

DUCCIO M. TRAINA

USO A FINI RESIDENZIALI DELLE STRUTTURE TURISTICO- RICETTIVE: NON SEMPRE È LOTTIZZAZIONE ABUSIVA

(testo rielaborato della relazione al convegno su “*Le residenze turistico-alberghiere. Riflessioni sulla loro disciplina alla luce della normativa statale regionale*” – Grosseto, 26 giugno 2009)

INDICE

1) La facile eludibilità delle previsioni urbanistiche. 2) Il mutamento di destinazione d’uso senza opere edilizie. 3) La configurabilità della lottizzazione abusiva. 4) Una via non ancora esplorata: l’annullamento d’ufficio del permesso di costruire. 5) Conseguenze dell’annullamento d’ufficio. In particolare, la configurabilità (ma solo in presenza di determinati presupposti) della lottizzazione abusiva. 6) Gli effetti del mutamento d’uso sull’agibilità. 7) Le misure preventive nella prassi dei comuni. 8) Gli eccessi sanzionatori e la necessità di un intervento del legislatore regionale.

** *** **

1) La facile eludibilità delle previsioni urbanistiche

Di quali strumenti, preventivi e repressivi, dispone l’ordinamento amministrativo per contrastare la trasformazione abusiva di strutture turistico-ricettive in civili abitazioni? Sono essi sufficienti e proporzionati?

La questione non appare di poco conto alla luce delle cronache,

giudiziarie e giornalistiche¹, che testimoniano una diffusione crescente del fenomeno e delle sue implicazioni urbanistiche, economiche e occupazionali. Tanto più che, in presenza di complessi immobiliari - come le residenze turistico-alberghiere² - già articolati in unità abitative autonome e dotate dei

¹ Per la giurisprudenza si rinvia alle sentenze riportate *infra* nel testo. L'attenzione mediatica (v. per tutti la trasmissione de "Le Iene" sui cd. "falsi alberghi" andata in onda sull'emittente Italia Uno l'11 novembre 2008) è giustificata dalla rilevanza sociale del fenomeno, che si manifesta non solo per la gravità e la diffusività delle violazioni dell'ordine urbanistico ma anche per le ricadute (mancato indotto) e per le drammatiche conseguenze che la mano dura della giurisprudenza penale (che ha sequestrato a catena gli immobili) ha provocato nei confronti degli acquirenti, che hanno visto svanire l'illusione di una casa di villeggiatura a prezzi contenuti e con essa, in molti casi, anche i propri risparmi. Testimonia l'allarme sociale anche l'interrogazione alla Camera A/01349 del 20 ottobre 2008, ha cui ha dato risposta scritta il Ministro per i Rapporti con il Parlamento in data 16 marzo 2009 spiegando che *«le pieghe e gli spiragli offerti dalle leggi regionali e la stessa frammentazione del sistema normativo hanno consentito ... a diverse RTA di effettuare abusi o di non operare nel rispetto delle leggi. Le violazioni più diffuse sono il cambio di destinazione d'uso ...»*.

² Le RTA rappresentano una delle varie tipologie di "struttura ricettiva" previste dall'art. 6 della l. quadro sul turismo (l. 217/1983) che, seppur abrogata da tempo (in forza dell'art. 11, l. 135/2001 "Riforma della legislazione nazionale del turismo"), rappresenta ancora oggi la base della legislazione regionale. Nonostante la riforma costituzionale del 2001, che ha ricondotto il "turismo" alla competenza legislativa residuale delle regioni (v. C. Cost., sentenze nn. 286/2004 e 94/2008), si registra ancora oggi una tendenziale convergenza tra le varie leggi regionali dovuta all'impronta unitaria iniziale, il che determina problematiche comuni: v. la rassegna contenuta in I. Sanseverino – E. Felici, *Trasformazione abusiva delle RTA in*

requisiti funzionali e igienico-sanitari delle abitazioni (cucina, camera/e da letto, eventuale soggiorno), la trasformazione può compiersi in assenza di opere, e quindi in modo subdolo, senza assumere l'evidenza dell'abuso edilizio "strutturale". Per costituire, in luogo delle RTA autorizzate, puri e semplici condomìni residenziali, più o meno organizzati (con strutture pertinenziali e di servizio, quali impianti sportivi, portierato, sale gioco, ristorante, spazi a verde attrezzato ... ecc.) ma del tutto privi dei requisiti di apertura al pubblico e di gestione unitaria che caratterizzano le destinazioni turistico-ricettive, è infatti sufficiente procedere alla vendita frazionata delle singole "cellule abitative", spesso accatastate come civili abitazioni in cat. "A", non accompagnandola con obblighi contrattuali che assicurino l'effettivo mantenimento della gestione turistica in forma unitaria, o assistendola con clausole negoziali di mera facciata, del tutto insufficienti a tale scopo (nella maggior parte dei casi gli acquirenti dichiarano di conoscere la destinazione d'uso degli edifici e di impegnarsi ad un impiego di tipo ricettivo, ma non assumono obblighi coercibili in tal senso, e *de facto* utilizzano le unità immobiliari come seconde case, talvolta anche come prime case, addirittura usufruendo dei relativi benefici fiscali).

E' appunto a questa fenomenologia che è dedicato il presente studio.

** *** **

2) Il mutamento di destinazione d'uso senza opere edilizie

Sotto il profilo urbanistico la fattispecie sopra descritta si caratterizza

abitazioni residenziali, in *Immobili e proprietà*, I, 2009, 38 ss.

per il fatto che le unità immobiliari, pur fisicamente corrispondenti al titolo edilizio che ne ha autorizzato la costruzione, non sono utilizzate in conformità con la loro destinazione d'uso. Trattasi pertanto di vicenda chiaramente da inquadrare nella tematica delle modifiche della destinazione d'uso non accompagnate da opere edilizie (c.d. modifiche “funzionali” o “senza opere”).

Di conseguenza, la repressione di queste condotte sconta inevitabilmente tutte le lacune, le divergenze interpretative e le inefficienze che contrassegnano, in generale, il controllo sullo *jus utendi* dei fabbricati. Su comportamenti, cioè, che, incidendo sul dimensionamento dei servizi e sulla distribuzione territoriale dei carichi urbanistici, possono nuocere in modo anche grave agli equilibri configurati dai piani urbanistici, ma che non assumono né l'evidenza né la “stabilità” degli abusi che si compiono attraverso le trasformazioni fisiche del territorio (cioè mediante l'esercizio dello *jus aedificandi*), e presentano connotati del tutto peculiari che rendono di difficile adattamento, spesso inefficace e talvolta anche sproporzionato³,

³ Le sanzioni amministrative edilizie, a differenza di quelle penali, hanno principalmente lo scopo di ripristinare l'ordine giuridico violato, eliminando le conseguenze materiali dell'abuso. Anche quando non hanno carattere di reintegrazione in forma specifica (come nel caso della sanzione pecuniaria alternativa alla riduzione in pristino e dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale non solo dell'opera, ma anche del terreno di pertinenza) non assumono natura meramente afflittiva. La sanzione pecuniaria, infatti, ha natura perequativa, perché mira a compensare il vantaggio che la conservazione dell'opera reca al proprietario (e il corrispondente *vulnus* che ciò provoca all'interesse pubblico), e

l'apparato sanzionatorio previsto per contrastare l'abusivismo edilizio "tradizionale".

La problematica è nota e risalente⁴, ed ha visto affermarsi contrastanti

l'acquisizione gratuita è volta a colpire la condotta inadempiente di chi è raggiunto da un'ingiunzione di demolizione (v. Corte Cost., 15 luglio 1991, n. 345). Entrambe, poi, possono essere evitate con la spontanea eliminazione dell'abuso. Unica eccezione a questo costrutto è rappresentata dal cumulo di sanzione pecuniaria e sanzione ripristinatoria previsto dagli artt. 33, c. 3, e 37, c. 2, d.P.R. 380/2001, ma trattasi di previsioni che rompono la logica del sistema.

E' evidente, pertanto, come la riduzione in pristino – cioè la demolizione – di un'opera non perché è stata realizzata in difformità dal titolo edilizio, ma per come viene utilizzata, appaia eccessiva e sproporzionata.

Se il fine è ristabilire la legalità violata l'ordinamento deve "reagire" sulla condotta, non sull'opera, e prevedere sanzioni diverse come la condanna al pagamento di somme crescenti in ragione del prolungarsi dell'inadempimento sino all'applicazione di sanzioni penali, sul tipo delle *astreintes* francesi, o del *Geldstrafe* disciplinato dai §§ 888 e 889 della Z.P.O, cioè il codice di rito tedesco, se non addirittura del *contempt of court* conosciuto negli ordinamenti di Common Law. Altrimenti si possono prevedere sanzioni indirette, come il divieto di svolgere determinate attività (soggette a controllo amministrativo) in immobili non aventi conforme destinazione d'uso (come ad es. prevedono molte leggi regionali per le attività commerciali al dettaglio).

⁴ Per un inquadramento organico del tema, ma in un contesto normativo che è stato poi modificato, v. P. Rago, *Il mutamento di destinazione d'uso degli immobili*, Cosa & Come, Giuffrè, Milano, 2000. Successivamente la materia non risulta aver formato oggetto di trattazione sistematica, ed anzi è stata progressivamente abbandonata dalla dottrina. Per i contributi più importanti, ma "datati" (nel senso che il contesto normativo e giurisprudenziale si è successivamente modificato), v. V.

indirizzi giurisprudenziali in contesti normativi che si sono andati a modificare nel tempo e più di recente a differenziarsi anche profondamente a seconda delle leggi regionali in materia.

In estrema sintesi, per quanto occorre ai nostri fini è sufficiente ricordare che dopo che il Consiglio di Stato aveva negato, nel regime della l. 10 del 1977, ogni possibilità di controllo dei mutamenti d'uso attraverso la concessione edilizia (e l'apparato sanzionatorio che assiste gli interventi soggetti a tale titolo)⁵, con il primo intervento legislativo in materia (art. 25 della legge n. 47/1985) fu previsto che il mutamento di destinazione d'uso senza opere fosse libero fino a quando le regioni non avessero adottato un'apposita disciplina nel rispetto di due limiti: assoggettabilità delle modifiche ad autorizzazione - non a concessione - edilizia (con ciò che seguiva in ordine al trattamento sanzionatorio) e solo relativamente ad ambiti territoriali appositamente determinati dai Comuni⁶.

