

Penale Sent. Sez. 3 Num. 23474 Anno 2019

Presidente: ROSI ELISABETTA

Relatore: SCARCELLA ALESSIO

Data Udiienza: 08/04/2019

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

PERILLO GIOACCHINO nato a GIUGLIANO IN CAMPANIA il 04/10/1946

avverso l'ordinanza del 24/10/2018 del TRIBUNALE di NAPOLI

udita la relazione svolta dal Consigliere ALESSIO SCARCELLA;

lette le conclusioni del PG, dott. PIETRO MOLINO, che ha concluso per il rigetto del ricorso;



RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza 24.10.2018, il tribunale di Napoli rigettava l'incidente di esecuzione promosso nell'interesse del Perillo, tendente ad ottenere la sospensione dell'ingiunzione a demolire disposto dalla Procura della Repubblica di Napoli, in quanto il predetto in data 5.04.2004 aveva presentato al Sindaco del comune di Giugliano, una richiesta di concessione edilizia in sanatoria, richiesta il cui deposito era stato certificato in pari data dal dirigente l'ufficio competente.

2. Contro la ordinanza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, a mezzo del difensore di fiducia, iscritto all'Albo speciale previsto dall'art. 613, cod. proc. pen., articolando un unico motivo, di seguito enunciato nei limiti strettamente necessari per la motivazione ex art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

2.1. Deduce, con tale unico motivo, violazione di legge in relazione all'art. 39, legge n. 724 del 1994 e correlato vizio di motivazione.

Si premette che il comune di Giugliano, a seguito di presentazione in data 5.04.2004 di istanza di condono edilizio proposta da tale Guarino Tommaso, quale soggetto all'interessato all'acquisto dell'unità immobiliare di cui si discute (sembrerebbe mai perfezionatasi), rilasciava in data 23.08.2017 un permesso di costruire in sanatoria avente ad oggetto l'intervento edilizio oggetto dell'ordine demolitorio. Il dirigente dell'ufficio urbanistica del predetto Comune, su richiesta della Procura della Repubblica di Napoli, provvedeva peraltro ad attestare, con nota del 21.12.2017, che il titolo abilitativo era stato rilasciato a sanatoria delle opere abusive di cui si discute e che la volumetria delle opere fuori terra dell'immobile era inferiore a 750 mc. in quanto il piano seminterrato destinato a deposito/cantina, non comportando carico urbanistico, non era computabile ai fini della determinazione della cubatura dell'edificio. Nonostante tali chiare emergenze, si duole il ricorrente per aver il giudice dell'esecuzione, recependo il parere contrario del PM, rigettato l'istanza difensiva, ritenendo che l'altezza del piano seminterrato computabile ai fini della volumetria quella emergente dal piano di campagna, conseguendone che l'immobile, nella sua altezza complessiva è pari a mt. 8,20 dal piano di campagna, mentre nel piano originariamente allegato la stessa veniva riportata come pari a 7,20 mt., circostanza ritenuta sufficiente a far ritenere il permesso illegittimo, in quanto la cubatura asseverata era pari a 742 mc.

Tale affermazione, a giudizio del ricorrente, anzitutto violerebbe l'art. 39, legge n. 724 del 1994, atteso che, come da consolidata interpretazione del giudice amministrativo, tutti i locali interrati o seminterrati, usati saltuariamente ovvero adibiti



ad usi complementari, non devono essere computati nel limite volumetrico di mc. 750 per ottenere la singola richiesta di concessione edilizia in sanatoria ex art. 39 citato, riportando in ricorso gli stremi di alcune decisioni nelle quali viene sostanzialmente salvaguardata la necessità di assicurare una sufficiente aerazione e luminosità consentendo, nel rispetto dei regolamenti edilizi comunali, che la volumetria fuori terra sia considerata quella a partire dal primo solaio di calpestio al di sopra del piano di campagna, proprio perché, come specificato dal dirigente comunale nel caso in esame, il piano seminterrato destinato a deposito/cantina non comporta carico urbanistico. La conclusione cui perviene il giudice, diversamente, avrebbe dovuto comportare una approfondita valutazione, prima di pervenire addirittura a considerare il permesso illegittimo. Sul punto, si osserva, nemmeno il c.t. del PM si sarebbe mai spinto a calcolare agli effetti della valutazione del rispetto della volumetria il piano seminterrato, né tantomeno di ritenere illegittimo il p.d.c. L'intervento del c.t. del PM, peraltro, si era limitato a rilevare la difformità originaria di alcune misurazioni successivamente corrette e valutate sia dal c.t.p. che dai tecnici comunali. A ciò si aggiunge come la valutazione del c.t. del PM era parziale, atteso che avrebbe tenuto conto del carteggio in atti che era tuttavia mancante delle integrazioni documentali allegare dall'istante nell'agosto 2017 che avevano poi condotto al rilascio della sanatoria.

