

LA DEMO-RICOSTRUZIONE TRA GIUDICE PENALE E GIUDICE AMMINISTRATIVO: CONSIDERAZIONI GIURIDICHE ATTORNO AL “CASO MILANO”

Giuseppe La Rosa * - Davide Casarin **

Abstract [it] L’articolo ha ad oggetto il tema della ristrutturazione edilizia ed evidenzia le discrasie interpretative prodottesi tra la giurisprudenza del giudice penale e quella del giudice amministrativo, con gravi conseguenze, da un lato, sull’effettivo conseguimento della riduzione del consumo di suolo che gli interventi legislativi sulla definizione di ristrutturazione edilizia perseguono e, dall’altro, sull’incertezza patita dal privato rispetto alla stabilità e idoneità dei titoli edilizi conseguiti, con eccessiva esposizione a rischi di natura penale.

Abstract [eng] The essay focuses on the “refurbishment works”, highlighting the inconsistencies between the interpretation accepted by the criminal courts and one of administrative courts, triggering severe consequences, on one hand, on the actual reduce of land-use and, on the other hand, on the uncertainty regarding the effectiveness of the building permits achieved by citizens and related criminal risks.

SOMMARIO: 1. Premesse e obiettivi dell’indagine. - 2. La demo-ricostruzione tra “nuova costruzione” e “ristrutturazione edilizia”: il quadro normativo e giurisprudenziale ante 2020. - 3. Segue: il quadro normativo e giurisprudenziale post 2020. - 4. Il superamento dei 25 metri e la necessità di piano attuativo. - 5. La SCIA alternativa al permesso di costruire e la deteriore posizione dei soggetti coinvolti: la inidoneità del titolo nella prospettiva dell’illecito penale. - 6. Considerazioni conclusive e di sistema: l’insostenibile tensione tra aporie interpretative e regimi di semplificazione.

1. Premesse e obiettivi dell’indagine

Le presenti riflessioni¹ sono sollecitate dalle vicende giudiziarie² che stanno interessando alcuni cantieri milanesi in relazione ai quali i Pubblici Ministeri ritengono che gli operatori coinvolti abbiano eseguito lavori in assenza di idoneo titolo edilizio ed abbiano commesso lottizzazione abusiva, violando l’art. 44, comma 1, lettere b) e c) del Decreto del Presidente della Repubblica n. 380 datato 6 giugno 2001 (il “Testo Unico dell’Edilizia”, “TUE”). In

¹ * Professore associato di diritto amministrativo e Avvocato. ** Avvocato.

Sebbene il lavoro sia frutto di riflessioni e analisi congiunte degli Autori, i parr. 2, 3, 4 sono da attribuire a Davide Casarin e i parr. 1, 5, 6 sono da attribuire a Giuseppe La Rosa.

² Si tratta, in particolare, del procedimento iscritto al Registro Generale delle Notizie di Reato della Procura di Milano n. 4622/2023, nell’ambito del quale il Tribunale di Milano, Ufficio dei Giudici per le Indagini Preliminari, ha rigettato la richiesta di sequestro preventivo con decreto del 22 gennaio 2024, reperibile in <https://italiai.us.it/wp-content/uploads/2024/02/decreto-GIP-Milano.pdf>

particolare, la Procura ritiene che alcuni progetti siano stati artatamente qualificati come ristrutturazione, anziché come nuova costruzione, e che, conseguentemente, la segnalazione certificata di inizio attività in alternativa al permesso di costruire³ non costituisca titolo edilizio idoneo, dovendosi piuttosto ricorrere al permesso di costruire. Inoltre, laddove il progetto preveda edifici di altezza superiore a 25 metri o densità edilizia maggiore di 3 mc/mq, sarebbe addirittura necessaria la previa approvazione di specifici piani particolareggiati.

Per meglio comprendere la situazione di fatto da cui la vicenda ha avuto origine, l'attività edilizia oggetto di contestazione ha riguardato la demolizione di due fabbricati con superficie lorda pari a 2.079,01 mq e (ri)costruzione «in loro luogo» di un complesso immobiliare avente superficie lorda di 8.031,31 mq. Tale attività edilizia era stata qualificata dal privato come ristrutturazione per la quota parte di SL esistente e come nuova costruzione per l'ulteriore SL di progetto, pari a 5.952,30 mq. Conseguentemente, per la parte dell'intervento qualificato come ristrutturazione, era stata presentata una SCIA in alternativa al permesso di costruire, in applicazione dell'art. 23, comma 01, lett. a), TUE, secondo cui «in alternativa al permesso di costruire, possono essere realizzati mediante segnalazione certificata di inizio attività gli interventi di cui all'art. 10, comma 1, lettera c)», ossia, appunto, le ristrutturazioni «che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, nei casi in cui comportino anche modifiche della volumetria complessiva degli edifici»⁴.

Tuttavia, la Procura ritiene che l'intervento non avrebbe potuto essere qualificato (neppure in parte) come ristrutturazione, dovendosi, piuttosto, considerare nella sua unitarietà e configurando, quindi, una nuova costruzione. In base alla tesi accusatoria, infatti, l'intervento «non è qualificabile quale ristrutturazione edilizia, in quanto consiste nella previa totale demolizione di due vecchi fabbricati (...) e nella realizzazione in loro luogo – senza che rimanga traccia dell'immobile preesistente – di un complesso immobiliare composto da due torri (...) e da un terzo stabile a stecca», con la conseguente impossibilità di assentire lo stesso attraverso la SCIA in alternativa al permesso di costruire, non trovando applicazione il già citato art. 23, comma 01, lett. a), del TUE (il quale, come detto, si riferisce agli interventi di ristrutturazione edilizia)⁵. Inoltre, i requirenti ritengono che l'altezza degli edifici, superiore a 25 mt., avrebbe comportato la necessità di approvare un piano particolareggiato.

La richiamata questione sollecita alcune riflessioni sui sottesi profili amministrativistici. Da un lato, occorre chiarire quali siano i tratti distintivi della demo-ricostruzione, al fine di comprendere se la stessa, alla luce delle vigenti coordinate normative, possa essere ricondotta nell'alveo degli interventi di *ristrutturazione* ovvero se, piuttosto, debba qualificarsi quale *nuova costruzione*, con ogni conseguenza in punto di titolo assentivo l'intervento. Dall'altro lato, preme approfondire le delicate conseguenze derivanti dalla presentazione di una SCIA in alternativa al permesso di costruire che venga poi riconosciuta

³ In applicazione dell'art. 23, comma 01, lettera a) del TUE.

⁴ Mutamenti della destinazione d'uso degli immobili compresi nelle zone omogenee A o, ancora, modificazioni della sagoma o della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti di immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio di cui al Decreto Legislativo del 22 gennaio 2004, n. 42 (art. 10, comma 1, TUE).

⁵ Per completezza espositiva, si ritiene il caso di precisare che – astrattamente – la SCIA in alternativa al permesso di costruire è presentabile anche in presenza di progetti di nuova costruzione, ai sensi dell'art. 23, comma 01, lettere b) e c) del TUE, qualora l'intervento sia disciplinato da piani attuativi comunque denominati ovvero nel caso in cui le previsioni planivolumetriche di riferimento siano già sufficientemente definite dagli strumenti urbanistici generali.

quale titolo non idoneo. In sostanza, tralasciando le considerazioni di natura prettamente penalistica relative ai capi di imputazione, ai soggetti coinvolti dall'indagine ed alle conseguenze sanzionatorie, lo studio ha l'obbiettivo di fornire un contributo su alcuni profili controversi il cui rilievo è apprezzabile eminentemente nell'ottica del diritto amministrativo, sebbene, in un approccio sistematico, per come meglio si dimostrerà, sono tutt'altro che marginali i punti di contatto (e di contrasto) con la disciplina penalistica, con gravi conseguenze in punto di tenuta dell'ordinamento. In tale ottica, anche attraverso l'analisi dell'evoluzione normativa in materia, si ritiene necessario individuare con maggiore precisione possibile il punto di distinzione tra gli interventi di nuova costruzione e quelli di ristrutturazione, individuando, per tale via, i punti di divergenza tra la giurisprudenza amministrativa e quella penale. In un quadro generale reso incerto dalla mancanza di approcci ermeneutici stabili e monolitici, lo studio si propone l'obbiettivo di mettere in luce alcune delle più problematiche conseguenze che, l'utilizzo di un titolo abilitativo edilizio *semplificato*, quale è la SCIA alternativa al permesso di costruire, determina in capo al privato che, facendo affidamento sulla legittimità di tale titolo, ha avviato le attività edilizie.

2. La demo-ricostruzione tra “nuova costruzione” e “ristrutturazione edilizia”: il quadro normativo e giurisprudenziale ante 2020

L'analisi circa la riconducibilità degli interventi di demolizione e ricostruzione (noti anche come “demo-ricostruzione”) nell'alveo della nuova costruzione ovvero della ristrutturazione non può prescindere dall'analisi diacronica delle relative definizioni normative e dall'applicazione giurisprudenziale delle stesse.

L'art. 31 della previgente legge 5 agosto 1978, n. 457 non definiva esplicitamente la nuova costruzione, descrivendo, invece, gli interventi di ristrutturazione e distinguendoli tra ristrutturazione edilizia e ristrutturazione urbanistica. I primi erano qualificati come «quelli rivolti a trasformare 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 dei nuovi elementi ed impianti» (lett. d); mentre i secondi erano «quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso mediante un insieme sistematico di interventi edilizi anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale» (lett. e). Da tali coordinate interpretative è derivato un ampio dibattito giurisprudenziale, ove netta è apparsa sin da subito la difformità di vedute tra il giudice amministrativo e quello penale. In particolare, la giurisprudenza amministrativa, ad eccezione di qualche lettura più restrittiva⁶, era maggioritariamente propensa a includere fra gli interventi di ristrutturazione edilizia anche quelli che comportassero la demolizione dell'immobile e la sostituzione di quest'ultimo con un organismo edilizio parzialmente diverso, ferma restando la necessità che l'intervento di recupero preservasse le caratteristiche fondamentali dell'edificio preesistente⁷. In questo senso, peraltro, veniva precisato che costituiva ipotesi di ristrutturazione edilizia anche la demolizione e ricostruzione che comportasse un «trascurabile aumento di volume, posto che, a differenza del restauro o risanamento conservativo che – pur potendo consistere nella demolizione di un vecchio fabbricato e successiva ricostruzione – richiede identità di volumi,

6 Ad esempio, Cons. Stato, V, 24 febbraio 1999 n. 197, secondo cui la ricostruzione è fedele quando l'immobile rimane il medesimo per forma, volume ed altezza, atteso che il risultato della ristrutturazione può essere un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, purché la diversità sia causata da interventi comprendenti il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi del manufatto ovvero l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti e non già la creazione di nuovi volumi.

7 Cons. Stato, Sez. V, 2 dicembre 1998 n. 1714.

superfici e caratteristiche, non è estranea al concetto di ristrutturazione la realizzazione di un *quid novi*»⁸. Con approccio assai più restrittivo, la giurisprudenza penale, invece, era pressoché concorde nel ritenere che allorquando l'intervento edilizio prevedesse l'abbattimento del manufatto, seppur prodromico alla sua ricostruzione conforme al preesistente, esso non fosse giammai ascrivibile alla ristrutturazione, dovendo piuttosto qualificarsi come nuova costruzione, con la conseguenza che commetteva il reato di costruzione abusiva il proprietario che avesse demolito l'immobile, integralmente o pressoché integralmente, e lo avesse ricostruito (anche salvando alcuni monconi di muratura), in quanto l'art. 31, lett. d, legge n. 457/1978 consentiva soltanto un insieme sistematico di opere rivolto a trasformare organismi edilizi esistenti e non, invece, a creare una nuova struttura⁹.

