

La Commercibilità dei beni immobili

alla luce del T.U. sull'Edilizia

Ai sensi dell'art.46 T.U. sull'edilizia gli atti notarili sono nulli quando:

- a) non risultino, per dichiarazione dell'alienante gli estremi del **permesso di costruire** o del permesso in sanatoria;
- b) non risultino per dichiarazione dell'alienante gli estremi della D.I.A. per le opere di cui al 3° comma art.22 T.U. sull'edilizia.

Primo problema: nullità formale o sostanziale?

Con la prima qualificazione si intende affermare che la falsa dichiarazione di esistenza di un permesso di costruire in effetti inesistente non è tale da determinare la nullità, perchè quest'ultima è fondata soltanto sul dato testuale della dichiarazione di parte, a prescindere della sua veridicità.

Mentre con la seconda qualificazione si intende affermare la nullità non solo in caso di carenza in atto, ma anche nell'ipotesi di dichiarazione falsa.

Per la verità con la prima posizione si intende salvaguardare il Notaio, e impedirgli di costringerlo a ricercare l'esistenza di documentazione aliunde rispetto a quella dichiarata

dalle parti e in sostanza si vuole dare sicurezza all'attività del Notaio.

Anche se la motivazione precipua che si dà alla tesi sostenuta è quella di dare spazio alle esigenze di commerciabilità dei beni.

Con la seconda posizione, invece, non si vuole tanto rendere vulnerabile la posizione del Notaio, quanto giustificare nella sostanza quello che appare scritto soltanto in punto di forma; fermo restando che sul piano del pubblico ufficio il notaio non può essere dichiarato responsabile di dichiarazioni non veritiere della parte (e quindi non si può in alcun modo ritenere il notaio responsabile della violazione dell'art.28 legge notarile sulla base di una dichiarazione di parte apparentemente veritiera, ma in effetti falsa), ma occorre rifarsi al più ampio contesto del contratto d'opera professionale per ritenere il notaio impegnato ad offrire una prestazione che in qualche misura riscontri la esattezza delle dichiarazioni di parte.

La dottrina notarile è divisa tra sostenitori della nullità formale e di quella sostanziale.

La giurisprudenza maggioritaria è per la tesi della nullità formale: vedi Cass. 22.11.2012 n.20714, Cass. 19.12.2006

n.27129, Cass. 24.3.2004 n.5898, Cass.5.7.2013 n.16876.

A favore della nullità sostanziale è la sola ultima Cassazione 17.10.2013 n.23591.

Detta ultima cassazione, invece, disconosce il precedente orientamento e afferma in modo netto, che nel caso analizzato (trattasi di un preliminare) il contratto posto in essere, malgrado l'indicazione in esso degli estremi del provvedimento abilitativo del Comune, è nullo, sia per motivi sostanziali, sia per motivi formali.

Responsabilità del Notaio

Nel caso si abbracci la tesi della nullità formale nulla questione.

Nella ipotesi in cui si aderisca, invece, alla tesi della nullità sostanziale, come innanzi detto, è da escludere la responsabilità del Notaio ex art.28, ma occorre rifarsi al più ampio contesto del contratto d'opera professionale per ritenere il notaio impegnato ad offrire una prestazione che in qualche misura riscontri la esattezza della dichiarazione delle parti.

Gurisprudenza:

Tesi a favore della non responsabilità del Notaio in ogni caso:

Cass. Pen. Sez. V 30.11.2011 n.11628

"Non sussiste alcun obbligo a carico del Notaio rogante circa la verifica sulla veridicità delle affermazioni del soggetto alienante sulla conformità urbanistica del fabbricato oggetto di cessione. Deve ravvisarsi l'operatività della fattispecie di cui all'art.483 c.p. per quanto attiene all'obbligo di affermare il vero da parte dell'alienante mentre il notaio rogante risponde esclusivamente della conformità dell'atto alla dichiarazione ricevuta.

Conforme Cass. Civile 17.6.99 n.6018:

Il Notaio che abbia autenticato le sottoscrizioni delle parti in calce ad una scrittura privata di vendita di una unità immobiliare compresa in un edificio, senza aver ricevuto dalle parti un incarico specifico di assistenza e consulenza, non può essere considerato responsabile di una dichiarazione invalida resa dalla parte relativamente alla rispondenza dello stato di fatto della singola porzione immobiliare alla concessione edilizia relativa all'intero edificio, non estendendosi la fede privilegiata propria dell'atto notarile al contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti, onde non è configurabile alcuna attività obbligatoria di accertamento da parte del Notaio che non ne abbia ricevuto specifico incarico,

sulla veridicità delle dichiarazioni stesse e quindi alcune sue responsabilità per invalidità dell'atto derivante da loro inidoneità".

Di diverso avviso, nel senso che viene richiesto da parte del Notaio un controllo più pregnante in materia urbanistica ed edilizia, è un recente indirizzo della Cassazione penale (n.15981/2013) la quale, in uno ad altre sentenze, in materia di lottizzazione abusiva, sostiene quanto segue:

"A fronte dell'apparenza del requisito formale della commerciabilità del bene, emergente dalla dichiarazione di rito della parte venditrice che assevera titolo abilitativo e provenienza dell'immobile, il Notaio deve preoccuparsi che l'atto non nasca invalido o invalidabile e che lo stesso strumento riduca al massimo il rischio dell'emergenza di liti interpretative tra le parti. Spetta al Notaio, dunque l'esame puntuale della documentazione storica dell'immobile per la completa tranquillità di non rischiare la invalidità dell'atto; egli, quale privato esercente pubbliche funzioni, deve assumere una pregnante funzione di controllo documentale, sussistendo un interesse generale da tutelare oltre quello delle parti costituite in atto.

Occorrerà ora approfondire cosa intenda la sentenza per "documentazione storica" e "pregnante funzione di controllo

documentale".