In secondo luogo, poi, sarebbe affetta da vizio di motivazione l'ordinanza impugnata laddove afferma che l'immobile nella sua altezza complessiva sarebbe pari a mt. 8,20 dal piano di campagna, mentre nel grafico originariamente allegato la stessa era riportata a 7,20 mt., circostanza sufficiente a far ritenere al giudice non rispettato il limite volumetrico, ed illegittimo il permesso, in quanto nell'istanza la cubatura asseverata era pari a 742 mc. Sul punto, sostiene il ricorrente che il raffronto tra i precedenti e i nuovi elaborati grafici e tra le misurazioni precedenti e successive avrebbe dovuto essere operato considerando il "nuovo" come uno sviluppo cronologico e correttivo del "vecchio", sicché l'affermazione di illegittimità del permesso è illogica laddove si considera un dato superato, corretto ed inesistente, come fondante nelle valutazioni che dovevano essere compiute ai fini del rilascio della sanatoria. Il raffronto fattuale tra le vecchie planimetrie e quelle nuove, oltre che delle perizie in atti, renderebbe peraltro palese la contraddittorietà e illogicità della motivazione in quanto le allegazioni originarie all'istanza di condono non avrebbero alcuna valenza perché uniformemente superate da tutte le parti ed il richiamo ad esse, per qualificare il permesso come illegittimo, rende il sillogismo del giudice privo di ragionevolezza.



3. Con requisitoria scritta depositata in data 15.02.2019, il Procuratore Generale, in persona del Sostituto dott. P. Molino, ha chiesto il rigetto del ricorso.

In particolare, dopo aver richiamato la consolidata giurisprudenza di questa Corte che esclude qualsiasi automatismo tra revoca dell'ordine demolitorio e rilascio della sanatoria edilizia dovendo infatti il giudice penale esercitare comunque il proprio sindacato di legittimità dell'atto amministrativo sanante, ha nel merito escluso la illegittimità del provvedimento impugnato: a) anzitutto, rilevandosi la diversità della situazione di fatto per come rappresentata all'atto della domanda di sanatoria (vano completamente interrato) da quella poi verificata come effettivamente sussistente in sede di accertamento del c.t. incaricato (vano seminterrato), diversità che per il PG sarebbe sintomatica dell'insussistenza dei requisiti anche formali per l'accesso al condono; b) in secondo luogo, poi, osserva come il richiamo alla giurisprudenza amministrativa ai fini di ricomprendere il volume del piano seminterrato all'interno del limite volumetrico stabilito dalla normativa, quale presupposto per il corretto esercizio del potere di rilascio della sanatoria, debba essere correttamente inteso. In sintesi, si osserva sul punto che la valutazione del g.e. laddove evidenzia l'esclusione del volume seminterrato dal computo dei volumi rilevanti per l'accesso al condono è illegittima, in quanto esclude arbitrariamente per lo meno la porzione di volumetria fuori terra, ossia quella corrispondente alla parte del vano superiore al piano di campagna. In definitiva, le caratteristiche morfologiche e plano-volumetriche del vano seminterrato non corrisponderebbero in alcun modo a quella indicate dalla giurisprudenza amministrativa (ossia vano interrato, insuscettibile di produrre aumento del carico urbanistico perché insuscettibile di essere utilizzato per attività umane di tipo continuativo, con presenza e permanenza di persone), a fini della sottrazione dal calcolo della complessiva volumetria dell'immobile. Richiama, infine, la giurisprudenza di questa Corte circa la computabilità dei locali interrati ai fini volumetrici, giurisprudenza che ha altresì precisato che l'eventuale incidenza, in senso escludente dal computo, di locali completamente interrati è indissolubilmente legata alla dimostrazione di un loro saltuario uso e di una destinazione ad usi complementari.