Anche al fine di risolvere la richiamata *querelle* giurisprudenziale, l'art. 10, comma 1, lett. c), del sopravvenuto TUE ha subordinato all'ottenimento di un permesso di costruire la ristrutturazione edilizia che porti a un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comporti aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che comporti mutamenti della destinazione d'uso degli immobili compresi nelle zone omogenee A. Al contrario, è stata ritenuta sufficiente la presentazione di una SCIA per eseguire interventi di ristrutturazione edilizia c.d. "minore", ossia gli interventi rivolti a trasformare gli edifici mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente; che riguardano il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'immobile, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti; quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma del fabbricato preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica. Pertanto, la versione originariamente approvata del TUE distingueva tra interventi di ristrutturazione edilizia che variassero la volumetria o altri parametri dimensionali del fabbricato originario e interventi che, pur prevedendo la demolizione di quest'ultimo, ne riproducessero fedelmente le caratteristiche. Il primo tipo di ristrutturazione era assoggettato a permesso di costruire, mentre la seconda specie poteva eseguirsi previa presentazione di una semplice SCIA. Successivamente, l'art. 30, comma 1, lett. a) del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, ha ammesso la ristrutturazione (nella specie di demo-ricostruzione) con variazione della sagoma. Nonostante gli interventi normativi provassero ad esplicitare sempre più chiaramente i tratti distintivi delle tipologie di interventi edilizi e, al contempo, gli obiettivi di politica urbanistica più essenziali (ad esempio, contenimento del consumo di suolo), le contraddizioni interpretative tra plessi giurisdizionali permanevano¹⁰. Da un lato, i giudici

⁸ Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 1992 n. 464.

⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2000 n. 3885; *ibid.*, 20 novembre 1998; 22 maggio 1998; 17 gennaio 1995. Anche per Cass. pen., Sez. III, 13 settembre 1993 n. 1758, nel caso in cui il manufatto sia demolito e ricostruito, anche mantenendo la sagoma di quello pregresso, viene a configurarsi un intervento di nuova costruzione, dal momento che la ristrutturazione attiene a opere che siano mantenute nelle loro fondamentali strutture. Parimenti, Cass. pen., 25 settembre 1984 aveva evidenziato che non costituisse intervento di ristrutturazione edilizia l'abbattimento e la ricostruzione di un edificio neppure qualora l'opera realizzata fosse del tutto conforme a quella prevista nella concessione; infatti, mentre l'Amministrazione autorizza la ristrutturazione al fine di consentire l'adeguamento delle opere esistenti alle mutate esigenze economico-sociali, allorquando, invece, si voglia abbattere un edificio e costruirne un altro al suo posto, la competente autorità non può prescindere dalla esigenza di imporre l'osservanza degli strumenti urbanistici vigenti. In argomento, si v. A. SCARCELLA, *Nuovi volumi e ristrutturazione edilizia: necessario il PdC*, in *Urb. app.*, 2015, p. 1219 ss.

¹⁰ Per una ricostruzione dell'ampio dibattito in materia, cfr., tra i molti contributi, S. ANTONIAZZI, *La nuova definizione di ristrutturazione edilizia prevista dal testo unico, nell'interpretazione della dottrina e della recente*

amministrativi individuavano nella *trasformazione del territorio* il tratto distintivo degli interventi di nuova costruzione e, conseguentemente, tendevano a ricondurre alla ristrutturazione edilizia quelli che coinvolgessero manufatti già esistenti e che avevano, quindi, già modificato il territorio ed espresso un carico antropico che restava inalterato dopo i lavori di demo-ricostruzione¹¹; dall'altro lato, i giudici penali insistevano nel focalizzarsi sull'*aumento di volumetria* per distinguere gli interventi di nuova costruzione da quelli di ristrutturazione edilizia¹², limitando la propria analisi, quindi, alla trasformazione dell'immobile. In sostanza, mentre il giudice amministrativo – probabilmente più avvezzo a mettere a sistema interessi complessi e istanze contrapposte – intuiva la necessità di concentrare la propria attenzione sul territorio piuttosto che sul singolo edificio, esprimendo la condivisibile consapevolezza che l'ordinato sviluppo del tessuto urbano e la preservazione del suolo (e dell'ambiente, in generale) debbano passare attraverso la rigenerazione del patrimonio immobiliare esistente e che, perciò, occorra agevolare, piuttosto che ostacolare, gli interventi di ristrutturazione, il giudice penale non condivideva questo approccio olistico, concentrandosi piuttosto sulle trasformazioni fisiche del singolo immobile¹³.

3. *Segue: il quadro normativo e giurisprudenziale post 2020.*

Nell'ambito di una sistematica evoluzione normativa, l'art. 10, comma 1, lettera b), n. 2) del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, da un lato, ha introdotto la possibilità di sviluppare, mediante demolizione e ricostruzione, «diversi sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche» e, dall'altro, ha svincolato gli interventi di ristrutturazione dal rispetto della volumetria dell'edificato precedente, se consentito «dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali». Così, l'art. 3, comma 1, lettera d), del TUE oggi prevede che «nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi altresì gli interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversi sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per l'applicazione della normativa sull'accessibilità, per l'installazione di impianti tecnologici e per l'efficientamento energetico. L'intervento può prevedere altresì, nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana».

Da quanto sopra richiamato, risulta evidente che l'ambito applicativo della ristrutturazione edilizia è stato notevolmente ampliato, ricomprendendo interventi che in

giurisprudenza: utili spunti ricostruttivi, in *Riv. giur. urb.*, 2004, p. 64; P. TANDA, *La nuova disciplina dei titoli abilitativi in materia urbanistica: in particolare, gli interventi di ristrutturazione edilizia anche alla luce della l. 21 giugno 2017 n. 96*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, p. 335; A. CALEGARI, *L'evoluzione del concetto di ristrutturazione edilizia, tra esigenze di conservazione e volontà di promuovere la rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, p. 221; C. SANTACROCE, *Gli interventi di ristrutturazione edilizia (artt. 3 e 10 TUED)*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, pp. 478 ss.

¹¹ Fra le molte pronunce, Cons. Stato, Sez. II, 31 ottobre 2019, n. 7457; Cons. Stato, Sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 4728; Cons. Stato, Sez. IV, Sentenza, 1° settembre 2015, n. 4077. Recentemente, Cons. Stato, IV, 2 maggio 2024, n. 4005 ha affermato che «il legislatore collega la necessità del permesso di costruire a fenomeni di “trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio” e, in primo luogo qualifica come tali la nuova costruzione, la ristrutturazione urbanistica e la ristrutturazione edilizia; in secondo luogo, demanda alle Regioni di individuare quali interventi (diversi da quelli precedentemente indicati) comportanti trasformazione urbanistica (ma non necessariamente edilizia) richiedano il permesso di costruire in ragione della loro natura ed incidenza, in particolare, sul carico urbanistico».

¹² Cass. pen., Sez. III, Sentenza, 12 luglio 2019, n. 44523; Cass. Pen, Sez. III, 17 febbraio 2010, n. 16393.

¹³ Cfr. D. FODERINI, *La ristrutturazione edilizia mediante l'integrale demolizione e ricostruzione delle opere*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, p. 65.

passato sarebbero stati qualificati come nuova costruzione. Quest'ultima categoria, infatti, rappresenta un tipo di intervento edilizio residuale, consistendo in trasformazioni edilizie e urbanistiche del territorio diverse dalla manutenzione ordinaria o straordinaria, dal restauro o risanamento conservativo ovvero dalla ristrutturazione¹⁴.

Descrivendo gli obiettivi perseguiti dalla novella legislativa, la stessa Relazione Illustrativa del d.l. n. 76/2020 fa espresso riferimento alla difficoltà di certa giurisprudenza ad agganciare la tendenza evolutiva delle categorie di interventi edilizi in esame. Proprio tale incoerenza sistematica ha condotto il Legislatore del 2020 a rimaneggiare nuovamente l'art. 3, comma 1, TUE, addivenendo alla formulazione riportata sopra, al fine di «consolidare quanto stabilito dal legislatore con il decreto legislativo 27 dicembre 2002, n. 301 e con il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 (ma che è stato disconosciuto da talune posizioni giurisprudenziali anche recenti), vale a dire che gli interventi di ristrutturazione ricostruttiva possono prevedere che l'edificio da riedificare presenti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche differenti rispetto a quello originario». Rispetto alla possibilità che gli interventi di demo-ricostruzione comportino, inoltre, incrementi di volumetria, laddove previsto dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, la Relazione Illustrativa spiega, poi, che «è evidente l'obiettivo (...) di evitare che la previsione nei piani di rigenerazione urbana di incentivi volumetrici in caso di interventi di demolizione e ricostruzione porti, in realtà, a qualificare l'intervento come una nuova costruzione soggetta ad un differente regime giuridico (in termini di titolo edilizio richiesto, onerosità dello stesso, disposizioni generali applicabili, ecc.)». Il richiamo espresso al già citato d.l. n. 69/2013 (mediante il quale, si ricorda, era stata introdotta la possibilità di modificare la sagoma degli edifici preesistenti mediante demo-ricostruzione) ci permette di fare riferimento anche a quanto dichiarato nella relativa Relazione Illustrativa, nella quale si legge che l'agevolazione degli interventi di ristrutturazione edilizia con modifica della sagoma (e, oggi, dei prospetti, del sedime e delle caratteristiche planivolumetriche e tipologiche) intende «favorire la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente ed evitare ulteriore consumo del territorio». Ciò è perfettamente coerente con quanto dichiarato anche nella Relazione Illustrativa del d.l. n. 76/2020, secondo cui «le semplificazioni in materia edilizia previste dalla norma (...) hanno la finalità di promuovere, attraverso la rigenerazione urbana, la riduzione del consumo del suolo e, in particolare, la qualità del tessuto urbano, delle nostre periferie e delle aree più degradate del Paese». «Apportando modifiche alla vigente disciplina dell'attività edilizia, al fine di rispondere alle reali esigenze del territorio, mediante interventi volti a evitare ulteriore consumo di suolo, favorire il riuso e la rigenerazione dei suoli già urbanizzati, il risanamento del costruito, il recupero, la ristrutturazione e il restauro degli edifici a fini antisismici e di risparmio energetico».

Dunque, il Legislatore del 2020 ha inteso ricomporre il permanente contrasto giurisprudenziale e superare l'interpretazione secondo cui un intervento di demo-ricostruzione dovesse necessariamente preservare un legame di sostanziale identità ovvero una *traccia* del fabbricato preesistente per potersi qualificare come ristrutturazione edilizia. Infatti, ammettere la possibilità di ricostruire un immobile che presenti sagoma, prospetti, sedime e/o caratteristiche planivolumetriche e tipologiche diversi rispetto a quelli dell'edificio originario significa, a volere porsi in linea con la sottesa *ratio*, prescindere radicalmente dall'identità estetica di quest'ultimo e ignorare qualsiasi idea di "traccia" o identità. Anzi, l'attuale formulazione della norma ammette chiaramente che gli interventi di

¹⁴ Così, art. 3, comma 1, lettera e), del TUE.

demo-ricostruzione, i quali rappresentano una specie particolare di ristrutturazione edilizia, conducano ad organismi edilizi sostanzialmente diversi da quelli preesistenti.

Tuttavia, pur a fronte di un dettato normativo particolarmente intellegibile, parte della giurisprudenza penale persevera nel ribadire la pretesa «necessità ontologica che l'intervento di ristrutturazione edilizia, pur con le ampie concessioni legislative in termini di diversità tra la struttura originaria e quella frutto di "ristrutturazione", non possa prescindere dal conservare *traccia* dell'immobile preesistente»¹⁵. Ebbene, l'indagine che ha sollecitato le presenti riflessioni si poggia evidentemente sul richiamato approccio manifestato dalla Magistratura penale, il quale, tuttavia, a parere di chi scrive si pone in palmare distonia rispetto alla lettera e alla *ratio* della legge, che ammette di modificare le caratteristiche essenziali di quanto demolito proprio nel raggiungimento delle sottese finalità di promozione della rigenerazione urbana¹⁶.

4. Il superamento dei 25 metri e la necessità di piano attuativo

È necessario ora indagare se la realizzazione di un intervento di trasformazione edilizia debba essere preceduto dall'approvazione di uno strumento urbanistico attuativo, a prescindere da quanto dispone la legge regionale¹⁷. Al riguardo, vengono in rilievo, da un lato, l'art. 41-*quinquies*, comma 6, Legge 17 agosto 1942, n. 1150, il quale prevede che «nelle zone in cui siano consentite costruzioni per volumi superiori a tre metri cubi per metro quadrato di area edificabile, ovvero siano consentite altezze superiori a metri 25, non possono essere realizzati edifici con volumi ed altezze superiori a detti limiti, se non previa approvazione di apposito piano particolareggiato o lottizzazione convenzionata estesi alla intera zona e contenenti la disposizione planivolumetrica degli edifici previsti nella zona» e, dall'altro, l'art. 8 del Decreto Ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, secondo cui, nelle zone omogenee B, «l'altezza massima dei nuovi edifici non può superare l'altezza degli edifici preesistenti e circostanti, con la eccezione di edifici che formano oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planivolumetriche»¹⁸. In

15 Cass, Sez. III, 18 gennaio 2023, n. 1669. Per un commento della sentenza, v. G. MARI, *Demo-ricostruzione e ripristino di edifici crollati: le declinazioni della continuità ai fini dell'inquadramento nella ristrutturazione edilizia* (Cons. Stato, VI, 18 gennaio 2023 n. 616 e Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 2023 n. 1669), in www.giustiziainsieme.it.