Requisiti sostanziali dell'atto

Affinchè sia valido, l'atto notarile deve **anche** avere per oggetto edifici commerciabili ossia dotati dei requisiti minimi di regolarità urbanistica senza i quali gli stessi debbono ritenersi totalmente abusivi e come tali incommerciabili.

Ma quali sono i requisiti minimi sussistendo i quali gli edifici possono ritenersi commerciabili?

Per rispondere a tale quesito bisogna distinguere tra edifici costruiti prima del 1 settembre 1967 ed edifici costruiti dopo il 1 settembre 1967.

Edifici ante 67

Perchè questa data?

Prima della entrata in vigore della legge urbanistica del 1942 (art.31) per poter costruire non era necessaria l'autorizzazione comunale, salvo eventuale diverse prescrizioni contenute in piani regolatori o regolamenti edilizi comunali, che esistevano solo nelle grandi città (es. Roma, Napoli).

Ad esempio il primo strumento edificatorio per Salerno è del 1925 limitato al solo perimetro urbano che si estendeva all'incirca fino alla stazione ferroviaria.

L'art.31 della legge urbanistica generale del 1942 impone l'obbligo della licenza edilizia comunale "a chiunque intende compiere nuove costruzioni o ampliare o modificare la struttura o l'aspetto nei centri abitati e , dove esista il piano regolatore comunale, anche dentro le zone di espansione.

Pertanto, in linea di massima, fino al 1967 non è stata necessaria la licenza edilizia per costruire fuori dei centri abitati (TAR Campania Salerno 26/5/1993 n.793), cioè, come ha detto la giurisprudenza, fuori dei principali nuclei urbani e di quelle zone che, distinte e separate dai medesimi, costituiscono, comunque, un raggruppamento edilizio, anche senza raggiungere la consistenza di una frazione o di una borgata.

La legge Ponte del 1967 - oltre ad estendere l'obbligo della ~~licenza edilizia all'intero territorio comunale~~ - ha previsto espressamente la necessità della licenza anche per interventi di demolizione delle costruzioni esistenti e per opere di urbanizzazione del terreno (come la realizzazione di strade private).

La stessa legge (art.10; oggi art.12 T.U.) ha stabilito che la licenza (oggi permesso di costruire) è in ogni caso subordi-

nata all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria (salvo che il comune abbia già previsto di attuarle nel successivo triennio o il privato si impegni a realizzarle contemporaneamente alla costruzione in progetto. La detta disciplina vale anche nelle zone con opere di urbanizzazione primaria insufficienti o parziali).

Pertanto, per gli edifici costruiti anteriormente al 1° settembre 1967 siamo in presenza di immobili sempre commerciabili.

E' chiaro, in virtù di quanto innanzi detto, che la commerciabilità del bene ante 67 non ha nulla a che fare con la conformità edilizia e urbanistica che potrebbe anche totalmente mancare.

Pertanto l'ante 67 almeno, per i centri abitati, non esime, se si vuole fornire al cittadino una consulenza appropriata, dalla ricerca della licenza edilizia.

Per la mia esperienza vi dico di fare attenzione agli immobili costituenti l'ultimo piano di fabbricati ubicati nei centri urbani. Molto spesso sono abusivi.

Vi rammento, poi, che mentre i reati edilizi si prescrivono in

quattro anni dall'ultimazione dell'opera, le sanzioni amministrative (abbattimento, riduzione in pristino) sono imprescrittibili.

Esiste un orientamento difforme, però minoritario, secondo il quale "il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso" e "il protrarsi dell'inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza" potrebbero ingenerare un affidamento del privato, rispetto al quale sussisterebbe un "onere di congrua motivazione" circa il "pubblico interesse, evidentemente diverso da quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato" (C.d.S. sez. V 29 maggio 2006 n.3270).

Edifici post 67

Gli atti tra vivi, a pena di nullità, devono contenere, per dichiarazione dell'alienante:

- a) ~~gli estremi del permesso di costruire;~~
- b) o gli estremi del permesso in sanatoria;
- c) gli estremi della D.I.A. nei casi di cui al 3° comma dell'art.22, T.U. sull'Edilizia.

Ma quali sono, in pratica, le ipotesi in cui si verifica la nullità?

Nell'ambito della legge 47/85, dopo un iniziale periodo di incertezza, si tendeva ad affermare che i problemi di commercializzazione del bene insorgessero soltanto nell'ipotesi di abuso primario, cioè di abuso per nuova costruzione priva del tutto di concessione edilizia.

Ci si chiedeva cioè, se una volta disponibile la concessione o la licenza iniziale, l'unità potesse sempre negoziarsi senza limiti, ricorrendo al primario provvedimento di assentimento, anche nell'ipotesi che detta unità fosse sottoposta a parziale revisione edilizia.

Al quesito si rispondeva affermativamente.

Con l'entrata in vigore del T.U. sull'edilizia le cose cambiano:

1) L'interessato, per realizzare una prima costruzione, che è quella rilevante per la commercializzazione dei fabbricati, può indifferentemente utilizzare il permesso di costruire oppure utilizzare la DIA (Art. 22 3° comma T.U. sull'edilizia: interventi di nuova costruzione qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati; interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche).

Si comprende quindi come il problema di stabilire se la costruzione negoziata ponga un problema di commerciabilità oggi va risolto in altro modo rispetto al passato.

In precedenza si teneva conto di un doppio strumento: a) il tipo di provvedimento abilitativo; b) il requisito della prima edificazione.

Va da sè che la prima edificazione pretendeva la concessione edilizia, per cui la mancanza di questa determinava l'incommerciabilità del bene. Ma se quest'ultimo era stato assentito con autorizzazione o con D.I.A., si riteneva che il bene, ancorchè abusivo, potesse essere regolarmente negoziato.