Domenichelli, *Uso degli immobili e strumenti di controllo. Il mutamento di destinazione fra diritto ed equità*, in *Le Regioni*, 1982, II, 1229; V. Domenichelli, *Il mutamento di destinazione d'uso dopo il condono edilizio: appunti di prima lettura*, in *Dir. reg.*, 1985, 8; P. Marzaro Gamba, *La riforma dell'art. 25, ultimo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47: sulla nuova disciplina del mutamento di destinazione d'uso*, in *Riv. giur. urban.*, 1997, 103; G. Morbidelli, *Sulla disciplina urbanistico-edilizia della destinazione d'uso degli immobili*, in *Riv. giur. edil.*, 1982, II, 3; G. Morbidelli, *La riserva di atto amministrativo nella disciplina delle modifiche di destinazione d'uso senza opere*, in *Giur. cost.*, 1991, 2445.

⁵ Sez. V, 28 luglio 1982, n. 525.

⁶ V. Corte Cost., sent. 12 febbraio 1991, n. 73 e 31 dicembre 1993, n. 498. Più precisamente i principi fondamentali enuncieabili dell'art. 25, l. 47/1985 erano

Tale regime è stato mantenuto fermo per un lungo periodo⁷, ma è stato messo in crisi da alcune più recenti pronunce⁸ che hanno ravvisato nel mutamento di destinazione d'uso funzionale un abuso edilizio in tutti i casi in cui si ponga in contrasto con le previsioni dello strumento urbanistico e perciò produca effetti squilibratori dell'assetto territoriale ivi configurato⁹.

Tuttavia è bene precisare che queste decisioni si collocano in contesti in cui manca una normativa regionale. Laddove essa sussiste, infatti, è ad essa che occorre fare (esclusivo) riferimento.

Invero, l'art. 25 della l. 47/1985 è stato più volte modificato, ma la competenza regionale in materia è rimasta sostanzialmente immutata, anzi si

quattro: la necessaria *interpositio* delle scelte urbanistiche comunali; il carattere facoltativo della disciplina comunale; l'applicazione di tale disciplina ad ambiti determinati del territorio comunale; la previsione dell'autorizzazione come strumento di controllo dei mutamenti: v. Corte Cost., 23 luglio 1997, n. 259.

⁷ Si veda, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 18 gennaio 1988, n. 8, cui hanno fatto seguito tante altre sentenze (fra le più recenti Cons. St., Sez. V, 14 maggio 2003, n. 2526).

⁸ Tra le quali spicca Cons. St., Sez. V, 10 luglio 2003, n. 4102.

⁹ Più precisamente la giurisprudenza ha distinto tra “mutamenti di destinazione d'uso”, quando si transita dall'una all'altra delle categorie funzionali previste dall'ordinamento urbanistico (residenziale, commerciale, direzionale, produttiva, turistico-ricettiva, agricola), a cui corrispondono altrettante dotazioni di standards, e “mutamenti d'uso” quando si registrano impieghi diversi all'interno della stessa categoria. Il controllo si esercita solo sui primi, perché nell'ambito delle stesse categorie possono aversi mutamenti di fatto, ma non diversi regimi urbanistico-contributivi stante le sostanziali equivalenze dei carichi urbanistici (v. per tutte Cons. St., Sez. V, 13 febbraio 1993, n. 245).

è andata a rafforzare, perché si è affidata alle scelte legislative regionali anche l'individuazione del "titolo" a cui assoggettare il mutamento di destinazione d'uso. Più precisamente, il rinvio alla normativa regionale è stato mantenuto dall'art. 4, d.l. 5 ottobre 1993, n. 398, conv. in l. 4 dicembre 1993, n. 493, nel testo introdotto dall'art. 2, c. 60, l. 23 dicembre 1996, n. 662, e poi definitivamente confermato dall'art. 10, c. 2, del d.P.R. n. 380/2001, ai sensi del quale *«le Regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinati a permesso di costruire o a denuncia di inizio di attività»* (sottolineatura nostra). Tale norma va interpretata nel senso che in mancanza di un'apposita legge regionale il mutamento di destinazione d'uso funzionale non è assoggettabile a controllo¹⁰.

¹⁰ V. ad es. L. Stevanato, *Commento all'art. 10*, in AA.VV., in *le nuove leggi amministrative - Testo unico sull'edilizia*, II ed., Milano 2003, 180; A. Mandarano e V. Poli, *Interventi subordinati a permesso di costruire*, in F. Caringella e G. De Marzo (a cura di), *L'attività edilizia nel testo unico*, II ed., IPSOA, 2006, 145; in giurisprudenza da ultimo TAR Abruzzo, 2 aprile 2009, n. 236.

Del tutto peculiare e a quanto consta isolata (ma sintomatica della perdurante incertezza che regna in materia), è la posizione del TAR Veneto, Sez. II, 12 gennaio 2007, n. 81 (confermata, ma per altri profili, e cioè senza prendere posizione sul punto, da Cons. St., Sez. V, 10 agosto 2008, n. 4006), secondo cui l'art. 10 del d.P.R. 380/2001 va interpretato nel senso che, qualora la regione non provveda – come non ha provveduto la Regione Veneto – a dettare la relativa disciplina includendo le singole fattispecie nell'una o nell'altra categoria giuridica, il cambio di destinazione d'uso va assoggettato a d.i.a. Peraltro la questione è affrontata solo

Le regioni hanno disciplinato la materia dando vita a regimi alquanto differenziati, che hanno sfruttato sino in fondo il rinvio “in bianco” disposto dalla legge statale. In effetti l’art. 10 del t.u. contiene una sorta di “principio non principio” della materia, perché rimette puramente e semplicemente alle regioni tutte le scelte sul *se* e sul *come* disciplinare i mutamenti di destinazione d’uso senza opere, legittimando soluzioni assai lontane tra loro e quindi abdicando al ruolo della legge statale nelle materie di competenza concorrente, che è quello di porre i principi fondamentali¹¹.

Così, ad es., vi sono regioni che hanno previsto un controllo solo in presenza di un apposito strumento di pianificazione (come il piano contenente la “disciplina della distribuzione e localizzazione delle funzioni” di cui all’art. 58 della l. reg. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1); altre che hanno puramente e semplicemente rinviato alle scelte degli strumenti urbanistici comunali, vietando nel contempo, *ope legis*, alcune modificazioni d’uso (l. reg. Sicilia, 10 agosto 1985, n. 37, art. 10); altre ancora che hanno sottoposto a controllo tutti i mutamenti funzionali (l. reg. Lazio 2 luglio 2007, n. 36, art. 7; l. reg. Emilia Romagna 25 novembre 2002, n. 31, art. 26; l. reg. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, art. 52).

indirettamente, perché nel caso deciso il ricorrente aveva effettuato la d.i.a., ma il Comune pretendeva di sottoporre l’intervento a permesso di costruire.

¹¹ Secondo P. Stella Richter, *I titoli abilitativi in edilizia*, UTET, Torino, 2003, 35, «c’è da chiedersi perché la norma sia stata scritta». Il motivo, tuttavia, è evidente: per legittimare le diverse scelte già compiute nelle leggi regionali, così distanti l’una dall’altra da rendere impossibile la riconduzione ad un principio fondamentale comune se non quello “ponziopilatesco” posto dal legislatore statale.

Quanto al “titolo” occorrente, alcune hanno previsto la d.i.a. (l. reg. Toscana n. 1/2005, art. 79; l. reg. Emilia Romagna n. 31/2002, art. 26), altre, a seconda dei casi, il permesso di costruire o la d.i.a. (l. reg. Lazio 36/1985, art. 7; l. reg. Lombardia 12/2005, art. 52); il Piemonte ha lasciato ancora in piedi, nonostante una recente novella di altri articoli, l’art. 8, l. reg. 19/1999, che prevede il permesso di costruire per il passaggio da una all’altra delle categorie urbanistiche fondamentali (residenziale, produttiva ... ecc.), e l’autorizzazione per le ulteriori “sottocategorie” eventualmente previste negli strumenti urbanistici comunali. Analogamente, prevede ancora l’autorizzazione la l. reg. Sicilia 37/1985 (art. 10).

In ordine alle sanzioni, in alcuni casi si sono previste misure pecuniarie *ad hoc* (l. reg. Toscana 1/2005, art. 136; l. reg. Lombardia 12/2005, art. 53), in altri sanzioni ripristinatorie e/o pecuniarie analoghe a quelle previste per i mutamenti di destinazione d’uso con opere (l. reg. Lazio 15/2008, artt. 16, 17, 19; l. reg. Sicilia 37/1985, art. 10)¹².

Ne esce un quadro variegato e, tutto sommato, confuso, soprattutto laddove si comminano le medesime sanzioni configurate per le opere edilizie dinanzi a comportamenti che “edilizi” non sono.

Analoga, e non meno oscillante, è la posizione della giurisprudenza penale. Dopo aver inizialmente condiviso il primo indirizzo del Consiglio di Stato (inassoggettabilità a sanzioni),¹³ all’inizio degli anni ’80 prese corpo

¹² Per un esame, non completo, della legislazione regionale in materia v. A. Fiale – E. Fiale, *Diritto urbanistico*, III ed., Napoli, 2008, 1177 segg.

¹³ Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 1980, De Mori; Sez. III, 6 aprile 1981, Carli; Sez.

un'interpretazione più restrittiva, che riteneva sussistere ora il reato di cui all'art. 17, lett. a), l. n. 10/1977¹⁴, ora il più grave reato di cui allo stesso articolo, lett. b)¹⁵. Il contrasto fu risolto dalle Sezioni unite penali¹⁶, che ritennero di riscontrare il reato di cui all'art. 17, lett. a) e solo in presenza di due condizioni: che il cambiamento di utilizzo contrastasse con le previsioni dello strumento urbanistico e incidesse sugli *standards*, cioè sui rapporti tra l'edificazione privata e gli spazi destinati a servizi o impianti pubblici.

L'entrata in vigore dell'art. 25, l. 47/1975 indusse ad un nuovo *revirement* a favore dell'irrilevanza penale, in quanto, come sopra accennato, il mutamento di destinazione veniva sottoposto ad autorizzazione, e per il difetto di autorizzazione era prevista solo una sanzione amministrativa¹⁷.

