le menzionate disposizioni di legge regionale sono state dichiarate costituzionalmente illegittime per aver esteso la procedura semplificata oltre i limiti indicati nella legislazione statale in allora vigente, limiti che, secondo la Consulta, integrano gli estremi dei principi fondamentali della materia)

13. *Le violazioni delle prescrizioni del titolo edilizio commesse in epoca successiva al termine dei lavori.*

Prima di chiudere la trattazione del reato di cui all'art. 44, 1° co., lett. a, TUE, occorre tornare su un problema a cui abbiamo già accennato (v. §. 3, n fine, e §. 10.1), benché esso, almeno a quanto consta, non abbia sinora avuto riscontri in giurisprudenza. Ci si riferisce all'eventuale rilevanza penale di condotte poste in essere in violazione delle norme contenute nel titolo abilitativo edilizio in epoca successiva al termine dei lavori.

Per delimitare l'ambito della questione, occorre subito chiarire che non si sta parlando di trasformazioni fisiche dell'immobile: a lavori ultimati, le modifiche del manufatto debbono avvenire in conformità alle previsioni normative che disciplinano l'attività edilizia, sicché, a seconda dei casi, per non incorrere nelle sanzioni (penali o amministrative) che la legge prevede, ci si dovrà munire del permesso di costruire, della d.i.a. ad esso alternativa o della s.c.i.a. (l'*iter* semplificato non è peraltro utilizzabile nel caso in cui si intervenga su immobili abusivi: v Cass. Sez. III, 2.12.2008, Cardito, C.E.D., Rv. 242269). Giova qui osservare che il discrimine temporale tra la possibilità di considerare lavori eseguiti abusivamente sul patrimonio edilizio esistente come difformità (parziali o totali) rispetto all'originario titolo, piuttosto che nuovi interventi da valutare *ex se* come *sine titulo* – indipendentemente dal fatto che siano o meno conformi all'originario permesso, oramai divenuto inefficace - è dato dalla formale comunicazione della chiusura dei lavori o, in ogni caso, dalla sopravvenuta decadenza del titolo ex art. 15 TUE. Tanto meno, poi, potrà invocarsi l'istituto della "difformità" per opere eseguite su un manufatto oggetto di sanatoria in epoca successiva al conseguimento del titolo:

ricorre il reato di costruzione in assenza di concessione edilizia, di cui all'art. 20 lett. b), L. 47/1985, nel fatto di colui che effettui lavori edilizi per i quali non è stata rilasciata una concessione preventiva, anche se gli stessi lavori configurino una semplice modifica rispetto ad altra opera abusiva per la quale sia già stata ottenuta una concessione in sanatoria

(Cass. Sez. III, 3.7.2003 – data del deposito, Melis, *UA*, 2003, 1236. La massima, recante il riferimento alla data della decisione, è pubblicata in altre riviste in modo che appare più ambiguo, mancando il riferimento alla lettera dell'art. 20 l. 47/1985 ritenuta applicabile: v. *CP*, 2004, 3363; *GP*, 2004, II, 185).

Si fa qui riferimento, invece, alle opere di trasformazione urbanistica, che

possono conseguire da una condotta non materiale ma giuridica in senso stretto, non modificativa della *res* urbanistica ma del diritto soggettivo sulla stessa (essenzialmente del diritto di proprietà), incidendo su utilità e funzioni del bene immobile le quali trovano la propria conformazione nello statuto urbanistico del bene definito sulla base degli strumenti urbanistici e della concessione edilizia

(A. ALBAMONTE, *Il mutamento di destinazione d'uso senza lavori, la l. 28 febbraio 1985 n. 47 e le leggi regionali in materia*, in *CP* 1987, 2020).

Questa, osserva ancora la stessa dottrina, con proposizione che oggi deve essere riferita al permesso di costruire (o all'equipollente d.i.a.),

identifica lo <<stato civile>> edilizio ed urbanistica di ciascuna unità, definendo lo statuto o il modo di essere dell'immobile sulla base della normativa degli strumenti urbanistici nonché delle prescrizioni in essa contenute

(A. ALBAMONTE, *Il mutamento*, cit., 2020).

Sulla base di queste premesse è stata quindi ipotizzata un'interpretazione finalistica della norma incriminatrice che porterebbe ad individuare quale condotta integrativa dell'illecito urbanistico anche attività non consistenti nell'esecuzione di lavori, accogliendo nel suo ambito penale tutta una serie di illeciti che consistono esclusivamente nella inosservanza di prescrizioni della concessione e di previsioni di strumenti urbanistici (...) Non va dimenticato che le prescrizioni della concessione edilizia e le previsioni degli strumenti urbanistici non contengono soltanto regole di condotta indirizzate a disciplinare l'esecuzione di lavori, ma anche regole che disciplinano l'uso, la funzione, il modo di essere dei vari elementi della città e del territorio. E' sufficiente considerare al riguardo gli atti di obbligo che vincolano parti dell'immobile a certe destinazioni o funzioni urbanistiche, gli atti d'obbligo e le convenzioni che impongono al proprietario di praticare determinati prezzi di vendita e canoni di locazione (art. 7 l. n. 10 del 1977), oppure le norme di piano che definiscono la destinazione d'uso delle varie zone con standard pre-

cisi, ovvero che impongono vincoli nelle funzioni di alcuni spazi ed aree, ecc. La stessa Corte di cassazione ha recentemente sostenuto che il mutamento di destinazione d'uso di un'unità immobiliare può avvenire mediante la stipula di un atto negoziale, cioè mediante il contratto di locazione

(A. ALBAMONTE, *Il mutamento*, cit., 2020. **Contra**, quanto a quest'ultima affermazione, Cass. Sez. III, 3.3.1987, De Fenù, *CP*, 1988, 919, ma la *ratio decidendi* sembra riposare sulla modifica legislativa introdotta dall'art. 25, 2° co., l. 47/1985, nella sua originaria formulazione).