In questo modo, in altre parole, la necessità della c.e. era una sorta di valvola di sicurezza che rendeva tranquilli: se ~~non occorre la c.e. per costruire, ma bastava autorizzazione~~ o DIA, non si versava in ipotesi di incommerciabilità del bene.

Ora non si può più far leva sul tipo di provvedimento abilitativo, ma occorre dare esclusivo risalto al tipo di costruzione: se questa realizza un prima costruzione, qualunque sia il meccanismo utilizzato (permesso di costruire o DIA) vi sarà

sempre un problema di commerciabilità del bene (vedi art.46 T.U.).

Il Notaio quando riceve un atto che ha per oggetto un fabbricato (sia esso un intero fabbricato, sia un singolo appartamento, sia un box auto, sia un locale adibito ad attività commerciale, sia un opificio industriale, sia un capannone) deve accertarsi se esiste o meno a monte, cioè prima della costruzione, il permesso di costruire oppure la D.I.A., perchè solo ciò eviterà di realizzare un abuso primario, cioè una prima costruzione dal nulla, e quindi è soltanto, al sodo, ai fini della commerciabilità dell'atto, la esistenza o la mancanza del meccanismo abilitativo che interessa;

2) differentemente da prima, l'art.46 T.U. prevede la nullità dell'atto per mancanza non solo del provvedimento che autorizza la prima costruzione del suolo (permesso di costruire o D.I.A.) ma anche per mancanza del provvedimento (anche qui permesso di costruire o D.I.A.) che autorizza gli interventi di ristrutturazione di cui all'art.10 comma 1 lettera c del T.U., la cosiddetta "ristrutturazione maggiore".

Gli interventi di cui all'art.10 comma 1 lettera c consistono negli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente

e che comportino aumenti di unità immobiliari, modifiche del volume, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee. A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli del D.lvo 22.1.2004 n.42 e successive modificazioni.

Quella di cui innanzi è la cd. "ristrutturazione maggiore" la cui mancanza del titolo abilitativo negli atti dà luogo a nullità.

Altra cosa è la cd. "ristrutturazione minore" di cui all'art.3 c.1 lettera d del T.U.. Essa è costituita da: "interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possano portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi o impianti.

Per questo tipo di intervento oggi necessita la SCIA, la cui mancata menzione in atto non dà luogo a nullità.

Differenze tra ristrutturazione maggiore e minore:

1) per aversi ristrutturazione maggiore è necessario:

a) un intervento edilizio che porta ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello precedente.

Vi deve essere, pertanto, un intervento edilizio complesso, costituito da un insieme sistematico di opere, riguardanti l'intero manufatto da negoziare, e non singole parti dello stesso.

b) comunque tali opere comportino uno di tali effetti:

aumento delle unità, modifica del volume, modifica della sagoma, modifica dei prospetti, modifica della superficie o mutamento della destinazione d'uso in zona A in base in base al PRG.

In teoria, per aversi ristrutturazione maggiore non basta soltanto uno o più singoli interventi di cui innanzi, perchè è necessario che comunque tali opere portino ad un organismo in tutto o in parte diverso da quello precedente.

Ma c'è anche chi sostiene che il semplice mutamento di destinazione d'uso in Zona A con opere configurerebbe comunque una ipotesi di ristrutturazione edilizia ex art.10 a. in quanto l'esecuzione dei lavori porta pur sempre alla creazione di un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente.

L'intervento sarà soggetto a pagamento degli oneri concessori, con rilevanti conseguenze ai fini civilistici, perchè l'atto

notarile avente ad oggetto un immobile con tale tipo di abuso da ricevibile diverrebbe irricevibile.

Ma allora possiamo concludere che la nullità dell'atto ex art. 46 T.U. sia solo in caso di mancanza del primo titolo abilitativo o del titolo abilitativo per la ristrutturazione maggiore? No

La dottrina e la giurisprudenza unanime hanno ampliato le ipotesi di nullità ex art. 46 T.U. anche alla fattispecie della totale difformità del manufatto dai titoli abilitativi di cui innanzi (primo permesso di costruire e titolo per la cd ristrutturazione maggiore).

Farò ora un breve excursus sugli abusi edilizi.

Si qualifica abuso edilizio l'attività edificatoria posta in essere senza i necessari riscontri di conformità da parte dell'Amministrazione comunale, riscontri che possono sfociare:

- a) **nel permesso di costruire necessario, ai sensi dell'art. 10 T.U.:** per gli interventi di nuova costruzione, di ristrutturazione urbanistica, di ristrutturazione maggiore e di mutamenti di destinazione d'uso ove previsto dalle regioni;
- b) **nella denuncia di inizio attività (D.I.A. o Super D.I.A.)**

di cui all'art.22 3° comma T.U. sull'Edilizia, innanzi citato;
(ripetere le ipotesi)

c) **nella SCIA** di cui alla legge 30 luglio 2010 n.122 e legge 12 luglio 2011 n.106 che ha dettato una disposizione di carattere interpretativo con la quale la SCIA sostituisce la DIA per tutti gli interventi edilizi di cui all'art.22 commi 1 e 2 T.U. (cioè gli interventi diversi da quelli previsti dall'art.10 T.U. e 22, 3° comma T.U.), mentre troverà, al contrario, ancora applicazione la DIA (cd. super DIA) ove la stessa in base alla normativa statale o regionale sia alternativa o sostitutiva al permesso di costruire (art.22 comma 3 T.U.).

Gli abusi edilizi che vado a descrivere possono riguardare:

- a) gli interventi di prima edificazione;
- b) gli interventi su immobili preesistenti.

