

GIURISPRUDENZA DI MERITO

direttore scientifico **Ciro Riviezzo**

10-2008

XL — ottobre 2008 , n°10

| **estratto**

I TITOLI ABILITATIVI DEGLI INTERVENTI
EDILIZI

di Carmine Russo



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
MILANO

| 457 I TITOLI ABILITATIVI DEGLI INTERVENTI EDILIZI

L'Autore fa un puntuale esame dei titoli abilitativi necessari per la realizzazione di opere edilizie, ripercorrendo le diverse tesi elaborate negli anni dalla giurisprudenza.

Sommario 1. La materia dei titoli edilizi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. — 2. Il regime dei titoli abilitativi. — 2.1. La situazione antecedente al t.u. — 2.2. Il permesso di costruire. — 2.3. Strumenti di tutela del terzo per l'annullamento del permesso di costruire illegittimo. — 3. La denuncia d'inizio attività. Rinvio. — 4. I titoli spuri: superdia e permesso di costruire facoltativo. — 5. Le ristrutturazioni edilizie. — 5.1. L'ampiezza della nozione di ristrutturazione. — 5.2. La differenza con figure simili. — 5.3. I titoli abilitativi necessari per le ristrutturazioni. — 5.4. La completa demolizione e ricostruzione. — 6. Il mutamento di destinazione d'uso. — 7. Gli interventi edilizi degli enti pubblici. — 8. Gli interventi liberi. Le opere precarie. — 9. Gli oneri concessori e la decorrenza del termine di prescrizione del relativo diritto di credito.

1. LA MATERIA DEI TITOLI EDILIZI DOPO LA RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE

È noto che nell'elaborazione della Corte costituzionale l'urbanistica e l'edilizia sono state considerate materia di legislazione concorrente sia nel vigore dell'originaria dizione dell'art. 117 Cost. che nella nuova versione fornita dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Nella versione attuale della norma è nell'ampia espressione "governo del territorio", contenuta nel novellato art. 117 Cost., che deve intendersi ricompresa sia l'urbanistica che l'edilizia, quest'ultima in quanto strumento attuativo della pianificazione urbanistica. Non v'è spazio, pertanto, nonostante la legge costituzionale del 2001 abbia modificato la filosofia del precedente art. 117 Cost. ampliando lo spettro delle competenze regionali, per sostenere che l'edilizia è divenuta materia di legislazione esclusiva delle Regioni per effetto della clausola contenuta nell'art. 117 Cost. nuova formulazione, che attribuisce alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni tutte le materie non altrimenti contemplate nella norma costituzionale ⁽¹⁾.

Tale conclusione trova conferma in diverse pronunce della Corte costituzionale ⁽²⁾.

di
Carmine Russo
—
Magistrato Tar

⁽¹⁾ Ed, anzi, al contrario, occorre ribadire che nella materia dell'edilizia continua ad esserci anche dopo la riforma costituzionale un ambito riservato ancora alla competenza esclusiva dello Stato nella parte in cui l'attività edilizia assume rilevanza penale. Infatti, anche dopo la riforma costituzionale, Cass. pen., sez. III, 15 gennaio 2008, n. 2017, e già nello stesso senso Cass. pen., sez. III, 5 marzo 2002, n. 14763, hanno ribadito che la legislazione penale nella materia del governo del territorio è riservata in via esclusiva allo Stato, sia per ciò che attiene alla delimitazione del precetto che alla determinazione della sanzione. Inoltre, Corte Cost. 16 giugno 2005, n. 232,

ha ricordato che rimane di competenza esclusiva statale anche la disciplina dell'edilizia nella parte in cui essa si risolve nella individuazione di limiti al diritto di proprietà, come avviene per le norme che individuano distanze tra gli edifici, in cui vi è un'interferenza tra potestà legislativa concorrente (in materia di governo del territorio, per la rilevanza urbanistica della disciplina delle distanze) e potestà legislativa esclusiva dello Stato (in materia di ordinamento civile, per la conformazione del diritto di proprietà che deriva dalla disciplina delle distanze tra edifici).

⁽²⁾ 1 ottobre 2003, n. 203 e 28 giugno 2004, n. 196.

Nella sentenza 19 dicembre 2003, n. 362 il giudice delle leggi ha chiarito che «la formula adoperata dal legislatore della revisione costituzionale del 2001 riecheggia significativamente quelle con le quali, nella più recente evoluzione della legislazione ordinaria, l'urbanistica e l'edilizia sono state considerate unitariamente».

La conferma di questo riparto di competenze tra Stato e Regioni è contenuto nell'art. 2 comma 1 t.u. n. 380 del 6 giugno 2001 (entrato in vigore successivamente alla riforma costituzionale), il quale dispone che le Regioni esercitano, in materia edilizia, la potestà legislativa concorrente nel rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale desumibili dalle disposizioni contenute nello stesso testo unico.

In applicazione di detto riparto di competenze spetta alle Regioni, nell'ambito dei principi fondamentali determinati dallo Stato (generalmente con legge cornice), stabilire la disciplina di dettaglio e quella regolamentare ⁽³⁾, pure se è stato evidenziato come nella materia in esame il rapporto tra fonti statali di principio e fonti regionali di dettaglio risulti alterato da profili di gerarchia tra le fonti, per effetto delle quali si verifica l'abrogazione delle norme regionali ad opera di sopravvenute norme di principio con esse contrastanti, con conseguente legittimità delle disposizioni statali di dettaglio che coprono il vuoto normativo regionale ⁽⁴⁾.

In questo assetto normativo caratterizzato dalla competenza ripartita tra Stato e Regioni nella materia dell'edilizia, occorre trovare posto alla sottomateria dei titoli abilitativi degli interventi edilizi, cercando di comprendere se la disciplina degli stessi debba essere considerata normativa di principio o regolamentazione di dettaglio, per attribuire a quel punto allo Stato o alle Regioni il potere di legiferare su di essa.

Il d.P.R. n. 380 del 2001 detta, infatti, norme molto specifiche in materia di titoli edilizi, prescrivendo cosa si debba intendere per nuova costruzione, cosa per ristrutturazione, quali siano gli interventi minori, ed in conseguenza di ciò stabilendo anche il regime di ciascun intervento edilizio. Ma le leggi regionali, intervenute successivamente al testo unico ed in attuazione dello stesso, hanno a loro volta dettato norme che definiscono ciascun tipo di intervento edilizio e ne prevedono il regime, norme non sempre conciliabili con le previsioni dettate dalla normativa statale.

La Corte costituzionale è intervenuta per dirimere il contrasto ed ha attribuito la sottomateria della disciplina degli interventi edilizi alla potestà legislativa dello Stato, stabilendo che essa deve essere considerata come legislazione di principio in materia attribuita alla competenza ripartita Stato/Regioni.

Nella sentenza 1 ottobre 2003, n. 303 la Corte costituzionale affermò, infatti, che:

– « è innanzitutto da escludersi che la materia regolata dalle disposizioni censurate sia oggi da ricondurre alle competenze residuali delle Regioni, ai sensi dell'art. 117 comma 4 Cost. La materia dei titoli abilitativi ad edificare appartiene storicamente all'urbanistica che, in base all'art. 117 Cost., nel testo previgente, formava oggetto di

⁽³⁾ C. cost. 16 giugno 2005, n. 232, che ha demandato alla Regione la competenza ad adottare gli strumenti urbanistici. In dottrina si v. COGNETTI, *Il ruolo delle Regioni nel «governo del territorio»*, in *La disciplina pubblica dell'attività edilizia*, a cura di Ferrari, Milano, 2002, 145; CROCETTI, *Edilizia, urbanistica, governo del territorio*, *ibidem*, 103; MANDARANO, *I rapporti fra legislazione statale e regionale in ma-*

teria di D.I.A. dopo la l. n. 166 del 2002 ed alla luce della riforma del titolo V della Costituzione, in *Urb. e app.*, 2002, 1023; PORTALURI, *Riflessioni sul «governo del territorio» dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, II, 358.

⁽⁴⁾ MARI, *Governo del territorio – Edilizia*, in *Diz. dir. amm.*, a cura di Clarich e Fonderico, 2007, 342.

competenza concorrente. La parola “urbanistica” non compare nel nuovo testo dell’art. 117, ma ciò non autorizza a ritenere che la relativa materia non sia più ricompresa nell’elenco del terzo comma: essa fa parte del “governo del territorio” »

– « chiarito che si versa in materia di competenza concorrente, resta da chiedersi se nelle disposizioni denunciate vi siano aspetti eccedenti la formulazione di un principio di legislazione. Un accurato esame della disciplina poc’anzi richiamata conduce a una risposta negativa. Non vi è nulla in essa che non sia riconducibile ad una enunciazione di principio e che possa essere qualificata normativa di dettaglio ».

– « giova premettere che i principi della legislazione statale in materia di titoli abilitativi per gli interventi edilizi non sono rimasti, nel tempo, immutati, ma hanno subito sensibili evoluzioni. Dal generale e indifferenziato onere della concessione edilizia (l. n. 10 del 1977) si è passati all’autorizzazione per gli interventi di manutenzione straordinaria e fra questi al silenzio-assenso quando non siano coinvolti edifici soggetti a disciplina vincolistica (l. n. 457 del 1978). Il silenzio - assenso è stato successivamente ampliato ed esteso e fatto oggetto di specifiche previsioni procedurali (l. n. 94 del 1982, che ha convertito il d.l. n. 9 del 1982). Alle Regioni è stato poi attribuito (l. n. 47 del 1985) il potere di semplificare le procedure ed accelerare l’esame delle domande di concessione e di autorizzazione edilizia e di consentire, per le sole opere interne agli edifici, l’asseverazione del rispetto delle norme di sicurezza e delle norme igienico-sanitarie vigenti, secondo un modello che, in qualche modo, anticipa l’istituto della denuncia di inizio attività. Ed ancora (d.l. n. 398 del 1993, convertito nella l. n. 493 del 1993) sono state nuovamente regolate le procedure per il rilascio della concessione edilizia, eliminando il silenzio-assenso e prevedendo in sua vece la nomina di un commissario regionale *ad acta* con il compito di adottare il provvedimento nei casi di inerzia del Comune. Si è giunti quindi alla disciplina sostanziale e procedurale della denuncia di inizio attività (DIA) per taluni enumerati interventi edilizi, imponendo alle Regioni l’obbligo di adeguare la propria legislazione ai nuovi principi (l. n. 662 del 1996). È dunque lungo questa direttrice, in cui lo Stato ha mantenuto la disciplina dei titoli abilitativi come appartenente alla potestà di dettare i principi della materia, che si muovono le disposizioni impugnate. Le fattispecie nelle quali, in alternativa alle concessioni o autorizzazioni edilizie, si può procedere alla realizzazione delle opere con denuncia di inizio attività a scelta dell’interessato integrano il *proprium* del nuovo principio dell’urbanistica ».

Precisato dunque preliminarmente che la sottomateria dei titoli abilitativi degli interventi edilizi appartiene alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, verifichiamo adesso come lo Stato ha utilizzato la sua potestà di legiferare sul punto.

2. IL REGIME DEI TITOLI ABILITATIVI

2.1. La situazione antecedente al t.u.

È noto che nel sistema previgente al t.u. dell’edilizia, approvato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, gli interventi edilizi dei privati potevano essere realizzati in forza di tre diversi titoli abilitativi: la concessione edilizia, l’autorizzazione edilizia, la denuncia d’inizio attività. All’istituto tradizionale della concessione, infatti, in un’ottica di parziale liberalizzazione degli interventi edilizi minori, erano state progressivamente af-

fiancate figure abilitative diverse, che si caratterizzavano per una procedura amministrativa di rilascio più agile, e per il fatto di non comportare sanzioni di tipo penale. Già la l. 28 gennaio 1977, n. 10 aveva distinto gli interventi edilizi in base alla rilevanza degli stessi sull'assetto del territorio ed aveva assoggettato alcuni interventi minori al regime della concessione gratuita; la l. 5 agosto 1978, n. 457 aveva poi sostituito la concessione gratuita con l'autorizzazione.