Il quadro mutava nuovamente nel 1996 (art. 2, c. 60, l. 662/1996), quando il legislatore modificava l'art. 25 cit. nei termini poi sostanzialmente trasmigrati nell'art. 10 del t.u. dell'edilizia, oggi in vigore, eliminando ogni riferimento alle forme del controllo e alle sanzioni da irrogare. Ciò induceva la giurisprudenza a ritornare sulla posizione delle Sezioni unite del 1982 (configurabilità del reato edilizio meno grave, a quel momento descritto nell'art. 20, lett. a), l. 47/1985, ed ora nell'art. 44, lett. a) d.P.R. 380/2001)¹⁸.

III, 17 febbraio 1981, Buccino.

¹⁴ Cass. pen., Sez. III; 10 novembre 1980, Venturi.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. III, 23 aprile 1981, Conci.

¹⁶ Con sentenza 29 maggio 1982, n. 6 - Querqui Guetta

¹⁷ V. ad es. Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 1989, Zambianchi; Sez. III, 15 luglio 1988, Mielli; Sez. III, 22 giugno 1988; Sez. III, 3 marzo 1987, Deffenu.

¹⁸ Cass. pen., Sez. III, 27 giugno 2001, n. 34379.

Dopo l'entrata in vigore del testo unico la giurisprudenza sembra essersi orientata a dare rilevanza alla disciplina regionale, e cioè a ritenere esistente il reato di cui all'art. 44, lett. a), in via generale e residuale, cioè in caso di violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, e il reato di cui all'art. 44, lett. b), solo nel caso in cui la legge regionale assoggetti il mutamento di destinazione a permesso di costruire¹⁹.

** *** **

3) *La configurabilità della lottizzazione abusiva*

Le incertezze interpretative, le lacune normative e comunque le innegabili inefficienze che caratterizzano l'apparato sanzionatorio delle modifiche d'uso senza opere edilizie hanno indotto le autorità amministrative e la giurisprudenza penale a combattere il fenomeno in esame attingendo ad altri strumenti, e più precisamente inquadrandolo in altre categorie giuridiche.

In particolare, appare ormai consolidata presso la Cassazione penale la tesi che ravvisa nel frazionamento di complessi turistico-ricettivi in più proprietà esclusive utilizzate come abitazioni gli estremi della lottizzazione abusiva ex art. 30, d.P.R. n. 380/2001²⁰, e ciò accomunando, senza alcun

¹⁹ Cass. pen., Sez. III, 7 marzo 2008, n. 21923; Sez. III, 13 novembre 2001, n. 23 in motivazione. E' peraltro da segnalare che nei repertori di giurisprudenza le pronunce che concernono la fattispecie in esame sono, negli ultimi anni, quasi introvabili, probabilmente perché il reato di cui alla lett. a) è oblabile e sottoposto a prescrizione rapida.

²⁰ V. tra le tante Cass. Pen., Sez. III, 2 marzo 2004, n. 20661; *id.* 21 gennaio 2005, n. 10889; Sez. III, 24 febbraio 2006, n. 6990; sez. III, 7 novembre 2006, n. 6396; sez.

filtro critico, ipotesi diverse: sia il caso in cui il complesso turistico-ricettivo è edificato in base ad un piano di lottizzazione, sia l'ipotesi in cui è assentito come intervento "diretto", e addirittura senza distinguere tra immobili di nuova costruzione e recupero di immobili già esistenti²¹.

Sta alla base di tale indirizzo una ricostruzione abbastanza nebulosa del concetto di lottizzazione abusiva che, operando una di sorta "crasi" tra le due diverse figure - cartolare e materiale - in cui si scompone, travalica il tenore della legge e la integra con effetti novativi (non meramente estensivi nei limiti consentiti dalle tecniche interpretative extratestuali), e per di più tali da condurre ad una nozione dai contorni ancora più incerti di quella - già scarsamente definita - contenuta nell'art. 30 del t.u.²²

Quest'ultimo non brilla infatti per tassatività²³. Nel descrivere la figura

III, 3 aprile 2007, n. 13687; Sez. III, 13 giugno 2008, n. 24096; Sez. III, 17 novembre 2008, n. 42741; Sez. III, 29 aprile 2009, n. 17865; Sez. III, 15 giugno 2009, n. 24666.

²¹ V. ad es. Cass. Pen., Sez. III, 13 giugno 2008, n. 24096.

²² Analoghe «perplexità, tanto sul piano della coerenza sistematica quanto su quello del rispetto di alcuni principi fondamentali di matrice penalistica» sono espresse da G. D'Oria, *Sui recenti approdi della Cassazione in tema di "lottizzazione abusiva"*, in *Cass. pen.*, 2009, 674 segg, partic. 682 segg.

²³ «Si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita. o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro

della lottizzazione materiale non indica la soglia oltre la quale la trasformazione fisica dei suoli viene a rappresentare una semplice opera in assenza di permesso di costruire. Nel configurare la figura della lottizzazione cartolare non tipizza le circostanze che debbono accompagnare la mera alienazione frazionata dei terreni.

Tuttavia è certo che nella prima figura vi deve essere la realizzazione di opere edilizie abusive e nella seconda il frazionamento di terreni in lotti. Sicché se si può condividere l'affermazione che «*i due tipi di attività illecite descritti possono configurarsi anche congiuntamente in un intreccio di atti materiali e giuridici finalizzati a realizzare una trasformazione urbanistica e/o edilizia dei terreni non autorizza oppure in violazione della pianificazione vigente*»²⁴, non si può invece estendere la condotta che la legge riferisce ai terreni (il frazionamento preordinato all'edificazione) alla tutt'affatto diversa fattispecie di fabbricati già realizzati.

Una cosa è parcellizzare un territorio “vergine” per inserirlo in un processo edificatorio, altra cosa è alienare separatamente singoli elementi di un complesso edilizio già realizzato. In questa fattispecie gli elementi costitutivi della lottizzazione cartolare difettano due volte: *in primis* perché non si ha frazionamento del terreno mediante formazione di lotti, *in secundis*

caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio».

²⁴ Cass. Pen., Sez. III, 42741/08, cit.

perché la destinazione edificatoria si è già compiuta. D'altra parte nella nostra ipotesi difettano altresì gli elementi della lottizzazione materiale, poiché la trasformazione dei terreni non è avvenuta né in contrasto con le previsioni urbanistiche né in difetto di autorizzazione. L'opera realizzata, al contrario, è conforme a quella realizzata, differendone solo l'uso, ovvero qualcosa di "fisicamente" intangibile e destinato a continui mutamenti per effetto di condotte che a loro volta non si sostanziano in "trasformazioni" dei fabbricati.

Né vale obiettare che «*la norma incriminatrice in esame, facendo testuale riferimento al "frazionamento e la vendita o atti equivalenti del terreno in lotti" ha inteso (nell'ottica della necessaria idoneità degli atti a mettere in pericolo la pianificazione territoriale e della individuazione della loro direzione inequivoca ed oggettiva a conseguire lo scopo illecito) anticipare la tutela penale dell'interesse protetto da una fattispecie criminosa che, per la sua natura contravvenzionale, non prevede la rilevanza penale del tentativo*», sì che «*sarebbe incongruente affermare che la legge penale punisca quello che è sostanzialmente un tentativo e non intenda sanzionare, invece, una vendita di edifici già realizzati maggiormente destinata ad incidere significativamente sul territorio*»²⁵.

L'affermazione è viziata da un chiaro errore logico: non v'è dubbio che la figura della cd. lottizzazione cartolare mira ad anticipare la soglia della tutela, punendo una condotta tipica (frazionamento e vendita o atti equivalenti) che, in necessario concorso con altri elementi indiziari

²⁵ Cass. Pen., Sez. III, 17865/09, cit.

(l'indicazione della dimensione dei lotti, della natura del terreno e della destinazione urbanistica è meramente esemplificativa), risulta univocamente rivolta a realizzare trasformazioni non consentite del territorio, anche se tali trasformazioni non hanno ancora preso avvio.

Tuttavia nell'ipotesi qui considerata la trasformazione del territorio (cioè l'edificazione) è espressamente autorizzata, ed è già avvenuta in conformità con gli appositi "titoli" urbanistici e edilizi previsti dall'ordinamento. Di talché il "frazionamento" che viene effettuato non è lo stesso che la norma incriminatrice vuole vietare: non lo è ontologicamente, poiché i fabbricati sono cosa diversa dai terreni nudi, e non lo è nella prospettiva finalistica tenuta presente dalla legge, poiché non è propedeutico alla futura realizzazione di opere abusive.

Conferma dell'inesistibilità della figura della lottizzazione abusiva alla fattispecie in esame si trae inoltre dalle sanzioni previste dal d.P.R. 380/2001.

Per quelle penali (secondo comma dell'art. 44) e amministrative (settimo ed ottavo comma dell'art. 30) si parla sempre di "*terreni abusivamente lottizzati*", di "*opere abusivamente costruite*" o "*abusive*". Per quelle civili (ancora art. 30) si commina la nullità degli "*atti aventi per oggetto lotti di terreno*".

Perché vi sia lottizzazione abusiva, quindi, vi deve essere una trasformazione (in atto) o un frazionamento di terreni accompagnato dal pericolo concreto di trasformazione abusiva dei suoli. Non si contempla invece il caso in cui le opere – realizzate o in corso di ultimazione – siano fisicamente conformi alle previsioni urbanistiche e ai titoli edilizi assentiti,

ma (solo) usate in modo difforme, e il frazionamento concerne fabbricati.

** *** **

4) Una via non ancora esplorata: l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire

Per quanto sopra esposto, la posizione della giurisprudenza penale non appare minimamente condivisibile.

Ciò non significa, tuttavia, che l'ordinamento sia sguarnito e che non esistano altri mezzi di reazione che si sottraggono ai condizionamenti e alle incertezze che caratterizzano il controllo sullo *jus utendi*.

Laddove si è discusso del regime del mutamento della destinazione d'uso senza opere, non risulta tuttavia che abbia formato oggetto di approfondimento l'ipotesi in cui un determinato immobile non sia mai stato impiegato secondo la destinazione d'uso prevista dal piano urbanistico e dal titolo edilizio, ma sin dal suo venire ad esistenza sia adibito ad usi diversi.