16 A. CALEGARI, *op. cit.*, p. 239.

17 Cfr. pag. 17 del decreto emanato dal GIP di Milano il 22 gennaio 2024. Nel caso concreto, peraltro, il privato aveva sottoscritto un atto unilaterale d'obbligo unitamente alla presentazione della SCIA in alternativa al permesso di costruire, in applicazione dell'art. 33 del Regolamento Edilizio di Milano e della Determina Dirigenziale del Comune di Milano del 31 maggio 2018. Dunque, se pure non era stato presentato un vero e proprio piano attuativo, era comunque stato conseguito un titolo abilitativo in modalità diretta convenzionata.

18 Deve essere rilevato come la disposizione di cui all'art. 41 *quinquies*, comma 6, cit. non fornisce indicazioni esplicite in merito alle modalità di calcolo dei parametri quantitativi ivi indicati, con la conseguenza che non è esclusa la difficoltà di giungere a un univoco approccio applicativo. A seconda di come si interpreta l'interesse protetto nel reato di lottizzazione abusiva, rispettivamente in senso formalistico (come bene giuridico strumentale coincidente con la "tutela della riserva di programmazione urbanistica riconosciuta agli enti territoriali") o sostanzialistico (come bene giuridico finale consistente nella "tutela del corretto e armonioso sviluppo del territorio e del paesaggio"), si perviene a conclusioni diverse in ordine al volume complessivo da prendere in considerazione: nel primo caso si fa riferimento al volume assentito in astratto e risultante dalle tavole progettuali; nel secondo caso si prende in considerazione il volume effettivamente costruito; dall'altro lato, il limite dimensionale dei 3 metri cubi di volume per metro quadro edificabile può risultare più o meno elevato a seconda che nel computo della volumetria complessiva si includano o meno anche i locali interrati e semi-interrati (come, ad es., sottotetti e autorimesse). Per una accurata ricostruzione del tema e dei sottesi profili problematici, si v. D. GUIDI, *Lottizzazione abusiva e sindacato del giudice penale sulle decisioni degli enti territoriali in materia di pianificazione attuativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 353 ss.

coordinata applicazione di tali disposizioni, viene ritenuto che gli interventi che prevedano altezze o densità edilizie superiori a certi parametri costituiscano per ciò stesso «trasformazioni edificatorie aventi maggior impatto sul territorio urbano» e, pertanto, debbano essere assoggettati a pianificazione attuativa che appronti un'infrastrutturazione adeguata¹⁹.

A parere di chi scrive, tuttavia, vincolare l'attuazione indiretta degli interventi (vale a dire, l'approvazione di specifici piani attuativi) al superamento di specifici parametri edilizi, a prescindere da qualsiasi valutazione concreta circa l'effettiva urbanizzazione dell'ambito, si rivolve in un evidente aggravio procedimentale a detrimento di qualsiasi effettivo processo di rigenerazione urbana²⁰. La sostenibilità dello sviluppo urbano passa attraverso il tempestivo recupero del patrimonio edilizio dismesso e quest'ultimo è spesso localizzato in ambiti già sufficientemente urbanizzati. Se è vero che ogni insediamento deve essere servito da un'infrastrutturazione adeguata a sostenerne il carico antropico indotto, è altrettanto vero che l'effettivo stato urbanizzativo di un ambito deve essere valutato in concreto. Dunque, anziché imbrigliare i progetti di riqualificazione in lunghe e gravose procedure, occorrerebbe valorizzare la celerità del rinnovamento edilizio, ove possibile. Dall'analisi del decreto emanato dal GIP di Milano il 22 gennaio 2024, invece, pare intendersi che la Procura, da un lato, limiti la possibilità di attuazione diretta degli interventi ai soli casi di «lotto residuale ed intercluso» e, dall'altro, ammetta che l'Amministrazione deve condurre «adeguata istruttoria al fine di valutare lo stato di urbanizzazione già presente nella zona ed evidenziare le concrete ed ulteriori esigenze di [infrastrutturazione] indotte dalla nuova costruzione».

Da diversa prospettiva, considerato che il governo del territorio rappresenta una materia di legislazione concorrente fra Stato e Regioni, l'art. 41-*quinquies*, comma 6, Legge n. 1150/1942 e l'art. 8 del D.M. n. 1444/1968 devono leggersi in combinato disposto con le previsioni – in Lombardia – della Legge Regionale 11 marzo 2005, n. 12. Ebbene, quest'ultima reca una norma, l'art. 103, che disapplica espressamente «le disposizioni del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, fatto salvo, limitatamente agli interventi di nuova costruzione, il rispetto della distanza minima tra fabbricati pari a dieci metri». Non può tacersi che la giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che tale disposizione «ha avuto un ambito di applicazione limitato sia dal punto di vista funzionale che temporale, avendo operato unicamente nella fase in cui i comuni hanno adeguato i loro piani regolatori generali (PRG) in vista dell'adozione dei piani di governo del territorio (PGT)»²¹. Tuttavia, il TUE

¹⁹ Il riferimento è ancora al decreto emanato dal GIP di Milano il 22 gennaio 2024.

²⁰ Un appiglio interpretativo sembra potersi rintracciare nella circolare 28 ottobre 1967 n. 3210 (recante «Istruzioni per l'applicazione della l. 6 agosto 1967 n. 765»), che definisce i criteri generali che devono presiedere all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione in sede di adozione dei Piani Regolatori, illustrando esemplificativamente le ipotesi in cui è auspicabile o, al contrario, sconsigliabile che venga imposta l'adozione del piano di lottizzazione: «lo strumento della lottizzazione, proprio per le sue due componenti essenziali di carattere urbanistico e finanziario, non può essere utilizzato in tutte le zone della città: indipendentemente cioè dalla ubicazione, dalle caratteristiche e dal grado di urbanizzazione di queste. Il ricorso alla lottizzazione non è possibile ad esempio nelle zone agricole, né appare utile nelle zone pressoché saturate e già urbanizzate ed in quelle centrali delle città, mentre sarà preferibile o quanto meno auspicabile che, nelle zone di nuova espansione, l'edificazione avvenga, in mancanza di piano particolareggiato, a mezzo di piano di lottizzazione facoltativo o obbligatorio».

²¹ Cfr. Corte Costituzionale 4 maggio 2023, n. 85. Sul punto, si veda anche la sentenza resa dalla Corte Costituzionale il 7 febbraio 2020, n. 13, secondo cui «la disposizione (...) riguarda specificamente la fase di adeguamento degli strumenti urbanistici vigenti». La tesi avallata dalla Consulta è che l'art. 103 della L.R. n. 12/2005 consente di derogare ai parametri edilizi ed agli *standard* recati dal D.M. n. 1444/1968 (e dall'art. 41-*quinquies*, L. n. 1150/1942) al solo fine di agevolare il passaggio dagli strumenti urbanistici comunali precedentemente viventi (piani regolatori generali, «PRG») a quelli previsti attualmente (piani di governo del

stesso oggi prevede una diversa norma, l'art. 2-*bis*²², in forza della quale «le Regioni (...) possono prevedere, con proprie leggi e regolamenti, disposizioni derogatorie al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444 [al fine di] orientare i comuni nella definizione di limiti di densità edilizia, altezza e distanza dei fabbricati negli ambiti urbani consolidati del proprio territorio». Infatti, le deroghe in questione possono essere adottate dalle Regioni nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici, comunque, funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali.

Ad avviso di chi scrive, dunque, la ritenuta violazione delle norme sopra richiamate sembra trascurare, da un lato, la possibilità di estendere l'art. 103 della L.R. n. 12/2005 – tuttora vigente – alle varianti generali dei PGT approvati ai sensi dell'art. 26 e, dall'altro, le previsioni oggi contenute nell'art. 2-*bis* che ben potrebbero essere implementate regionalmente in ogni momento.

Ad ogni modo, resta sullo sfondo una considerazione di consistente rilevanza. La questione della possibile violazione dei richiamati parametri normativi attiene non già al rapporto tra normativa nazionale e atto amministrativo, bensì al diverso rapporto della prima con la normativa regionale. La questione, quindi, non si pone nella prospettiva dell'illegittimità dell'attività amministrativa per l'asserita violazione della disciplina nazionale, ma nel diverso piano della legittimità costituzionale della normativa regionale per avere invaso ambiti di competenza legislativa riservati allo Stato. Ebbene, in tale contesto, quand'anche la Procura dubitasse della legittimità del quadro normativo vigente, avrebbe soltanto la facoltà di presentare al giudice l'istanza volta a fare sollevare la questione di legittimità, ma non disporrebbe del potere di rimettere direttamente la questione alla Corte Costituzionale, non essendo titolare di funzioni giurisdizionali (cfr. art. 23, commi 1 e 3, Legge 11 marzo 1953, n. 87). D'altra parte, però si dubita della rilevanza della questione e, quindi, pare che non sussista uno dei due requisiti necessari per sollevare la questione alla Corte costituzionale. Infatti, se pure la Consulta dichiarasse l'incostituzionalità dell'art. 103 L.R. n. 12/2005 (e la Regione non approvasse nuove disposizioni in applicazione dell'art. 2 *bis* del TUE, fornendo un'alternativa giustificazione legislativa alle scelte pianificatorie dei Comuni derogatorie dei parametri edilizi in questione), in applicazione del principio penalistico del *favor rei*, non potrebbe ritenersi penalmente rilevante la condotta posta in essere in applicazione della normativa, poi riconosciuta incostituzionale, allorché la stessa risultava valida ed efficace. Al riguardo, la recente pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, n. 3 dell'8 marzo 2024 ha chiarito che «con l'espressione “data di esecuzione dell'abuso [edilizio]”, deve intendersi il momento di realizzazione delle opere abusive», piuttosto che la data di scoperta dell'abuso o all'accertamento dell'illecito e, pertanto, tale è il contesto temporale per vagliare la normativa vigente. Peraltro, l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale si arresta dinanzi ai rapporti esauriti²³. Come ricordato nella sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 13 gennaio 2004,

territorio, “PGT”). Tuttavia, da un lato, la Consulta non chiarisce quale sia la *ratio* di tale agevolazione (ossia, il motivo per cui garantire ai Comuni di derogare ai parametri edilizi in questione solo *una tantum*) e, dall'altro, si potrebbe obiettare che la successione degli strumenti urbanistici comunali avvenga attualmente mediante aggiornamento dei Documenti di Piano ivi inclusi, sicché i Comuni non approvano PGT diversi, bensì varianti generali ai PGT originari (conseguentemente, l'applicazione temporale dell'art. 103 potrebbe, formalmente, estendersi anche all'aggiornamento dei PGT).

22 Introdotto dall'art. 30, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

23 Per un inquadramento sui limiti agli effetti retroattivi delle sentenze della Corte costituzionale, si v. A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità Costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e Bilanciamenti impossibili. A margine di corte costituzionale n. 10/2015*, in

è necessario evitare che la caducazione normativa produca «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. A tal fine, la Consulta è chiamata a modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro. Così, la sentenza di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le «situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili» ovvero i «rapporti esauriti». L'individuazione in concreto del limite alla retroattività, dunque, dipende dalla specifica disciplina di settore e, per quanto attiene ai rapporti di diritto amministrativo in ambito edilizio, questi possono dirsi esauriti allorché l'attività edilizia sia stata completata in esecuzione del titolo rilasciato (*rectius*, nel caso di SCIA, più genericamente assentito) in base alla normativa, pure regionale, vigente *ratione temporis*²⁴.

