

Note minime in tema di ristrutturazione e nuova costruzione dopo la sentenza Cass. pen. Sez. III 8 maggio 2024 n. 18044

Preg.ma redazione di Italiaius,

seguo da anni la vostra rivista informatica, redatta dagli operatori per gli operatori, quindi attenta alla "attualità" giuridica e al dibattito nelle materie amministrative, che spesso ha saputo cogliere sin dai suoi primi accenni.

In tale ottica, ho letto con interesse le due sentenze del Consiglio di Stato che avete pubblicato i 4 giugno 2024, ossia la sez. IV 21/05/2024 n. 4527 e la sez. VII 15/01/2024 n. 488.

Esse sono invero interessanti, ma a differenza di quanto segnalato nella nota di pubblicazione, a ben vedere non sembra emergere un effettivo contrasto nella definizione di ristrutturazione con demolizione e ricostruzione rispetto alla ampia nozione introdotta dal nuovo testo dell'art. 3 lett. d) del DPR n. 380/2001 novellato nel 2020.

La n. 4527 infatti riguarda un immobile sito in zona vincolata in cui a dire del giudicante la normativa urbanistica applicabile escludeva gli interventi di ristrutturazione degli immobili esistenti, la n. 488 un caso molto più remoto nel tempo e precedente rispetto alla novella predetta, trattato con applicazione di principi consolidati nella precedente giurisprudenza.

Esiste davvero il rischio di una sostanziale incomprensione in giurisprudenza della riforma apportata nel 2020 al DPR n. 380 del 2001 e in particolare all'art. 3 lett. d) in punto di ristrutturazione edilizia.

Ne abbiamo avuto qualche eco clamorosa, almeno in senso giornalistico, per le vicende riportate dalla stampa a proposito dei grattacieli in Comune di Milano, che coinvolgono sia la materia della ristrutturazione sia quella della lottizzazione abusiva, quest'ultima ampiamente delineata e forse anche deformata dalla giurisprudenza penale: se avremo la ventura di leggerla, penso che sarà molto istruttivo il testo della ordinanza del GIP di quel Tribunale, che ha respinto il sequestro ma si presume abbia richiamato i dettami di tale giurisprudenza.

Detto ciò, e restando al tema delle presenti note minime, sappiamo bene che la novella include nella nozione di ristrutturazione non più la sola demolizione integrale seguita da ricostruzione "fedele", ma anche la "ricostruzione di edifici esistenti con diversa 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... (nonché) ... nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana".

Di fatto dell'edificio preesistente nulla viene conservato, neppure il sedime, neppure le caratteristiche tipologiche.

Notiamo che tale ultima espressione, secondo una definizione corrente, riguarda la classificazione dei fabbricati in base alla presenza di determinate caratteristiche funzionali, dimensionali, distributive ed organizzative.

Essa quindi include la destinazione d'uso del bene, che nel nuovo testo non è vincolata a quella preesistente.

Per converso, è ben nota la diffusa tendenza della giurisdizione penale e amministrativa a intendere in senso riduttivo la nozione di ristrutturazione, anche a fronte di diversi progressivi tentativi del legislatore di ampliarla.

Annoto in limine che nel nostro Paese il giudice penale ha assunto un rilievo centrale rispetto al potere amministrativo e rispetto al suo giudice naturale (il plesso TAR-CdiS), in quanto si è attribuito la potestà di giudicare direttamente della conformità della condotta, ossia dell'intervento edilizio, al paradigma della normativa applicabile (di legge generale o di pianificazione urbanistica concreta).

Tale diretta valutazione del paradigma normativo extrapenale non può che risolversi nella interpretazione che ne dà (non la pubblica amministrazione, non a caso in quel di Milano esisteva un esplicito e motivato atto di indirizzo del dirigente dell'Ufficio comunale competente, né il giudice amministrativo, ma) il giudice penale.

In altre parole il giudice penale si esprime omisso medio, ossia prescindendo totalmente dall'avvenuto rilascio del permesso di costruire e dal sindacato sulla sua ipotetica nullità o illiceità,

che invece sarebbe parte integrante della fattispecie penale (ad esempio: costruzione in assenza o in difformità dal titolo edilizio).

A ciò si è pervenuti attraverso una sofisticata acrobazia argomentativa spiegata in diverse sentenze della Cassazione penale, specie la sez. III, degna invero del più sottile virtuosismo giuridico, il cui esito effettivo è comunque certo e chiaro: svuotare completamente di efficacia e rilevanza il provvedimento autorizzativo proveniente da quello che nella dottrina costituzionale classica è il potere esecutivo, o di governo, diverso e autonomo rispetto al legislativo e al giudiziario.