Con il tempo gli interventi sottratti al regime della concessione ed attribuiti al regime dell'autorizzazione erano aumentati per effetto in particolare del d.l. 23 gennaio 1982, n. 9. L'autorizzazione edilizia, in virtù del disposto dell'art. 7 comma 2 d.l. 23 gennaio 1982, n. 9, permetteva, infatti, anche la realizzazione di pertinenze, occupazioni di suolo pubblico e privato, demolizioni, scavi e reinterri, parcheggi al piano terra degli edifici.

Quando, poi, nel contesto della più generale riforma del sistema dell'attività amministrativa fu introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della denuncia d'inizio attività, il settore edilizio si appropriò di questa nuova figura, che fu disciplinata dapprima dall'art. 19 l. 7 agosto 1990, n. 241, poi dalla l. 24 dicembre 1993, n. 537 e, infine, dall'art. 2 comma 60 l. 23 dicembre 1996, n. 662, che prevedeva la procedura di denuncia d'inizio attività era sufficiente per realizzare opere di manutenzione straordinaria, restauro e risanamento conservativo, eliminazione barriere architettoniche, recinzioni, opere interne, varianti in corso d'opera ⁽⁵⁾.

Inserendosi in questo filone dalla tendenza piuttosto marcata alla semplificazione degli oneri procedurali per realizzare le attività edilizie. Il testo unico sull'edilizia, approvato con d.P.R. n. 380 del 2001, liberalizza ulteriormente le attività edilizie dei privati, cancella la figura dell'autorizzazione edilizia e imposta tutto il regime dei titoli edilizi sulla dicotomia tra permesso di costruire (che sostituisce la concessione edilizia) e denuncia d'inizio attività ⁽⁶⁾.

2.2. Il permesso di costruire

In via di prima approssimazione, ed in termini generali, si può sostenere che il permesso di costruire è il titolo abilitativo necessario per gli interventi edilizi più invasivi che giungano a modificare l'assetto del territorio.

Nella tripartizione dei provvedimenti amministrativi (provvedimenti autorizzatori, concessori ed ablatori), tramandato dalla dottrina amministrativa tradizionale ⁽⁷⁾, è noto che il permesso di costruire è stato classificato come un provvedimento autorizzatorio, atteso che rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto, ad edificare di cui l'interessato è già titolare in quanto lo stesso è ricompreso all'interno del suo diritto di proprietà dell'area su cui intende realizzare la costruzione.

La natura autorizzatoria del provvedimento con cui si abilita l'interessato alla realizzazione dell'attività edilizia era stata riconosciuta anche nel regime antecedente all'approvazione del testo unico, con riferimento alla concessione edilizia, figura che dava luogo a problemi terminologici in quanto, pur conservando il nome di concessione, in-

⁽⁵⁾ STELLA RICHTER, *La concessione edilizia — Dal vecchio al nuovo*, in *Riv. amm.*, 1997, 5 s.

⁽⁶⁾ MELCHIONDA - DE PRETIS (a cura di), *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edili-*

zi, Trento, 2003.

⁽⁷⁾ GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano 1959.

tegrava in realtà un provvedimento autorizzatorio. Nella l. n. 765 del 1967 lo *jus aedificandi* era stato, infatti, configurato come un diritto in attesa di espansione inerente al diritto di proprietà, che poteva essere esercitato previo rilascio di licenza da parte del comune.

Con l'art. 14 l. n. 10 del 1977 il provvedimento del comune ha assunto natura di concessione anziché di autorizzazione, e ciò per effetto di una precisa scelta politica del legislatore dell'epoca che aveva ritenuto che il diritto di edificare appartenesse non al proprietario del fondo, ma allo Stato, che poi, per effetto del provvedimento concessorio, lo trasferiva al privato a titolo oneroso.

Come è noto, la scelta politica del legislatore fu censurata dalla Corte costituzionale (30 gennaio 1980, n. 5) che, ritenne che nel sistema costituzionale vigente il diritto di edificare fosse una facoltà connessa al diritto di proprietà (e che, pertanto, nel caso di specie sottoposto all'attenzione della Corte nel calcolo dell'indennità di espropriazione di suoli edificatori, dovesse essere tenuta in considerazione anche la potenzialità edificatoria dei suoli); nella ricostruzione della Corte il diritto di edificare, non poteva essere oggetto di trasferimento dallo Stato verso il cittadino, ma oggetto soltanto di regolamentazione pubblicistica finalizzata a fissarne le condizioni in cui era consentito l'esercizio del diritto: la concessione edilizia, pur conservandone il nome, perdeva pertanto la natura concessoria che gli aveva dato la l. n. 10 del 1977 ed acquistava un carattere tipicamente autorizzatorio.

Il legislatore del t.u., prendendo atto di tale natura, ha scelto di mutarne il nome definendo l'autorizzazione in questione «permesso di costruire».

Nel sistema attuale gli interventi sul territorio, che richiedono la previa emanazione di un permesso di costruire, sono descritti negli artt. 3 e 10 del t.u. e sono: *a*) gli interventi di ristrutturazione urbanistica; *b*) gli interventi di nuova costruzione; *c*) alcuni interventi di ristrutturazione edilizia.

Ma sull'ambito di applicazione del permesso di costruire, l'importante novità sta nel fatto che il permesso di costruire infatti non è più il titolo necessario in via generale e residuale per tutti gli interventi per i quali non sia previsto un regime differente, come era in precedenza la concessione edilizia; che è assunto dalla denuncia d'inizio attività che, per espressa previsione normativa, diventa il titolo necessario per tutti gli interventi diversi da quelli previsti dall'art. 10 (permesso di costruire) e dall'art. 6 (attività edilizia libera). Nell'attuale sistema di diritto positivo gli interventi assoggettati a permesso di costruire costituiscono, pertanto, un numero chiuso.

Le categorie scelte dal legislatore per definire l'ambito di applicazione del permesso di costruire (nuova costruzione, ristrutturazione urbanistica, ristrutturazione edilizia), pur precisate da alcune disposizioni di dettaglio, restano piuttosto ampie. Per stabilire l'assoggettabilità dell'intervento a permesso di costruire sarà decisiva la verifica della funzione dell'intervento edilizio progettato. Non ha, invece, alcun rilievo il tipo di materiali con cui lo stesso viene realizzato; infatti il regime del permesso di costruire si applica ad uno dei tre interventi sopra descritti (nuova edificazione, ristrutturazione urbanistica, ristrutturazioni edilizie più massicce) indipendentemente dal fatto che gli interventi eseguiti consistano o meno in opere murarie ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Cass. pen., sez. III, 30 maggio 2007, n. 21220.

Legittimato a chiedere il rilascio del permesso di costruire (art. 11 t.u.) è colui che è titolare di una relazione qualificata a contenuto reale con il bene, come proprietario, superficiario, usufruttuario o affittuario di fondi rustici, in quanto il diritto di costruire è una proiezione del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento che autorizza a disporne.

Nella giurisprudenza recente emerge che non è sufficiente, invece, la titolarità di un mero diritto obbligatorio, come quello di cui gode il promissario acquirente del bene, a meno che questi non sia stato espressamente autorizzato a richiedere il permesso di costruire dal proprietario o da altro soggetto titolare del diritto reale ⁽⁹⁾.

È stato altresì evidenziato che in caso di lavori da effettuare su parti comuni dell'edificio, occorre la presenza di una delibera condominiale di autorizzazione ai lavori ⁽¹⁰⁾.

Il permesso di costruire può essere rilasciato soltanto se le opere sono conformi agli strumenti urbanistici vigenti (art. 12). Il testo unico sull'edilizia prevede, peraltro, anche il rilascio del permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici, ma soltanto per opere pubbliche o di interesse pubblico ed a seguito di una procedura aggravata che passa attraverso una delibera del consiglio comunale (art. 14).

Le norme sui permessi di costruire in deroga devono, peraltro, essere interpretate in senso restrittivo, in quanto «l'interesse dei Comuni a tutelare l'assetto urbanistico del territorio e la densità in queste degli edifici può recedere solo in presenza di espresse previsioni normative, in assenza delle quali nessuna ipotesi di deroga alle norme dei piani regolatori generali e dei regolamenti edilizi locali può considerarsi «implicita» o comunque esistente per effetto di disinvolte interpretazioni estensive di ambiti derogatori, in quanto tali assolutamente tassativi» ⁽¹¹⁾.

Se, invece, l'opera non è conforme a strumenti urbanistici che sono stati soltanto adottati in prima approvazione, ma non sono ancora definitivi, la procedura per il rilascio del permesso di costruire deve essere sospesa per un periodo massimo di 3 anni, oltre il quale cesserà l'efficacia delle misure di salvaguardia del piano in corso di approvazione (art. 12 comma 3) ⁽¹²⁾.

Se nel corso dell'esecuzione delle opere intervengono modifiche agli strumenti urbanistici che rendono l'opera realizzanda incompatibile con essi, il permesso di costruire decade automaticamente, salva però la legittimità della prosecuzione della costruzione qualora i lavori siano già iniziati, e purchè siano completati nei termini (art. 15, comma 4). Nel decidere se rilasciare o meno il permesso di costruire l'autorità amministrativa può inserire anche valutazioni prognostiche in ordine alla possibilità di ottenere il certificato di abitabilità per le opere di cui si chiede la realizzazione ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3027; Cass. pen., sez. III, 10 gennaio 2007, n. 234.

⁽¹⁰⁾ Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2007, n. 6332.

⁽¹¹⁾ Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1409.

⁽¹²⁾ Il Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 434, ha giudicato legittimo il provvedimento di decadenza di un permesso di costruire adottato dal Comune sul rilievo che i relativi lavori non erano iniziati né ante-

riormente né successivamente all'approvazione del sopravvenuto piano regolatore, che per l'area destinata all'edificazione prevede una diversa destinazione, considerato anche che nessuna istanza di proroga era mai stata presentata dall'interessato né prima né dopo l'entrata in vigore del nuovo strumento urbanistico.

⁽¹³⁾ Tar Campania, Napoli, sez. II, 29 giugno 2007, n. 6382.

2.3. Strumenti di tutela del terzo per l'annullamento del permesso di costruire illegittimo

La norma di riferimento per individuare le azioni a disposizione dei terzi che ritengano di essere stati lesi dal rilascio di un permesso di costruire illegittimo è l'art. 31 comma 9 l. 17 agosto 1942, n. 1150, che legittima chiunque a ricorrere contro le concessioni edilizie.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata, la norma non introduce un'azione popolare e deve essere interpretata nel senso che per proporre ricorso occorre comunque essere titolari di un interesse legittimo, essendo necessaria una posizione differenziata in fatto e qualificata in diritto rispetto a quella di cui godono tutti i consociati.

La situazione di stabile collegamento con la zona stessa deve essere valutata non soltanto in una prospettiva di tipo proprietario-edilizio, venendo in rilievo ai fini della norma in esame interessi non solo di carattere edilizio, ma anche ogni altro che attenga alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio, alla circolazione veicolare, al rispetto degli standards urbanistici, al corretto insediamento di attività commerciali e simili ⁽¹⁴⁾.

Ciò ha comportato che in giurisprudenza la legittimazione ad impugnare le concessioni rilasciate a terzi è stata riconosciuta anche ad un soggetto che non sia proprietario confinante, a prescindere da una sua concreta lesione di veduta, essendo sufficiente la lesione paesaggistica-ambientale della zona in cui lo stesso sia stabilmente collegato ⁽¹⁵⁾.

Una volta dimostrata la situazione di stabile collegamento con la zona lesa dall'intervento edilizio, non occorre invece dimostrare che i lavori comportino un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione ⁽¹⁶⁾.