In questa ipotesi, non si hanno due regimi d'uso che si succedono nel tempo (uno, anteriore, conforme e uno, successivo, in contrasto con il titolo edilizio), a cui ben si attagliano le sanzioni per l'abusivo esercizio dello *jus utendi*. Non si registra cioè separazione tra il momento in cui il manufatto “nasce” con una determinata “destinazione” urbanisticamente rilevante, e l'uso, diverso, a cui viene dipoi concretamente e contingentemente adibito. L'immobile, all'opposto, sorge “diverso” (o meglio: funzionalmente diverso) da come autorizzato, per effetto di una volontaria e riconoscibile assegnazione da parte del proprietario ad una destinazione non consentita che è contestuale e coesenziale alla sua edificazione.

In questa situazione, che necessita ovviamente di un accertamento rigoroso dei presupposti di fatto, si prospetta una fattispecie concettualmente diversa dal mutamento di destinazione d'uso senza opere. Anche se il manufatto non può essere considerato abusivo *tout court*, perché si presenta fisicamente conforme a quanto autorizzato, tuttavia l'immediatezza dell'uso diverso disvela le reali intenzioni del suo costruttore. Intenzioni che se fossero state conosciute dall'amministrazione, l'avrebbero indotta a non rilasciare il permesso di costruire, o a rilasciarlo solo dietro adeguate garanzie circa l'effettivo utilizzo del fabbricato.

E questo è il punto! Se si conviene che legittimamente l'amministrazione avrebbe negato il consenso all'opera se destinata all'uso reso evidente dalla successiva condotta del costruttore, ne consegue che il permesso di costruire, costituendo il frutto di una volontà viziata da errore e insufficiente istruttoria, è suscettibile di annullamento d'ufficio ai sensi dell'art. 21 *nonies*, l. 241/1990.

Che sussistano i presupposti per l'esercizio dell'autotutela appare pressoché certo. In base alla vigente normativa urbanistica, il titolo a costruire deve essere conforme alle norme e alle previsioni urbanistiche e edilizie, cioè deve dare "attuazione" al piano. Ove il proprietario tragga in errore l'amministrazione prospettando un intervento "apparentemente" conforme al piano, ma in realtà sin dall'inizio finalizzato ad una diversa destinazione d'uso, la previsione del piano non è rispettata e l'assenso dell'amministrazione appare dolosamente carpito, sì che il permesso risulta viziato per i profili indicati (errore e carenza di istruttoria).

Sul punto esiste un *obiter dictum* contrario alla tesi qui esposta,

contenuto in un lontano precedente²⁶, che però appare superato dalla giurisprudenza più recente.

In tale fattispecie il diverso uso (ipotizzato ma non dimostrato dal ricorrente, che chiedeva l'annullamento della concessione edilizia rilasciata a terzi perché camuffante la realizzazione, in luogo di una casa-albergo, di civili abitazioni) fu trattato alla stregua di un «*inadempimento degli obblighi assunti dal concessionario*» (*sic!*), passibile solo delle misure sanzionatorie da irrogare nell'esercizio dei poteri di vigilanza e repressione degli abusi edilizi. In pratica, fu fatta applicazione del principio, del tutto pacifico e incontrastato, secondo cui l'esecuzione di opere difformi dal titolo edilizio legittima l'applicazione delle sanzioni previste per gli abusi edilizi e non l'annullamento d'ufficio²⁷.

Tuttavia successivamente la giurisprudenza ha distinto tra situazioni diverse, affinando l'analisi e orientandosi verso l'approdo qui sostenuto. Anzitutto con sentenza della Sez. V, 16 aprile 1986, n. 222 il Consiglio di Stato ha annullato una concessione edilizia per una casa albergo, da realizzarsi in zona destinata al PRG ad attrezzature turistico-alberghiere, in quanto per le modalità di progettazione l'edificio non presentava caratteristiche idonee a differenziarlo inequivocabilmente dai comuni alloggi

²⁶ TAR Marche, 13 dicembre 1982, n. 584 (in *Foro Amm.*, 1985, 986), in cui si afferma che «*non attiene all'illegittimità della concessione edilizia, ma all'esecuzione successiva del potere di vigilanza urbanistica del sindaco, la censura relativa ad un'ipotetica destinazione del fabbricato diversa da quella originariamente assentita*».

²⁷ Per tutte, Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 1977, n. 28.

per civile abitazione.

Più di recente, la stessa Sezione ha ritenuto che l'amministrazione ha il potere di inserire *«nella concessione edilizia l'obbligo di rispettare le destinazioni d'uso previste e comminando, in caso di inosservanza, l'annullamento della stessa concessione e l'applicazione delle relative sanzioni»*²⁸.

Ed ancora, la Sez. IV, con sentenza 30 settembre 2005, n. 5205, ha annullato il permesso di costruzione di un complesso alberghiero rilasciato mediante "variante urbanistica semplificata" ai sensi dell'art. 5, d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447 in quanto, essendo risultato *ex post* che le unità immobiliari erano state "commercializzate" come abitazioni, ciò rappresentava *«sintomo della carente istruttoria circa l'effettiva ricorrenza di tutti i presupposti che legittimavano l'utilizzazione del più volte citato strumento di cui all'articolo 5 del d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447, finalizzato esclusivamente alla realizzazione – lato sensu – di impianti produttivi di beni e di servizi e non di unità immobiliari, sia pur destinate a (seconde) case per le vacanze»*.

In sintesi, secondo il Consiglio di Stato l'amministrazione comunale avrebbe dovuto svolgere un apposito accertamento circa *«l'effettiva e duratura destinazione della struttura a complesso turistico alberghiero»*. Non avendo provveduto a ciò è incorsa in difetto di istruttoria.

Non è chi non veda come alla fattispecie che stiamo esaminando

²⁸ Cons. St., Sez. V, 23 agosto 2004, n. 5575, che avremo modo di richiamare più avanti anche ad altri fini.

possano applicarsi gli stessi principi. Allorquando in una zona votata a funzioni turistico-ricettive si realizza un complesso in cui mai si concretizza l'utilizzazione turistica, ma che fin dal suo nascere viene suddiviso in unità abitative autonome per essere destinato ad usi residenziali, le circostanze di fatto consentono di assumere per certo che il permesso di costruire è stato ottenuto per realizzare un'opera funzionalmente diversa da quella dichiarata e prevista dal piano. In tale evenienza, il doveroso accertamento («*puntuale e rigoroso*») come richiede la sentenza da ultimo richiamata) da parte dell'amministrazione circa l'effettiva e duratura destinazione turistica risulta o non effettuato o comunque basato su erronei presupposti indotti dal privato, con conseguente illegittimità del titolo edilizio e sussistenza delle condizioni per l'annullamento d'ufficio

** *** **

5) Conseguenze dell'annullamento d'ufficio. In particolare, la configurabilità (ma solo in presenza di determinati presupposti) della lottizzazione abusiva

Le conseguenze della rimozione in autotutela del permesso di costruire si differenziano a seconda della situazione di fatto.

Se si è dato corso ad un intervento di trasformazione del suolo che, per dimensioni e urbanizzazioni richieste, è assoggettato alla previa approvazione di un piano attuativo, ci troveremo dinanzi ad una lottizzazione abusiva. Più precisamente, la fattispecie configurabile sarà quella della lottizzazione di tipo materiale, risultando le opere realizzate – a seguito dell'annullamento

d'ufficio – prive del permesso di costruire²⁹.

In caso contrario, e cioè se l'intervento è stato realizzato mediante rilascio "diretto" del permesso di costruire, senza necessità di previa approvazione del piano attuativo, saranno applicabili le sanzioni comminate dall'art. 38 del t.u. dell'edilizia per gli interventi eseguiti in base a permesso di costruire annullato.

Il punto necessita di un chiarimento.

²⁹ E' evidente che agli effetti pratici si recuperano le conclusioni della giurisprudenza penale sopra richiamata al § 3. Ma il percorso argomentativo è diverso, e soprattutto il campo di applicazione è limitato agli interventi assoggettati a piano attuativo in cui la destinazione turistico-ricettiva non si è mai concretamente attuata, mentre la giurisprudenza penale sembra prescindere da tale presupposto, ritenendo sufficiente il frazionamento di un complesso unitario (anche già esistente al momento dell'intervento) cumulato con la modifica della destinazione d'uso: v. ad es. Cass. Pen., Sez. III, 24096/2008 cit., in cui si configura il reato di lottizzazione abusiva nelle opere interne di frazionamento di un fabbricato preesistente e già adibito, in passato, ad albergo, e gli altri precedenti ivi richiamati. La tesi esposta nel testo sembra invece prendere luce in Cass. pen., 29 aprile 2009, n. 17865, in cui viene opportunamente posto in rilievo, quale circostanza di fatto che concorre alla configurazione del reato, che *«non si è avuta successiva variazione d'uso di una struttura ricettiva esistente e già operativa come impresa alberghiera, bensì la realizzazione, in zona destinata a struttura alberghiera produttiva e che non consente edificazione residenziale, di villette a schiera surrettiziamente rappresentata in progetto quali parti di un complesso turistico-alberghiero, benché autonome nella struttura edilizia, ma fin dall'origine finalizzate ad una alienazione frazionata quali unità abitative di tipo familiare»*.

La differenza tra la lottizzazione abusiva e il “semplice” abuso edilizio è sia di tipo qualitativo che quantitativo (e cioè: dimensionale). La prima non solo richiede l’esecuzione di opere di trasformazione edilizia, ma presuppone anche la violazione della “riserva” di pianificazione del territorio in capo al comune e l’obbligo di far precedere l’edificazione dall’approvazione di un piano attuativo.

A tal riguardo la giurisprudenza ha elaborato una serie di principi e criteri orientativi, così riassumibili:

a) deve trattarsi di opere per le quali lo strumento urbanistico o la situazione dei luoghi richiede la previa approvazione del piano di lottizzazione o del piano particolareggiato³⁰, ovvero una modifica del piano attuativo già approvato³¹;

b) deve altresì trattarsi di opere di una certa rilevanza urbanistica, e cioè di opere che evidenziano l’intento di asservire all’edificazione un’area non urbanizzata³² o non sufficientemente urbanizzata, conferendo un diverso assetto ad una porzione del territorio comunale in modo da creare una durevole trasformazione urbanistica di una consistente porzione di territorio³³.

