



LE GIORNATE DI POLIZIA LOCALE E SICUREZZA URBANA

CONVEGNO NAZIONALE ED EXPO
DELLE TECNOLOGIE E DEI PRODOTTI

39ª EDIZIONE

9-10-11 settembre 2020

RICCIONE - PALAZZO DEI CONGRESSI

www.legiornatedellapolizialocale.it

ORDINE DI DEMOLIZIONE DI MANUFATTI EDILIZI ABUSIVI E SEQUESTRO PENALE

STEFANO MAINI

SESSIONE

AS6 – EDILIZIA NOVITÀ E AGGIORNAMENTI IN MATERIA DI VIGILANZA
EDILIZIA

09/09/20

^{1 2}Ordine di demolizione di manufatti edilizi abusivi e sequestro penale

Premessa la ovvietà per cui “... *in materia edilizia la (vera) sanzione, quella che, se e quando eseguita, davvero ad un tempo colpisce efficacemente i responsabili dell’abuso e meglio garantisce, con il materiale ripristino dello stato pre-abuso, il bene protetto, ... sia non tanto quella, penale, dell’art. 44, d.P.R. n. 380/2001 (di seguito, T.U. Edilizia) – di entità assai esigua e di fatto bene spesso compromessa nella sua effettività dalla brevità dei termini di prescrizione del reato³, ma quella, amministrativa, della demolizione⁴. ...*”⁵, e constatato, di fatto, il sistema che presiede alla demolizione pare si dimostri non particolarmente efficace⁶, qui ci concentriamo su un aspetto particolare di questo (vastissimo) tema, che sintetizzo così: che accade quando l’ordine di demolizione di un manufatto edilizio abusivo non viene eseguito, e l’ingiunto si giustifica con la impossibilità di farlo, perché l’immobile da abbattere è sottoposto ad un sequestro penale?

Fino a Cons. Stato, sez. VI, n. 2337/2017, la risposta, pressoché pacifica, era questa:

- il sequestro, in sé e per sé, è irrilevante e non giustifica l’inottemperanza⁷;

- ciò che la può giustificare, è soltanto il fatto (meglio: *la prova del fatto*) che l’interessato abbia chiesto il dissequestro alla competente autorità (allo scopo di potere ottemperare all’ordine di demolizione), e che esso non sia stato concesso⁸: “... *L’art. 85 disp. att. c.p.p., prevede, infatti, che “quando sono state sequestrate cose che possono essere restituite previa esecuzione di specifiche prescrizioni, l’autorità giudiziaria, se l’interessato consente, ne ordina la restituzione impartendo le prescrizioni del caso.”. È l’ordinamento stesso, quindi, a consentire di “superare” il vincolo rappresentato dal sequestro e di procedere, nonostante la presenza dello stesso, alla demolizione*” ...”⁹;

- in mancanza di tale prova, le conseguenze sono quelle di legge: la “tradizionale” acquisizione gratuita dell’art. 31, comma 3, T.U. Edilizia, e la “nuova”¹⁰ sanzione pecuniaria del comma 4-*bis* dell’art. 31 cit.;

- opinando diversamente “... *infatti, da strumento per un più incisivo contrasto all’abusivismo edilizio, il sequestro dell’opera in oggetto si trasformerebbe in un comodo alibi per congelare la situazione esistente a tutto vantaggio del privato, che per tutta la durata continuerebbe a mantenere sia la titolarità dell’opera che il godimento effettivo ...*”¹¹.

¹ Si veda anche Maini, S., *Ordine di demolizione di manufatti edilizi abusivi e sequestro penale: lo stato dell’arte*, in *Il Vigile Urbano*, 2019, 11-12, 49

² Per non appesantire la trattazione, segnalo che la fonte di tutte le pronunce della giurisprudenza amministrativa qui citate è: www.giustizia-amministrativa.it, con grassetti miei

³ Di natura contravvenzionale

⁴ “... *Si deve affermare sin d’ora, pur con un certo margine di approssimazione e generalizzazione, che senza il preventivo sequestro e la successiva demolizione e/o riduzione nel pristino stato, abbiamo perso le nostre energie ed il nostro tempo, disperdendo le scarse risorse a disposizione della giustizia. ...*”: De Luca, S., *I crimini ambientali: rifiuti, paesaggio e violazioni urbanistiche*, 2010, in www.lexambiente.it

⁵ Maini, S., *La demolizione delle opere edilizie abusive: il sistema e qualche sua possibile criticità*, in *Il Vigile Urbano*, 2010, 12, 18, poi pubblicato, con adattamenti, in www.lexitalia.it, cui attingerò, di seguito, più volte, dispensandomi da ulteriori puntuali citazioni, e che comunque riproduco in calce a questo scritto

⁶ Maini, S., *La demolizione delle opere edilizie abusive: un sistema che, di fatto, non funziona, tra istanze sovranazionali ed il nuovo regime dell’autotutela*, in *Il Vigile Urbano*, 2017, 10, 30 e 11/12, 13

⁷ Cons. Stato, sez. VI, n. 283/2016; Cass. pen., sez. III, n. 13653/2016

⁸ Cons. Stato, sez. VI, n. 335/2016

⁹ Cass. pen., sez. III, n. 42637/2013, in www.lexambiente.it

¹⁰ Introdotta dall’art. 17, comma 1, lettera q-*bis*), d.l. n. 133/2014 (cd Sblocca Italia) – conv. con mod. dalla legge n. 164/2014

¹¹ Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, sez. I, n. 768/2012

Cons. Stato, sez. VI, n. 2337/2017 cit., poi, opera una vera e propria “**rivoluzione**”, perché, perfettamente consapevole di tale (pacifico) indirizzo giurisprudenziale, lo “**smonta**”, **pezzo a pezzo**, e, con ampia ed analitica motivazione, afferma principi completamente diversi, anzi opposti, e del tutto nuovi, statuendo che¹²:

- “... *l’ingiunzione che impone un obbligo di fare inesigibile, in quanto rivolto alla demolizione di un immobile che è stato sottratto alla disponibilità del destinatario del comando (il quale, se eseguisse l’ordinanza, commetterebbe il reato di cui all’art. 334 c.p.), difetta di una condizione costitutiva dell’ordine, e cioè, l’imposizione di un dovere eseguibile (C.G.A.R.S., Sezioni Riunite, parere n. 1175 del 9 luglio 2013 – 20 novembre 2014, sull’affare n. 62/2013). In quest’ordine di idee, l’ordine di una condotta giuridicamente impossibile si rivela, quindi, privo di un elemento essenziale e, come tale, affetto da invalidità radicale, e, in ogni caso ... inidoneo a produrre qualsivoglia effetto di diritto. ...*”.

L’obiezione più immediata a questa proposizione è, naturalmente, quella che, pacificamente, il fondamento dell’addebito della inottemperanza dell’ordine di demolizione di un immobile sequestrato non sta, in sé, nel fatto che l’immobile non sia stato demolito dal soggetto cui è stato ordinato di farlo, ma nel fatto che detto soggetto non provi di avere fatto ciò che poteva/doveva fare per demolirlo, chiedendo all’autorità competente, ex art. 85, att. c.p.p., il dissequestro, la cui mancata concessione costituisce, per il destinatario stesso, una sorta di “esimente”, che gli consente di evitare le conseguenze che la legge ricollega, automaticamente, alla inottemperanza.

Ed a questa obiezione, la pronuncia risponde che “... *Tale argomentazione dev’essere ... radicalmente rifiutata: sia perché riferisce a un’eventualità futura, astratta e indipendente dalla volontà dell’interessato la stessa possibilità (giuridica e materiale) di esecuzione dell’ingiunzione, mentre ... l’impossibilità dell’oggetto attiene al momento genetico dell’ordine e lo vizia insanabilmente all’atto della sua adozione; sia perché, assiomaticamente, finisce per imporre al privato una condotta priva di qualsivoglia fondamento giuridico positivo; sia, infine, perché si risolve nella prescrizione di una iniziativa processuale (l’istanza di dissequestro) che potrebbe contraddire le strategie difensive liberamente opzionabili dall’indagato (o dall’imputato) nel processo penale, peraltro interferendo inammissibilmente nell’esercizio di un diritto costituzionalmente protetto, quale quello di difesa (basti porre mente, in proposito, al caso che il mantenimento del sequestro penale –sub specie probatorio, ex art. 253 c.p.p. – risulti funzionale ad assicurare, per il seguito delle indagini o per il dibattimento, la prova che quanto realizzato non fosse abusivo, o non fosse conforme a quanto contestato o ritenuto dalla pubblica accusa, ovvero avesse altre caratteristiche scriminanti o anche solo attenuanti l’illiceità penale del fatto ascritto ...*”.

Affermazioni decise e precise, il cui impatto non rimane – credo – significativamente scalfito, dalla considerazione che, in concreto, sugli immobili abusivi, potrebbero prevalere i sequestri non di tipo probatorio, ma quelli di tipo preventivo (art. 321, c.p.p.), perché i verbali di accertamento urgente sullo stato dei luoghi e delle cose (art. 354, c.p.p.) – redatti ordinariamente dalle forze di polizia –potrebbero rendere superfluo, e comunque potrebbero rendere “precario” (leggi: destinato ad essere revocato in tempi rapidi) un eventuale sequestro con finalità esclusivamente probatorie. ...”¹³

¹² Maini, S., *Ordine di demolizione e sequestro penale: la “rivoluzione” del Consiglio di Stato*, in *Il Vigile Urbano*, 2017, 11-12, 51, e www.lexitalia.it n. 3/2018

¹³ Maini *Ordine di demolizione e sequestro penale ... cit.*

- "... Ed affermazione decisa e precisa è anche quella per cui, considerato che "... **le misure contemplate dall'art. 31, commi 3 e 4-bis, del d.P.R. n.380 del 2001, rivestono carattere chiaramente sanzionatorio e, come tali, esigono, per la loro valida applicazione, l'ascrivibilità dell'inottemperanza alla colpa del destinatario dell'ingiunzione rimasta ineseguita, in ossequio ai canoni generali ai quali deve obbedire ogni ipotesi di responsabilità ..., nella situazione considerata, non è dato ravvisare alcun profilo di rimproverabilità nella condotta (necessariamente) inerte del destinatario dell'ordine di demolizione, al quale resta, infatti, preclusa l'esecuzione del comando da un altro provvedimento giudiziario che gli ha sottratto la disponibilità giuridica e fattuale del bene ...**", con la conseguenza che "... l'irrogazione di una sanzione (ché di questo si tratta) per una condotta che non può in alcun modo essere soggettivamente ascritta alla colpa del soggetto colpito dalla sanzione stessa, non può che essere giudicata illegittima per il difetto del necessario elemento psicologico della violazione. ...".

Affermazione, quest'ultima, peraltro, a mio sommo avviso, non pienamente convincente, se si pensi che la condotta che, come detto, ad oggi, si addebita al destinatario che di fatto non demolisce, non è di non avere demolito, ma di non avere fatto il possibile per demolire (nella specie, chiedendo il dissequestro per potere eseguire l'ordine di demolizione): la colpa, insomma, in forma di non sufficiente diligenza, parrebbe ancora potere caratterizzare la condotta del destinatario che non abbia chiesto il dissequestro. ..."¹⁴

- "... La pronuncia prosegue poi segnalando "... un argomento, tutt'altro che secondario, di equità (ma, come tosto si dirà, non solo equitativo): **non può esigersi – e, giuridicamente, non lo si può soprattutto in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, stante anche il divieto di prestazioni imposte se non che per legge, ex art. 23 Cost. – che il cittadino impieghi tempo e risorse economiche per ottenere la restituzione di un bene di sua proprietà, ai soli fini della sua distruzione ..., ... restando immediatamente percepibile l'iniquità dell'imposizione di un dispendioso onere di diligenza, finalizzato solo alla distruzione del bene (ancora) di proprietà del destinatario dell'ingiunzione. ...**".