L'azione che può esperire il terzo che si ritenga lesa dal provvedimento impugnato è il tradizionale ricorso per l'annullamento del permesso che si ritiene illegittimo, azione costitutiva esercitata nella giurisdizione generale di legittimità.

Il termine per la impugnazione del permesso asseritamente illegittimo non decorre, però, dal rilascio del permesso di costruire, al momento del rilascio di tale permesso il terzo potrebbe infatti avere cognizione non immediata e comunque non completa del contenuto del permesso.

In conformità ai principi generali, la conoscenza del provvedimento impugnato si verifica nel momento in cui il terzo raggiunge la piena consapevolezza del contenuto specifico della concessione, fatto che può avvenire in via indiziaria anche quando l'edificazione giunge sino al punto di rivelare in modo certo ed unico le caratteristiche essenziali dell'opera in corso di realizzazione ⁽¹⁷⁾.

Se poi, nel corso della realizzazione dell'opera, viene rilasciata una variante, i termini per proporre ricorso non decorrono *ex novo*, a meno che tale variante non introduca modificazioni di rilevante consistenza.

La variante equivale, infatti, ad una vera e propria nuova concessione (autonomamente impugnabile, anche ove non sia stato impugnato l'originario titolo edilizio) solo nel caso in cui siano presenti modificazioni di rilevante consistenza.

La consistenza delle modificazioni deve essere valutata con riferimento alle evi-

⁽¹⁴⁾ Tar Campania, Salerno, sez. II, 6 ottobre 2005, n. 1893; Tar Toscana, sez. III, 11 giugno 2004, n. 2053; Tar Marche 12 maggio 2004, n. 297.

⁽¹⁵⁾ Tar Sicilia, Catania, 9 ottobre 2007, n. 1629.

⁽¹⁶⁾ Tar Campania, Napoli, sez. II, 23 aprile 2007, n. 4217.

⁽¹⁷⁾ Cons. giust. amm. 28 maggio 2007, n. 421; Cons. Stato, sez. V, 23 settembre 2005, n. 5033.

denze progettuali, quali la superficie coperta, il perimetro, il numero dei piani, la volumetria, le distanze dalle proprietà vicine, nonché le caratteristiche funzionali e strutturali del fabbricato complessivamente inteso.

Se tali modificazioni non incidono sulle caratteristiche funzionali e strutturale del progetto, si ha una variante non essenziale, che non consente la riapertura dei termini per l'impugnazione della concessione di costruzione originaria ⁽¹⁸⁾.

3. LA DENUNCIA D'INIZIO ATTIVITÀ

La denuncia d'inizio attività è una procedura autorizzatoria di un intervento edilizio che si perfeziona senza l'intervento di alcun provvedimento espresso dell'autorità amministrativa. Pur se nei termini in cui è strutturata attualmente essa rappresenta un istituto molto innovativo, occorre rilevare che tutte le normative edilizie che si sono succedute negli anni hanno previsto un regime differenziato e più snello per il rilascio di titoli abilitativi relativi ad interventi edilizi minori, interventi cioè che non modificano l'assetto del territorio, ma che costituiscono modificazioni del godimento di un immobile già esistente.

La l. n. 10 del 1977 sottoponeva gli interventi minori a concessione gratuita; la l. 28 febbraio 1985, n. 47 ad autorizzazione; nel corso degli anni '90 cominciò a farsi strada questo modulo organizzativo dell'attività amministrativa del tutto nuovo, poi adottato dal legislatore della materia edilizia, conosciuto come denuncia d'inizio attività.

La denuncia d'inizio attività è una procedura autorizzatoria di un intervento edilizio che si perfeziona senza l'intervento di alcun provvedimento espresso dell'autorità amministrativa.

Com'è noto, essa si compone di una previa comunicazione all'autorità amministrativa dell'intervento edilizio che si intende realizzare, accompagnata da una affermazione del progettista della conformità dell'intervento edilizio agli strumenti urbanistici, che per legittimare all'esecuzione dell'intervento denunciato deve essere seguita dal decorso di 30 gg. senza che sia notificato al denunciante il provvedimento dell'amministrazione con cui viene inibito lo svolgimento dell'attività (art. 22 t.u.).

La procedura della denuncia d'inizio attività è incentrata, quindi, su due grandi poli, che fanno uno da contraltare all'altro: la dichiarazione del privato ed il potere di inibizione dell'autorità amministrativa.

Non vi è concordia nella giurisprudenza amministrativa sul ruolo da assegnare alla dichiarazione del privato nella ricostruzione dogmatica di questa figura.

Secondo la tesi che vede nella d.i.a. una fattispecie legalmente tipica, la denuncia d'inizio attività sarebbe perfezionato già solo per effetto della mera dichiarazione del privato, in quanto atto cui l'ordinamento riconosce effetti giuridici tipici corrispondenti a quelli di un'autorizzazione allo svolgimento dell'attività edilizia ⁽¹⁹⁾. Ne consegue che nel sistema vigente nell'attività edilizia minore non esisterebbe più alcun titolo abilitativo, né espresso, né tacito.

⁽¹⁸⁾ Tar Puglia, Lecce, sez. III, 6 giugno 2007, n. 250.

2226; nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2006 n. 2363; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 aprile 2006 n. 405; Tar Abruzzo, Pescara, 12 aprile 2006

⁽¹⁹⁾ Tar Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2006, n. 3200; Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916.

Secondo la tesi della d.i.a. come fattispecie a formazione progressiva, nella denuncia d'inizio attività vi sarebbe comunque un titolo abilitativo all'attività edilizia, ed esso sarebbe costituito dalla successione di una serie di fatti ed atti giuridici, che sono la dichiarazione del privato, la relazione del progettista, l'acquisizione degli eventuali atti di assenso, il decorso del termine di 30 gg. senza che sia intervenuto il provvedimento inibitorio dell'autorità; tale titolo si caratterizzerebbe, quindi, rispetto ai titoli abilitativi tradizionali soltanto per il fatto di formarsi non *uno acto*, ma a seguito del perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva.

Pur se non è ancora definita la questione della natura della d.i.a., va detto che la giurisprudenza piu' recente si sta orientando in questo secondo senso. Il Consiglio di Stato ha, infatti, ritenuto che « se la d.i.a. si configura soggettivamente quale atto del privato e, dal punto di vista oggettivo, come semplice comunicazione indirizzata alla pubblica amministrazione circa l'intendimento di realizzare l'attività di interesse per il denunciante, gli effetti che vi si ricollegano siano quelli della formazione progressiva di un titolo abilitativo implicito, i cui elementi strutturali sono identificabili nella denuncia di inizio attività, nella attestazione del progettista, nella acquisizione degli eventuali ulteriori atti di assenso e nel decorso del termine di legge assegnato all'Amministrazione per l'inibizione dell'attività, oppure, nella Regione Lombardia, ai sensi dell'art. 42 comma 10 l. reg. n. 12 del 2005, nella attestazione della chiusura del procedimento di riscontro della conformità della d.i.a. alle condizioni stabilite »⁽²⁰⁾; secondo Tar Veneto 8 febbraio 2007, n. 523, inoltre, « La d.i.a. va considerata come titolo edilizio vero e proprio, in cui, non essendo prevista l'emanazione di alcun provvedimento, la domanda tiene luogo dell'autorizzazione »

La d.i.a. quindi si comporta allo stesso modo della vecchia autorizzazione tacita: cioè come un titolo che si forma silenziosamente, con il possesso di tutti i requisiti formali e sostanziali prescritti.

Questa conclusione resta confortata dalla lettura del d.lgs. 301/02 che ha sostituito gli artt. 22 e 23 del t.u. dell'edilizia ove si ribadisce espressamente che la sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari.

La d.i.a. quindi non si configura come un'attività privata, se non nella fase iniziale, bensì come un titolo abilitativo, che proviene dall'amministrazione, sia pure in forma silenziosa o per inerzia (cioè per non aver esercitato la p.a. nel termine perentorio stabilito dalla legge, il proprio potere inibitorio).

⁽²⁰⁾ Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1409: «se la d.i.a. si configura soggettivamente quale atto del privato e, dal punto di vista oggettivo, come semplice comunicazione indirizzata alla pubblica amministrazione circa l'intendimento di realizzare l'attività di interesse per il denunciante, gli effetti che vi si ricollegano siano quelli della formazione progressiva di un titolo abilitativo implicito, i cui elementi strutturali sono identificabili nella denuncia di inizio attività, nella attestazione del progettista, nella acquisi-

zione degli eventuali ulteriori atti di assenso e nel decorso del termine di legge assegnato all'Amministrazione per l'inibizione dell'attività, oppure, nella Regione Lombardia, ai sensi dell'art. 42, comma 10, della L.R. n. 12/2005, nella attestazione della chiusura del procedimento di riscontro della conformità della d.i.a. alle condizioni stabilite»; nello stesso senso Tar Campania, Napoli, VII, 29 giugno 2006, n. 7221.

Se la d.i.a. fosse un mero atto privato, cui la p.a. resta estranea tranne che per — eventualmente — sanzionare successivamente l'attività non conforme alle norme, le disposizioni che consentono l'annullamento della dia sarebbero del tutto prive di logica, in quanto non avrebbe senso prevedere la possibilità di annullamento del titolo, essendo sufficiente l'intervento successivo repressivo.»

Nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828, secondo cui «la dia non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, ma rappresenta una semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo sub specie dell'autorizzazione implicita di natura provvedimentale (favorevole) a seguito del decorso del termine di 30 gg. dalla presentazione della denuncia.»

La scelta della tesi della fattispecie legalmente tipica o della tesi della fattispecie a formazione progressiva comporta conseguenze non di poco conto anche nella ricostruzione dogmatica del potere inibitorio dell'amministrazione, che, secondo la tesi della fattispecie legalmente tipica, non esistendo nella procedura di denuncia d'inizio attività alcun provvedimento amministrativo, non potrà costituire esercizio della potestà di annullamento in autotutela, con la conseguenza che al provvedimento inibitorio non sarebbero applicabili i limiti alla potestà di annullamento fondati sull'affidamento maturato dal privato. Secondo la tesi della fattispecie a formazione progressiva, che ha trovato argomenti nella novella dell'art. 19 l. n. 241, invece, l'intervento del potere inibitorio decorsi i 30 gg. dalla denuncia d'inizio attività configura un provvedimento di secondo grado, paragonabile ad un annullamento d'ufficio della denuncia d'inizio attività da esperire secondo le regole dell'art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990.

La scelta della tesi della fattispecie legalmente tipica o della tesi della fattispecie a formazione progressiva comporta, inoltre, conseguenze anche nella ricostruzione della normativa applicabile alla d.i.a. nella particolare ipotesi della modifica degli strumenti urbanistici intervenuta nelle more tra la data del deposito della dichiarazione di inizio attività e la data in cui interviene il provvedimento dell'amministrazione che inibisce l'esecuzione dei lavori; sull'assunto della natura provvedimentale della d.i.a., il Consiglio di Stato ha, infatti, sostenuto che «la legittima formazione del titolo di cui si tratta presuppone dunque l'accertamento della compatibilità dell'intervento programmato con la normativa urbanistica vigente al momento, appunto, del realizzarsi della veduta fattispecie provvedimentale a formazione implicita, non risultando sufficiente la sussistenza della compatibilità medesima solo allo stadio iniziale dell'atto del privato, comunque assimilabile ad una istanza autorizzatoria, che, con il decorso del termine di legge, provoca la formazione di un «titolo», che rende lecito l'esercizio dell'attività e cioè di un provvedimento tacito di accoglimento di una siffatta istanza» (Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1409).

Non dipende dalla qualificazione della d.i.a. e non vi è concordia, invece, nella giurisprudenza amministrativa sulla natura perentoria o ordinatoria del termine di 30 gg. entro cui per legge deve essere esercitato il potere inibitorio da parte della pubblica amministrazione.