5. La SCIA alternativa al permesso di costruire e la deteriore posizione dei soggetti coinvolti: la inidoneità del titolo nella prospettiva dell'illecito penale

Le controverse questioni da cui tale studio ha origine consentono di riflettere sull'impatto che l'utilizzo improprio della SCIA alternativa al permesso di costruire ha sulla posizione del privato, che sulla base di tale titolo ha realizzato i lavori edilizi, rispetto al giudizio penale e, in particolare, rispetto alla configurazione del reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b, d.p.r. 380/2001, a tenore del quale si applica «l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 10328 a 103290 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione». Non si discute, ovviamente, se tale reato sia configurabile anche allorquando il titolo di cui il privato deve dotarsi sia la SCIA alternativa al permesso di costruire, atteso che il comma 2-*bis* dell'art. 44, cit. espressamente conferma che «le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi suscettibili di realizzazione mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'articolo 23, comma 01, eseguiti in assenza o in totale difformità dalla stessa»; il tema è piuttosto verificare se la SCIA alternativa al permesso di costruire, seppur illegittimamente (*rectius* inidoneamente) conseguita, recida la configurabilità del reato e, più in generale, se tale titolo, fino a quando non sia accertato diversamente dall'Autorità amministrativa o dal Giudice amministrativo, possa ritenersi giuridicamente *esistente*. Evidentemente, il profilo impinge nei rapporti tra accertamento penale ed atto amministrativo e nei sottesi poteri di cui il giudice penale dispone allorquando la norma incriminatrice dia rilievo alla presenza o assenza di un provvedimento amministrativo ai fini della configurazione della fattispecie. Invero, tale relazione si atteggia diversamente a seconda del ruolo che assume il provvedimento amministrativo nella struttura della norma incriminatrice e, parallelamente, dei suoi effetti nei confronti del privato²⁵. Infatti, occorre

Rivista AIC, 2015,

²⁴ Dalla rigidità della Costituzione e del suo controllo diffuso deriva la piena efficacia e obbligatorietà delle leggi della cui costituzionalità si dubita, secondo R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, pag. 1363; si v. anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978, pag. 349 ss. e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, pag. 1415 ss. Sembrano militare per un opposto approccio volto a consentire di considerare non obbligatoria una legge della cui costituzionalità si dubita anche prima che la stessa sia rimossa dall'ordinamento dal Giudice delle leggi, V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, pag. 514 ss. e G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, pag. 521 ss.

²⁵ Si veda M. GAMBARDELLA, *Brevi note sul rapporto tra gli artt. 4 e 5 della l. n. 2248, All. E del 1865 e il giudizio penale*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 1995, p. 373: nel giudizio penale il problema non deve essere sempre impostato come un problema di disapplicazione dell'atto amministrativo, ma «attraverso l'analisi delle fattispecie di reato, per verificare quale ruolo giochi in queste l'atto amministrativo e l'eventuale sua legittimità o illegittimità» (fermo restando che, per l'A., l'art. 5 resta espressione di un principio generale dell'ordinamento,

tenere distinta l'ipotesi dei provvedimenti amministrativi restrittivi della sfera giuridica del privato da quella di atti latamente autorizzativi ed ampliativi. Solo in quest'ultimo caso, l'atto rileva quale presupposto negativo del reato, perché è proprio la sua mancanza che integra l'illecito penale²⁶ e a questa ipotesi va certamente ricondotto il reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), TUE, che, come detto, sanziona qualsiasi trasformazione edilizia intrapresa in assenza del prescritto titolo abilitativo, sia esso permesso di costruire o SCIA ad esso alternativa. Si discute se il giudice possa estendere il proprio sindacato al caso di interventi realizzati in costanza di un permesso di costruire (esistente, ma) invalido (nullo o illegittimo). In molti casi, infatti, il giudice penale allarga la portata applicativa della norma penale, giungendo a sindacare la legittimità dell'atto piuttosto che limitarsi a verificarne l'esistenza ed equiparando la mancanza del provvedimento alla sua invalidità²⁷. Nel dettaglio, l'approccio giurisprudenziale all'argomento ha subito un'evoluzione che può essere esemplificata attraverso il riferimento a tre diverse tappe. In un primo momento, l'illegittimità del titolo edilizio veniva semplicemente equiparata alla totale assenza ed il provvedimento veniva disapplicato (*in malam partem*)²⁸. Successivamente, a partire dalla cd. "sentenza Giordano"²⁹, la giurisprudenza ha assunto che la disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario non potesse esperirsi in relazione a «esigenze di diritto oggettivo», dovendo, invece, essere riferito solo agli atti che incidono negativamente sui diritti soggettivi. Ne conseguiva l'impossibilità di disapplicare gli atti che «lungi dal comportare lesione di un diritto soggettivo, rimuovono invece un ostacolo al loro libero esercizio (nulla osta, autorizzazioni) o addirittura li costituiscono (concessioni)», non potendosi, quindi, disapplicare il titolo edilizio illegittimo per affermare la sussistenza del corrispondente reato. Infine, i giudici sono parzialmente tornati sui propri passi e, con la cd. "sentenza Borgia"³⁰, hanno individuato nella salvaguardia del "territorio" l'oggetto sostanziale della tutela penale («bene esposto a pregiudizio da ogni condotta che produca alterazioni in danno del benessere complessivo della collettività e delle sue attività e il cui "parametro di legalità è dato dalla disciplina degli strumenti urbanistici e dalla normativa vigente»³¹) ed hanno concluso che tale bene possa ritenersi leso anche in presenza di un provvedimento formale emanato dall'amministrazione³². Nel solco tracciato da quest'ultimo approccio applicativo, dunque, il giudice penale si spinge a vagliare non solo l'esistenza, ma

valido anche per il giudice penale).

26 Cfr., C. CUDIA, *Il sindacato del giudice penale sugli abusi edilizi "a prescindere" dall'atto: dalla disapplicazione del provvedimento alla disapplicazione del sistema amministrativo*, in www.federalismi.it del 17 maggio 2023. Anziché di presupposto, si parla talora di *elemento costitutivo negativo*, così G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, Bari, 1979, p. 38.

27 La dottrina ha più volte censurato un simile approccio da parte della giurisprudenza, definendolo "disinvolto" e foriero di potenziali *vulnus* dei principi penali. Sul punto, M. NIGRO, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, p. 2037, rileva come, in termini generali, queste tematiche siano affidate prevalentemente ai penalisti «che hanno scritto cose egregie ma qualche volta si sono mossi un po' troppo disinvoltamente in quel salotto pieno di fragili cose del mondo antico» che è la l. del 1865. Sugli effetti di interpretazioni "disinvolute", anche con riguardo al fenomeno della cd. burocrazia difensiva, si vedano: G.D. COMPORTI, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, p. 128; R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. Pubb.*, 2020, p. 405 ss. Ancora, C. CUDIA, *op. cit.*, secondo cui «quando il giudizio penale interseca un atto amministrativo, si ravvisa sovente una pericolosa assenza di certezza (e di legalità)».

28 Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 1980; Cass. pen., III, 23 aprile 1981, Conci; Cass. pen., III, 23 marzo 1981.

29 Cass. pen., Sez. Unite, 31 gennaio 1987, n. 3. Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. III, 18 dicembre 2002, n. 4877; 5 giugno 2003, n. 39707; 2 ottobre 2007, n. 41620.

30 Cass. pen., Sez. Unite, 12 novembre 1993, n. 11635.

31 Cfr. Cass. pen., Sez. Unite, 12 novembre 1993, n. 11635 cit.

anche la validità del titolo edilizio, inteso quale «fulcro di un sistema di tutela anticipata rispetto alla protezione del bene-territorio»³³, riconoscendo la configurabilità dell'ipotesi delittuosa anche allorquando i lavori siano stati eseguiti a fronte di un formale atto assentivo, rilasciato, tuttavia, invalidamente. E ciò, si badi, non solo nell'ipotesi in cui la riscontrata invalidità sia tale da rendere il provvedimento nullo (ossia, nei casi di cui all'art. 21-*septies* l. n. 241/1990), ma anche laddove il provvedimento sia affetto da uno dei vizi di cui all'art. 21-*octies* l. n. 241/1990, la cui sussistenza ne determina l'annullabilità. Così la Suprema Corte ha avuto modo di rilevare che «nell'ipotesi in cui si edifichi con permesso di costruire illegittimo, non rileva la disapplicazione di un atto amministrativo, in quanto la questione riguarda, piuttosto, il potere di accertamento del giudice penale dinanzi ad un provvedimento che costituisce presupposto o elemento costitutivo di un reato. In questi casi, non si tratta né di applicabilità, né di inapplicabilità dell'atto amministrativo, ma semplicemente di verifica dei requisiti che il provvedimento deve presentare ai fini dell'integrazione del fatto penalmente rilevante», con la conseguenza che «la contravvenzione di esecuzione di lavori "sine titulo" sussiste anche nel caso in cui il permesso di costruire, pur apparentemente formato, sia illegittimo per contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia di fonte normativa o risultante dalla pianificazione, laddove invece la "macroscopica illegittimità" del permesso di costruire, mentre non costituisce una condizione essenziale per l'oggettiva configurabilità del reato, può solo rappresentare un significativo indice sintomatico della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito»³⁴.

In recenti studi, la dottrina³⁵ ha fortemente criticato questo approccio, dal momento che si pone in palmare contrasto con la disciplina sostanziale di diritto amministrativo e, in particolare, con la regola secondo cui un provvedimento amministrativo, ancorché illegittimo, è produttivo di effetti, fino a quando sia eliminato dall'ordinamento giuridico, attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'Autorità amministrativa ovvero mediante una sentenza costitutiva di annullamento adottata dal giudice amministrativo. Seguendo questo crinale interpretativo, dunque, una volta che il soggetto privato abbia conseguito un provvedimento autorizzativo, ampliativo della sua sfera giuridica e rilasciato a seguito della verifica dell'esistenza dei necessari presupposti e requisiti³⁶, le attività (in specie, edilizie) intraprese in ragione dello stesso giammai potrebbero essere intese quali equiparabili a quelle eseguite in assenza di alcun titolo. E ciò, anche a prescindere dalla rilevanza del legittimo affidamento che il privato ripone nella legittimità dell'azione amministrativa, per il determinante profilo della piena efficacia del titolo al momento in cui l'attività è stata compiuta, pena la violazione dei principi cardine del sistema penale, quali la

32 Secondo Cass. pen., III, 16 maggio 2018, n. 28787 «la illegittimità rilevante ai fini penali non può che essere quella derivante dalla non conformità del titolo abilitativo alla normativa che ne regola l'emanazione o alle disposizioni normative di settore, dovendosi radicalmente escludere la possibilità che il mero dato formale dell'esistenza del permesso di costruire possa precludere al giudice penale ogni valutazione in ordine alla sussistenza del reato». Nello stesso senso, Id., 21 febbraio 2017, n. 12389; Id., 19 settembre 2012, n. 41318. Il principio trova applicazione anche in fattispecie limitrofe, per esempio con riguardo ai lavori realizzati sulla base di un'autorizzazione paesaggistica illegittima: Cass. pen., III, 23 aprile 2021, n. 22832; Id., 4 dicembre 2017, n. 38856.

33 R. Bajno, *La tutela penale del governo del territorio*, p. 15.

34 Cassazione, Sez. III, 25 febbraio 2022, n. 14977.

35 Il riferimento è al saggio di C. CUDIA, *op. cit.*, ove vengono richiamati, con puntualità, gli approdi della dottrina.

36 Cfr. D. SORACE-S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2023, p. 77. Sul tema, si vedano A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubb.*, II, 1987, p. 60; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, p. 64; M. P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 181.

riserva di legge, i principi di tassatività e determinatezza³⁷, nonché il divieto di interpretazione analogica³⁸.