Non è sufficiente, pertanto, la realizzazione di alcune opere abusive³⁴.

³⁰ Cons. St., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5849.

³¹ Cass. pen, Sez. III, 12 gennaio 1996, n. 2408, in *Cass. pen.*, 1997, 842.

³² Cons. St., Sez. V, 13 settembre 1991, n. 1157.

³³ TAR Puglia-Bari, Sez. II, 10 settembre 2003, n. 3243.

³⁴ Ad es. pollai, conigliere, baracche e di recinzioni in legno: TAR Campania-Napoli, Sez. I, 20 gennaio 2005, n. 261.

Occorre invece il conferimento di un diverso assetto ad una porzione del territorio comunale che combini insieme, nel momento ideativo e/o in quello attuativo, impianti di interesse privato con (la necessità di) impianti di interesse collettivo, in modo da creare una nuova maglia di tessuto urbano³⁵;

c) più precisamente, il *proprium* della lottizzazione, secondo la giurisprudenza amministrativa, consiste nel destinare un'area ad un insediamento edilizio di carattere residenziale o produttivo mediante la costruzione di uno o più fabbricati, da cui deriva la necessità di prevedere la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria³⁶.

In proposito la giurisprudenza ha, infatti, ripetutamente affermato, ribadendo i principi espressi dal Consiglio di Stato nella fondamentale sentenza dell'Adunanza plenaria n. 12 del 6.10.1992, che l'esigenza di un piano esecutivo (di lottizzazione o particolareggiato) quale presupposto per il rilascio del permesso di costruzione, si pone allorché si inserisca un'area non ancora urbanizzata o insufficientemente urbanizzata nel "processo" edificatorio, mediante la costruzione di uno o più fabbricati che obiettivamente esigano, per il loro armonico raccordo con il preesistente aggregato abitativo, la realizzazione o il potenziamento delle opere e dei servizi necessari a soddisfare i bisogni della collettività, vale a dire la realizzazione o il potenziamento delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria³⁷.

³⁵ Cass. pen., Sez. III, 19 settembre 1996, n. 11249, in *Cass. pen.*, 1998, 1224.

³⁶ Cons. St., Sez. VI, 13 novembre 2007, n. 5816.

³⁷ Cons. St., V, 14 febbraio 2003, n. 802; conf. Sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7847;

E a tale ricostruzione si è allineata anche la giurisprudenza penale, che ha ritenuto – si cita una delle sentenze più recenti – che «*secondo consolidata giurisprudenza di questa Corte, infatti, (v. per tutte Cass. pen., sez. 4 sent. 8 luglio 2008, n. 33150, rv. 240970, Nicoletti) “il reato di lottizzazione abusiva presuppone un’illegittima trasformazione urbanistica od edilizia del territorio, da intendersi come trasformazione di consistenza tale da incidere in modo rilevante sull’assetto urbanistico della zona, sia nel senso d’intervento innovativo sul tessuto urbanistico che sotto il profilo della necessità di nuove opere d’urbanizzazione o di potenziamento di quelle già esistenti”*»³⁸.

V, 3 marzo 2004, n. 1013; V, 24 settembre 2001, n. 4993; V, 19 luglio 2001, n. 3993; V, 3 ottobre 2003, n. 1097 ... ecc.

³⁸ Cass. pen., Sez. III, 25 marzo 2009, n. 20243. Vale precisare che l’assoggettamento degli interventi di nuova costruzione a piano attuativo discende da valutazioni tecniche discrezionali circa la sufficienza delle urbanizzazioni esistenti, che debbono essere contenute nello strumento urbanistico generale: v. Cons. St., Sez. V, 15 febbraio 2001, n. 790; Sez. V, 7 gennaio 1999, n. 2; Sez. V, 25 ottobre 1997, n. 1189; Sez. V, 1 febbraio 1995, n. 162; Sez. V, 1 febbraio 1995, n. 163; Cass. pen., Sez. III, 7 aprile 2004, Casarin. Tuttavia per aversi lottizzazione abusiva materiale non è necessario che il piano urbanistico sottoponga l’intervento a strumenti urbanistici attuativi. L’illecito può compiersi anche in presenza di previsioni urbanistiche che, anziché prevedere una riserva di pianificazione attuativa, vietino *tout court* le nuove edificazioni, se queste raggiungono la consistenza sopra esposta. La giurisprudenza, infatti, è univoca nell’individuare il bene giuridico protetto sia nella funzione di controllo del territorio da parte del titolare dei poteri di pianificazione (ipotesi della violazione della riserva di pianificazione attuativa), sia nell’ordinata pianificazione urbanistica e nel “corretto

Solo in presenza di questi presupposti, pertanto, sarà configurabile la lottizzazione. Negli altri casi ci troveremo dinanzi a “semplici” ipotesi di manufatti privi, per l’intervenuto annullamento d’ufficio, del titolo edilizio.

** *** **

6) Gli effetti del mutamento d’uso sull’agibilità

Un’ulteriore ipotesi sanzionatoria attiene agli effetti della modifica della destinazione d’uso sull’agibilità.

E’ ormai prevalente, nell’evoluzione della disciplina normativa e nelle applicazioni giurisprudenziali, l’indirizzo secondo cui l’agibilità non rappresenta un mero controllo dei requisiti igienico-sanitari (come si sosteneva in passato sulla base degli artt. 221 e 222 del t.u. delle leggi sanitarie approvato con r.d. 1265/1934), ma anche uno strumento di verifica della conformità dell’opera al titolo edilizio³⁹.

uso del territorio” (ipotesi della violazione del divieto di edificazione): v. Cons. St., Sez. VI, 12 ottobre 2006, n. 6060. In tale ipotesi, per distinguere la lottizzazione dalla diversa fattispecie della (semplice) realizzazione di opere in assenza di permesso di costruire (art. 31, d.P.R. 380/2001), occorre focalizzare l’indagine sulla rilevanza delle trasformazioni eseguite in relazione allo stato di urbanizzazione della zona. Negli altri casi la sussistenza dell’illecito in esame dipende invece essenzialmente dalle previsioni urbanistiche.

³⁹ V. Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 1993, n. 535; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 5 aprile 2007, n. 1002; TAR Lazio, Sez. II bis, 25 maggio 2005, n. 4129; TRGA Trentino Alto Adige, Trento, 8 aprile 2003, n. 145 (ed altre). In precedenza invece si riteneva che «l’autorizzazione prevista dall’art. 221 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (cd. licenza di abitabilità) è richiesta a tutela della pubblica igiene e non anche delle

Già l'art. 4 del d.P.R. 425/1994 richiedeva quale presupposto per il conseguimento dell'agibilità «una dichiarazione del Direttore dei Lavori che deve certificare, sotto la propria responsabilità, la conformità del progetto approvato ...». L'art. 25 del d.P.R. 380/2001, oggi in vigore, prevede che la domanda di agibilità deve essere corredata, tra l'altro, dalla «dichiarazione sottoscritta dallo stesso richiedente il certificato di agibilità di conformità dell'opera rispetto al progetto approvato ...»⁴⁰.

Dando per assodato che l'agibilità si collega al permesso di costruzione, che a sua volta fissa la destinazione d'uso del fabbricato, occorre ancora domandarsi se ad ogni mutamento di destinazione d'uso senza opere

prescrizioni urbanistico-edilizie: di conseguenza, il relativo procedimento non può essere utilizzato come strumento sanzionatorio nei confronti di costruzioni realizzate senza concessione edilizia, dovendo invece il sindaco utilizzare le sanzioni previste dalla normativa urbanistica» (Cons. St., Sez. V, 5 luglio 1983, n. 307). Ancora improntate a tale orientamento TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 31 ottobre 2000, n. 6169; TRGA Trentino Alto Adige, Trento 4 novembre 2003, n. 384.

⁴⁰ Il principio è rafforzato nella legislazione regionale: v. ad es. l'art. 86 della l. reg. Toscana 1/2005: «ad ultimazione dei lavori, i professionisti abilitati certificano la conformità dell'opera al progetto contenuto nel titolo abilitativo o nelle varianti ad esso» (primo comma); «...una volta ultimati i lavori e certificata la conformità di cui al comma 1, ovvero applicate le sanzioni pecuniarie nei casi previsti al titolo VIII, capo I e certificata la conformità di cui al comma 1, l'abitabilità o agibilità dei locali è attestata da un professionista abilitato unitamente alla conformità con le norme igienico-sanitarie, nonché alle norme sulle barriere architettoniche e alle istruzioni tecniche di cui all'articolo 82, comma XVI ... L'abitabilità o agibilità decorrono dalla data in cui perviene al comune l'attestazione» (terzo comma).

corrisponde la necessità di munirsi di una nuova certificazione di agibilità e, nel caso in cui questa non sia rilasciabile per il contrasto con il titolo edilizio, quali siano le conseguenze previste dalla legge.

In ordine al primo quesito, l'art. 24 del d.P.R. 380/2001 induce a prima lettura ad una risposta negativa, in quanto richiede una nuova certificazione di abitabilità solo per gli «*interventi*» sugli edifici esistenti che possono influire sulle condizioni di cui al comma 1 (sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico). In base all'interpretazione letterale, dunque, si dovrebbe dedurre che il solo mutamento di destinazione d'uso rilevante a questi fini è quello che si accompagna all'esecuzione di opere e che comporta diverse condizioni igieniche o di sicurezza ... ecc.

In giurisprudenza, tuttavia, sembra affermarsi l'indirizzo opposto⁴¹, sì

⁴¹ Se si eccettuano Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 13 ottobre 1999, n. 469: («*La c.d. licenza di abitabilità è un titolo che riguarda solo la salubrità del manufatto e non serve ad abilitare ad un uso (nella specie, residenziale) piuttosto che ad un altro, non essendo previsto nell'ordinamento, dopo l'entrata in vigore del D.P.R. 22 aprile 1994, n. 425, un certificato di abitabilità per così dire "specializzato"*») nonché Cass. pen., Sez. III, 13 dicembre 1996, n. 4311, nel senso del testo v. Cass. Pen., Sez. III, 23 dicembre 1997, n. 3905; Cass. Pen., Sez. III, 5 luglio 1996, n. 2963; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 26 ottobre 1998, n. 2221; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 12 gennaio 2001, n. 11, e, proprio con riferimento alla fattispecie in esame, TRGA Trentino Alto Adige, Trento, 13 gennaio 1998, n. 10: «*Nel caso in cui un immobile con destinazione alberghiera venga destinato per la prima volta ad abitazione residenziale, il certificato di abitabilità deve essere ottenuto prima del mutamento d'uso*».

che in presenza di usi residenziali delle strutture in esame possono applicarsi le sanzioni previste per l'assenza della detta certificazione.