Secondo un primo orientamento, infatti, «l'art. 27, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 non prevede alcun termine di decadenza, sia quando le opere in corso o realizzate non corrispondono a quelle oggetto della denuncia, sia quando le opere non possono essere realizzate con una semplice denuncia d'inizio attività perché richiedono il per-

messo di costruire. Infatti, il suddetto termine di 30 gg. è previsto solo per la verifica della sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 23, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001, ma non può essere certo riferito al generale potere previsto dall'art. 27, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 »⁽²¹⁾.

Secondo altro orientamento, invece, « oltre tale termine di 30 gg., il potere dell'amministrazione comunale di inibire l'esecuzione dei lavori oggetto di d.i.a. deve ritenersi consumato, salvo l'esercizio dei poteri di revoca ed annullamento in autotutela, nei cui schemi, peraltro, a differenza di quanto sostenuto nella difesa della parte resistente, non può essere sussunto il provvedimento oggetto di gravame. Il termine di 30 gg. di cui all'art. 42 comma 9 l. reg. n. 12 del 2005 è, infatti, previsto sia per la verifica della esistenza dei requisiti (legittimazione, conformità agli strumenti urbanistici) per poter effettuare l'intervento edilizio richiesto, sia per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'autorità comunale dell'intervento edilizio che si ritiene non legittimo. Ciò non significa che il potere di vigilanza e controllo sull'attività edilizia attribuito all'autorità comunale dall'art. 27 comma 1 del d.P.R. n. 380 del 2001 sia limitato da tale previsione; si tratta, infatti, di un potere generale attribuito all'autorità amministrativa per tutti i tipi di interventi edilizi che avvengono sul territorio di competenza (Tar Campania, Napoli, sez. VII, 4 ottobre 2007, n. 8951), ma tale potere — decorso i 30 gg. — non deve svolgersi più nelle forme dell'intervento inibitorio, ma in quelle della procedura di autotutela di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, come modificata dalla l. n. 15 del 2005. Lo schema dei poteri spettanti all'autorità comunale a seguito della presentazione della d.i.a. presenta, infatti, una bipartizione di regime: nei primi 30 gg. decorrenti dalla data di presentazione della denuncia il Comune può intervenire con il potere inibitorio dell'attività edilizia che impedisce il perfezionarsi della fattispecie della d.i.a.; decorso tale termine, invece, tale potere può svolgersi soltanto nelle forme del provvedimento di autotutela, e quindi seguendo differenti presupposti (in tema di motivazione sull'interesse pubblico) e procedure (comunicazioni *ex* artt. 7 e 10-*bis* l. n. 241 del 1990) »⁽²²⁾.

4. I TITOLI SPURI: SUPERDIA E PERMESSO DI COSTRUIRE FACOLTATIVO

Nella materia dei titoli edilizi uno dei fenomeni più interessanti, ed al tempo stesso più complicati, della legislazione degli ultimi anni è che nella stessa è venuta meno la corrispondenza tra tipo di intervento che si intende eseguire e tipo di titolo abilitativo che bisogna richiedere, che aveva invece tradizionalmente caratterizzato l'ordinamento pubblicistico del settore edilizio.

Il testo unico sull'edilizia e la legge e successivamente la c.d. legge obiettivo del 2002 hanno, infatti, creato due titoli abilitativi anomali, la superdia ed il permesso di costruire facoltativo, che rompono la corrispondenza tra forme e sostanza dei titoli abilitativi.

Sono titoli edilizi spuri che sono nati in base a logiche diverse nel caso del permesso

⁽²¹⁾ Tar Campania, Napoli, sez. VII, 4 ottobre 2007, n. 8951; nello stesso senso Tar Veneto, sez. II, 18 dicembre 2006, n. 4095.

⁽²²⁾ Tar Lombardia, Milano, sez. II 14 febbraio

2008, n. 326; nello stesso senso Tar Lombardia, Milano, sez. II, 4 dicembre 2007, n. 6542, nonché Tar Calabria, Catanzaro, 11 maggio 2007, n. 801.

di costruire facoltativo, il legislatore si è posto il problema che il privato, che potrebbe realizzare un certo intervento minore attraverso una semplice d.i.a., ma per essere sicuro della legittimità del proprio operato, possa preferire ottenere il rilascio di un vero e proprio permesso di costruire da parte dell'amministrazione comunale.

Il legislatore ha ritenuto di dover tutelare anche queste esigenze di certezza, delle situazioni giuridiche ed ha creato l'istituto del permesso di costruire facoltativo, con cui ha previsto che, a fronte di una domanda di permesso di costruire per opere che pure si potrebbero realizzare in d.i.a., l'amministrazione comunale debba, non dichiararla inammissibile, ma rilasciare il permesso di costruire richiesto.

La circostanza che l'interessato abbia preferito ottenere un permesso di costruire non cambierà, peraltro, il regime dell'intervento edilizio: il permesso di costruire facoltativo resta, infatti, un provvedimento che ha le forme del permesso di costruire, ma ha il regime della denuncia d'inizio attività, atteso che in caso di violazione si applicano le sanzioni previste per la violazione della d.i.a. e che, comunque, non si applicheranno le sanzioni penali.

Con la superdia il legislatore ha compiuto l'operazione esattamente inversa. La superdia è, infatti, un provvedimento che ha le forme della d.i.a., ma il regime del permesso di costruire, atteso che per la sua violazione si applicano le sanzioni amministrative caratteristiche della violazione del permesso di costruire, e si applicano le sanzioni penali previste dall'art. 44 t.u. ⁽²³⁾.

La logica che ha ispirato la creazione della superdia è, però completamente diversa in quanto la stessa è stata la soluzione di compromesso che ha consentito di operare un'ulteriore liberalizzazione delle attività edilizie rispetto al testo unico non incidendo però sulle sanzioni amministrative e penali previste per gli interventi illeciti. Con la c.d. legge obiettivo, infatti, si è stabilito che alcune attività, che erano rimaste assoggettate a permesso di costruire, potessero essere realizzate anche con semplice d.i.a., fermo restando peraltro che in caso di violazione si applicheranno a tale fattispecie le sanzioni previste per la violazione del permesso di costruire e, conseguentemente, anche le sanzioni penali.

5. LE RISTRUTTURAZIONI EDILIZIE

È noto che con il termine "ristrutturazione edilizia" il legislatore intende fare riferimento ad un intervento volto a trasformare un organismo edilizio già legittimamente esistente ⁽²⁴⁾. Il perimetro della nozione di ristrutturazione è, quindi, innanzitutto e preliminarmente costituito dalla preesistenza di un edificio che sia stato legittimamente costruito.

Ciò significa innanzitutto che non si ha ristrutturazione ma nuova costruzione nell'ipotesi di c.d. ristrutturazione su ruderi, cioè di ristrutturazione che non avviene sulla base di un edificio preesistente.

La giurisprudenza ⁽²⁵⁾ ha chiarito che gli interventi di ristrutturazione edilizia sono configurabili solo in caso di preesistenza di un organismo edilizio dotato di mura

⁽²³⁾ FALCONE, *La denuncia d'inizio attività dopo il d.lg. n. 301/2002: prime note*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 334-344.

⁽²⁴⁾ Cass. pen., sez. III, 16 giugno 2006, n. 20776.

⁽²⁵⁾ Cass. pen., sez. III, 16 giugno 2006, n. 20776, cit.; Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2004, n. 2142.

perimetrali, strutture orizzontali e copertura, e non anche nelle ipotesi di ricostruzione su ruderi o su edificio già da tempo demolito o dirupo ⁽²⁶⁾.

Una volta accertata l'esistenza degli elementi strutturali dell'edificio, non rileva, invece, in alcun modo che lo stesso non sia comunque abitabile nel momento in cui si chiede di ristrutturarlo ⁽²⁷⁾.

Al fine di accertare lo stato di fatto occorre fare riferimento al momento in cui si chiede il rilascio del titolo abilitativo. Non rileva, pertanto, che un tempo preesistesse effettivamente un edificio, poi crollato per cause naturali o dovute a fatto dell'uomo, se nel momento in cui si richiede l'intervento esista soltanto un rudere ⁽²⁸⁾.

Ciò significa in secondo luogo che la ristrutturazione deve essere eseguita su edificio legittimamente edificato ⁽²⁹⁾.

È stato sul punto chiarito che «l'intervento su una costruzione abusiva, ancorché l'abuso non sia stato represso, costituisce ripresa dell'attività criminosa originaria integrante un nuovo reato identico a quello precedente e non attività irrilevante sotto il profilo penale. In altre parole, allorché l'opera, abusiva perisca in tutto o in parte, il proprietario non acquista il diritto di ricostruirla o comunque di ristrutturarla senza alcun titolo abilitativo anche se originariamente l'abuso non sia stato represso» ⁽³⁰⁾.

5.1. L'ampiezza della nozione di ristrutturazione

Posto che, come si è detto, per aversi ristrutturazione occorre la preesistenza di un edificio, occorre chiarire quale è la massima estensione del concetto di ristrutturazione, cioè fino a che punto un intervento su un edificio sicuramente preesistente può ancora essere considerato di ristrutturazione e quando, invece, deve essere considerato alla stregua di una nuova costruzione.

Fino all'approvazione del testo unico esisteva una definizione normativa che gli interventi di ristrutturazione edilizia che consistevano in «quelli rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti» (art. 31 comma 1, lett. d), l. 5 agosto 1978, n. 457). La giurisprudenza aveva interpretato tale disposizione nel senso che «la ristrutturazione comprende anche la demolizione seguita dalla fedele ricostruzione del manufatto, con l'unica condizione che la riedificazione assicuri la piena conformità di sagoma, volume e superficie tra il vecchio e il nuovo manufatto, con la conseguente possibilità di pervenire, in tal modo, ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, purché la diversità sia dovuta ad interventi comprendenti il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti, e non già la

⁽²⁶⁾ Il Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2007, n. 4407, ha giudicato legittimo il diniego di concessione di ristrutturazione di un fabbricato rurale che l'istante assume essere preesistente e che invece l'amministrazione comunale ha dichiarato e documentato essere inesistente, consistendo il tutto solo in un cumulo di sassi coperto da vegetazione.

⁽²⁷⁾ T.r.g.a. Trentino Alto Adige, Bolzano, 7 marzo 2006, n. 97.

⁽²⁸⁾ Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 dicembre 2004, n. 2381.

⁽²⁹⁾ Cass. pen., sez. III, 6 dicembre 2006, n. 40189.

⁽³⁰⁾ Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2005, n. 40843.

realizzazione di nuovi volumi o una diversa ubicazione. Ciò in quanto, diversamente opinando, sarebbe sufficiente la preesistenza di un edificio per definire ristrutturazione qualsiasi nuova realizzazione eseguita in luogo o sul luogo di quella preesistente»⁽³¹⁾.

La materia è stata ridisciplinata dall'art. 3 comma 1, lett. d), t.u. n. 380 del 2001 che, nell'originaria stesura richiedeva la fedele ricostruzione (sagoma, volume, sedime e materiali) del preesistente.

Tale norma è stata successivamente modificata dall'art. 1 comma 6, lett. b) della legge delega sulle infrastrutture n. 443 del 2001, che ha richiesto, invece, perché vi sia ristrutturazione l'identità di volume e sagoma.

Successivamente, il d.lg. 27 dicembre 2002, n. 301 ha eliminato dall'art. 3 t.u. edilizia l'originario riferimento alla «fedele ricostruzione» (espungendo così ad es. il richiamo alle caratteristiche dei materiali) ma ha confermato che la ricostruzione costituisce ristrutturazione solo se il risultato finale coincide con la volumetria e sagoma preesistenti.