È però ora necessario valutare se gli approdi della dottrina sopra richiamata – che si ritiene di condividere appieno – possano trovare applicazione anche con riferimento alle ipotesi, come quelle che hanno dato origine alle vicende da cui le presenti riflessioni traggono spunto, in cui il titolo assentivo non è rappresentato dal permesso di costruire, bensì dalla SCIA alternativa allo stesso; e ciò perché è proprio la disciplina sostanziale che, nelle due ipotesi, muta profondamente. Come noto, la SCIA edilizia rappresenta la declinazione settoriale del più ampio istituto regolato all'art. 19 della Legge 7 agosto 1990, n. 241. Senza pretesa di esaustività, basti in questa sede ricordare che la SCIA (già dichiarazione di inizio attività, DIA) è stata oggetto di una notevole evoluzione normativa³⁹ ed interpretativa⁴⁰, all'esito della quale configura oggi uno strumento di liberalizzazione dell'avvio degli interventi, piuttosto che dell'attività edilizia in sé. Così, i controlli originariamente preventivi da parte dell'Autorità consistono, oggi, in verifiche successive sulla conformità dell'opera al quadro normativo⁴¹. I principi ispiratori dell'istituto sono la liberalizzazione e la semplificazione, da un lato, e, la certezza dei rapporti giuridici e la tutela dell'affidamento legittimo, dall'altro, come ricordato nel parere reso dal Consiglio di Stato il 30 marzo 2016, n. 839⁴². Entro trenta giorni dalla presentazione della SCIA, la Pubblica Amministrazione ha un triplice ordine di poteri: inibitori, repressivi e conformativi; decorso il suddetto termine, l'esercizio dei summenzionati poteri sia condizionato al ricorrere dei presupposti disciplinati al sopra citato art. 21-*nonies* L. n. 241/1990⁴³. Tale controllo tardivo

37 F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, p. 105 ha rilevato che «Con l'esigenza di determinatezza si fa riferimento a un requisito di formulazione della norma (ovviamente legislativa) che sia così tanto e bene espressiva del precetto da contenere al minimo e tendenzialmente a zero il ricorso integrativo alle fonti sostanziali da parte del giudice. Con la tassatività si fa riferimento a un divieto applicativo per il quale al giudice viene interdetto di applicare la norma legislativa oltre i casi, cioè il modello di comportamento, da essa previsti». Sul punto, vedasi anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1992, p. 96.

38 Cfr. F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1307: «senza il divieto di analogia, verrebbe negato il principio di 'tipicità' dell'illecito penale e sarebbe snaturato il carattere 'frammentario' del diritto penale: quel carattere per cui la norma incriminatrice deve restare un'isola nel mare della libertà, e non viceversa». Sul divieto di analogia in materia penale: F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1218; G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, I, 1987, p. 159; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965.

39 L'originaria formulazione dell'art. 19, L. 7 agosto 1990, n. 241, che ha posto la disciplina della DIA, è stata modificata a opera, prima, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, e, successivamente, della L. 18 giugno 2009, n. 69. Quindi, la DIA è stata sostituita dalla SCIA, come previsto dall'art. 49, comma 4 bis, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con L. 30 luglio 2010, n. 122. In un brevissimo arco temporale, la SCIA è stata, peraltro, sottoposta a continue - e non sempre precipue - modifiche legislative, fino all'attuale vigente disciplina posta a far data dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126.

40 Le tappe e gli approdi più soliti di questo percorso gnoseologico, soprattutto con riferimento alla tutela dei terzi, si rinvengono nella sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n. 15 (che ha qualificato la SCIA come atto privato piuttosto che come provvedimento amministrativo, pur tacito), nonché nella pronuncia della Corte Costituzionale 13 marzo 2019, n. 45 (che ha fornito indicazioni puntali circa la natura e i limiti dei poteri amministrativi inibitori e di autotutela attivabili su istanza del terzo, individuando, altresì, i conseguenti strumenti di tutela processuale).

41 Cfr. A. MATTOSCO, *L'autotutela e la SCIA*, in *Giornale di diritto amministrativo* 6/2023, p. 783.

42 Sul punto, M.A. SANDULLI, *Controlli sull'attività edilizia, sanzioni e poteri di autotutela*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2019.

43 Le condizioni previste ex art. 21-*nonies*, L. n. 241/1990, sono: (i) l'illegittimità del provvedimento; (ii) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico; (iii) l'esercizio del potere di autotutela entro un termine ragionevole,

deve comunque essere esperito entro dodici mesi (che si contano dallo spirare del termine dei trenta giorni)⁴⁴.

La disciplina sostanziale della SCIA alternativa al permesso di costruire ha, tuttavia, alcune peculiarità rispetto al modello generale di liberalizzazione sopra richiamato. Sul piano procedimentale, il profilo di differenziazione di più immediato interesse è rappresentato dalla circostanza che mentre nella SCIA (generale) l'attività è assentita a partire dal momento in cui la segnalazione è presentata, nel modello della SCIA alternativa l'attività può essere avviata solo dopo il decorso di trenta giorni dal deposito della stessa (termine che, peraltro, in alcuni casi ove sono richiesti ulteriori atti di assenso⁴⁵, decorre dall'acquisizione di tali atti). Orbene, il profilo non è di poco conto, potendo, almeno in astratto, incidere sulla natura stessa della SCIA alternativa, inducendo a qualificare la stessa come provvedimento amministrativo tacito, anziché come atto privato. Una tale interpretazione potrebbe trovare supporto nell'orientamento giurisprudenziale maggioritario che si è formato con riferimento al regime della PAS (procedura abilitativa semplificata), il cui meccanismo procedimentale è assolutamente sovrapponibile al richiamato art. 23 TUE⁴⁶. In argomento, infatti, fatta eccezione per un più circoscritto e

comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici; (iv) la ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Sul termine ragionevole e sulla previsione dei dodici mesi, si veda: M. RAMAJOLI, *Novità (circoscritte) in tema di autotutela decisoria e tutela dell'affidamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, p. 148 ss., la quale rileva che «la giurisprudenza amministrativa, compresa l'Adunanza plenaria, ha individuato il dies a quo per la decorrenza del termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio non, come la lettera della legge impone e la logica vorrebbe, dall'emanazione dell'atto che si intende annullare, bensì 'dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto'». In giurisprudenza, si v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 23 maggio 2022, n. 1193, secondo cui «nel caso in cui difettino i presupposti per la SCIA, non essendo stati correttamente esercitati gli ordinari poteri di controllo, inibitori e sanzionatori nei termini previsti i poteri medesimi vanno esercitati nei termini previsti dall'art. 21-nonies della L. n. 241 del 1990, qualora ne sussistano i presupposti. Al contrario, non può essere legittimamente interpretato nemmeno come provvedimento di "autotutela", poiché in esso non si dà alcun conto delle ragioni di interesse pubblico che impongono l'esercizio dei poteri di autotutela».

44 La giurisprudenza ha più volte avuto modo di ricordare che «una volta che sia decorso il termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio in materia di segnalazione certificata di inizio attività - previsto in generale in 60 giorni dal comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241/1990 e in materia edilizia in 30 giorni dal comma 6 bis del medesimo articolo - la P.A. conserva un residuale potere di autotutela, ma tale potere con cui l'Amministrazione è chiamata a porre eventuale rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, condivide i principi regolatori sanciti, in materia di autotutela, dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies, L. n. 241/1990, dovendosi, quindi tali poteri esercitare nelle forme dell'autotutela, con i relativi limiti anche di carattere temporale» (Cons. Stato, Sez. II, 29 marzo 2023, n. 3224).

45 Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di tecnici abilitati relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge, dagli strumenti urbanistici approvati o adottati e dai regolamenti edilizi, da produrre a corredo della documentazione di cui al comma 1, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti.

46 Per una più estesa disamina dell'istituto e dei sottesi profili controversi, sia consentito rinviare a G. LA ROSA, *La procedura abilitativa semplificata per impianti fer: dalle esigenze di semplificazione ai dubbi applicativi*, in *AmbienteDiritto*, 2023.

risalente orientamento⁴⁷, la giurisprudenza maggioritaria⁴⁸ è nel senso di individuare la PAS quale forma di silenzio assenso, sull'assunto che la differenza fra un provvedimento amministrativo tacito formatosi con il silenzio assenso e un atto privato (come la SCIA) è data dalle modalità di formazione dell'assenso. In dettaglio, si è in presenza di un provvedimento tacito (formatosi, quindi, per silenzio assenso) se il privato che formula la relativa istanza non può iniziare l'attività di che trattasi se non dopo il decorso di un termine, entro il quale l'amministrazione può negare quanto richiesto; si è, invece, al cospetto di un atto privato se l'interessato può immediatamente iniziare l'attività, salvo che un atto di controllo – in senso ampio – dell'amministrazione intervenga successivamente a inibirla. Orbene, tale approccio – pianamente estendibile anche alla SCIA alternativa al permesso di costruire, vista la chiara sovrapposibilità delle discipline – consentirebbe di ricondurre la SCIA alternativa nell'alveo dei provvedimenti amministrativi (ancorché formati tacitamente), così potendo applicarne la disciplina sostanziale e, in definitiva, per quanto qui rileva, estendere al regime in argomento gli approdi della dottrina sopra richiamata sui limiti della disapplicazione del giudice penale. Tale approccio, infatti, avrebbe l'innegabile vantaggio per il privato di perseguire una consistente riduzione dei rischi conseguenti alla insussistenza dei presupposti di legge, dal momento che, seguendo il più recente orientamento giurisprudenziale⁴⁹, il meccanismo del silenzio-assenso risponde a una

47 Cons. Stato n. 130/2023; Cons. Stato n. 7357/2021; TAR Basilicata n. 415/2021; Cons. Stato n. 5715/2018; Cons. Stato n. 3154/2017; TAR Calabria n. 1533/2016; Cons. Stato n. 3112/2014.

48 TAR Sicilia, Catania, n. 542/2022; Cons. Stato n. 4690/2022; Cons. Stato n. 2526/2019; Cons. Stato n. 4383/2020; TAR Puglia, Lecce, n. 1051/2020; Cons. Stato n. 2420/2019; TAR Calabria, Catanzaro, n. 1541/2018. TAR Lazio, Latina, nn. 202 e 203/2023; Cons. Stato n. 1754/2022.

49 Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 22 maggio 2023, n. 5072. Nel medesimo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022 n. 5746, secondo cui «il silenzio-assenso si formi anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme è confermato da puntuali ed univoci indici normativi con il quali il legislatore ha inteso chiaramente sconsigliare la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legato, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo: i) l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il "provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20", presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto; ii) l'art. 2, comma 8-bis, della l. n. 241 del 1990 (introdotto dal d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla l. n. 120 del 2020) — nella parte in cui afferma che "Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni" — conferma che, decorso il termine, all'Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela; iii) l'art. 2, comma 2-bis — prevedendo che "Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo [...]" (analoga, ma non identica, disposizione è contenuta all'ultimo periodo dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001) — stabilisce, al fine di ovviare alle perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un'attestazione che deve dare unicamente conto dell'inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti); iv) l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, della l. n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso, "in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente"; v) l'art. 21, comma 1, della l. n. 241 del 1990 — secondo cui: "Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformativa dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi [...]" —, da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non

valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia equivale a provvedimento di accoglimento, nel senso che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo, con il corollario che il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge. Seguendo tale crinale interpretativo e mettendolo "a sistema" rispetto alla questione che qui più direttamente ci occupa, nell'ipotesi in cui la SCIA alternativa fosse riconducibile nell'alveo del silenzio-assenso, ne deriverebbe che anche laddove fossero insussistenti i requisiti di legge, il mero decorso del tempo comporterebbe la formazione del titolo (tacito) che, - ancorché invalido (appunto perché in violazione di legge) - sarebbe produttivo di effetti, i quali, peraltro, sarebbero destinati a consolidarsi laddove non ne fosse disposto l'annullamento, per via giurisdizionale, giustiziale o amministrativa, entro i rispettivi termini. Così opinando, in definitiva, i ridetti risultati cui la riflessione dottrinale è giunta fornendo una valida base dogmatica per arginare il criticato fenomeno invalso nella Magistratura penale di equiparare all'assenza del provvedimento amministrativo la illegittimità dello stesso troverebbero piena applicazione anche laddove il titolo amministrativo fosse conseguito in modo tacito; su questo, pertanto, non inciderebbe la mancanza dei presupposti di legge, non ostando, come visto, alla formazione del titolo. Tale conclusione, per altro verso, sembra trovare conferma nella scelta legislativa, espressa con la legge 7 agosto 2015, n. 124, di abrogare il comma 2 dell'art. 21 l. n. 241/1990, il quale statuiva che «le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente». In altre parole, venuta meno l'equiparazione legislativa tra attività svolta senza titolo e attività svolta con titolo tacito, ma in assenza dei requisiti e in contrasto con la normativa vigente, non sussiste più alcuna ragione per non considerare, anche per ciò che attiene ai profili sanzionatori, che anche in questi casi il titolo tacito è produttivo di effetti.

false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque”; “Con riguardo al silenzio assenso, dai requisiti di validità — il cui difetto non impedisce il perfezionarsi della fattispecie — va distinta l'ipotesi della radicale 'inconfigurabilità' giuridica dell'istanza: quest'ultima, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve essere quantomeno aderente al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore (nel caso di specie l'intervento edilizio risultava già realizzato al momento della presentazione dell'istanza di permesso di costruire, che quindi era priva del necessario presupposto logico-normativo, ossia che l'intervento non fosse ancora stato realizzato)”. In senso contrario, sui requisiti di formazione del silenzio assenso: Cons. Stato, Sez. V, 4 ottobre 2022 n. 8499; Id., Sez. IV, 7 gennaio 2019 n. 113; Id., 28 gennaio 2022 n. 616; Id., Sez. VI, 8 settembre 2021 n. 6235; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 4 marzo 2022 n. 1489; T.R.G.A. Trento, Sez. I, 28 febbraio 2022 n. 44. Per un recente contributo sul dibattito giurisprudenziale sulla formazione del silenzio-assenso nella specifica materia dell'edilizia, si v. S. MONZANI, *Il silenzio-assenso sulla domanda di permesso di costruire tra esigenze di certezza giuridica e tutela dell'interesse pubblico (nota a Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2022, n. 7631)*, in www.giustizia-insieme.it. Più in generale, sulla formazione del silenzio assenso e sui principali sottesi profili problematici, si v. M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della P.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, p. 224; M. D'ORSOGNA-R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 975. Sull'inefficacia del provvedimento successivo alla formazione del silenzio assenso, cfr. M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l.n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in AmbienteDiritto.it, 2021, p. 1; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 2021, p. 9; C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, p. 53.