E così l'Italia temo si qualifichi a buon (?) diritto come l'unico paese in cui i giudici penali, si noti penali, non amministrativi, sono i depositari in via di principio del potere di sindacare a posteriori l'operato di un soggetto giuridico conforme a un provvedimento amministrativo, e ciò nel non breve termine di prescrizione dell'azione penale, anzi in caso di lottizzazione anche oltre (vista la giurisprudenza in materia di confisca anche in presenza di "accertata" responsabilità per un reato pur prescritto), ossia un intervento autorizzato dal potere amministrativo competente.

Questo è certamente un altro tema, cui pure era qui necessario accennare per comprendere il poco percepito nella prassi, ma assai importante nella realtà giudiziaria, apporto conformativo del giudice penale alla interpretazione e applicazione delle norme nei settori dell'ordinamento in cui maggiormente incide il potere amministrativo (pensiamo all'edilizia e urbanistica, ma anche all'ambiente in senso lato, al paesaggio e molto altro).

Ebbene, stiamo ora assistendo alla apoteosi di questa tendenza restrittiva in materia di ristrutturazione da parte del giudice penale nelle recenti sentenze dalla Cassazione penale, sez. III, secondo le quali la ristrutturazione anche dopo la riforma del 2020 può sì in teoria spostare il sedime e riconfigurare sotto ogni aspetto, come sopra cennato, il fabbricato preesistente, dopo averlo integralmente demolito, ma (altro miracolo del virtuosismo giuridico) deve pur sempre conservare una non meglio definita "traccia" del fabbricato preesistente.

Trascrivo qui di seguito il più recente esempio di tale orientamento, reso dalla S.C. (come i pochi altri precedenti, fra cui quello ivi menzionato) in sede di sindacato sui provvedimenti cautelari (sequestro), quindi in una fase ancora iniziale dei procedimenti penali e tuttavia proprio per questo particolarmente insidioso, perché già nella deliberazione preliminare enuncia in modo assertivo e perentorio principi con i quali poi inevitabilmente i giudici di merito dovranno confrontarsi e dai quali saranno poco o tanto condizionati.

Il testo è tratto da *Lexambiente* rivista informatica del giorno 22 maggio 2024.

Le sottolineature sono state apposte dello scrivente al fine di evidenziare alcune parti di testo significative ai fini della successiva esposizione.

Cass. Sez. III n. 18044 del 8 maggio 2024 (CC 18 gen 2024) Pres. Ramacci Est. Aceto Ric. GFS Anche a seguito della modifica all'art. 3, comma 1, lett. d), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ad opera dell'art. 10 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia solo quelli finalizzati al recupero di fabbricati preesistenti di cui sia conservata traccia, dovendo l'immobile oggetto di ristrutturazione presentare caratteristiche funzionali o identitarie coincidenti con quelle del corpo di fabbrica preesistente

... omissis ...

CONSIDERATO IN DIRITTO

2. Il ricorso è inammissibile perché manifestamente infondato e proposto per motivi non consentiti dalla legge nella fase di legittimità.

3. Con decreto del 13 dicembre 2022 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Latina aveva decretato il sequestro preventivo di due corpi di fabbrica in corso di realizzazione, costituiti da cinque unità abitative ciascuno, realizzati in assenza di permesso di costruire ed in violazione della fascia di rispetto stradale e della disciplina dei distacchi da confine.

3.1. Il Tribunale dell'appello cautelare esclude che si tratti di intervento di ristrutturazione sul rilievo che al posto dell'unico edificio preesistente (avente destinazione commerciale) ne erano stati realizzati due (consistenti in cinque villini) senza rispettare l'area di sedime, la sagoma e la volumetria dell'unico edificio preesistente. Trattandosi, dunque, di nuova costruzione, necessitava il permesso di costruire non essendo sufficiente nemmeno la segnalazione certificata di inizio attività di cui all'art. 23 d.P.R. n. 380 del 2001, mancandone i presupposti previsti dalle lettere b) e c) del comma 01. L'intervento, sostiene il Tribunale, è stato realizzato in zona sottoposta dal PRG

a vincolo di inedificabilità assoluta (trattandosi di intervento effettuato nella fascia di trenta metri dalla SS Pontina) e senza il rispetto della distanza di dieci metri dal confine lato sud.

3.2. La difesa ritiene, invece, che l'intervento debba essere qualificato come "ristrutturazione edilizia", ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 380 del 2001, come modificato dall'art. 10, comma 1, lett. b, d.l. n. 76 del 2020, conv. con modificazioni dalla legge n. 120 del 2020, sul rilievo che si tratta di demolizione e ricostruzione di edificio esistente con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planovolumetriche e tipologiche.