4. Con memoria depositata presso la Cancelleria di questa Corte in data 3.04.2019, la difesa del Perillo ha rappresentato a questa Corte che il g.e., su richiesta del medesimo, ha disposto la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato. Il ricorrente deduce su quanto argomentato dal PG in sede di requisitoria scritta, rilevando che siasi sempre fatto riferimento ad un piano seminterrato adibito a deposito e mai ad un vano completamente interrato, osservando che quanto

sostenuto dal PG appare contraddetto dalla giurisprudenza amministrativa, richiamando la decisione del Consiglio di Stato 29.01.2008, già evocata nel ricorso originario, che esclude dal computo della volumetria di un fabbricato il piano seminterrato.

CONSIDERATO IN DIRITTO

5. Il ricorso è infondato.

6. Ed invero correttamente il giudice dell'esecuzione ha rilevato che l'altezza del piano seminterrato che va computata ai fini della volumetria è quella emergente dal piano di campagna, con la conseguenza che l'immobile nella sua altezza complessiva è pari a mt. 8,20 dal piano di campagna, con conseguente illegittimità del permesso di costruire in sanatoria. A tale conclusione il giudice perviene non soltanto valutando quanto rappresentato nel grafico dello stato dei luoghi redatto dal c.t. del PM, ma anche di quanto rappresentato nel grafico dell'arch. Miraglia, allegato come parte integrante al p.d.c. 163/c/2017. Da quest'ultimo atto, peraltro, emerge chiaramente che la sanatoria ha riguardato un edificio residenziale, formato da piano seminterrato adibito a deposito (peraltro aggiungendosi nell'attestazione, a firma dell'Arch. Frippa del 21.12.2017, che lo stesso è adibito a deposito/cantinola), piano terra e piano primo adibiti ad un'unica abitazione, per una superficie complessiva di 322,44 mq., e una volumetria "fuori terra" di mc. 748,61 (dunque di pochissimo inferiore ai 750 mc. previsti dall'art. 39, legge n. 724 del 1994) ed una volumetria "entro terra" di mc. 438,94. Lo stesso tecnico comunale attesta che la volumetria delle opere fuori terra è inferiore a mc. 750, segnatamente precisando che il predetto piano seminterrato non comportando carico urbanistico non è stato computato al fine della determinazione della cubatura dell'edificio. A dispetto di quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente, si tratta di un palese errore commesso dal tecnico comportante la violazione della disciplina urbanistica, come correttamente rilevato dal PG nella sua requisitoria scritta, laddove evidenzia che l'esclusione del volume seminterrato dal computo dei volumi rilevanti per l'accesso al condono è illegittima, in quanto esclude arbitrariamente per lo meno la porzione di volumetria fuori terra, ossia quella corrispondente alla parte del vano superiore al piano di campagna.

7. Quanto sopra necessita di un sintetico approfondimento.

Il provvedimento impugnato, infatti, si fonda sul superamento del limite di 750 mc previsto, ai fini della sanatoria, dall'art. 39 della L. 724/1929. Il ricorrente afferma

invece che il superamento deriva dall'erroneo computo ai fini della definizione della volumetria dell'edificio del piano seminterrato del fabbricato, che invece sarebbe da escludere in quanto destinato a deposito/cantinola.