Considerazioni che, peraltro, mi pare riecheggino, *sostanzialmente* ed in certo qual modo, quelle poste a fondamento della linea favorevole alla cd sanatoria giurisprudenziale, perché anche per quella, in fondo, si parla di sostanziale iniquità e sproporzione della demolizione di qualcosa che, in seguito, sia divenuto legittimamente realizzabile, e che, *dopo* la demolizione, si potrebbe legittimamente realizzare esattamente identico al demolito: e se così fosse, le stesse *sostanziali* obiezioni rivolte alla sanatoria giurisprudenziale, immagino potrebbero essere indirizzate alla nuova linea affermata dalla pronuncia qui in commento. ..."¹⁵

- "... Prosegue, il Consiglio, nella censura della "vecchia" linea, osservando che "... *Essa implica ... l'imposizione di un onere di diligenza per il quale – al di là della sua assertiva invocazione ad opera di alcune prospettazioni giuridiche, che potrebbero forse sembrare più inopinatamente zelanti nella repressione degli abusi edilizi che adeguatamente attente al rispetto dei principi fondanti dell'ordinamento giuridico (ivi incluso quello ex art. 23 Cost., che si è già richiamato supra) – risulterebbe davvero complicato rinvenire un convincente fondamento normativo positivo; che, anzi, sembra da escludere, purché si tenga in adeguata considerazione l'esigenza che le sanzioni (non solo quelle penali: nemo tenetur se detergere; ma anche quelle amministrative) siano, almeno tendenzialmente, strutturate per essere applicate dai pubblici poteri, piuttosto che autoeseguite a proprio danno dallo stesso soggetto destinatario di esse. ...*"

¹⁴ Maini ult. cit.

¹⁵ Maini ult. cit.

Considerazioni cui immagino si potrebbe obiettare: a) che potrebbe apparire non poi così iniquo, che, in prima battuta, l'obbligo di farsi parte diligente per rimuovere gli effetti dannosi della sua condotta¹⁶ sia imposto al responsabile dell'abuso, invece che al Comune che sarebbe in ogni caso costretto ad "anticipare" denaro pubblico (di tutti), certamente con diritto/obbligo di rivalsa, ma senza alcuna certezza del buon fine della rivalsa stessa; e b) che la azione "imposta" al responsabile, a bene vedere, alla fin fine parrebbe potergli risultare di una qualche "utilità", visto che, in tal modo, evita sia la sanzione pecuniaria (non esattamente modestissima) del comma 4-bis dell'art. 31 cit., sia la acquisizione gratuita non semplicemente dell'immobile abusivo (che comunque non sarebbe legittimamente utilizzabile né commerciabile), ma anche dell'*area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive* (comunque non superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita), come imposto dal comma 3 dell'art. 31 cit.. Il presupposto, naturalmente, è che vi sia certezza sia della abusività della costruzione sia della responsabilità del destinatario dell'ordine, ma debbo dare per scontato che quando, come nel caso qui considerato, si applica la sanzione per la inottemperanza all'ordine di demolizione, detti aspetti non siano (più) contestati. ..."¹⁷

- "... Altra considerazione particolarmente acuta, poi, e pienamente condivisibile, del Consiglio, è quella che, con riferimento alla giurisprudenza fino a ieri sostanzialmente pacifica in materia, si chiede: "... *se il dissequestro, più o meno legittimamente, fosse negato, vi sarebbe anche un onere di gravame? E fino a che grado? O andrebbe riproposta l'istanza? E quando, e quante volte? ...*": in effetti, questo particolare aspetto della questione, mi parrebbe non sufficientemente indagato: ne ripareremo. ..."¹⁸

- "... E, ancora, il Consiglio "demolisce" anche "... *l'assunto che il sistema non possa prescindere dall'onerare il proprietario di richiedere, contra se, il dissequestro al fine di demolire, e che perciò tale onere sia necessariamente insito nel sistema stesso ...*", osservando che, **in effetti, il dissequestro potrebbe invece essere utilmente chiesto, ed ottenuto, da altri** ("... *soggetti pubblici e privati controinteressati al mantenimento dell'opera edilizia abusiva, che abbiano comunanza di intenti e di interessi con l'Amministrazione procedente ...*") ed "**... in primis, dalla stessa Amministrazione ...**" procedente, che così, una volta ottenutolo, si metterebbe in condizione di adottare, fin da subito, una ordinanza senza dubbio legittima, mentre, ove l'avesse già adottata, farebbe riprendere la decorrenza dei termini per la ottemperanza (e le conseguenze in caso di inottemperanza), termini inevitabilmente sospesi/interrotti in presenza del sequestro.

Come evidente, si tratta di affermazioni pienamente coerenti con la nuova impostazione abbracciata dalla pronuncia in commento, soggette perciò alle stesse osservazioni sopra svolte.

Ma anche chi fosse affezionato alla "vecchia" linea, credo debba fare i conti con l'inevitabile blocco della procedura nel caso in cui (da chiunque) richiesto, il dissequestro sia *non* concesso¹⁹: blocco che, perciò, di fatto rischia di permanere fino alla definizione del procedimento penale, e perciò, potenzialmente, per anni (senza dire che il processo penale potrebbe anche chiudersi, ad esempio, con una assoluzione perché il fatto non sussiste ...). ..."

