

CORTE DI CASSAZIONE PENALE, SEZIONE III, SENTENZA DEL 16 SETTEMBRE 2008, N. 35389: illiceità penale delle opere realizzate sulla base di una concessione edilizia (oggi “permesso di costruire”) illegittima.

«...sussistendo difformità dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore, il giudice penale deve comunque affermare l'illiceità penale anche qualora sia stata rilasciata la concessione edilizia. ».

« Quando viene realizzata un'opera sulla base di una concessione edilizia illegittima l'esame del giudice penale deve avere ad oggetto l'eventuale integrazione della fattispecie penale di cui all'art. 20 della legge 28 febbraio 1985 n. 47 e successive modifiche. In questa operazione il sindacato sull'atto illegittimo ha carattere incidentale, trattandosi di un provvedimento che costituisce il presupposto dell'illecito penale, posto che la conformità della costruzione e della concessione ai parametri di legalità urbanistica ed edilizia è elemento costitutivo dei reati contemplati dalla norma urbanistica... ».

«...la decadenza del piano particolareggiato e la decadenza del vincolo preordinato all'esproprio per mancata dichiarazione di pubblica utilità dell'opera nel termine di cinque anni non comporta il venire meno dell'illegittimità dell'opera.

Trova infatti applicazione rispettivamente la norma di salvaguardia contenuta nell'art. 9 della legge n. 380 del 2001 e quella contenuta nell'art. 9 del D.P.R. n. 327 del 2001. ».



35389/08

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE PENALE

UDIENZA CAMERA
DI CONSIGLIO
DEL 27/06/2008

SENTENZA
~~ORDINANZA~~

N. 00799 /2008

Composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. LUPO ERNESTO	PRESIDENTE	
1.Dott.CORDOVA AGOSTINO	CONSIGLIERE	REGISTRO GENERALE
2.Dott.GENTILE MARIO	"	N. 015084/2008
3.Dott.FIALE ALDO	"	
4.Dott.MARMO MARGHERITA	"	<i>rel</i>

ha pronunciato la seguente

SENTENZA
~~ORDINANZA~~

sul ricorso proposto da :

1) GALLO ANTONIO	N. IL 03/08/1977
avverso ORDINANZA del 11/03/2008	
TRIB. LIBERTA'	di LECCE

sentita la relazione svolta dal Consigliere
MARMO MARGHERITA

lette le richieste del P.G. che ha concluso per ~~l'inammissibilita' del ricorso~~ *il rigetto*

FATTO E DIRITTO

Con ordinanza dell' 11 marzo 2008 il Tribunale di Lecce, sezione del riesame, confermava il decreto di sequestro preventivo emesso dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Lecce in data 29 gennaio 2008, avente ad oggetto l'immobile sito in Santa Cesarea Terme al foglio 30 pte 221 di proprietà di Loredana Valentini, indagata quale proprietaria del terreno unitamente ad Antonio Gallo, quale direttore dei lavori, in ordine al reato previsto e punito dall'art. 44 lettera c del d.p.r. n. 380 del 2001 per avere, quest'ultimo, quale direttore dei lavori, realizzato un fabbricato costituito da un seminterrato e da un piano rialzato di quattro metri di altezza, privo di regolare permesso di costruire, dovendosi considerare illegittimo quello rilasciato il 30 gennaio 2007 avente nr 67/2006, prot. 4758/2006 in quanto autorizzava l'esecuzione dell'opera a distanza inferiore a cinque metri rispetto ad una preesistente via, a soli tre metri dal confine con la proprietà Pomarico e a meno di dieci metri dal preesistente edificio realizzato dalla stessa Pomarico, nonché su di un lotto inferiore a quello minimo consentito di mq 600, non potendosi considerare legittimo il ricongiungimento operato dai proprietari del terreno tra la particella 221 e la particella 631, in quanto divise da una via prevista dal piano regolatore generale e realizzata di fatto da privati ad uso del condominio preesistente (per fatto accertato in Santa Cesarea Terme il 7 settembre 2007) .

Riteneva il Tribunale che nel caso in esame sussisteva il *fumus commissi delicti* in relazione al reato contestato di cui all'art. 44 lettera C del d.p.r. n. 380 del 2001, risultando l'intervento in corso di realizzazione eseguito in virtù di un permesso di costruire illegittimo ed in contrasto, sotto vari profili, con la normativa urbanistica vigente.

Rilevava infatti che, come risultava dal certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune di Santa Cesarea, l'area interessata dall'edificazione era soggetta a vincolo paesaggistico ed idrogeologico e che il terreno ricadeva in parte in zona B3: "edilizia esistente, completamente a carattere residenziale in zona di interesse paesaggistico" ed in parte in zona destinata a sede stradale pubblica.

