di Umberto Fantigrossi

L'ordine di demolizione nei rapporti tra giudice penale e pubblica amministrazione

Non è infrequente che a fronte di un abuso edilizio per il quale l'art. 31 del Testo unico in materia di edilizia[1] prevede la demolizione, si generi una sovrapposizione tra i provvedimenti repressivi del Comune e l'ordine del giudice penale.

Nel caso prospettato, oggetto di altro contributo pubblicato su questa stessa rivista, vi è l'inerzia del Comune successiva all'ordinanza di demolizione ed anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza penale che condanna anch'essa alla demolizione il ripristino dello stato dei luoghi non si realizza. Come spesso avviene quando lo stesso obiettivo è posto a carico di due soggetti, senza un chiaro disegno dei loro rapporti, si crea una tendenza allo "scarica-barile" e nessuno dei due alla fine si attiva, confidando che sia l'altro soggetto a risolvere la situazione. Se si aggiunge che demolire costa a volte anche di più che costruire (considerando gli oneri dello smaltimento dei rifiuti prodotti), ben si comprende – in un contesto di risorse finanziarie scarse sia per i Comuni che per l'amministrazione della giustizia - perché quello che dovrebbe essere l'esito naturale dell'abuso edilizio diventa, di fatto, un evento eccezionale.

Va ricordato che la norma sopra richiamata prevede appunto la demolizione sia come sanzione amministrativa ordinata dal Comune sia come "pena". Nel primo caso, segue, in caso di mancata ottemperanza, il trasferimento in proprietà al Comune stesso, *de jure*, del bene e dell'area di sedime e successivamente la demolizione d'ufficio, quindi a cura dell'amministrazione locale e a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consigliare non si ravvisino prevalenti interessi pubblici alla conservazione dell'opera e sempreché non vi sia un contrasto con rilevanti interessi urbanistici ed ambientali. Fin qui il lato "amministrativistico" della disciplina. Poi lo stesso art. 31, al comma 9, prevede anche che il giudice penale, con la sentenza di condanna, ordini la demolizione delle opere abusive, "*se ancora non sia stata altrimenti eseguita*". Nulla è disposto circa le conseguenze del mancato rispetto di tale ordine giudiziario, e quindi trova applicazione il regime processuale generale.

Con questa disposizione si è quindi abbandonata la più semplice impostazione della legge urbanistica del 1942, che prevedeva una chiara distinzione di ruoli fra l'amministrazione e l'autorità giudiziaria penale: alla prima spettava la repressione di tipo ripristinatorio (quindi diretta ad eliminare le conseguenze materiali dell'abuso) mentre alla seconda era attribuita la repressione di tipo sanzionatorio (diretta a punire l'autore della condotta)[2].

Nel nuovo quadro normativo si impone quindi, quanto meno, un coordinamento[3] tra i due interventi, il quale però, come afferma la giurisprudenza della Corte di Cassazione, si realizza solo nella fase esecutiva dei provvedimenti, spettando al giudice dell'esecuzione valutare la compatibilità del provvedimento giurisdizionale di demolizione con le determinazioni dell'Amministrazione, al fine di decidere se vi siano i presupposti per metterlo in esecuzione e con quali modalità[4].

Secondo la Suprema Corte[5] il giudice può ordinare la demolizione del manufatto anche quando sia stata disposta dal Comune l'acquisizione al patrimonio comunale perché tale provvedimento non è incompatibile con l'ordine di demolizione, se non è stata adottata una delibera consiliare che abbia dichiarato la conservazione del manufatto per prevalenti interessi pubblici. Neppure l'ordine di demolizione contenuto nella sentenza penale incontra i limiti soggettivi del giudicato, poiché tale ordine opera *erga omnes* e quindi anche verso tutti coloro che vantino un diritto reale sul bene interessato, prescindendo dal fatto che costoro siano rimasti estranei all'abuso[6].

Invero le Sezioni unite[7] hanno stabilito che il giudice penale può subordinare il beneficio della sospensione condizionale della pena alla demolizione del manufatto abusivo. Il ragionamento delle Sezioni unite si fonda sui seguenti principi:

a) il bene giuridico tutelato dalla normativa penale è il territorio inteso in senso sostanzialistico e pregnante con la conseguenza che la portata sanzionatoria delle norme incriminatici edilizie deve ritenersi correlata, non già in via strumentale e secondaria, al mancato rispetto della disciplina amministrativa del territorio, ma solo e direttamente all'offesa recata all'interesse pubblico;

b) la potestà attribuita al giudice in questa materia non configura un potere residuale o sostitutivo ma ha una propria autonomia rispetto ai poteri dell'autorità amministrativa;

c) L'ordine di demolizione già previsto dalla L. cit., art. 7, u.c. (ora art. 31

1 Approvato con il D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380.

2 In dottrina v. Travi, "*Gli abusi edilizi*", in Angiolini - Marzuoli - Rocella - Sorace – Travi, a cura di, "*Materiali per un corso di diritto urbanistico*", Torino, 1999, pag. 469 e segg.

3 Di "coordinamento" parla la sentenza Cass. Pen., Sez. III, 28 ottobre 2009, n. 9170.

4 Così Cass. Pen., Sez. III, 19 novembre 2008, n. 2432; e 14 febbraio 2000, n. 702.

5 Così Cass. Pen., Sez. III, 10 ottobre 2008, n. 41339.

6 Così Cass. Pen., Sez. III, sentenza 4 febbraio 2010 n. 10227; anche la giurisprudenza amministrativa afferma la legittimità dell'ordine di ripristino adottato nei confronti dell'attuale proprietario pur se questi non abbia materialmente commesso l'abuso (TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 14 giugno 2010, n. 14156.