¹⁶ Potendosi forse anche dubitare che l'imposizione – implicita – dell'onere di richiedere il dissequestro, rientri nell'ambito "coperto" dall'art. 23 della Costituzione

¹⁷ Maini ult. cit.

¹⁸ Maini ult. cit.

¹⁹ A meno che, naturalmente, non si oneri l'ingiunto – o, in tesi, la stessa Amministrazione – di attivarsi ulteriormente, e fino al raggiungimento del risultato, nei confronti dell'Autorità competente.

- "... Chiude, poi, il Consiglio con alcune osservazioni di carattere, in qualche modo, processualpenalistico, a supporto di una più specifica (ulteriore) censura della "vecchia" linea.

Eccole: "... l'Autorità giudiziaria adita da un'istanza di dissequestro, da chiunque proposta, potrebbe disporlo – benché "ai soli fini della demolizione" – solo laddove il mantenimento del sequestro non sia (più) funzionale alle pertinenti esigenze processuali penali: ossia, fisiologicamente, solo in casi tendenzialmente abbastanza limitati e particolari. Come è noto, infatti, il codice di procedura penale conosce essenzialmente tre tipologie di sequestro: quello (c.d. probatorio penale) ex art. 253 c.p.p., ... quello (c.d. preventivo) ex art. 321 c.p.p., ... e quello (c.d. conservativo) ex art. 316 c.p.p. ... È del tutto evidente che solo il sequestro preventivo può considerarsi normalmente "cedevole" rispetto alle esigenze della demolizione (giacché essa tendenzialmente elide le conseguenze del reato e ne previene la commissione di ulteriori); laddove, almeno in linea di massima, le esigenze probatorie del sequestro penale e quelle di garanzia del sequestro conservativo dovrebbero essere considerate prevalenti su ogni altra. In tal senso pare in effetti disporre, abbastanza univocamente, l'art. 262 c.p.p., che disciplina la "Durata del sequestro e restituzione delle cose sequestrate" Dall'esame congiunto dei suoi tre commi pare potersi cogliere, dunque, una comprensibile prevalenza delle esigenze sottese al c.d. sequestro probatorio penale, rispetto alle quali sono accessorie quelle tutelate dal sequestro conservativo; mentre risultano sostanzialmente residuali quelle sottese al sequestro preventivo. Nella misura in cui queste considerazioni colgano nel segno, risulterebbe fortemente svalutata nel sistema la tematica connessa alle istanze di dissequestro; il che costituirebbe un ulteriore argomento esegetico nel senso della fallacia delle tesi che non solo vorrebbero onerare (quantomeno praeter legem) il destinatario dell'ordine demolitorio a richiederlo, ma che tendono altresì a sanzionare l'inottemperanza a tale preteso onere con l'acquisizione. La quale, invece, sembra essere prevista dalla legge solo a fronte di una condotta, parimenti omissiva, ma ben diversa: ossia per chi, ovviamente potendolo giuridicamente fare, non demolisca l'immobile (e non anche per chi, assertivamente tenuto a chiedere al giudice il dissequestro, ometta di formulare istanze in tal senso). Sicché è anche il fondamentale principio di tipicità delle sanzioni a ulteriormente confortare la conclusione cui il Collegio qui perviene. ...".

Al proposito, come già accennato, l'impressione è che, invece, in concreto, il tipo di sequestro più utilizzato sia, nella pratica, quello preventivo (di quello probatorio ho già detto sopra), mentre vedrei non moltissimi spazi per quello conservativo – considerato che, ove si mettesse capo ad una sentenza di condanna, questa avrebbe come "accessorio" l'ordine di demolizione (art. 31, comma 9, T.U. Edilizia), senza dire che l'immobile abusivo non è commerciabile (art. 46, T.U. cit.). E se così è, mi pare che, in effetti, ove richiesto, il dissequestro a fini di demolizione dovrebbe invece potere essere concesso con larghezza, visto che, come rileva anche il Consiglio, con la demolizione si attua in massimo grado l'obiettivo del sequestro preventivo stesso. ..."²⁰

A suo tempo, azzardando le appena qui sopra riportate considerazioni circa la linea a dire poco "innovativa" affermata nella pronuncia n. 2337 cit., ho ammesso di non avere certezze sul fatto che essa sarebbe stata fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa in materia, e la mia "cautela", ad oggi, si dimostra giustificata.

²⁰ Maini ult. cit.

Uno sguardo (temo: necessariamente incompleto) alla **giurisprudenza più recente (anno 2020)**, infatti, mi pare dia bene conto del fatto che, ad oggi, una linea unitaria ancora non c'è, né in primo grado né in appello.

Sia nei Tribunali Amministrativi sia in Consiglio di Stato, infatti, **non** è dato registrare una **posizione univoca**²¹.

Segnalo anche che, allo stato, parrebbe poi **immutata la giurisprudenza penale**, ancora saldamente orientata nel senso che il sequestro penale non è di ostacolo all'adempimento dell'ordine di ripristino emesso dal giudice²², essendo sempre possibile effettuare tali interventi ex art. 85 disp. att. c.p.p. (Cass. pen., sez. III, n. 41138/2019).

Come evidente, scegliere di seguire l'una o l'altra delle due linee contrapposte, non è affatto "neutro": basti pensare che, seguendo la linea "tradizionale", il proprietario inadempiente subirebbe immediatamente la acquisizione automatica, da parte del Comune, del bene e dell'area di sedime, nonché di quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive (art. 31, comma 3, T.U. Edilizia): dire, perciò, che sia necessario il sollecito superamento di tale incertezza giurisprudenziale, è talmente ovvio da sfiorare la banalità.