A parere di chi scrive, tuttavia, un più corretto inquadramento dogmatico della materia non consente di seguire l'orientamento giurisprudenziale appena espresso, non potendo la diversa meccanica di formazione dell'assenso all'avvio dei lavori mutare la natura della SCIA alternativa al permesso di costruire, riconducendola nel perimetro del silenzio-assenso. Invero, il regime della DIA/SCIA a efficacia differita non è una novità sul piano generale. L'originaria formulazione dell'art. 19 l. n. 241/1990 prevedeva che fosse rimessa a un regolamento l'indicazione delle attività per le quali trovava applicazione il regime della DIA, con la precisazione che allo stesso regolamento era altresì demandata l'individuazione dei «casi in cui all'attività può darsi inizio immediatamente dopo la presentazione della denuncia, ovvero dopo il decorso di un termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità degli accertamenti richiesti». A seguito delle modifiche introdotte con la l. 24 dicembre 1993, n. 537, l'art. 19, decampando dal richiamo al regolamento, ha previsto che, per tutti i casi assentibili con la DIA l'attività potesse essere avviata contestualmente alla dichiarazione, prevedendo che il potere di controllo si svolgesse entro sessanta giorni successivi dall'avvio dell'attività. Con le ulteriori modifiche apportate a opera dell'art. 3, comma 1, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, è stato introdotto un meccanismo di DIA a efficacia differita, prevedendo che «l'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente». Solo con le modifiche introdotte dall'art. 49, comma 4-*bis*, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 è stata reintrodotta la previsione dell'avvio contestuale dell'attività alla data di presentazione della SCIA (che frattanto ha sostituito la DIA)⁵⁰. In sostanza, la previsione circa il momento dell'avvio - immediato o differito - dell'attività a fronte della dichiarazione del privato ha interessato lo stesso istituto generale della DIA/SCIA, senza, tuttavia, che tale elemento potesse effettivamente incidere sulla qualificazione della stessa quale strumento di liberalizzazione. Né, si ritiene, potrebbe diversamente opinarsi, dal momento che l'art. 20, comma 8, d.p.r. n. 380/2001 prevede la formazione del silenzio-assenso a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione nei confronti dell'istanza di permesso di costruire. Orbene, se la SCIA di cui all'art. 23, cit. è ontologicamente *alternativa* al permesso di costruire, per il quale la legge prevede, come detto, il meccanismo del silenzio-assenso, ne deriva necessariamente che tale alternatività non possa che presupporre anche una *alterità* quanto alla natura giuridica dei due regimi amministrativi.

Nell'ottica del regime liberalizzato, quindi, quale che sia il momento in cui è consentito l'avvio dell'attività, non ci si muove sul piano dell'atto abilitativo, bensì sul piano dell'inibizione alla continuazione per mancanza di requisiti⁵¹, per l'assorbente considerazione che l'esercizio dell'attività liberalizzata fonda il suo presupposto legittimante nella legge e, quindi, nella dinamica norma-fatto-effetto. Sebbene alla pubblica amministrazione sia conferito un potere il cui esercizio si colloca cronologicamente e funzionalmente prima che

50 Per una ricostruzione storica dell'istituto si vedano: A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività e silenzio dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 22; N. PAOLANTONIO, *Denuncia di inizio attività e consenso tacito dell'amministrazione*, *GiustAmm.it*, 2004; M.E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzativi ed all'inerzia dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 1843; A. TRAVI, voce *Dichiarazione inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, p. 344; ID., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1245.

51 Cfr. V. DE MICHELE-V. DI CAPUA-A. ESPOSITO -G. PASSARELLI DI NAPOLI-G. SVAMPA, *Temi di diritto amministrativo*, 2016.

l'attività possa essere intrapresa, non può sfuggire come tale potere non rivesta alcun margine di discrezionalità, consistendo, piuttosto, in una attività – del tutto vincolata – di controllo circa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni perché possa procedersi con la stessa. Da diversa concorrente prospettiva, il silenzio-assenso rappresenta un istituto generalmente previsto quale conseguenza (eventuale e finanche patologica) all'inerzia della pubblica Amministrazione, che non avvia o comunque non conclude l'attività procedimentale entro i tempi prescritti. La regola, dunque, resta sempre l'adozione del provvedimento espresso, nell'esercizio del potere attribuito all'amministrazione, salva la formazione, appunto, del silenzio-assenso in caso di inerzia. Il modello della SCIA alternativa al permesso di costruire, invece, esclude in radice l'eventualità che la pubblica Amministrazione si pronunci con un atto assentivo espresso, prevedendo esclusivamente poteri inibitori volti a impedire l'avvio delle attività.

La confermata diversità ontologica tra il permesso di costruire conseguito per silenzio e la SCIA alternativa, pertanto, non consente di estendere alla seconda il richiamato approccio che, al fine di limitare il potere di disapplicazione del Giudice penale, pone in rilievo la disciplina sostanziale di diritto amministrativo secondo cui il provvedimento, ancorché illegittimo, è produttivo di effetti e – quindi, a tacere da qualsiasi considerazione sull'affidamento del privato e sulla colpevolezza – tale da ritenere lecita l'attività costruttiva del privato. E ciò perché, innanzitutto, il paradigma legittimità/illegittimità, che pacificamente esprime la relazione tra il provvedimento amministrativo e la legge, non è parimenti applicabile alla SCIA (come, visto, anche alternativa), essendo essa atto di parte e, quindi, neanche mediatamente espressione di potere amministrativo. In questo contesto, adunque, la difformità della segnalazione rispetto al paradigma legale di riferimento non è riconducibile allo spettro della illegittimità (o nullità nei casi di cui all'art. 21-septies l. n. 241/1990), ma si atteggia variamente a seconda che la difformità riguardi i presupposti – astratti - di operatività della SCIA (ossia, allorquando quella determinata attività non è assentibile attraverso lo strumento semplificatorio, ma richiede l'adozione di provvedimenti ampliativi) ovvero le condizioni – concrete – di adeguatezza della SCIA (ipotesi che si verifica quando, indiscussa la possibilità di utilizzare la SCIA, essa è presentata in difformità a legge). Ebbene, mentre nel primo caso la difformità è *a monte* e determina la inidoneità della SCIA a produrre qualsiasi effetto, risultando *tamquam non esset*; nel secondo caso, la difformità non è tale da incidere sugli effetti, ma unicamente sulla loro stabilità, potendo essere inibiti con l'adozione di opportuni provvedimenti da parte dell'Autorità amministrativa. Tale considerazione trova il conforto della giurisprudenza amministrativa

maggioritaria⁵² che, seppur con quale voce contraria⁵³, ha ritenuto che la SCIA inidoneamente presentata si appalesa *tamquam non esset* ai fini della legittimazione dell'intervento edilizio, dal momento che pur in presenza di sempre maggiori spazi di semplificazione procedimentale anche in ambito edilizio esistono, tuttavia, dei limiti insormontabili che non consentono di derubricare gli interventi 'maggiori' al titolo 'minore': se, pertanto, il privato ha la possibilità di optare per il permesso di costruire, laddove gli sarebbe possibile agire tramite semplice SCIA, non vale il reciproco, per cui nei casi in cui è ritenuto necessario l'avallo esplicito dell'intervento, l'utilizzo di qualsivoglia altra forma di comunicazione appare sostanzialmente inutile.

6. Considerazioni conclusive e di sistema: l'insostenibile tensione tra aporie interpretative e regimi di semplificazione amministrativa.

Le considerazioni che precedono consentono di enucleare alcuni profili di sistema, che meriterebbero una migliore ricomposizione sul piano dell'ordinamento generale.

Prendendo le mosse dai controversi profili interpretativi che riguardano la demoricostruzione, non può che rilevarsi come l'approccio della Magistratura penale sia distonico rispetto all'evoluzione normativa che ha interessato la categoria normativa della "ristrutturazione edilizia", nell'ambito della quale sono oggi ricompresi interventi di demoricostruzione con mutamento di sagoma e, entro certi limiti, volumetrici. Il giudice penale sembra limitarsi a verificare le trasformazioni fisiche del *singolo immobile*; mentre, l'approccio della giurisprudenza amministrativa - maggiormente in linea con le sottese ragioni dei più recenti mutamenti legislativi - valorizza la *variazione del carico antropico* derivante dall'intervento edilizio. Così, in sede penale si definisce "nuova costruzione" qualsiasi progetto che comporti mutamenti visibili dell'edificio, mentre la magistratura amministrativa limita tale categoria di intervento ai casi di avvenuta *trasformazione del territorio*, derivante da un aggravio del carico antropico dell'area. A tacere della ridetta preferenza verso l'approccio interpretativo del giudice amministrativo, anche nell'ottica del perseguimento degli obiettivi di contenimento di consumo del suolo e di rigenerazione urbana che fondano la precisa scelta legislativa di agevolare quanto più possibile la

52 TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 19 dicembre 2022, n. 2775; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 21 febbraio 2022, n. 2025, secondo cui «in caso di intervento edilizio realizzato all'esito di presentazione di SCIA, per il quale era tuttavia precluso il ricorso a detto titolo abilitativo, esigendosi di contro il rilascio di permesso di costruire, non trova applicazione il termine decadenziale per l'esercizio del potere inibitorio previsto dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990, il cui decorso esaurisce gli ordinari poteri di vigilanza edilizia, in quanto tale termine opera solamente nelle ipotesi in cui gli interventi realizzati o realizzandi rientrano fra quelli eseguibili mediante SCIA; per gli interventi soggetti a permesso di costruire, invece, deve applicarsi il comma 2 bis dell'art. 21 della medesima legge a mente del quale "restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20»; id. n. 4525/2021, secondo cui «l'errore sui requisiti soggettivi o oggettivi della DIA [ora SCIA], poiché frutto di una dichiarazione unilaterale, non può comportare in favore di chi la rende un affidamento vincolante per la parte pubblica che si limita a riceverla, per il solo fatto che quest'ultima non avrebbe esercitato i conseguenti poteri correttivi o inibitori, potendo tale omissione comportare un'eventuale responsabilità amministrativa, non già la sanatoria della DIA [ora SCIA] mancante di un requisito essenziale; di conseguenza, il provvedimento con cui l'amministrazione accerta che le opere edili non potevano essere realizzate mediante DIA [ora SCIA], occorrendo il permesso di costruire, non è espressione di autotutela, ma ha valore meramente accertativo di un abuso doverosamente rilevabile e reprimibile senza, peraltro, il limite di dover agire entro un termine ragionevole, chiaramente inapplicabile all'attività di vigilanza edilizia, tanto più che il dichiarante non può, per le ragioni anzidette, vantare nessun affidamento».