In ordine alle quali dobbiamo prendere atto dell'esistenza di una normativa ancora una volta ambigua, a fronte della quale le indicazioni giurisprudenziali non sono univoche.

Nel regime del t.u.l.s., gli artt. 221 e 222 stabilivano, rispettivamente:

- che *«gli edifici o parti di essi indicati nell'articolo precedente non possono essere abitati senza autorizzazione del sindaco ... Il proprietario che contravvenga alle disposizioni del presente articolo è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire centocinquantamila a novecentomila»* (in origine la sanzione era quella penale dell'ammenda),

- e che *«il Sindaco, sentito l'ufficiale sanitario o su richiesta del medico provinciale, può dichiarare inabitabile una casa o parte di essa per ragioni igieniche e ordinarne lo sgombero»*.

Le fattispecie disciplinate erano pertanto due, una consistente nel divieto di abitare un edificio privo della prescritta autorizzazione, sanzionato con una misura (un tempo penale e poi) amministrativa, l'altra nella possibilità di sgomberare una casa inagibile per ragioni igieniche (cioè per mancanza dei requisiti sostanziali di agibilità).

La giurisprudenza, tuttavia, anche a questi fini non sempre si è attenuta alla *littera legis*.

A fronte di sentenze che hanno ritenuto che l'ordine di sgombero non può basarsi sulla mera assenza del certificato di abitabilità, che è assistito da un'autonoma sanzione, ma richiede l'accertamento dell'insalubrità dei

locali⁴², altre hanno affermato il principio opposto⁴³.

Tra esse spicca Cons. St., V, 7 luglio 2005, n. 3732, che ha affermato che *«atteso il contenuto della detta norma, resta, quindi, preclusa la possibilità di abitare o di svolgere una qualsiasi attività in locali per i quali non sia stato rilasciato il certificato di agibilità»*⁴⁴.

⁴² TAR Basilicata, 29 marzo 2003, n. 219; TAR Umbria, 20 marzo 1986, n. 99; TAR Puglia, Bari, 25 agosto 1983, n. 557; TAR Sicilia, Catania, 24 giugno 1985, n. 729; TAR Piemonte, 24 gennaio 1983, n. 63.

⁴³ V. TAR Abruzzo, L'Aquila, 5 maggio 1986, n. 265; TAR Sardegna, Cagliari, 6 febbraio 2002, n. 115.

⁴⁴ Questa la motivazione: *«Tale disposizione è rimasta immutata anche dopo le modifiche apportate alla citata norma dal D.P.R. 22 aprile 1994, n. 425.*

Stante il divieto imposto "ex lege" di abitare o svolgere attività in locali privi del certificato di agibilità, ne consegue che l'Autorità comunale, preposta all'osservanza della citata norma legislativa, è tenuta ad intervenire laddove ne riscontri la violazione, disponendo la cessazione dell'utilizzo di locali privi di certificato di agibilità.

Siffatto potere repressivo è insito nel divieto di abitare o di esercitare attività in locali privi del certificato di agibilità contenuto nell'art. 221, comma 1, del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265.

E', invero ovvio che se una norma pone un certo divieto, l'Autorità cui compete il relativo potere di vigilanza dispone anche del potere repressivo dell'abuso, che, nella specie, non può che essere esercitato disponendo la cessazione dell'indebito utilizzo dei locali privi di agibilità.

Quanto alla disposizione contenuta nel comma secondo del summenzionato art. 221, che prevede l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a carico del contravventore della disposizione contenuta nel comma primo dello stesso articolo, essa non comporta, di contro a quanto sostenuto dall'appellante, che l'esercizio di un'attività

In conclusione, quindi, non può darsi per sicuro che la mancanza dell'agibilità possa comportare l'emanazione dell'ordine di sgombero, ma è comunque certa l'applicabilità della sanzione pecuniaria, che può essere reiterata ogni giorno.

** *** **

7) Le misure preventive nella prassi dei comuni

Se la giustizia penale ha modo di esprimersi solo in sede di repressione

in locali privi di agibilità possa essere perseguito unicamente attraverso l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

Rispondendo la disposizione del primo comma dell'art. 221 alla finalità di tutelare la salute e l'incolumità della collettività, è ovvio che la prevista applicazione di una sanzione pecuniaria ha un esclusivo intento punitivo dell'abuso, ma la sua applicazione non ha un effetto sanante dell'infrazione perpetrata.

L'abitazione nonché l'esercizio di attività in locali per i quali non sia stata accertata e dichiarata l'agibilità, potendo nuocere a chi vi soggiorna ed anche a chi vi dimora nei pressi, non sono, infatti, tollerabili, in quanto contrastanti con l'interesse generale, e, conseguentemente, l'Autorità comunale, competente in materia, è tenuta a disporre la cessazione»).

Detto contrasto di giurisprudenza non sembra destinato a ricomporsi dinanzi alla disciplina oggi contenuta nel T.U. 380/2001. Infatti, sulla falsariga del t.u.l.s., l'art. 24 stabilisce che «la mancata presentazione della domanda comporta l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da 67 a 464 euro», ma l'art. 26 prevede che «il rilascio del certificato di agibilità non impedisce l'esercizio del potere di dichiarazione di inagibilità di un edificio o parte di esso ai sensi dell'art. 222, del R.D. 27.7.1934, n. 1265».

delle condotte illecite già consumate, le amministrazioni comunali hanno cercato di adottare misure volte a prevenire gli abusivi mutamenti di destinazione d'uso. Le pratiche più diffuse consistono nel vietare il frazionamento delle strutture turistico-ricettive in più unità immobiliari a proprietà divisa:

i) in modo diretto, imponendo al titolare del permesso di costruire la sottoscrizione di un atto d'obbligo o di una convenzione urbanistica, a valere anche nei confronti degli aventi causa, contenente il divieto di modifica della destinazione d'uso e - soprattutto - di vendita per singole porzioni del complesso turistico-ricettivo;

ii) in modo indiretto, obbligando il titolare del permesso di costruzione (con le modalità di cui sopra, oppure mediante apposita prescrizione apposta nel titolo a costruire) ed accatastare l'intera struttura in categoria "D", senza scomposizione in subalterni, quale condizione per ottenere la certificazione di agibilità.

Nella prima variante l'atto d'obbligo/convenzione contiene le sanzioni private (sotto forma di penali) per il caso di violazione dell'obbligo, ma è soprattutto la sua trascrizione a produrre un effetto di prevenzione speciale, rappresentando un deterrente formidabile nei confronti dei potenziali acquirenti. Nella seconda l'accatastamento provoca surrettiziamente le stesse conseguenze essendo tecnicamente complicato (anche non impossibile) trasferire in proprietà esclusiva un bene privo di apposito identificativo catastale.

La giurisprudenza amministrativa ha sistematicamente respinto le censure contro tali prescrizioni assumendo:

- **a)** che la destinazione turistico-ricettiva reca *ab origine* «un vincolo di destinazione unitaria, che lega tra loro tutte le parti (accessorie e non) dell'immobile e che per natura è incompatibile col permettere divisioni proprietarie all'interno dell'immobile stesso, normalmente finalizzate ad uso parimenti abitativo ma certo non turistico alberghiero della collettività»⁴⁵;

- **b)** che l'indivisibilità rappresenta l'unico modo di garantire la destinazione, giacché «una volta che l'immobile fosse frazionato, il successivo conferimento alla unitaria gestione alberghiera sarebbe soltanto oggetto di un incoercibile impegno a contrarre il relativo obbligo, da parte dei singoli acquirenti»⁴⁶;

- **c)** che l'obbligo di accatastamento in categoria "D" «appare strumento adeguato a prevenire abusi consistenti nell'utilizzo diverso da quello per il quale viene rilasciato il titolo edificatorio, ed appare pienamente compatibile con l'ordinamento», in quanto «è conseguenza automatica ed inevitabile rispetto alla destinazione della zona, sicché il provvedimento è sotto tale profilo non solo legittimo, ma addirittura doveroso»⁴⁷.

Nessuna di queste affermazioni regge alle obiezioni che possono muoversi .

a) Non la prima, in quanto la destinazione turistico-ricettiva non

⁴⁵ Cons. St., Sez. IV, 29 maggio 2008, n. 2584: conf., TAR Toscana, Sez. III, 29 gennaio 2009, n. 119, Id. 4 febbraio 1998, n. 17, Id. Sez. II, 11 agosto 1993, n. 390.

⁴⁶ TAR Em. Rom., Bologna, Sez. II, 20 aprile 2007, n. 426; conf. TAR Em. Rom., Bologna, Sez. I, 11 settembre 2008, n. 3974.

⁴⁷ TAR Toscana, Sez. III, 4 dicembre 2008, n. 3775.

postula come necessaria la proprietà unitaria dell'immobile, perché ciò che rileva è solo la gestione (essa sì unitaria) dello stesso, mediante offerta al pubblico indifferenziato dei servizi di ospitalità e dei relativi servizi.

Di conseguenza, se permangono i caratteri qualificanti della destinazione d'uso turistico-ricettiva, e tanto più se apertura al pubblico e gestione unitaria sono garantiti con appositi strumenti contrattuali, ai fini della disciplina urbanistica è indifferente la presenza di una pluralità di proprietari⁴⁸.