Ma, in effetti, pare che qualcosa si stia muovendo: nella giustizia amministrativa, infatti, si sta facendo strada una linea "mediana", che in qualche modo tenta di ricondurre a sintesi queste due (apparentemente) inconciliabili posizioni.

Proposto già da Cons. Stato, sez. VI, n. 4418/2018, pare, infatti, si stia sempre più affermando una posizione che *"... rappresenta un punto di equilibrio fra le opposte esigenze ..., ovvero fra l'interesse pubblico alla tutela del territorio, pure costituzionalmente rilevante, e quello privato alla difesa penale infatti, il sequestro penale dell'immobile non influenza la legittimità dell'ordinanza di rimessione in pristino, il che appare logico se si considera che diversamente la tutela del territorio verrebbe a dipendere da circostanze non nel dominio dell'amministrazione istituzionalmente preposta, che anzi potrebbe esserne all'oscuro. Il contemperamento con le esigenze della difesa si realizza infatti in altro modo, ovvero ritenendo che il termine assegnato dall'ordinanza per la demolizione o la rimessione in pristino non decorra sin quando l'immobile rimane sotto sequestro, restando all'autonoma iniziativa della difesa ovvero della magistratura inquirente attivare gli strumenti che al dissequestro possono condurre. ..."*²³.

Insomma, l'ordine di demolizione che si "scontra" contro l'esistenza, sullo stesso oggetto, di un sequestro penale, non è *"... affetto da invalidità radicale, e, in ogni caso ... inidoneo a produrre qualsivoglia effetto di diritto. ..."* (come afferma la pronuncia n. 2337/2017 cit.), ma rimane quiescente fino a che permane il sequestro, riprendendo vigore non appena cessa il sequestro stesso, senza che l'interessato sia onerato di alcuna richiesta di dissequestro (a meno che ciò non sia il risultato di una sua autonoma scelta difensiva).

²¹ **In linea** con la pronuncia n. 2337 cit., trovo, in primo grado: TAR Catania, sez. I, n. 502/2020, e Cagliari, sez. II, n. 196/2020, e, in appello, Cons. Stato, sez. VI, n. 2431/2020. **Non in linea**, invece (fedeli, insomma, all'approccio "tradizionale"), trovo, in primo grado, TAR Napoli, sez. VI, n. 2907/2020; Catanzaro, sez. II, n. 1080/2020; Bologna, sez. II, n. 286/2020; Roma, sez. II stralcio, n. 5941/2020; Roma, sez. II-bis, n. 5561/2020, e Salerno, sez. II, n. 56/2020, e, in appello: Cons. Stato, sez. VI: n. 4354/2020 e n. 299/2020

²² Con la sentenza ex art. 31, comma 9, T.U. Edilizia

²³ Cons. Stato, sez. VI, n. 6592/2019, seguito da Cons. Giust. Amm. Reg. Siciliana, sez. riun., n. 153/2020, e, tra i TT.AA.RR.: Catania, sez. n. 814/2020 e L'Aquila, sez. I, n. 31/2020

Ed il pallino - almeno così pare - passa alla *magistratura inquirente* (non invece - così pare - all'Amministrazione attiva: per capirci, il Comune²⁴), che (dovendosi ragionevolmente ritenere residuali, nella pratica, le ipotesi di sequestro probatorio e conservativo: si veda sopra) potrebbe anche vedere con un certo favore un dissequestro vincolato alla demolizione, visto che, come rileva anche il Cons. Stato, n. 2337 cit., con la demolizione si attua in massimo grado l'obiettivo del sequestro preventivo (la tipologia che, nella pratica, dovrebbe risultare ampiamente prevalente).

E questa è anche *una* risposta - ma forse non *la* risposta - alla questione, agitata dalla decisione n. 2337/2017 cit., là dove poneva queste domande (mi pare, in ampia misura retoriche): “... *se il dissequestro, più o meno legittimamente, fosse negato, vi sarebbe anche un onere di gravame? E fino a che grado? O andrebbe riproposta l'istanza? E quando, e quante volte? ...*”, questione in relazione alla quale avevo a suo tempo osservato che “... anche ove permanesse la “vecchia” linea, e l'ordine di demolizione in presenza di sequestro, fosse ritenuto legittimo, mi pare rimanga/rimarrebbe comunque di un certo rilievo la questione del “che fare”, ove il dissequestro, da chiunque sollecitato, sia negato, con la conseguente possibilità/probabilità che la procedura sanzionatoria rimanga nel limbo anche per anni: un altro possibile “buco”, insomma, nella disciplina della demolizione delle opere abusive²⁵ ...”

Naturalmente, non ho alcuna certezza che questa linea “mediana” si affermerà fino a diventare *la* linea della giurisprudenza amministrativa, ma, anche ove accadesse, ciò non risolverebbe la questione dello “spiacevole” disallineamento, sul punto, con la giurisprudenza penale, perché la linea “mediana” impedisce, in sostanza, che si proceda all'acquisizione gratuita immediatamente alla scadenza del termine ingiunto con l'ordinanza di demolizione, ma non risolve (né era chiamata a farlo) la questione della possibile discrasia tra giudicato penale e profilo sanzionatorio amministrativo. Una volta revocato il sequestro, infatti, l'ordine di demolizione riprende i suoi effetti, e la mancata demolizione potrebbe comportare l'acquisizione gratuita anche in caso di assoluzione penale perché il fatto non sussiste, perché “... *se è vero che l'art. 654 c.p.p. postula l'efficacia extrapenale della sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento quando nel giudizio amministrativo “si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale”, è altrettanto vero che ..., secondo un condiviso orientamento, la nozione di “fatti materiali” deve essere limitata alla realtà fenomenica, materiale e storica che ha determinato il convincimento del giudice penale e non può essere anche riferita all'ulteriore procedimento di sussunzione logica del materiale probatorio svolta dal giudice stesso anche attraverso processi argomentativi (la cui articolazione non riguarda l'accertamento del fatto, ma la valutazione di esso). Si tratta di un corollario del principio secondo cui i mutamenti della disciplina del processo penale giustificano sempre meno la compressione del diritto alla prova e del principio del libero convincimento del giudice che l'efficacia extrapenale del giudicato penale comporta. Pertanto, il fatto materiale accertato in sede penale può e deve essere autonomamente valutato nell'ambito del presente giudizio amministrativo senza che operi al riguardo alcun vincolo di pregiudizialità Sotto il profilo soggettivo, inoltre, il giudicato è vincolante solo nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo civile. Non, quindi, nei confronti di altri soggetti che siano rimasti estranei al processo penale, pur essendo in qualche misura collegati alla vicenda*