53 TAR Salerno, Campania, Sez. II, 13 aprile 2023, n. 842; id. 2 marzo 2021, n. 535.

ristrutturazione del patrimonio immobiliare esistente⁵⁴, ciò che merita una attenta riflessione in un quadro di sistema è il preoccupante disallineamento della Magistratura penale. Esso, infatti, fornendo una lettura restrittiva degli ambiti applicativi della ristrutturazione conduce all'effetto paradossale che una medesima attività edilizia potrebbe, allo stesso tempo, essere intesa quale ristrutturazione dalla giurisprudenza amministrativa e nuova costruzione da quella penale, con chiare e gravi conseguenze quanto all'idoneo utilizzo di titoli edilizi semplificati.

Tale denunciata discrasia di interpretazione tra i due plessi giurisdizionali non è né isolata, né marginale, ma si colloca piuttosto in un più ampio contesto di disomogeneità. Limitando l'attenzione alle questioni che più direttamente si pongono nel crocevia tra giurisdizione amministrativa e ordinaria, ci si riferisce, innanzitutto, alla qualificazione (come illecita o meno) dell'attività edilizia del privato condotta a seguito dello spirare del termine di sospensione di cui all'art. 27, comma 3, d.p.r. 380/2001⁵⁵. Nell'ambito dei poteri di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia attribuiti al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale⁵⁶, la norma - che riproduce, seppur con qualche modifica, il testo del previgente art. 4, comma 3, l. 47/1985⁵⁷ - prevede il potere di disporre la demolizione delle opere realizzate in difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici (comma 2)⁵⁸, nonché, qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali d'ufficio o su denuncia dei cittadini, il potere di disporre la sospensione immediata dell'attività edilizia, nelle more dell'adozione - eventuale - dei provvedimenti definitivi (comma 3). In particolare, la disposizione ora richiamata prevede che i provvedimenti definitivi siano adottati entro quarantacinque giorni dall'adozione dell'ordinanza di sospensione. In punto di interpretazione, tuttavia, non si è registrata unanimità di vedute - tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria (nella specie, penale) - quanto alle

54 Ovviamente, non può tacersi l'evidenza che ogni intervento deve valutarsi in concreto, dimostrando e valorizzando (ove possibile) la coerenza tra il progetto e le caratteristiche fondamentali delle preesistenze.

55 Il profilo è indagato in A. FABRI e E.A. TARASCHI, *Contrasti giurisprudenziali sul termine finale dell'ordinanza di sospensione dell'attività edilizia*, in *Urb. e app.*, 2019, 589.

56 Il comma 1, in particolare, specifica che «Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi».

57 Secondo cui «qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali, l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità di cui al primo comma, il sindaco ordina l'immediata sospensione dei lavori, che ha effetto fino all'adozione dei provvedimenti definitivi di cui ai successivi articoli, da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori». Per una più analitica descrizione del regime previgente, si v. G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1992, spec. 877 ss.

58 In dottrina, cfr. A. TRAVI, LA REPRESSIONE DEGLI ABUSI, in E. Ferrari (a cura di), *La disciplina pubblica dell'attività edilizia e la sua codificazione*, Milano, 2002, spec. 390, il quale ha criticato come non risulti chiaro il rapporto tra la demolizione prevista dall'art. 27, cit., e quella prevista dagli artt. 30 ss. del medesimo corpo normativo, di guisa che alla prima potrebbe riconoscersi, almeno astrattamente, valenza parimenti cautelare, con le relative conseguenze sul piano teorico e pratico. In giurisprudenza, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 15 gennaio 2016, n. 396 - affermando che «l'art. 27, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 consente un intervento immediato a tutela dei vincoli e l'Amministrazione può avvalersi del potere demolitorio allorché ravvisi l'urgenza di tutelare il vincolo, anche al fine di evitare possibili compromissioni dello stato dei luoghi, che potrebbe più difficilmente essere ripristinato in un momento successivo - sembra militare per una qualificazione cautelare del potere di ordinanza di cui all'art. 27. Sembra fondarsi sulla diversità di fattispecie l'interpretazione fornita da TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 1 luglio 2019, n. 3584, che ha ritenuto che la mancata esecuzione del provvedimento demolitorio ex art. 27, d.P.R. n. 380/2001 non può essere sanzionata con l'applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4 bis, d.P.R. n. 380/2001, perché quest'ultima è misura prevista per un illecito diverso, ossia la mancata esecuzione dell'ingiunzione al ripristino ex art. 31, comma 2, nel termine di 90 giorni.

conseguenze derivanti dal decorso del termine di quarantacinque giorni senza che l’Autorità amministrativa abbia adottato il relativo provvedimento amministrativo definitivo⁵⁹. Il giudice amministrativo, prendendo le mosse dalla rilevanza cautelare della misura⁶⁰, la cui finalità consiste nell’evitare di portare avanti attività edilizie della cui legittimità l’Amministrazione dubita e, dunque, di limitare gli eventuali pregiudizi ai sottesi interessi pubblici, giunge ad apprezzarne il carattere interinale e provvisorio. Il termine di quarantacinque giorni, dunque, costituisce il limite temporale massimo di efficacia della sospensione, con la conseguenza che il suo infruttuoso decorso rende, sul piano giuridico, l’ordinanza priva di effetti cogenti e, dunque, l’attività edilizia frattanto ripresa legittima⁶¹.

Da diverso versante, tuttavia, la decorrenza del predetto termine – qualificato dal Giudice amministrativo come ordinatorio⁶² – non determina il venir meno del potere dell’Amministrazione di adottare il provvedimento repressivo di eventuali abusi edilizi, il quale, dunque, potrà intervenire anche molto tempo dopo rispetto alla perdita di efficacia della sospensione, nonché, peraltro, a prescindere dalla sua stessa previa adozione⁶³. La norma in questione rileva anche sul versante penalistico, atteso che l’art. 44 d.p.r. 380/2001, recante «sanzioni penali», al comma 1, lett. b, prevede, salvo che il fatto costituisca più grave reato, l’arresto fino a due anni e l’ammenda da 1.0328 a 10.3290 euro nei casi, tra l’altro, per

59 Il dubbio interpretativo è alimentato dalla circostanza che la disposizione non individua espressamente le conseguenze, sul piano dell’efficacia dell’ordinanza, derivanti dall’infruttuoso decorso del termine. E ciò a differenza dell’originario testo di cui all’art. 32, comma 2, l. 17 agosto 1942, n. 1150, secondo cui «qualora sia stata contestata l’inosservanza delle dette norme, prescrizioni e modalità esecutive, il Podestà ordina l’immediata sospensione dei lavori con riserva dei provvedimenti che risultino necessari per la modifica delle costruzioni o per la rimessa in pristino. L’ordine di sospensione cesserà di avere efficacia se entro un mese dalla notificazione di esso il Podestà non abbia adottato e notificato i provvedimenti definitivi».

60 P. DELL’ANNO, *Art. 27*, in R. FERRARA - G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario al Testo unico dell’edilizia*, Padova, 2005, 330. In giurisprudenza, si v. TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 4 marzo 2021, n. 1488, secondo cui «la sospensione ex art. 27, comma 3, d.P.R. n. 380/2001 è un provvedimento a carattere *lato sensu* cautelare che il Comune può adottare allorché sorgano dubbi sulla legittimità di un’iniziativa edilizia nelle more dell’approfondimento della situazione ai fini dell’adozione di eventuali provvedimenti sanzionatori»; Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2017, n. 5172; *Ibid.*, 22 giugno 2016, n. 2758; 19 giugno 2014, n. 3115, che evidenzia come il fine della norma «è di tipo cautelare, in quanto destinato ad evitare che la prosecuzione dei lavori determini un aggravarsi del danno urbanistico».

61 La giurisprudenza amministrativa è uniforme: tra le tante, si v. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 9 luglio 2020, n. 255; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 22 gennaio 2019, n. 849; Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2017, n. 5172, *Ibid.*, 18 maggio 2016, n. 2003; 14 maggio 2015, n. 2415.

62 Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2017, n. 5172; *Ibid.* 18 maggio 2016, n. 2003; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 1 agosto 2013, n. 404, secondo cui «il termine di quarantacinque giorni dall’ordine di sospensione dei lavori, fissato dall’art. 27 comma 3, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 per l’invio dell’ordine di demolizione delle opere edilizie abusivamente realizzate, ha natura meramente ordinatoria e il suo superamento non impedisce l’emissione del suddetto provvedimento». Peraltro, in giurisprudenza, si è altresì confermato che il termine non è da intendersi come dilatorio, ossia tale da non consentire l’adozione della misura ripristinatoria prima del suo decorso: così, si v. TAR Campania, Napoli, Sez. III, 1 marzo 2019, n. 1154, secondo cui «il termine di 45 giorni non è un termine dilatorio, prima del quale è preclusa l’adozione di determinazioni in merito, essendo piuttosto previsto allo scopo di consentire all’Amministrazione di acquisire tutti gli elementi necessari per applicare l’appropriata sanzione alle opere abusive realizzate. Pertanto, nulla esclude che l’autorità amministrativa emani l’atto sanzionatorio anche prima dei 45 giorni e, in ipotesi, anche immediatamente, se non vi sono ulteriori esigenze istruttorie».

63 Così espressamente, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 maggio 2018, n. 4791, che conferma come «il provvedimento di sospensione dei lavori non costituisce un presupposto di legittimità del provvedimento di demolizione. Tale constatazione conduce, dunque, ad affermare che il provvedimento di demolizione può essere adottato non solo in carenza di un previo ordine di sospensione dei lavori, ma anche ben oltre la scadenza del termine di efficacia di quest’ultimo».

quanto qui rileva, di prosecuzione dei lavori nonostante l'ordine di sospensione. L'illecito, avente natura contravvenzionale⁶⁴, prevede, dunque, la violazione dell'ordine di sospensione quale elemento costitutivo della fattispecie astratta di reato, nella specie costituente un presupposto della condotta. È pertanto evidente la rilevanza della questione interpretativa - anche sul versante penalistico - circa la sorte dell'ordine di sospensione ove il termine di quarantacinque giorni spiri senza che l'Amministrazione comunale adotti il provvedimento definitivo di demolizione. L'attività edilizia intrapresa (*rectius* ripresa) dal privato dopo lo spirare dei quarantacinque giorni, infatti, costituirebbe reato solo laddove si ritenesse la ultra-vigenza dell'ordine di sospensione; diversamente, la condotta descritta non integrerebbe la fattispecie di reato nel caso in cui l'ordine di sospensione, al decorso del termine, perderebbe la sua efficacia. Pur nello sfondo di un contrasto interpretativo con riferimento alla natura dell'ordinanza di sospensione, ossia se essa sia qualificabile come provvedimento cautelare⁶⁵ - riconducibile al potere di vigilanza - ovvero sia piuttosto espressione dei generali poteri di autotutela⁶⁶ mettenti capo alla pubblica amministrazione, la giurisprudenza penalistica si è più recentemente assestata in una linea interpretativa volta a riconoscere la sussistenza dell'ipotesi delittuosa allorché il privato prosegue l'attività edilizia dopo l'ordine di sospensione, a prescindere dall'infruttuoso spirare del termine di quarantacinque giorni⁶⁷, a nulla rilevando la maggiore o minore entità delle lavorazioni eseguite⁶⁸, né la considerazione che l'attività edilizia necessiti o meno del previo rilascio del permesso di costruire⁶⁹.

Un'ulteriore fattispecie che ha visto il delinarsi di una distonia interpretativa tra giudice amministrativo e giudice penale è rappresentata dalla qualificazione - come legittimi/illegittimi e leciti/illeciti - degli interventi edilizi realizzati su un immobile abusivo⁷⁰. Invero, entrambi i plessi giurisdizionali affermano il principio di diritto secondo cui gli interventi edilizi realizzati su un immobile abusivo, a prescindere dalla consistenza degli stessi e dalla loro astratta ammissibilità, giusta la sussistenza di un idoneo titolo, condividono del primo la natura abusiva e, per tale ragione, sono soggetti alla medesima disciplina sanzionatoria. Infatti, il giudice amministrativo ha avuto modo di confermare che

64 Così L. RAMACCI, *I reati edilizi: disciplina, sanzioni, casistica*, Milano, 2010, spec. 157.

65 Cfr., Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36311; *Ibid.*, 27 gennaio 2009, n. 3593; 10 ottobre 2007, n. 37320; 7 maggio 2007, n. 17278; 27 novembre 1997, n. 10881. La natura cautelare dell'ordinanza di sospensione, sebbene non espressamente affermata, sembra essere presupposta nelle pronunce ove ne è stata affermata la identità di ratio rispetto al sequestro preventivo (Cass. pen., Sez. III, 31 marzo 1998, n. 379), nonché la natura provvisoria e anticipatoria della stessa (Cass. pen., Sez. III, 14 giugno 1982).