Come è stato esattamente rilevato in una non recente ma persuasiva decisione del giudice amministrativo⁴⁹, *«il divieto di alienare a più soggetti immobili destinati ad albergo, mediante la creazione di una comproprietà immobiliare, contenuto nelle norme di attuazione del piano regolatore*

⁴⁸ In tal senso è orientata tanta parte della giurisprudenza amministrativa: v. Cons. St., Sez. V, 26 gennaio 1979, n. 38 (*«Il carattere distintivo dell'esercizio alberghiero risiede nell'unitarietà della gestione dei vari servizi (locazione di cose, fornitura di prestazioni personali) e non nella appartenenza dell'immobile ad un solo proprietario»*); TAR Veneto, 19 febbraio 1982, n. 283; Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 1979, n. 743; TAR Liguria, Sez. I, 13 giugno 2003, n. 803; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 6 agosto 1991, n. 247; nonché l'unanime giurisprudenza penale, che in tutti i casi in cui ha ritenuto sussistere il reato di lottizzazione abusiva (v. *supra* par. 3), l'ha ravvisato non nel semplice frazionamento delle proprietà originaria, ma anche e soprattutto nel concreto mutamento di destinazione d'uso da ricettivo a residenziale: v. Cass. pen., Sez. III, 12 giugno 2008, n. 24096; Sez. III, 28 febbraio 2007, n. 13687; Sez. III, 21 gennaio 2005, n. 10889; Sez. III, 2 marzo 2004, n. 20661; Sez. III, 27 novembre 2005, n. 6990. Cfr. G. D'Oria, *op. cit.*, p. 688 segg.

⁴⁹ TAR Veneto, 19 febbraio 1982, n. 283.

generale, si pone come inammissibile interferenza dello strumento urbanistico nella disciplina dei rapporti privatistici, quale è stabilita dalle norme del c.c. che prevedono l'istituto della comunione (art. 1100 ss.)».

Lungimirante anticipazione di quanto ha poi affermato, venticinque anni dopo, la Cassazione relativamente all'applicazione delle norme codicistiche sul condominio in presenza di un complesso immobiliare in "multiproprietà" avente destinazione turistico-alberghiera: *"le norme pubblicistiche afferiscono all'uso ed incidono sulla destinazione; le norme privatistiche riguardano l'appartenenza, il cui assetto sostanzialmente non è toccato dalle norme di diritto pubblico" ... "La conformazione non esclude la contestuale applicabilità di altre norme di diritto privatistiche, del tutto compatibili"* (sottolineatura nostra)⁵⁰.

Come dire: al diritto urbanistico (leggi, piani, provvedimenti) spetta di conformare i beni e le loro possibili forme di utilizzazione; al diritto civile spetta, invece, dando per presupposta tale conformazione, disciplinare le situazioni di appartenenza.

Pur entrando con la dovuta cautela in un tema dai confini molto più ampi e oggetto di approdi in continuo divenire, si confida di non essere in errore affermando che tutto ciò che attiene all'individuazione dei fatti attributivi della proprietà e costitutivi delle facoltà che vi sono ricomprese rientra nell'"ordinamento civile" e si sottrae pertanto alla legislazione

⁵⁰ Cass., 5 febbraio 2007, n. 2477; conf. Cass., 29 gennaio 2007, n. 1786 (sottolineature nostre).

regionale⁵¹. Ed invero, il diritto civile, a differenza del diritto pubblico, non può diversificarsi in ragione degli “ordinamenti territoriali distinti”⁵² che caratterizzano la nostra struttura regionale.

Ne consegue che non possono ammettersi incursioni delle norme urbanistiche nelle regole di diritto comune sulla circolazione dei beni. In particolare, il diritto urbanistico (e in generale il diritto regionale) non può limitare l'autonomia negoziale e portare all'inapplicabilità dei principi fondamentali di diritto privato quale quello per cui qualunque bene, salvo quelli sottratti al commercio in forza di leggi statali, è suscettibile di compravendita⁵³.

⁵¹ Cfr. P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2006, 50. A tal proposito, anche se formulate nel vigore del “vecchio” titolo V della Costituzione, sono ancora da condividere le parole di G. Falcon, *Autonomia amministrativa e principio di sussidiarietà*, in *Dir. Soc.*, 1998: «quale primo punto fermo resta il dato che la potestà legislativa regionale riguarda l'amministrazione e solo l'amministrazione».

⁵² F. Vassalli, *Sul disegno di legge n. 175 del 1948 contenente disposizioni sui contratti di mezzadria*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1949 e ora in *Scritti giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 643.

⁵³ Tanto è estraneo alla disciplina urbanistica il regime di appartenenza dei beni, che il Consiglio di Stato, nella già richiamata sent. Sez. V, 5575/2004, per salvare la legittimità della clausola inserita in una concessione edilizia e “doppiata” da un atto d'obbligo sottoscritto (*obtorto collo*) dal privato recante il divieto di «*procedere ad alienazione frazionata dell'immobile*» (fattispecie relativa ad una foresteria realizzata in zona industriale), violentando il tenore letterale della clausola ha ritenuto trattarsi non «*della imposizione di un divieto generalizzato di vendere l'immobile ma solo di rispettarne la destinazione d'uso esattamente nei termini in*

b) Non la seconda, poiché non è affatto vero che la scomposizione del bene in più unità immobiliari in proprietà esclusiva non consente di rendere coercibile la destinazione d'uso unitaria.

Basta opporre, a tale argomento, che

- secondo la giurisprudenza amministrativa le obbligazioni assunte mediante convenzioni urbanistiche o atti d'obbligo verso l'amministrazione, e debitamente trascritte, sono idonee a vincolare anche i successivi acquirenti alla stregua di *obligationes propter rem*⁵⁴;

- in ogni caso, per rendere coercibile l'obbligo nei confronti dell'amministrazione, sono più che sufficienti le sanzioni nella specie applicabili (quelle amministrative, che colpiscono l'autore dell'abusivo mutamento d'uso, e quelle private, che colpiscono il dante causa che non renda edotto l'acquirente del "vincolo" di destinazione);

- nel caso di vendita frazionata si viene a costituire un condominio (verticale o orizzontale, non fa differenza, poiché il regime è identico). Per pacifica giurisprudenza il regolamento di condominio predisposto dall'originario unico proprietario, ove sia accettato dagli iniziali acquirenti

cui la concessione edilizia ne ha assentito la realizzazione». La forzatura del testo della prescrizione per renderla conforme a legge ha indotto N. Paolantonio, Di un particolare caso di interpretazione dell'atto amministrativo, in www.giustamm.it, a parlare di applicazione di «un criterio ermeneutico non già solo extratestuale ed integrativo, ma veramente additivo e novativo, e tale da potersi imporre sul dato palesemente configgente del testo provvedi mentale solo in virtù della forza formale e sostanziale del giudicato».

⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2768; Sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016.

delle singole unità e regolarmente trascritto nei registri immobiliari, assume carattere convenzionale e vincola tutti i successivi aventi causa, non solo per le clausole che disciplinano l'uso ed il godimento dei servizi e delle parti comuni, ma anche per quelle che limitano i poteri e le facoltà dei singoli condomini sulle loro parti esclusive, venendo a costituire tra queste ultime servitù reciproche, il cui rispetto può essere imposto tanto dal condominio quanto dal singolo condomino⁵⁵;

- sempre secondo la giurisprudenza le servitù reciproche possono instaurarsi anche sulla base dei piani di lottizzazione⁵⁶.

Coordinando ed intersecando detti principi, appare indiscutibile che l'obbligo di destinare le singole unità immobiliari alla gestione turistico ricettiva può essere imposto a tutti gli aventi causa del primo proprietario/titolare del permesso di costruire, con effetto vincolante per ogni successivo trasferimento del diritto di proprietà sia nei rapporti esterni con l'amministrazione, sia nei rapporti interni tra i condòmini.

Non solo. Secondo la giurisprudenza, contestualmente all'atto di compravendita può essere stipulato un contratto tra tutti i condòmini e il gestore della struttura (ad es. una società costituita dal primo proprietario e poi ceduta agli stessi condòmini), il quale, essendo in funzione del primo in quanto costituisce un elemento essenziale per il godimento del bene

⁵⁵ Cass., Sez. II, 13 luglio 1983, n. 4781: nella specie si trattava di una clausola che vietava di destinare gli appartamenti dell'edificio ad uso diverso da abitazione o da studio professionale privato; conf. Cass., 8 marzo 2006, n. 49205; Cass., 4 febbraio 2006, n. 2106; 7 febbraio 1992, n. 49, Cass. 15 aprile 1999, n. 3749 (e tante altre).

⁵⁶ Cass., 2 giugno 1992, n. 6652.

acquistato, secondo le caratteristiche ad esso proprie e la sua destinazione, ed avendo così carattere accessorio rispetto alla compravendita, ha la stessa durata di essa (cioè vale a tempo indeterminato, sempreché non si verifichi lo scioglimento del rapporto per unanime volontà delle parti, ovvero la sua risoluzione per inadempimento ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c.)⁵⁷.

Sostenere che non esiste strumento per rendere “coercibile” la destinazione turistico-ricettiva è dunque alquanto imprudente.

Con una precisazione: che nessuno strumento giuridico di carattere privatistico può assicurare positivamente l’impiego in perpetuo delle unità abitative per gli usi turistico-ricettivi, poiché “*servitus in faciendo consistere nequit*”. Ma ciò non è necessario per soddisfare l’ordinamento urbanistico: infatti, salvo talune espresse e desuete previsioni di legge (che presentano natura sanzionatoria, come ad es. l’acquisizione forzata della cava non coltivata di cui all’art. 45 l. mineraria - r.d. 29 luglio 1927, n. 1443, e all’art. 826 cod. civ.), le previsioni conformative della proprietà si risolvono nel divieto di usi difformi, non in obblighi positivi di fare.

A nessuno, pertanto, può essere imposto di destinare attivamente e per sempre l’unità immobiliare alla gestione alberghiera, esattamente come a nessuno può essere imposto di utilizzare un’unità abitativa direttamente o tramite cessione a terzi, o di destinare alla vendita al minuto un fondo commerciale, o ad attività industriale un opificio ... ecc., se non ricorrendo all’espropriazione⁵⁸.

⁵⁷ Cass., 14 giugno 1990, n. 5777

⁵⁸ V. P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, II ed., Milano, Giuffré,

c) Né infine la terza. Invero, la classificazione catastale ha fini fiscali (serve per la determinazione del reddito annuo convenzionale del bene su cui calcolare le relative imposte) e non attiene alla disciplina urbanistica, sì che non si può imporre mediante l'esercizio dei poteri urbanistici una determinata identificazione catastale⁵⁹.