4. Il rilievo è totalmente infondato.

4.1. La Corte di cassazione ha già affermato (e va ribadito) che, anche a seguito della modifica all'art. 3, comma 1, lett. d), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ad opera dell'art. 10 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia solo quelli finalizzati al recupero di fabbricati preesistenti di cui sia conservata traccia, dovendo l'immobile oggetto di ristrutturazione presentare caratteristiche funzionali o identitarie coincidenti con quelle del corpo di fabbrica preesistente (Sez. 3, n. 1670 del 06/10/2022, dep. 2023, Severini, Rv. 284056 - 01, che ha escluso che potesse qualificarsi ristrutturazione edilizia l'abbattimento di taluni edifici rurali, ubicati in zona agricola, accessori a una casa colonica e la successiva realizzazione, con aumento di cubatura, di un complesso residenziale formato da dieci villini e un parcheggio costituito da ventiquattro stalli con copertura fotovoltaica; nel senso che per gli interventi di ristrutturazione edilizia è necessaria la conservazione o il ripristino dell'immobile preesistente, del quale - anche a prescindere dalla identità di sagoma - deve essere comunque garantito il recupero, Sez. 3, n. 23010 del 10/01/2020, Grossi, Rv. 280338 - 01).

4.2. Anche la giurisprudenza amministrativa, pur dopo le modifiche normative invocate dalla ricorrente a sostegno della qualificazione dell'intervento come ristrutturazione edilizia, è ferma nel ribadire che nella nozione di nuova costruzione possono rientrare anche gli interventi di ristrutturazione qualora, in considerazione dell'entità delle modifiche apportate al volume e alla collocazione dell'immobile, possa parlarsi di una modifica radicale dello stesso, con la conseguenza che l'opera realizzata nel suo complesso sia oggettivamente diversa da quella preesistente (Cons. St., Sez. 6, n. 6092 del 21/06/2023, secondo cui l'intervento di ristrutturazione edilizia sussiste quando viene modificato un immobile già esistente nel rispetto delle caratteristiche fondamentali dello stesso: tuttavia, laddove il manufatto sia stato totalmente trasformato, con conseguente creazione non solo di un apprezzabile aumento volumetrico, in rapporto al volume complessivo dell'intero fabbricato, ma anche di un disegno sagomale con connotati alquanto diversi da quelli della struttura originaria, l'intervento rientra nella nozione di nuova costruzione; nello stesso senso, ex multis, Cons. St., Sez. 6, n. 5199 del 26/05/2023; Cons. St., Sez. 7, n. 1634 del 16/02/2023).

4.3. Come è stato ben osservato da Cons. St., Sez. 6, n. 1827 del 23/02/2023, la nozione di ristrutturazione edilizia, per definizione, non può mai prescindere dalla finalità di recupero del singolo immobile che ne costituisce l'oggetto. In tale quadro è stata sottolineata, molto opportunamente, la necessità di un'interpretazione della definizione dell'intervento di ristrutturazione edilizia di cui alla lettera d) dell'art. 3, comma 1, D.P.R. n. 380 del 2001, che sia aderente alla (e non tradisca la) finalità di conservazione del patrimonio edilizio esistente, finalità che contraddistingue tale intervento rispetto a quelli di "nuova costruzione" di cui alla successiva lettera e), e non si presti all'elusione degli standard urbanistici vigenti al momento della riedificazione ed applicabili in caso di nuova costruzione.

4.4. Nel caso di specie si tratta della realizzazione di dieci villini (raggruppati in due diversi corpi di fabbrica) previa demolizione dell'unico immobile (pre)esistente destinato ad attività commerciali.

4.5. Appare evidente la totale discontinuità tra il novum ed il preesistente tale da escludere in radice che l'intervento possa essere considerato conservativo o sostitutivo dell'immobile demolito;

4.6. Ne consegue la totale infondatezza delle doglianze difensive che postulano tutte la qualificazione dell'intervento come di ristrutturazione edilizia, con conseguente assorbimento di ogni altra questione.

Prosegue poi la sentenza rilevando un problema di tipo lato sensu processuale (inammissibilità del ricorso in quanto censura direttamente la motivazione) che qui non interessa ma, merita segnalarlo, sarebbe stato sufficiente per una pronuncia reiettiva, con ciò emergendo un palese intento nomofilattico della ampia argomentazione "di merito giuridico" testè trascritta.

Senza addentrarsi in più ampio commento, che spero potrà emergere da un successivo dibattito fra operatori e in dottrina, annoto quanto segue.

Il Consiglio di Stato ha chiarito la nozione di edificio con una sua recente sentenza sez. VI 19/04/2024 n. 3549 molto puntuale, statuendo che in caso di ristrutturazione mai dalla demolizione di un edificio può risultare una pluralità di edifici, il che non può che trovare l'assenso degli operatori, pena il passaggio qualitativo dalla (mera) ristrutturazione edilizia (art. 3 comma 1 lett.d) a una ben più incisiva ristrutturazione urbanistica (art. 3 comma 1 lett.e).