²⁴ Come affermato, invece, dalla sentenza n. 2337/2017 cit.

²⁵ A proposito della quale, si potrà vedere: Maini, S., *La demolizione delle opere edilizie abusive: un sistema che, di fatto, non funziona, tra istanze sovranazionali ed il nuovo regime dell'autotutela*, in *Il Vigile Urbano*, 2017, 10, 30 e 11/12, 13

penale: ad esempio, il Comune danneggiato che non si sia costituito parte civile (ai fini della opponibilità e vincolatività dell'accertamento di fatto contenuto nel giudicato penale, non è dunque neppure sufficiente la circostanza che il comune sia stato citato, per il dibattimento, nella veste di parte offesa del reato). ...”²⁶.

Infine, nemmeno la linea mediana, allo stato, è tale da dare certezze ed uniformità all'azione amministrativa dei Comuni, perché, oltre a non essere ancora pacifica nemmeno nell'ambito della stessa giustizia amministrativa, pare, come detto, non sulla stessa lunghezza d'onda della giustizia penale²⁷, su un terreno in cui, invece e come ovvio, la maggior convergenza possibile mi parrebbe a dir poco da auspicare.

“ ...

“... Le stime più recenti dell'abusivismo edilizio confermano le preoccupazioni espresse nella scorsa edizione del Rapporto circa le tendenze di questo fenomeno, che in Italia continua ad avere una diffusione senza paragoni fra le maggiori economie avanzate. ...”

Istat, Rapporto Bes 2015: il benessere equo e sostenibile in Italia

28 29 La demolizione delle opere edilizie abusive: un sistema che, di fatto, non funziona, tra istanze sovranazionali ed il nuovo regime dell'autotutela

Riprendo un *incipit* che, pur di qualche anno fa³⁰, in effetti potrebbe essere di molto tempo prima, ed ho pochi dubbi che sia ancora attuale: eccolo: “... È affermazione largamente diffusa quella che in materia edilizia la (vera) sanzione, quella che, se e quando eseguita, davvero ad un tempo colpisce efficacemente i responsabili dell'abuso e meglio garantisce, con il materiale ripristino dello stato pre-abuso, il bene protetto, è affermazione largamente diffusa, dicevo, che la sanzione per eccellenza sia non tanto quella, penale, dell'art. 44, d.P.R. n. 380/2001 (di seguito, T.U. Edilizia) – di entità assai esigua e di fatto bene spesso compromessa nella sua effettività dalla brevità dei termini di prescrizione del reato³¹, ma quella, amministrativa, della demolizione³². ...”

Detto ciò, non sarebbe però corretto affermare che, nel frattempo, nulla sia cambiato.

E le novità derivano, fondamentalmente, dal confronto della normativa domestica con quella sovranazionale (CEDU) e dalla nuova disciplina, nazionale, sull'autotutela amministrativa: ne parleremo.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, n. 990/2020

²⁷ Cass. pen., n. 41138/2019 cit.

²⁸ In Il Vigile Urbano, 2017, 10, 30 e 11/12, 13

²⁹ Per non appesantire la trattazione preciso che, ove non altrimenti indicato, le fonti delle decisioni citate sono, per la giurisprudenza penale, tutte della sezione III: www.lexambiente.it; per la giurisprudenza amministrativa: www.giustizia-amministrativa.it; per la giurisprudenza costituzionale: www.cortecostituzionale.it

³⁰ Maini, S., *La demolizione delle opere edilizie abusive: il sistema e qualche sua possibile criticità*, in Il Vigile Urbano, 2010, 12, 18, poi pubblicato, con adattamenti, in www.lexitalia.it, cui attingerò, di seguito, più volte, dispensandomi da ulteriori puntuali citazioni

³¹ Di natura contravvenzionale

³² “... Si deve affermare sin d'ora, pur con un certo margine di approssimazione e generalizzazione, che senza il preventivo sequestro e la successiva demolizione e/o riduzione nel pristino stato, abbiamo perso le nostre energie ed il nostro tempo, disperdendo le scarse risorse a disposizione della giustizia. ...”: De Luca, S., *I crimini ambientali: rifiuti, paesaggio e violazioni urbanistiche*, 2010, in www.lexambiente.it

Ciò che, comunque, ancora oggi credo si possa affermare, è che la efficacia (anche) deterrente della sanzione demolitoria (al momento – fermo quanto dirò più avanti – considerata non penale, ma), *amministrativa* (naturalmente: se e quando eseguita) è fuori discussione, anche perché essa, allo stato della giurisprudenza di legittimità, non soffre non soltanto dei limiti derivanti dalla prescrizione del reato³³ (ma anche di questo riparleremo), ma nemmeno, sostanzialmente, di quelli derivanti dalle regole sulla prescrizione amministrativa, perché appare, al momento, pacifico che i relativi termini non inizino a decorrere fino a che non sia ripristinata la situazione secondo diritto³⁴ (ed anche di questo dovremo riparlare, trattandosi di questione ovviamente connessa alla natura, amministrativa o penale, della sanzione demolitoria).