La ricostruzione della volumetria complessiva come effettuata dal ricorrente non può essere accolta. In primo luogo, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, la motivazione posta alla base del diniego non risulta viziata. Dall'analisi del provvedimento impugnato risulta chiaramente che la ragione del mancato accoglimento dell'istanza risiede dal mancato calcolo della parte di seminterrato che fuoriesce dalla linea di campagna. Il permesso di costruire in sanatoria qualifica in complessivi 748,61 mc. la volumetria complessiva dell'edificio rilevante ai fini della sanatoria, mentre l'attestazione 21.12.2017 a firma del dirigente dell'ufficio urbanistica esclude detto piano seminterrato affermando che lo stesso, per la sua destinazione a deposito/cantinola, non comportando carico urbanistico, non è stato computato al fine della determinazione della cubatura dell'edificio, in sostanza lasciando intendere l'inutilizzabilità a fini abitativi o residenziali dell'intero piano seminterrato dell'edificio in quanto destinato a deposito/cantinola. Tuttavia, come evidenzia correttamente il Procuratore Generale nella sua requisitoria scritta e come del resto emerge dalla stessa qualificazione dello stesso come piano "seminterrato", tale piano non è totalmente interrato e fuoriesce dal piano di campagna. Seguendo un orientamento recente della giurisprudenza amministrativa ormai consolidato, dal quale la Sezione non ritiene di discostarsi (T.A.R. Puglia – Bari, Sez. III, 6 dicembre 2017, n. 1248), nel calcolo della volumetria esistente è considerata *in toto* la volumetria del piano seminterrato e non solamente la parte fuori terra, poiché il volume dei fabbricati è determinato dalla somma dei prodotti delle superfici utili di ogni piano per le relative altezze lorde, misurate da pavimento a pavimento. I regolamenti edilizi possono disporre in ordine al computo dei volumi interrati in ragione della loro destinazione d'uso, laddove questi ultimi siano destinati a residenza, uffici o attività produttive, ma in mancanza di disposizioni in tal senso, nel calcolo del volume complessivo dell'edificio rientra anche il seminterrato per la sola parte emergente dal piano di campagna. Un seminterrato, in particolare, è tale, quindi, se in ogni sua parte rimane al di sotto del piano di campagna o del livello zero di sbancamento, essendo compatibile con tale situazione, nei limiti ritenuti dalle norme comunali, che parte della struttura sopravanzi il piano di campagna o la quota zero, per quanto strettamente necessario per assicurare una sufficiente areazione e luminosità, ovvero, che rimanga scoperta in larghezza per realizzare un accesso dall'esterno.

Consegue, in virtù delle su descritte necessarie caratteristiche, funzionali all'isolamento della struttura, della residenza soprattutto, dal terreno circostante in cui è

immersa, che non è consentito utilizzare il seminterrato per usi residenziali, dovendo altrimenti considerarsene la volumetria nel calcolo della cubatura massima consentita, mentre possono essere in esso consentiti soltanto usi al servizio o per la migliore utilizzazione di quest'ultimi.

8. Le ricadute di quanto sopra chiarito, comportano che il primo livello dell'abitazione assentita con l'impugnata concessione edilizia, al cui interno sono stati collocati spazi destinati a deposito/cantinola, poiché presenta, indiscutibilmente, una parte esterna fuori terra, non può qualificarsi come seminterrato. In questa situazione, esattamente, pertanto, il giudice dell'esecuzione ha ritenuto non rispettata la cubatura complessiva, dovendosi considerare in particolare il minimo scarto volumetrico di quanto ritenuto essere volume "fuori terra" (748,61 mc.) rispetto al limite di 750 mc.

9. In definitiva, è pacifico nella giurisprudenza amministrativa che: a) il volume dei fabbricati è determinato dalla somma dei prodotti delle superfici utili di ogni piano per le relative altezze lorde, misurate da pavimento a pavimento; b) i regolamenti edilizi possono disporre in ordine al computo dei volumi interrati in ragione della loro destinazione d'uso, laddove questi ultimi siano destinati a residenza, uffici o attività produttive; c) in mancanza di disposizioni in tal senso, nel calcolo del volume complessivo dell'edificio rientra anche il seminterrato per la sola parte emergente dal piano di campagna.

10. Trasponendo le riferite acquisizioni giurisprudenziali al caso in esame, deve ritenersi legittimo il diniego opposto dal g.e. che, nell'atto impugnato, ha precisato di non potere riconoscere la legittimità della sanatoria in quanto, in sostanza, nel calcolo della volumetria esistente è considerata *in toto* la volumetria del piano seminterrato (e non solamente la parte fuori terra, come correttamente evidenziato dal P.G. di questa Corte), escludendo sostanzialmente che l'intero piano seminterrato potesse essere computato "*in toto*" (e non per la sola parte emergente dal piano di campagna) nel calcolo della volumetria assentibile con il *bonus* volumetrico.