L'abuso totale o abuso primario costituisce un abuso edilizio consistente nella costruzione dal nulla di un intero edificio e quindi nella trasformazione del terreno in edificio oppure, nel caso di edificio esistente, nella costruzione di una parte autonoma del tutto nuova di esso (suscettibile, cioè, di essere commercializzata autonomamente dalla restante parte e non come porzione inscindibile, perchè pertinenza o perchè fisicamente aggregato al resto), il tutto senza concessione, licenza, permesso o DIA. Vi è sanzione civile (nullità dell'atto Art.46

T.U.), sanzione penale (ammenda e arresto Art.44 T.U.), sanzione amministrativa (Art.33 T.U. demolizione, e se non possibile, sanzione pecuniaria).

La totale difformità al permesso di costruire madre o per la ristrutturazione maggiore: fattispecie equiparata alla mancanza di permesso, si verifica nell'ipotesi minuziosamente prevista dall'art.31 T.U.. Si ha cioè nell'ipotesi di organismo edilizio, **integralmente diverso** da quello assentito con permesso, per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche, o di utilizzazione; oppure di organismo caratterizzato da volumi tali e da costituire organismo edilizio autonomamente utilizzabile.

Vi è sanzione penale (ammenda e arresto - art. 44 lettera b T.U.), sanzione amministrativa (Art.33 T.U. demolizione, o se non possibile, sanzione pecuniaria), sanzione civile (nullità dell'atto per interpretazione).

Variazioni essenziali al permesso di costruire madre o per la ristrutturazione maggiore (art. 32 T.U.): Vi è sanzione penale (ammenda ex Art.44 lettera a T.U., ma nel caso di immobili vincolati vi è l'arresto ai sensi dell'art.44 lettera b T.U.); sanzione amministrativa (Art. 31 T.U. demolizione o, se non possibile, sanzione pecuniaria); non c'è nullità dell'atto, quindi bene commerciabile.

Resta esclusa, pertanto, da ogni sanzione di invalidità dell'atto in caso di variazioni essenziali di cui all'art.32 T.U., che pure sotto il profilo delle sanzioni amministrative e in parte sotto quello penale, è accomunato ai casi più gravi di abusivismo, a meno che essa non riguardi immobili vincolati perche' in tal caso la variazione essenziale si converte in totale difformità, con conseguente incommerciabilità del bene.

E ciò in quanto poichè le variazioni essenziali sono determinate dalle singole Regioni, sarebbe poco convincente l'ipotesi di una invalidità correlata a un vizio che varia da Regione a Regione, secondo una normativa particolare intervenuta soltanto in parte.

Ad esempio costituiscono variazione essenziale il mutamento di destinazione d'uso che implica variazione degli standard urbanistici previsti dal D.M. 2 aprile 1968. Detti mutamenti sono determinati dalle Regioni.

Salvo poi quanto in seguito a dirsi in materia di lottizzazione.

Parziale difformità al permesso di costruire madre o per la

ristrutturazione maggiore: Vi è sanzione penale (solo ammenda, Art.44 T.U.) no sanzione civile (nullità), si sanzione amministrativa (demolizione o, se non possibile, sanzione pecuniaria - Art.34 T.U.).

In estrema sintesi, il T.U. sull'Edilizia 47/1985 prevede tre ordini di sanzioni per l'abusivismo edilizio:

sanzione penale Art. 44 T.U.: riguarda i casi di esecuzione di opere in assenza di permesso di costruire ai sensi dell'art.10 T.U. e DIA ai sensi dell'art.22 comma 3 o eseguiti in assenza o totale difformità degli stessi, con variazioni essenziali o, in parziale difformità.

Il reato si prescrive in anni 4 dall'ultimazione dei lavori. La sanzione prevista è l'ammenda e l'arresto fino a 2 anni nei soli casi di esecuzione di lavori in totale difformità o assenza del permesso di costruire, negli altri casi solo l'ammenda.

sanzione amministrativa Artt.31-33 T.U.: rimozione dell'opera e dell'acquisizione gratuita di essa al Comune (Imprescrittibile), per le opere in assenza di permesso di costruire, totale difformità, variazione essenziale, parziale difformità e nei casi in cui la rimozione non sia possibile, sanzione pecuniaria.

sanzione civilistica della nullità dell'atto posto in essere (art.46 T.U. sull'Edilizia, Imprescrittibile), per le opere in assenza del permesso di costruire primario o in totale difformità dal medesimo e per le opere in assenza del permesso di costruire costituenti ristrutturazione maggiore ai sensi dell'art.10 comma 1 lettera c o in totale difformità dal medesimo.

Art. 37 T.U.: regola l'esecuzione di opere in assenza o difformità della D.I.A. (oggi SCIA) di cui all'art.22 1° e 2° comma T.U., sanzione solo pecuniaria. Infatti l'art.37 T.U. prevede la sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile conseguente alla realizzazione degli interventi stessi e comunque non inferiore a euro Euro 516.

Per le opere di ristrutturazione minore, restauro e risanamento conservativo su immobili vincolati in base a leggi statali e regionali o nelle zone A, anche riduzione in pristino.

Dette sanzioni costituiscono un deterrente nell'intento di arginare in modo adeguato l'abusivismo edilizio. Ma non vi è

dubbio che, tra queste sanzioni, quella che ha costituito il deterrente maggiore è stata certamente quella civilistica non tanto per la portata sanzionatoria in sé considerata, quanto perchè la nullità dell'atto impedisce la commercializzazione del bene abusivo.

In definitiva si può con certezza affermare che le uniche ipotesi che rendono il bene incommerciabile e quindi l'atto nullo sono:

- la mancanza del provvedimento che autorizza la trasformazione del suolo in manufatto;
- la mancanza del provvedimento che autorizza la cd. ristrutturazione maggiore;
- l'abuso consistente nella totale difformità dai provvedimenti di cui innanzi costituito dalla costruzione di una parte autonoma del tutto nuova;

Mentre non sono soggetti ad alcun limite, circa la loro commerciabilità, gli abusi di minore gravità (abusivi parziali, variazioni essenziali) che, comunque, restano assoggettati alle sanzioni di tipo amministrativo e penale.