2006, p. 84 seg. *«il potere conformativo determina le trasformazioni immobiliari consentite, non le trasformazioni imposte. Tutte le volte che la pubblica amministrazione intende sottrarre al proprietario la libertà di attuare o meno la trasformazione prevista, essa deve necessariamente ricorrere all'espropriazione. Altrimenti detto, la trasformazione imposta non è mai riconducibile al mero potere conformativo».*

⁵⁹ In tal senso è la costante posizione dell'amministrazione finanziaria: v. Direzione dell'Agenda del Territorio, circolare n. 4 del 16 maggio 2006: *«il classamento delle unità immobiliari ordinarie è basato esclusivamente sul confronto, a livello locale, tra le caratteristiche intrinseche ed estrinseche di ciascuna unità oggetto di esame e quelle ordinariamente associate alle tipologie presenti nel quadro di qualificazione ... Pertanto si ritiene doveroso ribadire, in questa sede, la piena autonomia dell'ordinamento catastale rispetto a quanto dettato dalle norme urbanistiche, ovvero afferenti specifici settori e attività di esercizio ... Un esempio tipico è costituito dalle Residenze Turistico Alberghiere, che sono generalmente composte da una struttura alberghiera intesa in senso tradizionale e da abitazioni con ingresso del tutto autonomo dalle strade pubbliche; in relazione alle situazioni di fatto, si potrà ragionevolmente attribuire alla prima categoria D2 e alle seconde una delle pertinenti categorie del gruppo».* Cfr. in argomento anche le convergenti considerazioni di R. Menchetti, *Un tranquillo week-end di paura in una Residenza Turistico Alberghiera (La circolazione delle strutture ricettive alla luce della Legge Regionale Toscana)*, Riv. Not. n. 6/2007.

** *** **

8) *Gli eccessi sanzionatori e la necessità di un intervento del legislatore regionale*

Un'ultima considerazione (*de jure condendo*) .

La gravità del fenomeno richiede senz'altro risposte adeguate per ristabilire la legalità violata (o elusa), ma deve anche indurre ad una riflessione sulle cause della sua diffusività. E anche dal punto di vista delle sanzioni applicabili la reazione dell'ordinamento non può essere sproporzionata, e soprattutto non può colpire nello stesso modo speculatori e acquirenti in buona fede delle unità immobiliari. Ciò vale non tanto per l'ipotesi della confisca obbligatoria in caso di lottizzazione abusiva, che non opera nei confronti del terzo acquirente di buona fede⁶⁰ e che comunque può essere evitata anche a reato consumato - purché prima del passaggio in giudicato della sentenza che lo accerta - ristabilendo la destinazione d'uso turistico-ricettiva ed assicurandone il rispetto con apposite clausole contrattuali. Intendiamo riferirci a quell'orientamento giurisprudenziale⁶¹ che ravvisa l'abusivo mutamento di destinazione nel mero frazionamento della proprietà, cioè in una situazione che, per la sua tendenziale irreversibilità, non consente di arrivare ad una regolarizzazione, e a quella prassi, che parimenti ha ricevuto l'appoggio del giudice amministrativo (per ora - a quanto consta - solo in sede cautelare)⁶², che interpreta assurdamente il

⁶⁰ Cass. pen., Sez. III, 42741/08 *cit.*; Sez. III, 17865/09 *cit.*

⁶¹ Tar Toscana, Sez. III, n. 119/2009 *cit.*

⁶² Cons. St., Sez. V, ord. 21 febbraio 2006, n. 871, che ha confermato TAR Toscana,

requisito della “gestione unitaria”⁶³ nel senso di “gestione totalitaria” di tutte le unità abitative, e che sanziona con la revoca dell’agibilità dell’intera struttura l’uso residenziale di solo alcune delle unità immobiliari che la compongono, con buona pace del principio di responsabilità personale⁶⁴.

Sotto il secondo profilo (dimensioni del fenomeno), senza voler attenuare la responsabilità di chi semplicemente ha creduto di cogliere nelle pieghe della normativa un’occasione di pura speculazione, le ragioni non possono che essere individuate nella situazione di crisi in cui versano molte imprese del settore turistico alberghiero, che, soprattutto nelle località di

Sez. III, 4 novembre 2005, n. 900 (relativa ad un *residence*), e TAR Toscana, Sez. III, 17 gennaio 2008, n. 82 (relativa ad un villaggio turistico).

⁶³ Per unanime opinione, le strutture turistico-ricettive, si caratterizzano per la necessaria sussistenza di due elementi:

- l’offerta al pubblico di servizi di ospitalità, nel senso che le “unità ricettive” sono offerte in godimento per brevi periodi (peraltro non normativamente determinati, né nel minimo né nel massimo) ad una clientela indeterminata, unitamente ad una serie di servizi (pulizia, cambio biancheria, vitto, deposito, prenotazione ... ecc.), che variano fortemente per qualità e per quantità a seconda del tipo e della classifica delle strutture;

- la gestione unitaria del complesso, da intendersi nel senso che le “parti” dei complessi immobiliari, ivi comprese le singole unità abitative, debbono essere organizzate e utilizzate in funzione dell’attività turistico-ricettiva.

⁶⁴ Nonché trascurando che la normativa regionale (nella specie trattavasi dell’art. 12 del regolamento della Regione Toscana 23 aprile 2001, n. 18/R) prevede solo il numero minimo delle unità abitative adibite al pernottamento della clientela, e che pertanto la struttura ricettiva, se raggiunge tale *minimum*, è gestibile anche in presenza di altre unità ricettive usate come civili abitazioni.

villeggiatura frequentate stagionalmente, palesano crescenti difficoltà a mantenere adeguati margini di redditività.

Ciò spiega la riduzione degli investimenti nel settore e la tendenza a collocare le strutture in parola nel mercato delle “secondo case” anziché nei circuiti appropriati, in cui operano essenzialmente le imprese turistiche.

D'altra parte nella normativa urbanistica le destinazioni residenziali e turistico ricettive sono rigidamente separate (per modalità di calcolo del fabbisogno, per standards, per regime contributivo ... ecc.), e ciò non appare adeguato alle nuove esigenze del mercato, che si mostra sempre più incline a forme miste, in cui impieghi turistico-ricettivi si collegano ad usi residenziali non permanenti onde consentire agli investitori un più rapido rientro di capitale⁶⁵.

Per assicurare un'adeguata remunerazione agli investimenti richiesti e la copertura degli elevati costi di gestione, vi è oggi una propensione del mercato verso strutture che l'ordinamento di settore ancora non conosce e che non sono inquadrabili nelle categorie urbanistiche tradizionali della residenza e del “turistico-ricettivo” propriamente inteso.

Trattasi di complessi caratterizzati dalla presenza principale e urbanisticamente assorbente di un albergo, eventualmente collegato ad altre strutture turistico-ricettive tipizzate dalla legge, a cui si aggiunge una pluralità di civili abitazioni il cui utilizzo è complementare e fortemente integrato con quello dell'albergo.

⁶⁵ Si pensi anche al crescente fenomeno, nel mercato francese, della vendita in proprietà esclusiva di singole stanze di albergo.

Il complesso a cui si fa riferimento, che potremo definire “comunità turistico-residenziale”, è caratterizzato dal fatto che sono gestiti in forma unitaria e accentrata, con la continuità che può assicurare la presenza permanente dell'albergo, tutti i servizi comuni (dalla guardiania complessiva alla custodia e manutenzione delle unità immobiliari, dalla cura del verde e degli arredi esterni alla conduzione degli spazi comuni, dalle strutture ludico-sportive, ai servizi di ristorazione, dal cambio della biancheria alle prenotazioni, all'assistenza ai conduttori ... ecc.), e dal complementare obbligo (non facoltà) per i proprietari delle residenze di conferire alla gestione alberghiera le unità abitative nei periodi di non utilizzo, in modo che possa incrementarsi la quantità e l'assortimento dell'offerta turistica.

Dal punto di vista urbanistico l'albergo rappresenta il centro vitale, direzionale e, anche dimensionalmente, di riferimento del complesso, mentre le residenze sono usate promiscuamente in modo da venire stabilmente inserite nel circuito ricettivo, sì da essere anch'esse realizzabili in zone urbanistiche destinate ad insediamenti turistici.

In tal modo è possibile:

- a) ridurre i costi di investimento delle imprese turistico-ricettive, assicurando con la circolazione delle unità residenziali una remunerazione immediata del capitale;
- b) nel contempo, ampliare l'assortimento delle offerte di ospitalità sollecitando l'afflusso della clientela nei periodi dell'anno in cui tendono a diradarsi le presenze turistiche;
- c) di conseguenza, diffondere i presidi ambientali rappresentati dalla presenza di persone e servizi per l'intero arco

dell'anno;

d) contrastare la sottoutilizzazione delle seconde case e combattere il fenomeno dello svuotamento fuori stagione delle città di villeggiatura;

e) conferire autonomo rilievo giuridico alle abitazioni ad impiego stagionale o intermittente, la cui caratterizzazione urbanistica è assai più vicina alla tipologia turistico-ricettiva che a quella residenziale, non determinando un fabbisogno di servizi alla residenza (scuole, uffici) bensì di servizi al turismo (servizi commerciali e di mobilità);

f) razionalizzare le tecniche di pianificazione urbanistica, rendendo possibile la realizzazione delle strutture in oggetto (che, anche nella parte in cui si articolano in residenze, richiedono i servizi e le infrastrutture tipiche degli insediamenti turistici) in zone aventi destinazione urbanistica turistico-ricettiva.

Come è noto, nei rapporti tra il diritto e l'economia è applicabile il vecchio detto di Maometto e la montagna, ovvero, per dirlo in modo più elegante (con Natalino Irti), *“o l'economia sceglie il luogo del diritto; o il diritto sceglie il luogo dell'economia”*⁶⁶.

In una situazione di stagnazione degli investimenti, anzi di recessione, quale quella che stiamo ancora vivendo, i pubblici poteri non possono continuare ad ignorare le logiche economiche senza pagare gravi conseguenze che - se non si esprimono in un aumento del tasso di illegalità

⁶⁶ N. Irti, *Norma e luoghi - Problemi di geo-diritto*, Bari, 2001, p. 83.

(ormai contenuto dalla mano dura della giurisprudenza) - senz'altro si fanno sentire sul piano del benessere collettivo.

TRA/RTA26.doc