Né la circostanza che il piano seminterrato sia stato oggetto del permesso di sanatoria arreca utilità alla tesi del ricorrente. In proposito la giurisprudenza, con valutazione che il Collegio condivide e da cui non vi è motivo per discostarsi, ha chiarito che: a) la domanda di condono edilizio concerne il perdono *ex lege* per la realizzazione *sine titulo* abilitativo di un manufatto in contrasto con le prescrizioni urbanistiche (violazione sostanziale) (TAR Lazio, sezione I quater, 11 gennaio

2011, n. 124 e 22 dicembre 2010, n. 38207; TAR Campania Napoli, sezione VI, 3 settembre 2010, n. 17282); b) la domanda di condono (ontologicamente diversa dalla domanda di accertamento di conformità) ammette la regolarizzazione, nella misura in cui le specifiche norme di legge lo consentano, di manufatti che, oltre a non essere formalmente autorizzati, risultino eventualmente anche in contrasto con le prescrizioni urbanistiche (ex multis, Cons. St., sez. VI, 2/2/2015, n. 466). La materia del condono, cioè, è regolata da un *corpus* normativo speciale e autonomo rispetto all'ordinario regime urbanistico ed edilizio, soggetto a specifici presupposti e a definite modalità per la concessione, nonché limitato a precisi ambiti temporali. Infatti, la concessione del condono non implica una modifica dello strumento urbanistico, a meno che non sia adottata nelle forme previste dall'ordinamento un'apposita variante finalizzata al recupero degli insediamenti abusivi, e non comporta alcuna legittimazione o giustificazione in ordine alla realizzazione di opere ulteriori di trasformazione e ampliamento, sia pur "migliorative", destinate al mutamento delle destinazioni d'uso, sia pur "convenienti", dei manufatti condonati, che restano invece assoggettati alle prescrizioni urbanistiche vigenti, non modificate per effetto del condono, che non ha certamente gli effetti di una variante.

11. Chiarito quanto sopra, la circostanza che l'amministrazione comunale abbia assentito in sanatoria ex L. n. 724 del 1994 l'immobile abusivo attuale (compreso il piano seminterrato) autorizza a ritenere che - in sede di rilascio del permesso in sanatoria n. 168/c/2017 del 23.08.2017, come emerge dall'attestazione del dirigente comunale del 21.12.2017 - il Comune abbia preso in considerazione, per escluderla, l'intera volumetria del piano seminterrato, senza invece includervi quella relativa alla parte emergente dal piano di campagna.

12. Trattasi, in ogni caso, di giurisprudenza seguita anche in questa sede di legittimità, essendosi infatti affermato che in tema di attività edilizia, anche i locali interrati devono essere computati ai fini volumetrici, perché detto calcolo deve essere effettuato, salvo che non viga un'espressa disposizione contraria, con riferimento all'opera in ogni suo elemento, ivi compresi gli ambienti seminterrati ed interrati funzionalmente asserviti, giacché nel concetto di costruzione rientra ogni intervento edilizio che abbia rilevanza urbanistica, in quanto incide sull'assetto del territorio ed aumenta il c.d. carico urbanistico e tali sono pure i piani interrati cioè sottostanti al livello stradale (Sez. 3, n. 11011 del 09/07/1999 - dep. 27/09/1999, Boccellari, Rv. 214273; cfr., da ultimo, in senso conforme: Sez. 3, n. 24464 del 10/05/2007 - dep. 21/06/2007, Iacobone ed altro, Rv. 236885). Ne deriva quindi

la legittimità del provvedimento di diniego della sospensione dell'ordine demolitorio, motivato dal superamento del limite di volumetria di 750 metri cubi, dovendo nei termini sopra individuati esservi ricompreso anche il piano seminterrato.

13. Al rigetto del ricorso segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, nella sede della S.C. di Cassazione, l'8 aprile 2019