La suesposta tesi è stata affermata dal Consiglio Nazionale dei Notariato (Circolari 1/87; 22/10/1994 prot.3138; 21.04.1995 prot.1287; 02.02.1996 prot.279), dal Ministero dei

Lavori Pubblici con circolare 17.06.1995 n.2241 UL) e dalla Giurisprudenza (cass.27.04.1993 n.4926; Cass. 09.12.1992 n.13024).

Si rammenta, però, che -ai sensi dell'art.331 (ex art.2) c.p.p. -il Notaio rogante in caso di trasferimento di immobile affetto da abusi edilizi per il quale è necessario permesso di costruire ex art.10 o DIA ex art.22 3° c. T.U. per i quali emergono ipotesi di reato perseguibile d'ufficio, dovrà farne denuncia per iscritto e senza ritardo al Pubblico Ministero o ad un ufficiale di Polizia giudiziaria.

Non c'è sanzione penale per gli interventi soggetti a SCIA, ma **solo una sanzione pecunaria** e, ripeto, vi può essere anche la sanzione amministrativa della rimozione, ove possibile per i casi di ristrutturazione minore, per le opere di restauro e risanamento conservativo su immobili vincolati in base a leggi statali e regionali e su immobili in zona A effettuati in assenza di titolo o in totale difformità.

Per quanto concerne gli altri interventi sul preesistente diversi dalla ristrutturazione maggiore, la mancanza del titolo abilitativo, qualunque esso sia, non dà luogo a nullità.

Ma occorre distinguere tra:

a) interventi sul preesistente soggetti a SCIA. La mancanza

della medesima, come già detto innanzi, non dà mai luogo a incommerciabilità del bene, non genera sanzioni penali e quindi non essendovi obbligo di rapporto da parte del Notaio può essere, facilmente, oggetto di regolamentazione in atto.

Resta la sanzione pecuniaria in tutti i casi e, ripeto, quella della rimozione, ove possibile, per i soli casi di ristrutturazione minore, per le opere di restauro e risanamento conservativo su immobili vincolati in base a leggi statali e regionali e su immobili in zona A.

Essi sono:

- il mutamento di destinazione d'uso solo funzionale (non accompagnato da opere) Ricordare Cassazione penale su lottizzazione;

-gli interventi di restauro e risanamento conservativo;

-il frazionamento di quella che in progetto approvato era un'unica unità in due o più distinte unità (con l'esecuzione di opere minime), esclusivamente interne per ottenere la fisica separazione delle unità;

-gli interventi di manutenzione straordinaria che riguardano parti strutturali dell'edificio;

-l'accorpamento di quelle che in progetto approvato erano due o più unità in una unica unità;

-l'ampliamento di fabbricati all'interno della sagoma esistente che non determinino volumi autonomi.

Pero' occorre fare attenzione, ad esempio riguardo ai sopralchi; in giurisprudenza si e' ritenuto che tale manufatto rientri nella nozione di opere interne sottratto a permesso. Si e' pero' anche opinato, piu' condivisibilmente, che se esso sia realizzato per uso abitativo o comunque sia tale da realizzare un incremento del carico urbanistico, sia necessario il permesso;

-semplici modifiche prospettiche, ad esempio apertura e chiusura di una o più finestre, di una o più porte e che potrebbe considerarsi intervento di restauro e risanamento conservativo. Questo è quello che dice Rizzi, ma dette opere potrebbero considerarsi anche nuova costruzione ex art.10 con risvolti anche penali. Fare attenzione.

-gli interventi di ristrutturazione edilizia cd. minore.

b) Gli interventi sul preesistente soggetti a permesso di costruire in quanto da considerarsi nuova costruzione la cui

manca non dà luogo a incommerciabilità, ma che sono soggetti a sanzioni penali e amministrative:

-l'intervento volto a realizzare l'ampliamento (un vano in più) o la sopraelevazione di un edificio o di una unità (una mansarda comunicante con l'appartamento sottostante mediante scala interna) sempre che non porti alla realizzazione di una unità funzionalmente autonoma o ad una ristrutturazione maggiore ex art.22 III comma (in tali casi saremmo nell'ipotesi di abuso primario). Intervento che se non autorizzato, è qualificato come variazione essenziale all'art.32 T.U. qualora l'ampliamento o la sopraelevazione porti ad un consistente aumento della cubatura o della superficie ovvero come "parziale difformità" ai sensi dell'art.34 T.U., entrambi con risvolti penali.

In tal caso il bene è commerciabile fermo restando l'abuso, ma il Notaio, se ne è a conoscenza ha l'obbligo di rapporto ex art.331 C.P.C. pertanto una eventuale regolamentazione in atto soggiacerà a tale obbligo.

Mi preme sottolineare che l'inquadramento dell'ampliamento tra le varie tipologie di abuso (totale difformità, variazione essenziale, parziale difformità) è molto problematico.

In linea teorica l'ampliamento da totale difformità è quello

che crea un organismo autonomo.