7 Sentenza 20 novembre 1996, n. 15.

del T.U.), assolvendo ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso, ha natura di provvedimento giurisdizionale accessorio rispetto alla condanna principale e costituisce esplicitazione dell'autonomo potere sanzionatorio attribuito dalla legge al giudice penale;

d) la clausola di riserva "*se non altrimenti eseguita*" non configura un limite strutturale intrinseco alla potestà del giudice ma rappresenta la mera eventualità fattuale che il venire meno del manufatto abusivo per qualsiasi ragione renderebbe inutile la misura ripristinatoria: la permanenza dell'opera abusiva rimane quindi l'unica condizione applicativa del provvedimento sanzionatorio.

Dai principi dianzi esposti discende che la potestà attribuita autonomamente al giudice penale non trova un limite nell'avvenuta acquisizione del bene al patrimonio comunale perché la stessa acquisizione è finalizzata alla demolizione. Il contrasto tra i due poteri - giurisdizionale ed amministrativo - diretti entrambi al medesimo risultato, ossia alla demolizione del manufatto abusivo, non si verifica quindi al momento dell'acquisizione del bene al patrimonio comunale, bensì nel momento in cui il Consiglio comunale, per l'esistenza di prevalenti interessi pubblici, manifesti la volontà di non procedere alla demolizione, sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali. Già in precedenza si era pervenuti ad affermare che il potere dovere del giudice penale di eseguire la demolizione dell'opera edilizia abusiva, disposta L. 28 febbraio 1985, n. 47, ex art. 7 (ora D.P.R. n. 380 del 2001, art. 31) con la sentenza di condanna, opera anche nel caso in cui le opere siano state acquisite al patrimonio del Comune, con la sola esclusione del caso in cui sia intervenuta la deliberazione del Consiglio comunale che abbia dichiarato l'esistenza di prevalenti interessi pubblici[8]. Sempre secondo la Suprema Corte, in base alla L. n. 47 del 1985, art. 7 (ora art. 31 T.U.) il Consiglio comunale può dichiarare legittimamente la prevalenza di interessi pubblici ostativi alla demolizione alle seguenti condizioni:

1 assenza di contrasto con rilevanti interessi urbanistici e, nell'ipotesi di costruzione in zona vincolata, assenza di contrasto con interessi ambientali: in quest'ultimo caso l'assenza di contrasto deve essere accertata dall'amministrazione preposta alla tutela del vincolo;

2) adozione di una formale deliberazione del consiglio con cui si dichiari formalmente la sussistenza di entrambi i presupposti;

3) la dichiarazione di contrasto della demolizione con prevalenti interessi pubblici, quali ad esempio la destinazione del manufatto abusivo ad edificio pubblico, ecc.. Inoltre, l'incompatibilità dell'esecuzione dell'ordinanza di demolizione con la delibera consiliare presuppone che questa sia attuale e non meramente eventuale, perché non è consentito fermare l'esecuzione penale per tempi imprevedibili senza la concreta l'esistenza di una delibera consiliare avente i requisiti anzidetti, giacché l'ordinamento non può attendere *sine die* l'adozione di una possibile quanto eventuale deliberazione. Solo a partire dall'adozione della delibera è preclusa al giudice la potestà di disporre la demolizione del manufatto o di subordinare il beneficio della sospensione condizionale della pena alla demolizione e solo a partire da tale momento l'inottemperanza dell'ingiunto all'ordine di demolizione impartito dall'autorità giudiziaria è giustificata.

Quindi, quand'anche si fosse già verificata l'acquisizione del bene al patrimonio comunale, la circostanza non sarebbe ostativa alla demolizione del manufatto o all'esecuzione dell'ordine di demolizione contenuto nella sentenza di condanna, giacché entrambe le ingiunzioni sono dirette a realizzare lo stesso risultato ossia l'eliminazione dal territorio di un manufatto abusivo.

Va ricordato che anche la giurisprudenza amministrativa afferma l'autonomia del procedimento sanzionatorio comunale rispetto a quello che si svolge innanzi al giudice penale, avendo essi presupposti ed effetti diversi: in ragione di ciò si è affermato che il Comune può disporre la demolizione anche in presenza di sequestro penale dell'immobile abusivo[9]. Sempre a proposito dell'ordine di demolizione si è affermata la sua legittimità anche nel caso di abuso risalente nel tempo (sempre che il lasso di tempo trascorso non sia tanto ampio da aver determinato un assetto territoriale-urbanistico tanto consolidato da escludere ogni profilo dell'interesse pubblico all'osservanza dell'assetto normativamente delineato), e quindi che il potere amministrativo di ripristino dello *status quo* non è soggetto ad alcun termine di prescrizione né è tacitamente rinunciabile[10].

Tale autonomia si riverbera infine sul piano dell'attuazione concreta dell'ordine del giudice, dovendosi ritenere estranea la P.A. a tale vicenda e dovendo quindi, in caso di mancata spontanea attuazione da parte del proprietario, attivarsi il P.M., avvalendosi della forza pubblica[11].

Tutta questa separatezza osta certamente alla reale efficacia dell'azione repressiva e alla tutela del bene "territorio". Non resta che auspicare che nel ritorno di attualità di un dibattito circa una nuova legge nazionale di principi in materia urbanistica, si dedichi attenzione a questo profilo recuperando una prospettiva di cooperazione rafforzata tra i poteri del giudice e quelli della P.A.

8 Cass., Sez. III, n. 3489 del 2000 e n. 2406 del 2003.

9 Così Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2010, n. 1525.

10 Così TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 28 gennaio 2010, n. 335.

11 Così Trib. Terni, sentenza 10 febbraio 2000, in R.P., 2000, pag. 379.

l'autore

Umberto Fantigrossi | Docente
Università Cattaneo di Castellanza
Avvocato del Foro Milano