La norma attualmente in vigore è stata interpretata nel senso che nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche gli interventi consistenti nella demolizione e ricostruzione, purché ciò avvenga con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica. Si conferma, quindi, anche nel nuovo testo sull'edilizia che la demolizione e ricostruzione è classificabile come ristrutturazione solo a condizione del mantenimento delle caratteristiche planovolumetriche dell'edificio da ricostruire⁽³²⁾.

Da ultimo però il Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 5214, ha affermato che l'identità della volumetria e della sagoma costituisce un limite solo per gli interventi di ristrutturazione che comportano la previa demolizione dell'edificio; viceversa tali limiti non valgono per quegli interventi di ristrutturazione ordinaria (cioè senza previa demolizione) i quali devono mantenere inalterati gli elementi strutturali che individuano e qualificano l'edificio preesistente, potendo però comportare integrazioni strutturali e cioè in pratica anche modifiche non stravolgenti alla sagoma nonché limitati incrementi di superficie e volume.

Né le limitazioni suddette, apposte ora dalla legge solo all'ipotesi di ristrutturazione con previa demolizione, possono considerarsi irrazionali, in quanto si rapportano agli evidenti vantaggi (si pensi all'ipotesi di più restrittivi strumenti urbanistici sopravvenuti) che discendono dall'inquadramento dell'attività ricostruttiva di ciò che è stato demolito nell'ambito della ristrutturazione anziché in quello della nuova costruzione.

5.2. Differenza da figure simili

Chiarita la nozione di ristrutturazione edilizia possono essere tracciate le differenze tra questa figura ed altre ad essa affini, con cui talora viene confusa.

In particolare, la ristrutturazione edilizia si distingue dalla manutenzione straordinaria la quale è caratterizzata da un duplice limite, uno di ordine funzionale, costituito dalla necessità che i lavori siano diretti alla mera sostituzione o al puro rinnovo di parti

⁽³¹⁾ Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2004, n. 476; Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2003, n. 5310.

⁽³²⁾ Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2007, n. 1276.

dell'edificio, e l'altro di ordine strutturale, consistente nella proibizione di alterare i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari o di mutare la loro destinazione ⁽³³⁾.

La ristrutturazione edilizia si distingue dal restauro e risanamento conservativo perché quest'ultimo presuppone la realizzazione di opere che lascino inalterata la struttura dell'edificio e la distribuzione interna della sua superficie (Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14 maggio 2007, n. 3070). Si tratta pertanto di un concetto molto più ristretto di quello di ristrutturazione, perché consente interventi molto meno invasivi.

Secondo l'interpretazione che ha sposato la giurisprudenza penale più recente, nel nuovo assetto normativo voluto dal testo unico sull'edilizia la categoria delle opere interne deve essere ritenuta ricompresa nell'ambito delle ristrutturazioni edilizie (Cass. pen., sez. III, 26 gennaio 2007, n. 2881), di cui condividono pertanto il regime giuridico (Cass. pen., sez. III, 13 giugno 2007, n. 22806).

Molto marcata continua ad essere invece la differenza tra ristrutturazione edilizia e ristrutturazione urbanistica. Quest'ultima è, infatti, un intervento non su un singolo immobile, ma su un insieme di edifici che formino un complesso edilizio omogeneo.

5.3. I titoli abilitativi necessari per le ristrutturazioni

Gli interventi di ristrutturazione edilizia non costituiscono una categoria ulteriore rispetto alle attività edilizie soggette a permesso di costruire, dia o superdia, ma sono trasversali ad essi, in quanto possono essere realizzati di volta in volta con uno dei titoli abilitativi sopraindicati a seconda delle dimensioni dell'intervento.

Il regime degli interventi di ristrutturazione si ricava dagli artt. 3, 10 e 22 t.u. edilizia:

- l'art. 3 detta la nozione di ristrutturazione,
- l'art. 10 stabilisce che alcuni interventi di ristrutturazione (e segnatamente quelli che portano ad aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, o modifiche di destinazione d'uso in zona A) sono assoggettati a permesso di costruire,
- l'art. 22, comma 3, aggiunge che gli interventi di ristrutturazione assoggettati a permesso di costruire possono essere realizzati anche con la c.d. superdia,
- per effetto della norma di chiusura del sistema dell'art. 22 comma 1, che stabilisce che tutti gli interventi per i quali non sia previsto un regime specifico devono essere realizzati con dia, ne deriva che gli interventi di ristrutturazione diversi da quelli di cui all'art. 10 possono essere realizzati anche con semplice dia.

In definitiva il testo unico, ampliando la nozione di ristrutturazione edilizia conosciuta dalla normativa preesistente ed ammettendo in particolare anche ristrutturazioni più invasive, ha portato ad una bipartizione di regime nella categoria un tempo unica della ristrutturazione edilizia. Per effetto delle previsioni del testo unico, infatti, le ristrutturazioni edilizie:

- che portano alla realizzazione di un edificio con una consistenza urbanistica differente da quello iniziale (per mutamenti del numero di unità immobiliari, o modifiche di destinazione d'uso purché in zona A, modifiche di volume, superfici, sagoma, prospetti) devono essere realizzate con permesso di costruire oppure con superdia.
- che determinano una semplice modifica dell'ordine in cui sono disposte le

⁽³³⁾ Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1388.

diverse parti dell'edificio, che conserva la sua iniziale consistenza urbanistica, possono essere realizzate anche in base a semplice denuncia d'inizio attività ⁽³⁴⁾.

5.4. La completa demolizione e ricostruzione

Prima dell'entrata in vigore del testo unico sull'edilizia era controverso se la ristrutturazione che veniva operata mediante completa demolizione e successiva ricostruzione dell'edificio potesse essere ricompresa nel concetto di ristrutturazione edilizia.

Si è detto che ciò che è decisivo per qualificare un intervento come di ristrutturazione è che preesista un edificio identificabile come tale.

Cosa succede nell'ipotesi che l'edificio in questione esista, ma che in progetto ne sia prevista la completa demolizione? Sarà comunque un intervento di ristrutturazione oppure dovrà essere qualificato come un intervento di nuova edificazione?

La l. n. 457 del 1978 non disciplinava in alcun modo questa ipotesi. La giurisprudenza ordinaria si era orientata nel senso che la demolizione e ricostruzione non poteva essere considerata una ristrutturazione, in quanto intervento volto non a trasformare organismi esistenti ma a realizzarne di nuovi ⁽³⁵⁾.

La prevalente giurisprudenza amministrativa aveva assunto, invece, una posizione più largheggiante, ammettendo la possibilità che in una ristrutturazione si potesse procedere alla completa demolizione e ricostruzione dell'edificio, purché però l'edificio realizzato fosse identico, quanto a volumi e sagoma, a quello preesistente ⁽³⁶⁾.

Il testo unico sull'edilizia sposava la ricostruzione più largheggiante, ammettendo all'art. 3 comma 1, ultimo periodo, tra gli interventi classificati come ristrutturazione edilizia anche quelli che comportano la totale demolizione e fedele ricostruzione dell'edificio. La demolizione e ricostruzione rientrava, pertanto, definitivamente e senza più dubbi interpretativi nella ristrutturazione, ma con questo limite molto penetrante della necessità che l'edificio realizzando fosse la riproposizione fedele del precedente.

Il d.lg. 27 dicembre 2002, n. 301 ha modificato questa previsione del testo unico che limitava fortemente la possibilità di valersi dello strumento della ristrutturazione per molti interventi edilizi piuttosto comuni dove l'interesse del costruttore nel sobbarcarsi i costi della demolizione e ristrutturazione sta proprio nella possibilità di modificare l'edificio in base ad esigenze sopravvenute, ed ha eliminato l'aggettivo «fedele», imponendo soltanto come limite massimo di ampiezza della categoria della ristrutturazione che l'edificio costruito abbia la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente.

In definitiva, allo stato attuale della normativa:

- l'intervento di completa demolizione e ricostruzione dell'edificio deve essere realizzato secondo il regime degli interventi di nuova costruzione se porterà ad un edificio diverso per volumetria o sagoma da quello preesistente;

- l'intervento di completa demolizione e ricostruzione dell'edificio può essere realizzato secondo il regime della ristrutturazioni edilizie se porta ad un edificio identico per volumetria e sagoma;

- se l'edificio non viene completamente demolito, esso segue il regime delle ristrutturazioni edilizie anche quando porta a modifiche della volumetria o della sagoma.

⁽³⁴⁾ Cass. pen., sez. III, 26 gennaio 2007, n. 2881.

⁽³⁶⁾ Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1246.

⁽³⁵⁾ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2002, n. 1638.

6. IL MUTAMENTO DI DESTINAZIONE D'USO

Il regime dei titoli abilitativi necessari per procedere al mutamento di destinazione d'uso continua ad essere, anche dopo l'entrata in vigore del testo unico, una delle questioni più complesse sottoposte all'esame della giurisprudenza amministrativa e penale.

Ricostruendo le evoluzioni della normativa, è possibile distinguere quattro fasi del dibattito sul regime dei titoli necessari per procedere alla modifica di destinazione d'uso di un bene.

I fase: la l. n. 10 del 1977. Tale norma non prevedeva alcun riferimento al mutamento di destinazione d'uso.

Nella mancanza di una specifica disciplina sul punto, ci si chiese se il mutamento di destinazione d'uso potesse rappresentare una trasformazione edilizia e richiedere pertanto un titolo abilitativo.

Per rispondere a questo quesito, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ⁽³⁷⁾ ha introdotto la distinzione tra il mutamento di destinazione di un bene con opere (c.d. mutamento strutturale) e il mutamento senza opere (c.d. mutamento funzionale).

Il mutamento strutturale era assoggettato al regime abilitativo tipico delle opere che ci si proponeva di realizzare; il mutamento funzionale, invece, è considerato espressione dello *jus utendi* del bene, che costituiva mero esercizio del diritto di proprietà, non soggetto ad alcuna forma di autorizzazione.

La giurisprudenza penale ⁽³⁸⁾, invece, in dichiarato dissenso con l'orientamento del Consiglio di Stato, affermò pressoché contemporaneamente che l'ordinamento pubblicistico del settore urbanistico era finalizzato a individuare i carichi urbanistici che potevano essere stabiliti su ciascuna zona ed a proporzionare in modo adeguato i relativi servizi; modificare liberamente la destinazione d'uso di un immobile trasformandolo in un bene appartenente a categoria non omogenea significa modificare il carico urbanistico di una zona e far venire meno così l'equilibrio dei relativi servizi; ne derivava la necessità di sottoporre a regime abilitativi anche le modifiche di destinazione d'uso realizzate senza opere.

II fase: la l. n. 47 del 1985. Tale normativa introdusse per la prima volta alcune disposizioni sparse per disciplinare, sia pure in modo non organico, il mutamento di destinazione d'uso.

In particolare, la l. n. 47 del 1985 ha dettato due norme in cui contemplava il mutamento di destinazione d'uso:

— l'art. 8, che ha considerato il mutamento di destinazione d'uso variazione essenziale;

— l'art. 25, che ha dato facoltà alle Regioni di stabilire il tipo di titolo abilitativo necessario per il mutamento di destinazione d'uso funzionale.

In questa nuova situazione, invero non chiarissima e che lasciava lo spazio libero ad interpretazioni contrastanti, la giurisprudenza penale si è orientò nel senso, già espresso dal Consiglio di Stato, dell'irrelevanza penale delle modifiche di destinazione d'uso funzionali, in quanto opere per cui non era necessaria la concessione edilizia.

⁽³⁷⁾ Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 1982, n. 525; Stato, sez. IV, 23 novembre 1985, n. 551.

Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 1985, n. 232; Cons. ⁽³⁸⁾ Cass. pen., sez. un., 29 maggio 1982, n. 7102.

Quest'orientamento fu avallato anche dalla Corte costituzionale con la sentenza 28 gennaio 1991, n. 73, i cui principi sono stati poi ribaditi dalla pronuncia 23 luglio 1997, n. 259, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge della Regione Emilia Romagna che aveva sottoposto a concessione edilizia anche la modifica di destinazione d'uso meramente funzionale.