Rilevava ancora che pur essendo verosimilmente decaduto il vincolo preordinato all'esproprio, doveva ritenersi comunque applicabile la normativa di salvaguardia dettata dall'art. 9 del d.p.r. n. 380 del 2001, secondo cui per i comuni privi di strumenti urbanistici sono consentiti soltanto interventi di manutenzione ordinaria, di manutenzione straordinaria, di restauro, di risanamento conservativo e di ristrutturazione edilizia, mentre non sono possibili interventi di nuova edificazione.

Anche in relazione al lotto minimo di intervento di mq 600 l'indagata, pur acquistando altro terreno, non avrebbe potuto sommare le particelle 221 e 631 che si trovavano divise dalla strada pubblica.

Rilevava inoltre che il permesso di costruire ritenuto illegittimo prevede la realizzazione dell'edificio A a confine con la proprietà Pomarico e quindi in contrasto con la specifica previsione dell'art. 33 del N.T.A. del Piano Regolatore Vigente che richiede il distacco dai confini di cinque metri.

Era comunque ravvisabile il *fumus* in relazione all'ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 44 lettera a) del D.P.R. n. 380 del 2001 per la violazione delle norme degli strumenti urbanistici.

Il Tribunale del riesame riteneva sussistente anche il *periculum in mora*, in considerazione della probabilità che, in caso di libera disponibilità dell'immobile da parte dell'indagata, i lavori

16

venissero proseguiti e che le opere, al momento allo stato rustico, venissero portate a compimento, con il conseguente protrarsi delle conseguenze dei reati e definitiva compromissione del territorio tutelato.

Ha proposto ricorso per cassazione l'indagato Antonio Gallo.

Con un unico articolato motivo, il ricorrente lamenta la nullità dell'ordinanza per inosservanza ed erronea applicazione della legge penale e di altre norme giuridiche di cui si deve tenere conto nell'applicazione della legge penale ex art. 606 comma 1 lettera b del codice di procedura penale in relazione agli artt. 44 lettera c del d.p.r. n. 380 del 2001, 16 della legge 1150/42,56 (rectius 58) del d.p.r.n. 86 del 2001, n. 327, 9 del DPR n. 327 del 2001 e 9 e 3 del d.p.r. n. 380 del 2001, nonché per mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione ai sensi degli artt. 606 comma 1 lettera e) e 125 comma 3 c.p.p.

Deduce il ricorrente che anche nei limiti della valutazione del *fumus* di cui all'art. 321 c.p.p. non si può prescindere dalla riconducibilità del fatto all'ipotesi astratta per cui si procede.

Nel caso in esame, per configurare la sussistenza della contravvenzione di cui all'art. 44 del d.p.r.b. 380 del 2001, era necessario superare l'esistenza di un permesso di costruire ritenuto illegittimo per suo asserito contrasto con norme di legge o di regolamento.

Peraltro il Tribunale, nel valutare tale questione, aveva sovrapposto previsioni normative che hanno scopi ed effetti diversi. E' vero infatti che il vincolo del piano generale o particolareggiato finalizzato all'esproprio è oggetto della disciplina di cui all'art. 9 del d.p.r. n. 327 del 2001, che prevede la decadenza del vincolo stesso in cinque anni, ma nel caso in esame era decaduto non solo tale vincolo, ma anche quello derivante dall'approvazione del piano particolareggiato che era di dieci anni.

Nella zona in questione l'edificazione era quindi disciplinata direttamente dal piano regolatore generale che qualificava la zona come B3, senza il limite del lotto minimo di intervento oggetto della Norma Tecnica di Attuazione del Piano Particolareggiato, ormai decaduto.

Infine doveva considerarsi che l'edificio cadeva interamente nella zona B 3 e non invadeva minimamente la zona bianca derivante dalla caducazione dei vincoli espropriativi e di piano.

Il Tribunale aveva quindi erroneamente ritenuto che il lotto su cui erano in corso di esecuzione le opere in sequestro fosse privo di disciplina urbanistica, in quanto invece l'edificazione dell'area era regolata dall'art. 33 delle Norme Tecniche di Attuazione del Piano Regolatore Generale Comunale.

Quanto alle distanze, se si ammetteva la decadenza dal vincolo di destinazione a strada pubblica dell'area adiacente alla costruzione, non si poneva più il problema del rispetto della distanza dalla sede stradale, ma nemmeno quello dell'allineamento rispetto alla sede stradale che aveva senso solo nel caso in cui si debba comunque ipotizzare la successiva realizzazione di una via pubblica.

Per quel che attiene alla realizzazione sul confine con la proprietà adiacente, il distacco dai confini non poteva essere preso in considerazione al momento del rilascio del permesso di costruire, in quanto si riferiva ad una pregressa edificazione su altra proprietà di un fabbricato collocato sul lotto in maniera del tutto arbitraria, la cui presenza non poteva incidere sulla posizione soggettiva dei richiedenti il permesso di costruire.