Tale sentenza non si limita alla enunciazione di principio, offrendo invece una precisa chiave normativa e applicativa per identificare la nozione di edificio mediante il richiamo alla voce 32, dell'allegato A, del regolamento edilizio-tipo di cui al D.P.C.M. 20 ottobre 2016, id est "[c]ostruzione stabile, dotata di copertura e comunque appoggiata o infissa al suolo, isolata da strade o da aree libere, oppure separata da altre costruzioni mediante strutture verticali che si elevano senza soluzione di continuità dalle fondamenta al tetto, funzionalmente indipendente, accessibile alle persone e destinata alla soddisfazione di esigenze perduranti nel tempo".

Notiamo ora che sia la sopra trascritta sentenza della Cassazione penale n. 18055, di pochi (forse troppo pochi per tenerne conto) giorni successiva a quella del Consiglio di Stato n. 3549, sia quella precedente ivi citata Sez. 3, n. 1670 del 6/10/2022 (la prima uscita in materia, notata e annotata talora criticamente da numerosi commentatori) muovevano da addebiti che, fondati o meno che fossero, riguardavano casi in cui da un edificio se ne realizzavano apparentemente più d'uno (valuteranno i giudici di merito i vari aspetti dei casi concreti, fra cui ad esempio se pluralità o aumento o diversa distribuzione delle unità immobiliari equivalga di per sé o meno a pluralità di edifici o se sia consentita o meno la nuova conformazione dell'edificio da unico fabbricato condominiale a unico fabbricato articolato in più unità immobiliari a schiera eventualmente basate su una fondazione unitaria o se in base alla normativa del piano casa sia consentito un accorpamento di cubature, per non dire dei profili di eventuale lottizzazione abusiva riscontrabili caso per caso).

Ma la Corte di Cassazione non ricorre a un simile argomento (la trasformazione di un edificio unico in una pluralità di edifici), di per sé chiaro e prevedibile per l'operatore economico, bensì si volge ad usare il lemma "traccia", per poi in termini molto perentori declinarlo con ulteriori espressioni anch'esse piuttosto vaghe sul piano tecnico, ma ben più pesanti: la ricostruzione deve mantenere caratteristiche funzionali o identitarie coincidenti con quelle del corpo di fabbrica preesistente.

Si tratta di concetti e parole che la legge non usa affatto: quali sono le "caratteristiche funzionali" da conservare? E che accade se la normativa sovraordinata o quella di zona consentono il mutamento di destinazione? E quali sarebbero le caratteristiche identitarie da mantenere? Certo non il sedime e la conformazione, a ben vedere neppure il volume e le caratteristiche tipologiche, che la legge autorizza espressamente a modificare!

E cosa resta allora di tali concetti, in verità lo ripetiamo vaghi e indefiniti sul piano tecnico?

Ma soprattutto, chi è chiamato in concreto a decidere al riguardo?

A decidere dovrebbe essere il Comune che rilascia il titolo, ma poi la Cassazione riserva e se stessa, o meglio alla Procura della Repubblica, al GIP e alle corti di merito la pronuncia finale, diciamo così "a prescindere" da quella della pubblica amministrazione competente.

Siamo in presenza di un evidente corto circuito.

Preme considerare in chiusura di queste brevi note che la Corte di Cassazione in entrambe le sentenze sopra citate cerca l'appoggio del giudice amministrativo, ma finisce platealmente fuori strada: tutti precedenti citati dalla sentenza in commento, la n. 18055 del 2024 (ma era già così nella precedente), sono stati pronunciati dal Consiglio di Stato sezione VI nell'anno 2023, ma si riferiscono a casi verificatisi prima della novella del 2020.

Nel dettaglio, le sentenze amministrative del 2023 sono la n. 1634, la n. 1827, la n. 5199 e la n. 6092.

Esse riguardano altrettanti appelli avverso nell'ordine le seguenti decisioni di primo grado: una sentenza del Tar Lombardia Milano del 2018 relativa a un diniego di condono risalente al 2008, una sentenza del TAR Calabria del 2018 che annulla un provvedimento del 2018, due sentenze del Tar Campania Napoli e TAR Lombardia Milano del 2017 entrambe di annullamento di provvedimenti del 2017.

Il tutto come si vede avvenuto ben prima della riforma del 2020, che tali pronunce infatti non menzionano (né avevano ragione di farlo).

Non resta allora che auspicare la apertura di un ampio dibattito, in dottrina e in giurisprudenza amministrativa, e sperare, alla fin fine, in un ripensamento dei giudici penali che nella loro esperienza e enorme autorevolezza restituiscano centralità al testo della legge e all'esercizio del potere amministrativo.

Macerata, 5 giugno 2024

Avv. Andrea Calzolaio
Studio Legale Ciaffi

per www.italiaius.it