III fase: la l. n. 662 del 1996. Dopo un periodo turbolento all'inizio degli anni '90, quando il d.l. n. 89 del 1995 ed i decreti successivi, tutti decaduti per mancanza di conversione, avevano liberalizzato il mutamento di destinazione d'uso funzionale, è intervenuta la l. n. 662 del 1996 che, novellando il solo art. 25 l. n. 47 del 1985 e scavalcando lo stesso pronunciamento della Corte costituzionale, ha dato facoltà alle Regioni di stabilire il tipo di titolo abilitativo necessario per qualsiasi tipo di mutamento di destinazione d'uso, realizzato con opere o senza.

IV fase: il testo unico d.P.R. n. 380 del 2001.

La normativa del testo unico non introduce novità, ma si limita a dare un ordine sistematico alle norme previgenti.

In particolare, la materia è attualmente disciplinata da tre norme:

— l'art. 10 comma 1, sottopone a permesso di costruire il mutamento di destinazione d'uso strutturale realizzato in zona A. La zona A è individuata dal d.m. 24 febbraio 1968, n. 1444, come l'area dei centri storici in quanto esso ha ad oggetto «parti del territorio interessate da agglomerati urbani che rivestono carattere storico artistico o di particolare pregio ambientale o da porzioni di esso, comprese le aree circostanti che possono considerarsi parte integrante per tali caratteristiche degli agglomerati stessi». Secondo la giurisprudenza amministrativa, le zone omogenee non sono comunque definibili aprioristicamente, essendo conseguenza di valutazioni rimesse alle competenti autorità amministrative che possono tenere conto anche delle trasformazioni del territorio che siano intervenute rispetto alla zonizzazione del precedente strumento urbanistico ⁽³⁹⁾;

— l'art. 10 comma 2, confermando la previsione della novella della l. n. 662 del 1996, demanda alle Regioni la facoltà di stabilire il tipo di titolo abilitativo necessario per qualsiasi tipo di mutamento di destinazione d'uso, realizzato con opere o senza;

— l'art. 32 comma 1, lett. a), qualifica variazione essenziale il mutamento di destinazione rispetto all'autorizzato.

Queste tre norme, ancora una volta, non dettano una disciplina sistematica del mutamento di destinazione d'uso e sono state oggetto di interpretazioni differenti tra loro.

Posto che se il mutamento strutturale è effettuato con opere che necessitano di per sé di titolo abilitativo (aumenti di volumetria, modifiche della sagoma ed altro) è naturalmente necessario il tipo di permesso specifico per le relative opere che di per sé non abbisognerebbero di permesso di costruire, ed il mutamento funzionale.

Quanto al mutamento strutturale effettuato con mere opere interne non abbisognanti di permesso di costruire, si registrano diverse teorie.

Secondo una prima interpretazione, il permesso di costruire sarebbe necessario soltanto per i mutamenti di destinazione d'uso che comportino il passaggio da una categoria ad altra categoria non omogenea (ad es. da residenziale a produttivo).

⁽³⁹⁾ Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1615.

A supporto di tale tesi è stato richiamato il concetto di carico urbanistico: è, infatti, soltanto tale mutamento che comporta la modifica degli standards e, quindi, la variazione del carico urbanistico ⁽⁴⁰⁾.

Una parte della giurisprudenza è sul punto ancora più restrittiva e non accetta semplicemente il dato formale del passaggio a categoria non omogenea ritenendo necessario anche che, per effetto del mutamento di destinazione d'uso, si verifichi effettivamente un mutamento del carico urbanistico ⁽⁴¹⁾.

L'orientamento minoritario afferma, invece, che se nella generalità dei casi solo il passaggio da una categoria ad altra categoria eterogenea comporta l'obbligo di acquisire un titolo abilitativo specifico, per le opere effettuate nei centri storici il permesso di costruire è necessario anche in caso di mutamento di destinazione d'uso all'interno di categoria omogenee ⁽⁴²⁾.

A sostegno del secondo orientamento giurisprudenziale, invece, vi è un argomento letterale di immediata evidenza, pur se di difficile coordinamento sistematico con le norme che regolano il carico urbanistico, atteso che l'art. 10 t.u. chiede il permesso di costruire per le modifiche di destinazione d'uso in zona A, ma non menziona in alcun modo la necessità che il mutamento di destinazione modifichi gli standard urbanistici.

Anche con riferimento al mutamento funzionale nella giurisprudenza si registrino ancora diversi orientamenti.

Secondo l'orientamento tradizionale, il mutamento funzionale è di per sé libero in quanto irrilevante dal punto di vista dell'urbanistica. Quest'orientamento si richiama alle costruzioni tradizionali della giurisprudenza amministrativa degli anni '80 citate prima ed alle sentenze della Corte costituzionale del 1991 e 1997 anche sopra citate.

A supporto di tale tesi si è detto che l'attività che di fatto venga svolta in un immobile non ha nulla a che vedere con la normativa edilizia, per la quale rileva soltanto la destinazione d'uso impressa all'immobile dalle sue caratteristiche architettoniche in sede di costruzione o con successive opere di modificazione ⁽⁴³⁾.

La normativa edilizia d'altronde non esige che un immobile rimanga per sempre destinato all'originaria destinazione o a quella specifica indicata nel permesso di costruire. L'attività che si svolge in concreto in un immobile fa parte dello *jus utendi*.

Secondo l'orientamento più recente, allo stato ancora minoritario, invece, anche il mutamento funzionale abbisogna di un titolo abilitativo. Quale sia il titolo abilitativo necessario sarà stabilito dalla normativa regionale.

A supporto di tale tesi sono stati svolti diversi argomenti.

La ricostruzione che attribuisce rilievo anche ai mutamenti funzionali poggia, innanzitutto, sulla lettera dell'art. 10 t.u., che sembra effettivamente deporre nel senso della possibilità di assoggettare a titolo abilitativi anche il mero mutamento funzionale.

È stato, infatti, sostenuto, che « adibire un piazzale in modo duraturo al deposito di autoveicoli costituisce attività di modifica dell'assetto del territorio urbanisticamente rilevante, e quindi necessitante di titolo abilitativo. Ciò discende dall'applicazione combinata di due principi: da un lato, la regola che ha rilievo urbanistico non soltanto

⁽⁴⁰⁾ Tar Campania, Napoli, sez. VII, 4 ottobre 2007, n. 8951; Cass. pen., sez. III, 8 maggio 2007, n. 17359.

⁽⁴¹⁾ Tar Lazio, Roma, 8 novembre 2007, n. 11213.

⁽⁴²⁾ Cass. pen., sez. III, 27 settembre 2007, n. 35640.

⁽⁴³⁾ Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2003, n. 2586.

l'attività edilizia in senso proprio, ma tutte le attività che modificano l'assetto del territorio (*ex plurimis* Tar Campania, Napoli, I, 19 aprile 2001, n. 1793), dall'altro, la regola che è irrilevante sul piano urbanistico, e rientra nel mero esercizio del diritto di proprietà, la realizzazione di opere o la destinazione di un'area ad usi precari, in quanto le opere precarie, proprio per il fatto di non essere destinate ad esistere se non per un breve lasso di tempo, sono inidonee ad incidere sull'assetto urbanistico del territorio (Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1354). Dall'applicazione combinata di queste due regole consegue che, se rientra certamente nelle mere facoltà dominicali, ed è irrilevante sul piano urbanistico, parcheggiare la propria autovettura occasionalmente in una certa area di pertinenza dell'abitazione, è invece rilevante urbanisticamente, perché modifica l'assetto del territorio, il comportamento di chi destina un intero piazzale in modo duraturo a deposito di autoveicoli in contrasto con una specifica destinazione di zona ad attrezzature pubbliche » (44).

7. GLI INTERVENTI EDILIZI DEGLI ENTI PUBBLICI

Quando a voler realizzare un intervento edilizio è un ente pubblico anziché un privato, le procedure di autorizzazione sono molto diverse da quelle ordinarie.

Ed invero, a monte della decisione di realizzare l'opera è la valutazione dell'esistenza di interesse pubblici e la ponderazione di questi ultimi con quelli privati sottesi all'esercizio dell'azione amministrativa.

Data la premessa la conseguenza è che, una volta espressa tale volontà, non è necessario il rilascio dei titoli abilitativi tradizionali (concessione o autorizzazione) che devono invece richiedere i privati. Rimane naturalmente il problema di garantire che le opere da realizzare siano conformi agli strumenti urbanistici, è previsto l'intervento di un mero accertamento di conformità delle stesse agli strumenti di piano vigenti.

La deroga valeva, come si chiarirà in seguito, soltanto per le opere realizzate dallo Stato e non per gli enti pubblici non statali.

Già nel sistema della legge urbanistica (artt. 29 e 31 l. 1150 del 1942) le opere pubbliche di interesse statale non richiedevano il previo rilascio degli ordinari titoli abilitativi. Era sufficiente un accertamento di conformità con gli strumenti urbanistici vigenti effettuato dal Ministro dei lavori pubblici. Successivamente, per effetto dell'art. 81 d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, l'accertamento di conformità del Ministro dei lavori pubblici venne sostituito con l'accertamento di conformità con gli strumenti urbanistici vigenti da effettuarsi dallo Stato d'intesa con la regione interessata.

Questo sistema aveva la caratteristica di limitare notevolmente le prerogative degli enti pubblici locali, tradizionalmente titolari del potere di esprimere la volontà finale in ordine alle opere da realizzare sul proprio territorio.

(44) Tar Lombardia, Milano, sez. II, 28 aprile 2008, n. 1271; nello stesso senso v. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 giugno 2008, n. 1945; Tar Lombardia, Brescia, 2 maggio 2006, n. 438: l'uso di un'area agricola per il parcheggio di camper e roulotte, unitamente ad un insieme di opere in grado di agevolare lo stesso (recinzione del sito, sistemazione del terreno, viabilità, piantumazioni, punti luce e predisposizione per allestimento di strutture prefabbricate) determinano nel loro complesso un utilizzo duraturo

del territorio quale area attrezzata per la sosta auto-mezzi in contrasto con la destinazione agricola di zona prevista dal p.r.g. Sempre su questo punto sono state adottate anche giustificazioni tecniche che riecheggiano, invece, quelle che, nel diverso quadro normativo, erano state avanzate dalle sezioni unite penali nel 1982, e consistono nell'aumento del carico urbanistico, come in Tar Campania, Napoli, sez. II, 12 luglio 2007, n. 9738.

Come ha più volte ribadito la giurisprudenza di quel periodo, le competenze degli enti pubblici locali erano recessive, nel senso che «l'autorizzazione all'esecuzione di opere pubbliche di interesse statale, ai sensi degli artt. 5 l. 28 febbraio 1985, n. 47 e 81 d.P.R. 24 luglio 1977, n. 316, è direttamente costitutiva dello *jus aedificandi*, quale espressione di un potere autonomo dell'amministrazione centrale che, nella ricorrenza di alcuni presupposti, può imporre la propria determinazione all'esito del procedimento normativamente prescritto»⁽⁴⁵⁾, con la conseguenza che agli enti locali è riservata soltanto la mera partecipazione alla complessa procedura senza, peraltro, la possibilità di emanare ulteriori e distinti provvedimenti concessori e senza avere l'ultima parola su un intervento che pure doveva essere realizzato sul proprio territorio. In questo sistema, pertanto lo Stato si tutelava dalla possibilità che i localismi potessero bloccare la realizzazione di un'opera pubblica di interesse statale.

Da queste norme la giurisprudenza di legittimità aveva anche conseguentemente desunto la non riconducibilità delle opere edilizie realizzate dalle amministrazioni statali alle fattispecie penali previste dall'allora vigente art. 20 l. n. 47 del 1985⁽⁴⁶⁾, il che era d'altronde conseguenza naturale della non necessità della concessione edilizia per le opere in parola, atteso che il sistema delle sanzioni penali per gli illeciti edilizi era, ed è ancora adesso, essenzialmente fondato sulla mancanza o difformità dalla concessione.