-l'ampliamento da variazione essenziale è quello "**consistente**" per volume o per superficie rispetto al progetto approvato. Ma come si fa a valutare che l'aumento è consistente? Su questo punto dovrebbero legiferare le Regioni, parecchie lo hanno fatto, ma la Campania no. Ad esempio:

-la **Regione Piemonte** dispone che la variazione essenziale al progetto approvato si realizza quando si verificano almeno una delle seguenti condizioni:

a) mutamento della destinazione d'uso degli immobili o di parti di unità immobiliari, superiori al 30 per cento della superficie utile lorda dell'unità stessa o superiori a 20 metri quadrati per unità immobiliare, qualora ciò comporti il passaggio da una ad altra categoria di cui all'articolo 8, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f);

b) aumento di entità superiore al 5 per cento di uno dei seguenti parametri: superficie coperta, superficie utile lorda, volumetria;

c) riduzione di entità superiore al 10 per cento di uno dei seguenti parametri: distanza da altri fabbricati, dai confini di proprietà, dalle strade;

d) modifica della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza, quando la sovrapposizione della sagoma a terra dell'edificio in progetto e di quello realizzato, per effetto

di rotazione o traslazione di questo, sia inferiore al 50 per cento.

-la **Regione Emilia Romagna** dispone che costituiscono variazioni essenziali:

-gli scostamenti di entità superiore al 10 per cento rispetto alla superficie coperta, al rapporto di copertura, al perimetro, all'altezza dei fabbricati, alla sagoma, alle distanze tra fabbricati e dai confini di proprietà anche a diversi livelli di altezza, nonché rispetto alla localizzazione del fabbricato sull'area di pertinenza;

-gli aumenti della cubatura rispetto al progetto del 10 per cento e comunque superiori a 300 m.c., con esclusione di quelli che riguardino soltanto le cubature accessorie ed i volumi tecnici, così come definiti ed identificati dalle norme urbanistiche ed edilizie comunali;

-gli aumenti della superficie utile superiori a 100 mq.

Occorre, poi, considerare che l'aumento consistente della volumetria o della superficie non rende il bene incommerciabile in quanto variazione essenziale ma se, esiste un vincolo, detto aumento costituisce totale difformità e quindi incommerciabilità.

Sofferamoci sulla totale difformità che, come innanzi detto, dà luogo a nullità dell'atto.

Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile (così Art.31 comma 1 T.U. sull'edilizia).

La giurisprudenza della Cassazione penale ha avuto modo di recare un suo piccolo contributo all'illustrazione della predetta norma in varie sentenze.

Questa norma, secondo la giurisprudenza, si può riassumere in due distinte fattispecie di totale difformità:

- 1) la prima consiste nell'integrale diversità dell'organismo e coinvolge una prospettiva dell'intera opera ("organismo edilizio integralmente diverso")
- 2) la seconda è rapportabile anche a singoli aspetti dell'opera realizzata (esecuzione di volumi oltre i limiti del progetto tali da costituire un organismo edilizio o parte di

esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzo).

Prima di passare alle singole ipotesi di tale difformità mi sembra utile evidenziare il sottile limite che esiste tra tale difformità e variazione essenziale di cui all'art.32, il quale dispone:

"Le regioni stabiliscono quali siano le variazioni essenziali al progetto quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:

- a) mutamento della destinazione d'uso;
- b) aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato;
- c) modifiche sostanziali di parametri urbanistici-edilizi del progetto approvato o della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza;
- d) mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito;
- e) ~~violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica~~, quando non attengano a fatti procedurali.

E' molto importante evidenziare che, ai sensi del suddetto art.32, tutti i suddetti interventi se effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, architettonico artistico, archeologico, paesistico ed ambientale, nonchè su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali,

sono considerati in totale difformità dal permesso.

Riguardo a quest'ultimo comma dell'art.32 è da valutare se una disposizione contenuta in una norma che disciplina l'aspetto penale della vicenda abbia anche risvolti civilistici.

Mi spiego: sotto il profilo della applicazione della norma penale la variazione essenziale su immobili vincolati è considerata totale difformità.

Si può dire lo stesso in campo civilistico, con la conseguenza che la variazione essenziale su immobile vincolato è anche in questo ambito viene equiparata alla totale difformità, con la conseguenza che l'immobile vincolato con variazione essenziale è incommerciabile?

Ma come si fa a distinguere le ipotesi di totale difformità che rendono il bene incommerciabile, con le ipotesi di variazioni essenziali che non ne impediscono la commerciabilità?

E' da notare, infatti, che entrambi gli artt. 31 (totale difformità) e 32 (variazioni essenziali) prevedono ipotesi apparentemente analoghe: **mutamento della destinazione d'uso, modifiche parametri urbanistici, aumento significativo della volumetria.**

La differenza, almeno dal punto di vista teorico, è data dalla

circostanza che per aversi totale difformità l'abuso deve, comunque, portare:

- a) ad un organismo edilizio **integralmente diverso** da quello assentito (**aliud pro alio**);
- b) nella edificazione di volumi in più che creino un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile.

In pratica, però, la distinzione tra totale difformità è più difficile, anche in considerazione del fatto la giurisprudenza non è sempre chiara sul punto.

Vediamo ora, infatti, la giurisprudenza.

Cass. Penale 5330/1992: "la difformità totale dalla concessione edilizia è configurabile - nel caso di diversa utilizzazione dell'organismo edilizio rispetto a quello approvato - soltanto quando la diversità **concerne l'intero edificio** e sia accompagnata da trasformazioni tipologiche e planovolumetriche di tale entità da costituire **stravolgimento** complessivo dell'originario progetto, non più riferibile all'immobile realizzato".

In questo modo la Cassazione penale ha sostanzialmente enunciato il principio che l'utilizzazione del manufatto, per essere totalmente diversa, non si può rapportare a singole porzioni dell'immobile, perchè in questo caso si avrebbe variazione essenziale, ma deve riguardare l'intera costruzione.

Conforme Cass. Penale 23.6.2011 n.25191.

Cass.25159/2003: in materia edilizia si ha difformità totale della concessione quando la diversità concerne la intera opera e sia accompagnata da trasformazioni tipologiche e planovolumetriche di tale entità da costruire **uno stravolgimento complessivo dell'originario progetto, non più riferibile all'immobile realizzato.**

Cass. 16676 del 22.4.2008: "devono ritenersi eseguite in totale difformità dal permesso di costruire quelle opere che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche....."