66 Cfr. Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2017, n. 37320; *Ibid.*, 17 maggio 2005, n. 18199; 23 gennaio 1996, n. 719; 11 marzo 1988; Sez. I, 9 febbraio 1984; Sez. III, 21 febbraio 1974.

67 Ex multis, Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36311; *Ibid.*, 12 febbraio 2013, n. 28132; 9 ottobre 2008, n. 41884 (la quale, chiaramente, ha affermato che «in tema di reati edilizi, l'illiceità della condotta consistente nella prosecuzione dei lavori nonostante l'ordinanza comunale di sospensione non viene meno per il fatto che non siano adottati, nei termini, i conseguenti provvedimenti repressivi di legge»; 24 gennaio 2003, n. 3532. *Contra*, seppur in vigenza del previgente quadro normativo, Cass. pen., Sez. III, 22 aprile 1996, n. 1340, secondo cui «scaduto il termine senza la notifica e non la semplice adozione dei provvedimenti definitivi, i suoi effetti vengono meno con la conseguente possibile ripresa di lavori senza poter configurare il concorrente reato di violazione della predetta ordinanza»; Cass. pen., Sez. III, 8 settembre 1999, n. 10570; Sez. VI, 3 marzo 1984, n. 02033; Sez. III, 24 giugno 1983; *Ibid.* 5 novembre 1980; 15 gennaio 1979.

68 Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 2003, n. 3532.

69 Cass. pen. Sez. III, 3 luglio 2007, n. 37320, ripresa, in termini, da Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 2017, n. 11568.

70 Per un riferimento a tale ipotesi, si v. A. FABRI - E.A. TARASCHI, *Gli interventi edilizi successivi su un manufatto abusivo nella giurisprudenza del giudice amministrativo e del giudice penale*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 519.

«quando la DIA o la SCIA riguardano un fabbricato realizzato abusivamente, non sono di per sé idonee a rendere tale immobile conforme alla normativa urbanistico – edilizia, ma al contrario, proprio perché si innestano su una situazione edificatoria di per sé illecita, ne ereditano i connotati e perdono la loro tipica efficacia legittimante; ne discende che anche gli interventi assentiti con tali moduli procedurali diventano sostanzialmente illegittimi e sono sottoposti allo stesso trattamento sanzionatorio riservato al fabbricato abusivo cui si riferiscono»⁷¹, con l'ulteriore precisazione che «se tale principio vale per gli interventi, sottoposti al regime della (dia o) scia, a fortiori deve valere, allorquando si tratti d'interventi per i quali – in ragione evidentemente della loro consistenza – sia stato chiesto (e ottenuto) il rilascio di un permesso di costruire»⁷². In sostanza, in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori (sia pure riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, del restauro e/o risanamento conservativo, della ristrutturazione, della realizzazione di opere costituenti pertinenze urbanistiche) ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente. Parimenti, il giudice penale ha affermato che «qualsiasi intervento effettuato su una costruzione realizzata abusivamente, ancorché l'abuso non sia stato represso, costituisce una ripresa dell'attività criminosa originaria, che integra un nuovo reato, anche se consista in un intervento di manutenzione ordinaria, perché anche tale categoria di interventi edilizi presuppone che l'edificio sul quale si interviene sia stato costruito legittimamente»⁷³. Mette conto rilevare, peraltro, come la giustificazione di tale orientamento tragga ragione nella considerazione secondo cui «la demolizione ordinata dal giudice non riguarda soltanto l'immobile oggetto del procedimento che ha dato vita al titolo esecutivo, ma anche ogni altro intervento eseguito successivamente che, per la sua accessorietà all'opera abusiva, renda inesorabile l'ordine medesimo, non potendo consentirsi che un qualunque intervento additivo, abusivamente realizzato, possa in qualche modo ostacolare l'integrale attuazione

71 TAR Campania, Napoli, Sez. II, 12 febbraio 2018, n. 914.

72 TAR Campania, Salerno, Sez. II, 21 marzo 2019 n. 415. Il principio è confermato, *ex multis*, da Cons. Stato, Sez. VI, 13 novembre 2018 n. 6367; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 3 aprile 2018 n. 496; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 12 febbraio 2018, n. 914; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 21 marzo 2019 n. 415; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 15 gennaio 2015 n. 292; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 29 ottobre 2013 n. 4817; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 5 giugno 2013 n. 2910; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2006.

73 Cassazione penale sez. III, 10 ottobre 2019, n. 48026. Come anticipato, il principio è pacifico in giurisprudenza. Esprime massima di identico tenore letterale Sez. III, 19 maggio 2016, n. 38495 e conforme impostazione Sez. III, 24 maggio 2017, n. 30168, ove viene precisato come in tema di reati edilizi il regime di denuncia di inizio attività non sia applicabile a lavori da eseguirsi su manufatti il cui originario carattere abusivo è stato accertato con sentenza definitiva e che non risultino essere stati oggetto di condono edilizio o di sanatoria, atteso che gli interventi ulteriori su immobili abusivi ripetono le caratteristiche di illegittimità dall'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente. Nello stesso senso – con riferimento a fattispecie relativa a lavori di frazionamento di un immobile abusivo in quattro unità immobiliari, senza variazione della volumetria complessiva dell'edificio, ricompresi dal d.l. n. 133 del 2014 tra gli interventi di manutenzione straordinaria sottoposti al regime della d.i.a. – si v. Sez. III, 16 ottobre 2014, n. 51427. In argomento, Sez. III, 11 ottobre 2005, n. 40843, chiarisce come la realizzazione di una tettoia di copertura di un terrazzo di una abitazione non può qualificarsi quale intervento di manutenzione straordinaria, né si configura quale pertinenza, atteso che costituendo parte integrante dell'edificio ne costituisce ampliamento, con conseguente integrabilità, in difetto del preventivo rilascio del permesso di costruire, del reato di cui all'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001; ed in motivazione osserva 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.

dell'ordine giudiziale di demolizione dell'opera cui accede e, quindi, impedire la completa *restitutio in integrum* dello stato dei luoghi disposta dal giudice con sentenza definitiva, poiché, se così non fosse, si finirebbe per incentivare le più diverse forme di abusivismo, funzionali ad impedire o a ritardare a tempo indefinito la demolizione di opere in precedenza illegalmente realizzate»⁷⁴. Le vie interpretative, tuttavia, si divaricano sensibilmente con riferimento alla possibilità di realizzare, su immobili abusivi per i quali sia in corso la procedura di condono o di sanatoria, interventi edilizi che siano volti a conservare la *res* e che, dunque, abbiano natura prevalentemente manutentiva. Sul punto, il giudice amministrativo ha ritenuto che, in pendenza della domanda di sanatoria o condono, fatto salvo quanto stabilito dall'art. 35, comma 13, 1. n. 47/1985⁷⁵, sono ammissibili gli interventi volti alla conservazione del bene, senza trasformarne la struttura, i volumi e i prospetti, salvo che siano indispensabili (previa, in tal caso, necessaria preventiva interlocuzione con l'Amministrazione) al fine di consentire di stabilire quali siano i caratteri e le esatte dimensioni del manufatto abusivo per verificarne la sanabilità⁷⁶. Seguendo tale linea interpretativa, peraltro, il giudice amministrativo⁷⁷ è giunto finanche a ritenere che la ricostruzione di un manufatto (nella specie, gazebo) abusivo che, in pendenza della domanda di condono, è crollato per eventi atmosferici, è da considerarsi attività assentita. E ciò sul presupposto che la nuova struttura è stata realizzata - senza soluzione di continuità sia dal punto di vista cronologico che funzionale - in sostituzione della precedente già oggetto di condono edilizio, integrando un tipo d'intervento edilizio volto ad assicurare la continuità tra vecchia e nuova costruzione e l'attuale riconoscibilità del manufatto originario oggetto dell'istanza di condono.

Nel caso di specie, dunque, dando continuità al richiamato indirizzo giurisprudenziale, secondo cui, in pendenza di procedimento di condono, sono consentiti gli interventi diretti a garantire la conservazione del manufatto, senza mutarne le caratteristiche essenziali e la sua destinazione d'uso, il giudice ha ricondotto nell'alveo di tale casistica anche la ricostruzione della struttura aperta, in sostituzione del precedente gazebo, atteso che tale ricostruzione non ha comportato modifiche strutturali, alterazione di volumi e di prospetti sì da consentire di stabilire quali siano i caratteri e le esatte dimensioni del manufatto abusivo per verificarne la condonabilità.

Il giudice penale, invece, ha mostrato di applicare rigidamente il principio di diritto secondo cui le opere successivamente realizzate su un immobile abusivo con questo condividono l'abusività, anche con riferimento alle opere meramente conservative su immobili oggetto di domanda di condono⁷⁸. In particolare, per il giudice penale qualsiasi

⁷⁴ Cass. penale Sez. III, 9 ottobre, 2018, n. 51058.

⁷⁵ A tenore del quale «decorsi centoventi giorni dalla presentazione della domanda e, comunque, dopo il versamento della seconda rata dell'oblazione, il presentatore dell'istanza di concessione o autorizzazione in sanatoria può completare sotto la propria responsabilità le opere di cui all'art. 31 non comprese tra quelle indicate dall'art. 33. A tal fine l'interessato notifica al comune il proprio intendimento, allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi, ed inizia i lavori non prima di trenta giorni dalla data della notificazione. L'avvenuto versamento della prima e della seconda rata, seguito da garanzia fideiussoria per il residuo, abilita gli istituti di credito a concedere mutui fondiari ed edilizi. I lavori per il completamento delle opere di cui all'art. 32 possono essere eseguiti solo dopo che siano stati espressi i pareri delle competenti amministrazioni. I lavori per il completamento delle opere di cui al quarto comma dell'art. 32 possono essere eseguiti solo dopo che sia stata dichiarata la disponibilità dell'ente proprietario a concedere l'uso del suolo».

⁷⁶ In questo senso, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2018, n. 2738.

⁷⁷ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2018, n. 5248.

⁷⁸ Si v. Cass. pen., Sez. III, 26 novembre 2019 n. 48026; *Ibid.*, 30 agosto 2019 n. 36686; 24 settembre 2018 n. 41105; 4 dicembre 2008 n. 45070.

intervento edilizio su immobili abusivi è sempre illecito e ciò a prescindere sia dalla sussistenza di un valido titolo assentivo con specifico riferimento a tali lavori, sia dalla consistenza dell'intervento edilizio e, dunque, a nulla rilevando che lo stesso abbia natura meramente conservativa della *res*.

Le richiamate ipotesi, dunque, dimostrano come la disomogeneità interpretativa tra i diversi plessi giurisdizionali, lungi dall'essere un fenomeno isolato e marginale, assume una preoccupante consistenza, tale da incidere sulla stabilità del sistema e sulla certezza del diritto. Tali preoccupazioni, peraltro, si acquiscono allorquando, in asserito perseguimento degli obiettivi di semplificazione, è consentito al privato di avviare una certa attività previa presentazione di una SCIA. In tale ipotesi, infatti, da un lato, spetta al privato dichiarare la sussistenza/insussistenza di un certo fatto legittimamente l'intervento (la cui individuazione, tuttavia, è spesso resa complessa proprio dalla mancata univocità interpretativa) e, dall'altro, nell'ipotesi in cui la SCIA sia utilizzata (anche in conseguenza di una difficoltà interpretativa del contesto normativo di riferimento) ove invece si ritiene necessario il conseguimento del permesso di costruire, la inidoneità del titolo determina, sul versante penale, la sicura configurabilità dell'ipotesi di attività edilizia avviata in assenza di titolo, senza che possano frapporsi strumenti dogmatici per arginare il potere del Giudice penale.

In questo contesto, quindi, le avvertite, serie, conseguenze a livello di sistema imporrebbero una chiara e definitiva presa di posizione del Legislatore, volta a delineare dei raccordi tra plessi giurisdizionali e, in particolare, a definire con più puntualità il regime giuridico applicabile alle ipotesi di semplificazione. E ciò al fine di evitare che il costo della semplificazione sia una inaccettabile estensione delle responsabilità, anche penali, in capo al privato.