Deve innanzitutto osservarsi che se il reato si è già perfezionato con il compimento delle attività materiali,

non costituiscono nuova autonoma manifestazione antiggiuridica di mutamento di destinazione, penalmente rilevante, la utilizzazione o gli atti di disposizione del manufatto già realizzato in modo difforme o in assenza di concessione. Tali atti rientrano nella sfera del *post factum* impunibile e degli effetti permanenti di una condotta antiggiuridica a consumazione conclusa

(Cass. Sez. III, 20.2.1985, Sciacca, *CP*, 1986, 992).

In secondo luogo, e più in generale, a nostro avviso il problema della qualificazione giuridica di interventi (edilizi o urbanistici) effettuati su uno stabile preesistente non può essere impostato in modo diverso a seconda che sia necessario svolgere opere oppure no. Come si è detto, ultimata l'originaria edificazione, le successive condotte di trasformazione debbono essere analizzate *ex se* e non già come "difformità" o "violazione" rispetto all'originario (e oramai decaduto) titolo abilitativo, altrimenti si avrebbe che tutti gli interventi su manufatti preesistenti – in contrasto con l'interpretazione sempre seguita in giurisprudenza con le chiare definizioni normative di cui all'art. 3, 1° co., TUE - dovrebbero essere valutate in termini di "difformità" (totale o parziale, o variazione essenziale) rispetto all'originario (e già eseguito) progetto. Ne deriva che, **ultimati i lavori, cessa l'efficacia precettiva delle disposizioni e prescrizioni contenute nel titolo edilizio e non sembrano quindi configurabili inosservanze riconducibili alla fattispecie di reato residuale.**

Ci pare, in ultima analisi, che la violazione dei parametri di legalità previsti dall'art. 44, 1° co., lett. a, TUE possa rilevare ai fini dell'integrazione del reato soltanto se commessa nell'ambito di un intervento di trasformazione urbanistica o edilizia del territorio assoggettato al controllo (tacito o espresso) della p.a. In quest'ottica, attività di natura giuridica (o, comunque, non materiale) che siano difformi dalla disciplina urbanistica o normativa potranno dunque venire in rilievo sostanzialmente in relazione al mutamento meramente formale della destinazione d'uso di immobili tra categorie non omogenee ed in violazione degli *standard* urbanistici commesso in spregio alle previsioni degli strumenti urbanistici e del regolamento edilizio, trattandosi peraltro di condotta che – quale che sia il titolo abilitativo ritenuto applicabile – certamente rientra nel campo di operatività della disciplina sul controllo delle trasformazioni del suolo secondo quanto a suo luogo precisato (v. §. 7). Per contro, modificazioni di destinazione d'uso marginali e di diversa natura (che riguardino, ad es., soltanto alcuni locali dell'unità immobiliare), se commessi senza opere una volta ultimati i lavori autorizzati con il permesso di costruire (magari dopo molti anni), saranno penalmente irrilevanti anche se formalmente in contrasto con il titolo edilizio a suo tempo rilasciato.

IN SINTESI – *L'ultima categoria di inosservanze penalmente rilevanti riguarda le violazioni del permesso di costruire. Trattandosi di ipotesi di reato residuale rispetto alle altre figure criminose, rilevano a questi fini le sole difformità parziali e variazioni essenziali commesse in zone non vincolate. Le categorie – la cui reciproca distinzione non rileva ai fini penali – debbono ricavarsi in via interpretativa, soprattutto ragionando a contrariis rispetto alla definizione legislativa di totale difformità. Nonostante l'imprecisa formulazione dell'art. 44, comma 2-bis, TUE, che non menziona l'ipotesi della difformità parziale (e della variazione essenziale), l'interpretazione sistematica porta a ritenere che l'estensione della rilevanza penale degli abusi previsti per le opere soggette al permesso di costruire a quelle eseguite con la d.i.a. ad esso alternativa valga anche per le ipotesi in parola. Il "diritto vivente" ha inoltre enucleato ipotesi in cui la normativa penale urbanistica, e dunque anche il reato residuale, trova applicazione in caso di mancanza o difformità da provvedimenti di autorizzazione che inglobano il permesso di costruire (ad es. in materia di impianti di telecomunicazione e di produzione di energia da fonti rinnovabili). Dopo l'ultimazione dei lavori – o la perdita d'efficacia del titolo abilitativo – gli interventi (edilizi o urbanistici, con o senza opere) compiuti sul preesistente manufatto non possono essere valutati in termini di difformità rispetto all'originario titolo edilizio, ma come nuovi interventi autonomi.*