La difformità totale si verifica, dunque, **allorchè si costruisca "aliud pro alio"** e ciò è riscontrabile allorchè i lavori eseguiti tendano a realizzare opere non rientranti tra quelle consentite, che abbiano una loro autonomia e novità, oltre che sul piano costruttivo, anche su quello della valutazione economico sociale. Il concetto di difformità parziale si riferisce, invece, ad ipotesi tra le quali possono farsi rientrare gli aumenti di cubatura o di superficie di scarsa consistenza, nonché le variazioni a parti accessorie che non abbiano specifica rilevanza".

Cass. pen. 9018/1989: "la costruzione di un fabbricato più alto di 40 cm rispetto a quello per il quale sia stata rilasciata la concessione non integra gli estremi della totale difformità.

Cass. penale 841 del 28.4.2010: costituisce parziale difformità e non totale difformità (come sostenuto dalla Corte di appello) la ipotesi in cui l'intervento assentito interessava una cubatura di mc 1106,12 mentre la difformità riscontrata aveva comportato un aumento modestissimo (per soli 6 mc. circa) di detti volumi.

Cass. Penale n.3593 del 27.1.2009: "la difformità totale si verifica allorchè si costruisca aliud pro alio....

L'espressione "organismo edilizio" indica sia una sola unità immobiliare sia una pluralità di porzione volumetriche e la difformità totale può riconnettersi sia alla costruzione di un corpo autonomo sia all'effettuazione di modifiche interne con opere tali da comportare un intervento che abbia rilevanza urbanistica in quanto incidente sull'assetto del territorio attraverso l'aumento del cd. carico urbanistico.

Difformità totale può aversi, inoltre, anche nel caso di mutamento di destinazione d'uso di un immobile parte di esso,

realizzato attraverso opere implicando una totale modificazione rispetto al previsto.

Il riferimento alla autonoma utilizzabilità non impone che il corpo difforme sia separato dall'organismo edilizio complessivamente autorizzativo, ma ben può riguardare anche opere realizzate **con una difformità quantitativa** tale da acquistare una sostanziale autonomia rispetto al progetto approvato.

La fattispecie in oggetto è caratterizzata dalla realizzazione di un vero e proprio piano sopraelevato, a fronte di una assentita altana sorretta da pilastri e aperta su due lati, con creazione di volumi non autorizzati.

Cass. 42114 del 21.12.2006

"L'indagato, costruendo un gazebo in luogo di un semplice ombrellone di tipo hawaiano, ha realizzato un'opera strutturalmente e tipologicamente diversa da quella assentita (quindi, dico io, significa totale difformità) e che chiudendo la veranda ed un preesistente gazebo, ha quanto meno, aumentato la cubatura della costruzione assentita realizzando una variazione essenziale".

Cass. penale 5899/1990: si ha totale difformità dalla c.e. nel caso vi sia eccedenza volumetrica, creazione di un organismo edilizio o di parte di esso, rilevanza specifica dell'opera e sue autonome utilizzabilità. Questi elementi devono, per dare

luogo ad una delle due ipotesi di totale difformità legislativamente disciplinate, sussistere tutti contemporaneamente. La rilevanza specifica va interpretata nel senso che non ogni superamento dei limiti volumetrici configura il reato de quo, **ma soltanto quello che abbia una notevole consistenza.**

Cass. n.30045 del 28.7.2011: sono riconducibili alla categoria degli interventi in totale difformità l'espansione della superficie al piano terra di un edificio, con suddivisione in due vani mancanti nel progetto originario e la creazione di un terzo locale attraverso la chiusura di una veranda.

Cass. 24.3.2011 n.9281: la trasformazione di locali autorizzati come sottotetti costituenti volumi tecnici in unità immobiliari residenziali di altezza più elevata rispetto alle previsioni progettuali e di superficie corrispondente al piano sottostante, divise in ambienti separati, munite di aperture finestrate, dotate di impianti elettrico ed idrico, è da considerarsi quale intervento in totale difformità dal permesso di costruire.

Cass. pen. 13.10.1981: un modico avanzamento o arretramento rispetto alla linea di confine o costituisce parziale difformità.

Cass. 18.6.1981: La divergenza per eccesso o per difetto, della superficie e della volumetria, di non rilevante entità e tale da non alterare in modo sensibile la natura dell'opera realizzata rispetto a quella assentita, configura l'ipotesi di difformità solo parziale.

Cass. 3.3.1992: è parziale difformità la costruzione ad altezza di colmo superiore a quella prevista nel progetto approvato, ma conforme agli strumenti urbanistici.

Cass. 3.3.1992: è parziale difformità il mutamento della utilizzazione di alcuni vani della costruzione realizzato con opere murarie previste in progetto.

Cass. 5.6.91 n.880: è parziale difformità lo spostamento di opere edilizie rispetto al progetto edilizio assentito.

Cass. 3.10.2002: costituisce totale difformità la trasformazione di un sottotetto in mansarda.

Trib. Bologna 29.6.2004: la trasformazione in abitazione del sottotetto di un appartamento che già era residenziale e, quindi, della stessa unità immobiliare di cui la soffitta era parte integrante e che perciò ne condivideva la naturale destinazione abitativa, non comportando alcuna variazione dello

standard o del carico urbanistico, resta penalmente irrilevante.

Costituiscono, inoltre, casi di totale difformità:

-la realizzazione di strutture di un capannone con materiali diversi da quelli autorizzati (muri perimetrali esterni in blocco di tufo anzichè con semplice materiale metallico);

-la costruzione di vani mediante la chiusura di terrazzi perimetrali non previsti nel permesso di costruire (Cass. 8.5.1991).