La norma che esonerava dall'obbligo della concessione edilizia valeva, peraltro, come si è detto, soltanto per le opere delle amministrazioni statali. Ciò si ricavava: dal testo dell'art. 81 d.P.R. n. 616 del 1977, che stabiliva che solo le opere pubbliche dello Stato sono sottratte alla necessità della concessione del Sindaco, ed anche dall'art. 9, lett. f), l. n. 10 del 1977, ove per «le opere pubbliche o di interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti» è prevista la concessione edilizia, sia pure gratuita.

Tale regime non cambia quando entra in vigore la l. n. 47 del 1985, che deroga all'ordinaria disciplina in tema di vigilanza sull'attività urbanistica per le sole «opere delle amministrazioni statali» (come ribadì anche Cass. pen., sez. III, 25 novembre 1994, n. 2463).

Il problema del regime delle opere pubbliche realizzate da amministrazioni diverse da quelle statali veniva risolto in un primo momento dal d.l. n. 398 del 1993 che, stabilendo che anche le opere dei comuni non dovevano essere soggette né a concessione né a denuncia d'inizio attività, aveva indotto a concludere nel senso che anche dette opere dovessero essere escluse dalla astratta sussumibilità nella norma penale dell'art. 20 l. n. 47 del 1985.

Successivamente, peraltro, la norma mutò più volte per effetto di vari decreti legge fin quando, per effetto della novella dell'art. 2 comma 60 l. n. 662 del 1996, è stato stabilito definitivamente che per le opere degli enti pubblici non statali la delibera di approvazione del progetto produce i medesimi effetti della concessione edilizia, salva la necessità dell'attestazione del progettista circa la conformità del progetto alle norme urbanistiche⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cass. pen., sez. III, 16 giugno 1994, n. 7058.

⁽⁴⁶⁾ Cass. pen., sez. III, 23 giugno 1994, n. 7275.

⁽⁴⁷⁾ GRIMANI, *La concessione edilizia — Le opere pubbliche comunali*, in *Riv. amm.*, 1997, 63 ss.

Quest'ultima norma è stata riproposta dal testo unico.

Intervenendo su tutto questo sistema così stratificato, il titolo II del testo unico sull'edilizia d.P.R. n. 380 del 2001, all'art. 7 ha statuito che l'attività edilizia delle pubbliche amministrazioni non è soggetta alle disposizioni del presente titolo (e cioè a quelle che individuano nel permesso di costruire e nella denuncia di inizio attività i titoli abilitativi ordinari che consentono la costruzione) e che l'accertamento della conformità dell'opera pubblica, da realizzare rispetto agli strumenti urbanistici, solitamente effettuato dall'autorità amministrativa competente nell'*iter* di rilascio del permesso di costruire, è invece sottoposto a procedure peculiari.

In particolare, lo strumento che sostituisce il titolo abilitativo è, per le:

- opere ed interventi pubblici che richiedano l'azione integrata di una pluralità di amministrazioni pubbliche, l'accordo di programma tra le amministrazioni interessate;
- opere pubbliche statali o di interesse statale, l'accertamento di conformità dell'opera rispetto agli strumenti urbanistici vigenti previsto dal d.P.R. n. 383 del 1994;
- opere pubbliche dei comuni, la validazione del progetto da parte di un tecnico che ne attesterà la conformità rispetto agli strumenti urbanistici.

8. GLI INTERVENTI LIBERI

Il testo unico sull'edilizia dedica una specifica disposizione (art. 6) alle opere edilizie che non abbisognano di alcun titolo abilitativi.

Si tratta, naturalmente, di interventi edilizi molto limitati, come quelli di manutenzione ordinaria, oppure di opere che sono sottoposte ad un regime di favore perché la loro realizzazione cura interessi pubblici meritevoli di particolare tutela (opere per l'eliminazione di barriere architettoniche e opere temporanee per le ricerche nel sottosuolo).

In realtà, però, la principale categoria di attività edilizie che beneficiano della completa libertà da titoli abilitativi non è espressamente individuata dall'art. 6 ed è costituita dalle opere precarie.

Il testo unico non disciplina le opere precarie, perché già prima esse erano state considerate attività edilizia che non abbisognava di alcun permesso. Il motivo di questo regime di favore è da rinvenire nella circostanza che dette opere, proprio per il fatto di non essere destinate a permanere se non per un breve tempo, sono inidonee ad incidere sull'assetto urbanistico del territorio. In presenza di una precarietà dei manufatti, infatti, non sussistono gli effetti sul territorio che la normativa urbanistica vuole disciplinare e regolare ⁽⁴⁸⁾.

Se la giurisprudenza, in mancanza di una norma di diritto positivo, si è espressa in modo favorevole alla possibilità di sottrarre l'opera precaria alla normativa edilizia essa, però, si rivela molto rigorosa allorché si tratti di stabilire quali sono i requisiti che deve avere un'opera per poter essere considerata precaria.

In ordine ai requisiti che deve avere un'opera edilizia per essere considerata precaria, e quindi per godere del regime di favore, possono essere, infatti, ipotizzati in astratto quattro criteri discretivi:

⁽⁴⁸⁾ Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2006, n. 33039.

- criterio strutturale: è precario ciò che non è stabilmente infisso al suolo;
- criterio funzionale: è precario ciò che è destinato a soddisfare un'esigenza temporanea;
- criterio normativo: è precario ciò che la normativa urbanistica definisce come tale;
- criterio costitutivo: è precaria l'opera che il provvedimento dell'autorità amministrativa autorizza per un periodo temporalmente delimitato.

In realtà nella giurisprudenza penale ed amministrativa si rintracciano adesioni soltanto alla teoria che per individuare la natura precaria di un'opera si deve seguire non il criterio strutturale ma quello funzionale.

Un'opera può anche essere non stabilmente infissa al suolo (come, per esempio, una roulotte o un prefabbricato), ma se è realizzata per soddisfare esigenze non temporanee (ad esempio, è utilizzata come abitazione) non può beneficiare del regime di favore delle opere precarie ⁽⁴⁹⁾.

E la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che per valutare se i bisogni che l'opera deve soddisfare sono effettivamente temporanei non ha rilievo ciò che afferma l'autore del manufatto. Il requisito della temporaneità va, infatti, apprezzato in modo obiettivo, con riguardo all'oggetto della costruzione nei suoi dati tecnici ed alla sua destinazione materiale che ne deve garantire un uso realmente precario o temporaneo, per fini cronologicamente delimitati (es. box di cantiere) ⁽⁵⁰⁾.

In giurisprudenza è stato ritenuto, come conseguenza di questa impostazione, che se il manufatto in questione viene demolito e subito ricostruito, esso non può essere qualificato come precario perché la ricostruzione dell'opera è indizio del fatto che essa in realtà finisce con il servire in modo continuativo e tendenzialmente duraturo i bisogni di chi la ha realizzato ⁽⁵¹⁾.

Non ha avuto seguito giurisprudenziale ciò che sopra è stato definito come criterio normativo; la funzione cui è destinata a soddisfare l'opera si impone, infatti, anche su una specifica previsione di legge che preveda regole diverse per l'accertamento della precarietà dell'opera. La giurisprudenza penale ha, infatti, affermato non aver rilievo che una Regione, sia pure a statuto speciale, detti norme che prevedano una definizione di opera precaria diversa da quella formatasi giurisprudenzialmente sulla base della normativa nazionale esistente ⁽⁵²⁾.

Neanche ha avuto seguito giurisprudenziale il criterio costitutivo, pure seguito da alcune amministrazioni comunali che rilasciano dei provvedimenti atipici chiamati concessioni in precario, con cui si autorizza, ma solo per un periodo temporalmente delimitato, la realizzazione di un'opera non conforme agli strumenti urbanistici vigenti.

⁽⁴⁹⁾ Cass. pen., sez. III, 4 aprile 2007, n. 13761. Il Tar Veneto, sez. II, 12 febbraio 2008, n. 359 ha giudicato illegittima un'ordinanza con cui è stata disposta la demolizione di una casetta mobile, non infissa al suolo, di dimensioni di m 1,80 di lunghezza, larghezza ed altezza, destinata a gioco per bambini, atteso che le dimensioni e la finalità ludica non la possono rendere assimilabile alle case mobili di cui all'art. 3, comma 1, lett. e.5) d.P.R. n. 380 del 2001; queste ul-

time, infatti, per essere considerate nuove costruzioni, devono essere utilizzate come abitazioni, ambienti di lavoro, depositi, magazzini e simili e devono essere dirette a soddisfare esigenze non meramente temporanee

⁽⁵⁰⁾ Cass. pen., sez. III, 15 ottobre 2007, n. 37941.

⁽⁵¹⁾ Tar Campania, Napoli, sez. II, 23 aprile 2007, n. 4217.

⁽⁵²⁾ Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2006, n. 33039.

La concessione in precario in realtà è un istituto nato dalla prassi e che non trae, dunque, il proprio fondamento da alcuna norma. È vista con sfavore dalla giurisprudenza, che si è espressa ancora di recente contro l'ammissibilità di tale istituto («Secondo una tesi, la cd. concessione in precario sarebbe da ammettere nel nostro ordinamento giuridico, quale istituto diretto a consentire la realizzazione di un'opera edilizia non conforme allo strumento urbanistico, per sopperire a specifiche, temporanee e contingenti esigenze legate ad una determinata attività, solitamente economico-produttiva. Presupposto indefettibile dell'istituto sarebbe, in detta prospettiva, il contrasto dell'intervento progettato con la locale disciplina edilizio-urbanistica, assolvendo la concessione in esame proprio allo specifico scopo di consentire la realizzazione di ciò che altrimenti non sarebbe consentito. Ciò nonostante il collegio ritiene, invece, di aderire all'indirizzo giurisprudenziale che rifiuta ogni ingresso, nel nostro ordinamento, all'istituto della cd. concessione in precario, sul rilievo dell'illegittimità di tale istituto in quanto esso, da un lato, snatura la tipicità della concessione edilizia, dall'altro, non potrebbe avere altra funzione che quella di tollerare una situazione di palese abuso edilizio»: Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 maggio 2007, n. 2282) ⁽⁵³⁾.

9. GLI ONERI CONCESSORI E LA DECORRENZA DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE DEL RELATIVO CREDITO

Ai sensi dell'art. 16 t.u. edilizia, il permesso di costruire — salvo casi tassativi — è oneroso.

Il titolare del permesso di costruire è, infatti, tenuto al pagamento di un contributo, commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione e del costo di costruzione.

Il costo di costruzione è determinato dai comuni con riferimento ai costi massimi ammissibili per l'edilizia agevolata. La relativa quota si giustifica in considerazione dell'aumentata capacità contributiva del titolare stesso; il contributo per oneri di urbanizzazione ha funzione sostitutiva delle opere di urbanizzazione e quindi assolve alla funzione di redistribuire i costi sociali delle relative opere facendole gravare sui soggetti che ne usufruiscono. L'entità degli oneri di urbanizzazione è correlata alla variazione del carico urbanistico, ed è stabilita in conformità a tabelle emanate dalla regione ⁽⁵⁴⁾. L'imposizione di tale onere è giustificata in considerazione dell'utilità che il titolare del titolo abilitativi ricava dai servizi pubblici erogati con le strutture di urbanizzazione.

In alcune ipotesi il rilascio del permesso di costruire è gratuito.