Rileva il Collegio che il ricorso è infondato.

In primo luogo si osserva che, come ha precisato questa Corte a Sezioni Unite (SU sent. 12 novembre 1993, n. 11635, PM in proc Borgia e altri), sussistendo difformità dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano

regolatore generale, il giudice penale deve comunque affermare l'illiceità penale anche qualora sia stata rilasciata la concessione edilizia.

Quando viene realizzata un'opera sulla base di una concessione edilizia illegittima l'esame del giudice penale deve avere ad oggetto l'eventuale integrazione della fattispecie penale di cui all'art. 20 della legge 28 febbraio 1985 n. 47 e successive modifiche. In questa operazione il sindacato sull'atto illegittimo ha carattere incidentale, trattandosi di un provvedimento che costituisce il presupposto dell'illecito penale, posto che la conformità della costruzione e della concessione ai parametri di legalità urbanistica ed edilizia è elemento costitutivo dei reati contemplati dalla normativa urbanistica (v. Cass. pen. sez. VI sent. 17 febbraio 2003, n. 23255, Marrone ed altri; Cass. pen. sez. III sent. 2 ottobre 2007, n. 41620, Emelino).

Deve poi rilevarsi che in questa sede di legittimità è preclusa la rivalutazione delle circostanze di fatto poste a fondamento del provvedimento cautelare in ordine alle caratteristiche e al posizionamento della costruzione, ritenuta abusiva, sul territorio rispetto alla prevista sede stradale e ad altra costruzione, questioni che saranno definitivamente accertate in sede di giudizio di merito.

Per quel che attiene alle doglianze del ricorrente circa la decadenza del piano particolareggiato e del vincolo destinato all'esproprio per mancata dichiarazione di pubblica utilità dell'opera nel termine di cinque anni, come ha correttamente rilevato il Tribunale del riesame, la decadenza del piano particolareggiato e la decadenza del vincolo preordinato all'esproprio per mancata dichiarazione di pubblica utilità dell'opera nel termine di cinque anni non comporta il venire meno dell'illegittimità dell'opera.

Trovano infatti applicazione rispettivamente la norma di salvaguardia contenuta nell'art. 9 della legge n. 380 del 2001 e quella contenuta nell'art. 9 del D.P.R. n. 327 del 2001.

La prima norma, al comma 2, prevede che “nelle aree nelle quali non siano stati approvati gli strumenti urbanistici attuativi previsti dagli strumenti urbanistici generali come presupposto per l’edificazione, oltre agli interventi indicati al comma 1, lettera a) sono consentiti gli interventi di cui alla lettera D) del primo comma dell’articolo 3 del presente testo unico che riguardino singole unità immobiliari o parti di esse”.

L’art. 9 alla lettera a) indica come consentiti “ gli interventi previsti dalle lettere a), b) e c) dell’art. 3 che riguardino singole unità immobiliari o parti di esse”.

In tale zona sono quindi consentiti solo interventi di manutenzione ordinaria (art. 3 lettera a), interventi di manutenzione straordinaria (art. 3 lettera b), interventi di restauro e di risanamento conservativo (art. 3 lettera c), nonché “ gli interventi di ristrutturazione edilizia, gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell’edificio, l’eliminazione, la modifica e l’inserimento di nuovi elementi ed impianti.

Nell’ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente, fatte salve le sole innovazioni necessarie per l’adeguamento alla normativa antisismica” (art. 3 lettera d).

L’art. 9 del D.P.R. n. 327 del 2001 ai commi 2 e 3 prevede a sua volta che “ 2. il vincolo preordinato all’esproprio ha la durata di cinque anni. Entro tale termine può essere emanato il provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell’opera. 3. Se non è tempestivamente dichiarata la pubblica utilità dell’opera, il vincolo preordinato all’esproprio decade

e trova applicazione la disciplina dettata dall'art. 9 del testo unico in materia edilizia approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380".

Alla luce della normativa sopra indicata deve rilevarsi che correttamente il Tribunale del riesame ha ritenuto che non sono consentiti, in ogni caso, nella zona in oggetto, in cui risulterebbe decaduto il piano particolareggiato e il vincolo preordinato all'esproprio, interventi di nuova edificazione ed ha confermato il decreto di sequestro preventivo del G.I.P.

Questi infatti, alla luce delle indagini di fatto eseguite *in loco*, insindacabili come sopra esposto in questa sede di legittimità, ha ritenuto violato il divieto di nuova edificazione, il mancato rispetto del lotto minimo, delle distanze tra l'edificio sequestrato e il terreno confinante e la zona destinata a strada pubblica.

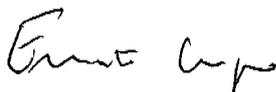
Va quindi respinto il ricorso, con conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali

Così deciso in Roma il 27 giugno 2008

IL PRESIDENTE



IL CONSIGLIERE EST.