Il posizionamento di un fabbricato diverso da quello assentito è totale difformità sotto l'alterazione delle caratteristiche planovolumetriche (Cass. 12.3.2007). Per qualche sentenza è variazione essenziale.

Nel caso in cui la modifica sia di scarsa rilevanza si ha parziale difformità (Cass. 28.4.1987).

Fuori dal coro:

Cass. 7.1.2010 n.52: Sono da considerarsi irregolari e, come tali, **non commerciabili** quei fabbricati in relazione ai quali siano realizzati interventi di trasformazione edilizia, per i quali è necessario il rilascio della c.e., essendo al riguardo

sufficiente, ai fini di escluderne la commerciabilità, che l'opera abbia subito modifiche nella sagoma o nel volume rispetto a quello preesistente.

In particolare, una veranda è da considerarsi in senso tecnico-giuridico, un nuovo locale autonomamente utilizzabile e difetta normalmente del carattere di precarietà, trattandosi di opera destinata a non sopperire ad esigenze temporanee e contingenti con la sua successiva rimozione, ma a durare nel tempo, ampliando così il godimento dell'immobile. Pertanto, le doglianze in ordine all'entità dell'ampliamento e alla circostanza che si sarebbe realizzata soltanto una veranda sono del tutto irrilevanti, posto che comunque sarebbe stato necessario il rilascio della c.e.: in effetti sono state rilevate opere di trasformazione edilizia prive del carattere della precarietà, non essendo al riguardo rilevante se l'immobile edificato non rappresenti un organismo autonomo rispetto a quello esistente.

VARIAZIONI ESSENZIALI

L'art.32 T.U. attribuisce alle regioni il compito di individuare quali siano le ipotesi di variazioni essenziali al progetto approvato, ma ciò non vuol dire che tale illecito non sia configurabile fino a quando le regioni non abbiano legiferato in materia, visto che la norma in questione è di im-

mediata applicazione contenendo in sè tutti gli elementi per la sua corretta individuazione.

Ipotesi

1) Mutamento di destinazione d'uso che implichi variazione degli standards urbanistici. Per non aversi totale difformità non dobbiamo avere un organismo edilizio integralmente diverso da quello assentito nè un organismo edilizio con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile con volumi edilizi in esubero.

Es:

Per la Regione Piemonte è variazione essenziale il mutamento della destinazione d'uso degli immobili o di parti di unità immobiliari superiori al 30% della superficie utile o superiori a 20 mq. per unità immobiliare.

Il mutamento di destinazione d'uso si verifica quando si passa da una categoria funzionalmente autonoma dal punto di vista urbanistico all'altra, mentre si verifica un semplice mutamento d'uso per tutte le utilizzazioni compatibili con la categoria di appartenenza.

In base al D.M n. 1444 del 2.4.1968 possono individuare le seguenti destinazioni: residenziali, industriale e assimilabile, commerciale o direzionale.

Rileva Cass. 21.10.2002 n.35177 che il mutamento di destinazione d'uso giuridicamente rilevante è solo quello tra categorie funzionalmente autonome, tenuto conto che nell'ambito delle stesse categorie possono aversi mutamenti di fatto, ma non diversi regimi urbanistici, stanti le sostanziali equivalenze dei carichi urbanistici nell'ambito della medesima categoria.

Consultare il R.E. per ogni Comune.

Cass. Consiglio di Stato 27.12.2001 n.6411: è stato ritenuto urbanisticamente rilevante l'utilizzo di un capannone industriale come magazzino per prodotti finiti, essendo quest'ultima un'attività da considerare non produttiva ma di intermediazione commerciale;

Cass. 23.9.2009 n.37077

a) e' variazione essenziale il mutamento della destinazione d'uso da cantina a tavernetta.

b) e' variazione essenziale la modifica della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza, quando l'effetto della rotazione o traslazione sia inferiore al 50%. Al di sopra è totale difformità.

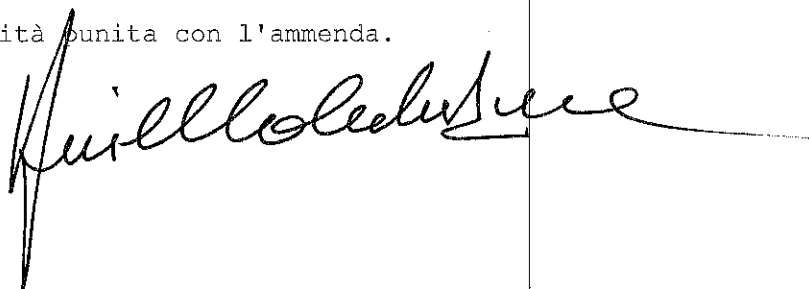
Giurisprudenza

Cass. 23.12.1995 n.203943: è variazione essenziale la costruzione realizzata a distanza (m. 1,40) dall'immobile limitrofo, invece che in aderenza ad esso; ciò sia perchè incide su un parametro urbanistico - quello della distanza dalle costruzioni - che ex art. 873 c.c. non può essere inferiore a tre metri, sia perchè comporta la violazione di una precisa prescrizione della concessione edilizia.

Cass. 31.5.2011 n.21781: la modifica della localizzazione dell'edificio integra variazione essenziale rispetto al progetto, laddove si sia realizzata una traslazione tale da determinare lo spostamento del fabbricato su un'area totalmente o pressochè totalmente diversa da quella originariamente prevista.

Per qualche sentenza è totale difformità. Ma vedi leggi regionali.

Cass. 5.10.2004 n.38760: la realizzazione di finestre e luci su immobili sottoposto a vincolo paesistico - ambientale in difformità del permesso di costruire costituisce variazione essenziale, prevista ai sensi dell'Art.44 lettera c T.U.. Altrimenti è parziale difformità punita con l'ammenda.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Maurilio Colaninno", is written over the bottom right portion of the page.