In particolare, ai sensi dell'art. 17 comma 3 t.u. edilizia, il contributo di costruzione non è dovuto:

a) per gli interventi da realizzare nelle zone agricole, ivi comprese le residenze, in funzione della conduzione del fondo e delle esigenze dell'imprenditore agricolo a titolo principale, ai sensi dell'art. 12 l. n. 153 del 1975;

b) per gli interventi di ristrutturazione e di ampliamento, in misura non superiore al 20%, di edifici unifamiliari;

c) per gli impianti, le attrezzature, le opere pubbliche o di interesse generale

⁽⁵³⁾ Tar Campania, Napoli, sez. II, 23 aprile 2007, n. 4217, il quale ha escluso che la normativa vigente consenta di apporre una clausola di precarietà ad un

titolo autorizzatorio operante in deroga allo strumento urbanistico vigente.

⁽⁵⁴⁾ Tar Lazio, Roma, 8 novembre 2007, n. 11213.

realizzate dagli enti istituzionalmente competenti nonché per le opere di urbanizzazione, eseguite anche da privati, in attuazione di strumenti urbanistici;

d) per gli interventi da realizzare in attuazione di norme o di provvedimenti emanati a seguito di pubbliche calamità;

e) per i nuovi impianti, lavori, opere, modifiche, installazioni, relativi alle fonti rinnovabili di energia, alla conservazione, al risparmio e all'uso razionale dell'energia, nel rispetto delle norme urbanistiche, di tutela artistico-storica e ambientale.

Secondo la giurisprudenza amministrativa l'onere della prova dell'esistenza delle condizioni perché si possa accedere al rilascio del permesso di costruire a titolo gratuito spetta all'interessato, infatti « dato il carattere eccezionale del beneficio in deroga al regime oneroso si impone all'interessato, e non al Comune, la dimostrazione, puntuale ed analitica, del possesso dei requisiti utili ai fini del rilascio della concessione gratuita »⁽⁵⁵⁾.

Per gli interventi da realizzare su immobili di proprietà dello Stato il contributo di costruzione è commisurato alla incidenza delle sole opere di urbanizzazione.

Nei casi di edilizia abitativa convenzionata, relativa anche ad edifici esistenti, il contributo afferente al permesso di costruire è ridotto alla sola quota degli oneri di urbanizzazione qualora il titolare del permesso si impegni, a mezzo di una convenzione con il comune, ad applicare prezzi di vendita e canoni di locazione determinati ai sensi della convenzione-tipo prevista dall'art. 18 dello stesso t.u. dell'edilizia.

L'art. 19 t.u. edilizia prevede inoltre casi in cui il contributo è ridotto ai soli oneri di urbanizzazione e voci accessorie. In particolare:

a) il permesso di costruire relativo a costruzioni o impianti destinati ad attività industriali o artigianali dirette alla trasformazione di beni ed alla prestazione di servizi comporta la corresponsione di un contributo pari alla incidenza delle opere di urbanizzazione, di quelle necessarie al trattamento e allo smaltimento dei rifiuti solidi, liquidi e gassosi e di quelle necessarie alla sistemazione dei luoghi ove ne siano alterate le caratteristiche. L'incidenza di tali opere è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base a parametri che la Regione definisce con i criteri di cui al comma 4, lettere a) e b) del precedente art. 16, nonché in relazione ai tipi di attività produttiva;

b) il permesso di costruire relativo a costruzioni o impianti destinati ad attività turistiche, commerciali e direzionali o allo svolgimento di servizi comporta la corresponsione di un contributo pari all'incidenza delle opere di urbanizzazione, determinata ai sensi dell'art. 16 t.u., nonché una quota non superiore al 10 per cento del costo documentato di costruzione da stabilirsi, in relazione ai diversi tipi di attività, con deliberazione del consiglio comunale.

La norma prevede però che qualora la destinazione d'uso delle predette opere nonché di quelle nelle zone agricole previste dall'art. 17, venga comunque modificata nei dieci anni successivi all'ultimazione dei lavori, il contributo di costruzione è dovuto

⁽⁵⁵⁾ Tar Lombardia, Milano, sez. II, 5 giugno 2008, n. 1926; nello stesso senso già Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2006, n. 1523. Dalla stessa giurisprudenza citata emerge che è « incensurabile in sede di legittimità la determinazione comunale delle caratteristiche dell'edificio unifamiliare stabilite in relazio-

ne ad un criterio logico di abitabilità di un nucleo familiare medio, ai fini dell'applicazione dell'art. 9, lett. d), della legge 28 gennaio 1977 n. 10 » (Tar Lombardia, Milano, sez. II, 5 giugno 2008, n. 1926; già Cons. Stato, sez. II, 24 ottobre 1984, n. 1402).

nella misura massima corrispondente alla nuova destinazione, determinata con riferimento al momento dell'intervenuta variazione.

La competenza a conoscere delle controversie in tema di debenza e quantificazione del contributo di concessione sono rimesse al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (art. 16, l. n. 10 del 1977), non rientrando tra le materie attribuite alle commissioni tributarie ⁽⁵⁶⁾.

La giurisprudenza è nel senso che i contributi di concessione sono soggetti a prescrizione decennale.

Le regole di decorrenza della prescrizione del credito degli oneri concessori sono, però, diverse per il caso del credito del costo di costruzione e per quello degli oneri concessori.

Il credito relativo agli oneri concessori decorra dal momento del rilascio della concessione. A questa conclusione è pervenuta in modo unanime la giurisprudenza del giudice amministrativo.

La norma di riferimento, l'art. 16 comma 2 t.u., stabilisce infatti che la quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire. A richiesta dell'interessato, può essere rateizzata.

Conseguentemente la giurisprudenza afferma, infatti, che «in tema di contributo per il rilascio della concessione edilizia, l'ordinario termine di prescrizione decennale decorre - per la riscossione degli oneri di urbanizzazione - dalla data della emanazione del provvedimento concessorio» ⁽⁵⁷⁾.

L'orientamento giurisprudenziale in parola è confermato dalle pronunce che si sono occupate di alcune fattispecie particolari:

– in tema di permesso di costruire rilasciato in sede di condono, è stato affermato che il diritto di credito dell'amministrazione comunale al pagamento del conguaglio dell'oblazione e degli oneri di urbanizzazione ai sensi della l. n. 47 del 1985, il cui esercizio è correlato al rilascio della concessione edilizia in sanatoria (atto, questo, nella disponibilità esclusiva del creditore), decorre dalla formazione del silenzio – assenso. Il legislatore della l. n. 47 del 1985 ha, infatti, considerato l'inerzia dell'amministrazione equivalente per *fictio iuris* al rilascio della concessione in sanatoria, sicché a tale fatto rimane ancorato il decorso della prescrizione: breve, relativamente al conguaglio dell'oblazione e/o all'eventuale rimborso di maggiori somme versate dall'interessato; ordinaria relativamente agli oneri di urbanizzazione (non essendo prevista autoliquidazione) ⁽⁵⁸⁾;

– in tema di mancata approvazione da parte della Regione delle tabelle parametriche, è stato affermato che il diritto della amministrazione di esigere la somma dovuta dal titolare della concessione edilizia per oneri di urbanizzazione può essere fatto valere dal momento della approvazione delle tabelle parametriche. Da questo momento in poi, infatti, il comune dispone di quei parametri di riferimento che gli consentono un calcolo immune da censure sotto il profilo non solo dell'illegittimità ma anche dell'irrazionalità. Infatti, il regime della prescrizione in tema di oneri di urbanizzazione

⁽⁵⁶⁾ Cass., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22514. 1383.

⁽⁵⁷⁾ Tar Campania, Napoli, 7 giugno 2007, n. 6891; conforme Tar Puglia, Lecce, 2 aprile 2007, n. 5641.

⁽⁵⁸⁾ Tar Puglia, Bari, sez. III, 27 dicembre 2005, n. 5641.

deve necessariamente tener conto del fatto che l'autorità amministrativa comunale, titolare di un vero e proprio diritto di credito, non può pervenire, se non in via del tutto provvisoria, all'autodeterminazione dell'entità degli oneri, i quali sono, invece, commisurati sulla base di una attività di parametrizzazione che la legge devolve alle regioni. Di inerzia qualificata si può pertanto parlare solo con riferimento al comportamento dell'ente civico successivo all'approvazione della legge regionale perché, fino a quel momento, il diritto a pretendere gli oneri di urbanizzazione non può essere fatto valere nella sua pienezza ed è perciò lecito che il Comune attenda l'approvazione regionale delle tabelle parametriche ⁽⁵⁹⁾;

— in tema di opere realizzate a seguito di convenzione per l'urbanizzazione, è stato precisato che per la realizzazione degli edifici, situati in zone di espansione, è prescritta la stipula di convenzioni con le quali sono da stabilire, fra l'altro, anche i tempi e le modalità di realizzazione delle infrastrutture a servizio degli immobili. Poiché l'ammontare dei contributi per l'urbanizzazione primaria deve corrispondere alla quota parte delle spese sostenute per l'urbanizzazione delle zone, risultante dal rendiconto finale, solo con la stipula della convenzione comincia a decorrere il periodo decennale di prescrizione dei crediti del comune, atteso che solo da allora il credito del comune — derivante dalla stipula della convenzione — diviene certo, liquido ed esigibile ⁽⁶⁰⁾.

La giurisprudenza si è invece divisa in ordine alla decorrenza della prescrizione per il credito relativo al costo di costruzione. In questo caso la norma di riferimento (art. 16, comma 3, del t.u.) non è altrettanto chiara in quanto stabilisce che «la quota di contributo relativa al costo di costruzione, determinata all'atto del rilascio, è corrisposta in corso d'opera, con le modalità e garanzie stabilite dal comune, non oltre 60 gg. dall'ultimazione della costruzione».

Secondo un primo orientamento ⁽⁶¹⁾, il *dies a quo* decorre dal momento dell'ultimazione dei lavori ed è onere del privato portare a conoscenza dell'amministrazione l'esistenza di tale termine.

Il principale argomento a sostegno della prima opinione è di carattere letterale. Infatti, l'art. 11 comma 2 l. 28 gennaio 1977, n. 10, fa riferimento in modo espresso alla data di ultimazione dei lavori assentiti, quale termine ultimo per la determinazione della quota di contributo a titolo di costo di costruzione; sussiste peraltro l'esigenza che, di questo presupposto di fatto, venga all'amministrazione fornita adeguata contezza ad opera del concessionario.

La conseguenza di tale impostazione è che il termine prescrizione non comincia a decorrere nei confronti dell'amministrazione creditrice nel caso in cui il privato non comunichi la data di ultimazione dei lavori, e ciò in applicazione del principio per cui *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Pertanto, il mancato assolvimento dell'onere di dare esatta contezza del termine entro cui sono stati ultimati i lavori ponga a carico dell'inadempiente non solo le conseguenze di legge dell'eventuale pronuncia di decadenza dell'atto concessorio, ma anche di protratta esercitabilità dell'azione di recupero dei crediti concessori, il cui termine prescrizione non inizia a decorrere.

⁽⁵⁹⁾ Tar Puglia, Lecce, 13 novembre 2007, n. 3828 ⁽⁶¹⁾ Tar Calabria, Catanzaro, 22 gennaio 2007, n. 21
⁽⁶⁰⁾ Trga Trentino Alto Adige, Bolzano, 4 dicembre 2007, n. 351

Altra parte della giurisprudenza ⁽⁶²⁾ ritiene, invece, che il termine decorre dalla data di rilascio della concessione.

Questa ricostruzione trae argomenti dai principi generali del diritto civile in tema di crediti certi, liquidi ed esigibili e ritiene che il credito, pur se è rimessa ad un atto dell'Amministrazione l'indicazione della sua entità, è, sin dal momento dell'adozione del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del richiedente la concessione, certo, liquido o agevolmente liquidabile, esigibile in quanto l'atto di imposizione e liquidazione del contributo, dovuto in base alla l. n. 10 del 1977, non ha natura autoritativa, ma si risolve in un mero atto ricognitivo e contabile, in applicazione di provvedimenti generali.

⁽⁶²⁾ Tar Campania, Salerno, sez. II, 29 novembre 2007, n. 2864.



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
MILANO