Del resto, che la demolizione sia davvero *la* sanzione per eccellenza, mi pare ce lo ha sostanzialmente detto anche la Consulta, quando ha osservato che “... *l'abusivismo edilizio comporta effetti permanenti (qualora non segua la demolizione o la rimessa in pristino), di modo che il semplice pagamento di oblazione non restaura mai l'ordine giuridico violato, qualora non comporti la perdita del bene abusivo o del suo equivalente almeno approssimativo sul piano patrimoniale. ...*”³⁵.

Vediamo, allora, come è congegnato il meccanismo legislativo – il “sistema” – che regola la demolizione delle opere abusive.

E facciamo al meglio, prendendo cioè a prestito le parole, limpide e recentissime, del **giudice di legittimità**³⁶, che **così ripercorre** “... *l'articolata procedura relativa alla demolizione degli immobili abusivi delineata dalla vigente disciplina urbanistica. Il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 27, attribuisce al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale il potere dovere di vigilare, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale, al fine di assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi. Il medesimo articolo, al comma 2, stabilisce che il dirigente o il responsabile dell'ufficio tecnico comunale, “quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla L. 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi. Qualora si tratti di aree assoggettate alla tutela di cui al R.D. 30 dicembre 1923, n. 3267, o appartenenti ai beni disciplinati dalla L. 16 giugno 1927, n. 1766, nonché delle aree di cui al D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (ora D.Lgs. n. 42 del 2004), il dirigente provvede alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi, previa comunicazione alle amministrazioni competenti le quali possono eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa. Per le opere abusivamente realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente importante ai sensi del D.Lgs. 29 ottobre*

³³ Cass. pen., 10 marzo 2016, n. 9949: in questo caso, pur cadendo automaticamente l'ordine giudiziale di demolizione, rimane infatti fermo il potere/dovere di provvedere dell'Amministrazione (Cass. pen., 3 settembre 2008, n. 34541), ma lo stesso avverrebbe se il reato non fosse stato perseguito (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 2 aprile 2007, n. 3042), ed anche in caso di amnistia o indulto (Cass. pen., n. 9949/2016 cit.: si veda Tanda, P., *I reati urbanistico-edilizi*, Cedam, 2013, 638)

³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2160

³⁵ Corte Costituzionale, 21-28 luglio 1995, n. 416

³⁶ Cass. pen., 15 dicembre 2015, n. 49331, con evidenziazioni grafiche mie, n.d.r.

1999, n. 490, artt. 6 e 7, (ora D.Lgs. n. 42 del 2004, artt. 13 e 14) o su beni di interesse archeologico, nonché per le opere abusivamente realizzate su immobili soggetti a vincolo o di inedificabilità assoluta in applicazione delle disposizioni del Titolo II del D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (ora Parte Terza del D.Lgs. n. 42 del 2004), il Soprintendente, su richiesta della regione, del comune o delle altre autorità preposte alla tutela, ovvero decorso il termine di 180 giorni dall'accertamento dell'illecito, procede alla demolizione, anche avvalendosi delle modalità operative di cui alla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2, commi 55 e 56". Si tratta, in tali casi, della **c.d. demolizione d'ufficio**, la quale **non è preceduta da alcuna attività procedimentale finalizzata all'individuazione di soggetti responsabili o alla irrogazione di sanzioni**, in quanto la norma attribuisce, al responsabile dell'ufficio tecnico ed agli altri soggetti indicati, la possibilità di diretta azione per la demolizione del manufatto abusivo durante tutto il corso della sua esecuzione ed in tutti i casi di contrasto con la disciplina urbanistica e gli strumenti urbanistici, da eseguirsi con le modalità indicate dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 41. Al di fuori delle ipotesi sopra ricordate, il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 27, **comma 3**, stabilisce che, "qualora sia constatata, dai competenti uffici comunali d'ufficio o su denuncia dei cittadini, l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità di cui al comma 1, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, ordina l'immediata sospensione dei lavori, che ha effetto fino all'adozione dei provvedimenti definitivi di cui ai successivi articoli, da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori. Entro i successivi quindici giorni dalla notifica il dirigente o il responsabile dell'ufficio, su ordinanza del sindaco, può procedere al sequestro del cantiere". Il successivo **comma 4** dispone, inoltre, che "gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, ove nei luoghi in cui vengono realizzate le opere non sia esibito il permesso di costruire, ovvero non sia apposto il prescritto cartello, ovvero in tutti gli altri casi di presunta violazione urbanistico-edilizia, ne danno immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, al competente organo regionale e al dirigente del competente ufficio comunale, il quale verifica entro trenta giorni la regolarità delle opere e dispone gli atti conseguenti". Per le opere eseguite da amministrazioni statali provvede il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 28, imponendo al responsabile del competente ufficio comunale, qualora ricorrano le ipotesi di cui all'art. 27, di informare immediatamente la regione e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, al quale compete, d'intesa con il presidente della giunta regionale, la adozione dei provvedimenti previsti dal richiamato art. 27. ... Le disposizioni in precedenza ricordate prevedono, **dunque, un immediato intervento demolitorio, effettuato d'ufficio sul solo presupposto della presenza sul territorio di un immobile abusivo, perché eseguito in assenza di titolo abilitativo o in difformità dalle norme urbanistiche o dalle prescrizioni degli strumenti urbanistici, che prescinde da qualsivoglia accertamento di responsabilità, riguarda esclusivamente l'immobile ed ha, quale unico scopo, la sua eliminazione ed il ripristino dell'originario stato del territorio. A ciò si aggiunge, per gli interventi diversi da quelli soggetti a demolizione d'ufficio, la possibilità di interventi cautelari urgenti di cui all'art. 27, comma 3, e la particolare procedura di segnalazione dell'abuso da parte della polizia giudiziaria di cui all'art. 27, comma 4, che vede distinti gli obblighi di segnalazione all'autorità giudiziaria ed a quella amministrativa per l'adozione dei provvedimenti di competenza di quest'ultima. Il D.P.R. n. 380 del 2001, successivo art. 31, disciplina, inoltre, l'ingiunzione alla demolizione delle opere eseguite in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, disposizioni applicabili, secondo quanto disposto dal comma 9 bis, del medesimo articolo, anche agli interventi eseguiti in base a d.i.a. sostitutiva del permesso di costruire ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 22, comma 3. Accertata l'esecuzione di tali interventi, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale deve ingiungere al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che, in caso di inottemperanza, viene acquisita di diritto, ai sensi del successivo comma 3 (il comma 4 stabilisce, inoltre, che l'accertamento**

dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al comma 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente). I successivi **commi 4 bis, 4 ter e 4 quater**, introdotti dalla L. n. 164 del 2014, prevedono anche, **in caso di accertata inottemperanza**³⁷, l'irrogazione di una **sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 Euro e 20.000 Euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti, la quale, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui all'art. 27, comma 2, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima. Le regioni a statuto ordinario possono aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4 bis, e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione. I proventi delle sanzioni spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente. L'acquisizione dell'opera abusiva al patrimonio del comune ha, quale finalità, la demolizione a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali**³⁸. L'art. 31, comma 8, individua i **poteri sostitutivi del competente organo regionale in caso di inerzia**³⁹. L'art. 31, al comma 9, infine, dispone che, per le opere abusive cui esso si riferisce, **“il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita”**. ...”, ed osserva che “... considerato il complesso delle disposizioni sopra richiamate, i provvedimenti finalizzati alla demolizione dell'immobile abusivo adottati dall'autorità amministrativa risultano completamente autonomi rispetto alle eventuali statuizioni del giudice penale e, più in generale, alle vicende del processo penale, tanto è vero che si è affermato, ad esempio, come il sequestro penale dell'immobile non sia ostativo alla demolizione Per ciò che concerne, in particolare, la demolizione ordinata dal giudice penale ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 31, comma 9, va rilevato, in primo luogo, che la disposizione si pone in continuità normativa con il previgente art. 7 della legge 47/1985 ... e costituisce atto dovuto del giudice penale, esplicazione di un potere autonomo e non alternativo al quello dell'autorità amministrativa, con il quale può essere coordinato nella fase di esecuzione. ...

³⁷ Colpevole: non è tale, ad es., quando sia involontaria, o sia intervenuta una proroga da parte della Pubblica Amministrazione per completare la demolizione (Cass. pen., 28 maggio 2009, n. 22440), o quando i beni da demolire non siano stati individuati in maniera particolareggiata, oppure siano in corso procedimenti amministrativi (Cass. pen., 5 agosto 2008, n. 32709) – n.d.r.

³⁸ La nozione va coordinata con il principio affermato dalla Consulta, in relazione alla impossibilità di acquisizione gratuita nei confronti di soggetti non responsabili dell'abuso, ed in particolare “... nei confronti del proprietario dell'area quando risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone egli venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento ...”, principio per cui “... l'acquisizione gratuita dell'area non è dunque una misura strumentale, per consentire al comune di eseguire la demolizione, né una sanzione accessoria di questa, ma costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione, abilitando poi il sindaco ad una scelta fra la demolizione di ufficio e la conservazione del bene, definitivamente già acquisito, in presenza di “prevalenti interessi pubblici”, il che significa per la destinazione a fini pubblici, sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali. ...”: Corte Costituzionale, 11-15 luglio 1991, n. 345 – n.d.r.. Si veda Bellucci, in Bellucci, G.-Pellegrini, P., *La repressione degli abusi edilizi nella giurisprudenza amministrativa, penale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2012, 171 e seg.

³⁹ Sui rapporti tra il potere sostitutivo dell'art. 40, T.U., ed il dovere sostitutivo dell'art. 31 cit.: Bellucci, in Bellucci-Pellegrini citt., 202 – n.d.r.

*La disposizione, inoltre, si pone come **norma di chiusura del complesso sistema sanzionatorio amministrativo** in precedenza descritto ...”*

Ed a ciò si aggiunga che l'**art. 41, T.U. Edilizia**, intitolato *Demolizione di opere abusive*, dispone che

- In tutti i casi in cui la demolizione deve avvenire a cura del comune, essa è disposta dal dirigente o dal responsabile del competente ufficio comunale su valutazione tecnico-economica approvata dalla giunta comunale.*

- I relativi lavori sono affidati, anche a trattativa privata ove ne sussistano i presupposti, ad imprese tecnicamente e finanziariamente idonee.*

- Nel caso di impossibilità di affidamento dei lavori, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale ne dà notizia all'ufficio territoriale del Governo, il quale provvede alla demolizione con i mezzi a disposizione della pubblica amministrazione, ovvero tramite impresa finanziariamente e tecnicamente idonea se i lavori non siano eseguibili in gestione diretta.*

- Qualora sia necessario procedere alla demolizione di opere abusive è possibile avvalersi, per il tramite dei provveditorati alle opere pubbliche, delle strutture tecnico-operative del Ministero della difesa, sulla base di apposita convenzione stipulata d'intesa fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ed il Ministro della difesa.*

- È in ogni caso ammesso il ricorso a procedure negoziate aperte, per l'aggiudicazione di contratti d'appalto per demolizioni da eseguirsi all'occorrenza.*

In sintesi: il **T.U. Edilizia**, oltre a prevedere un “**piano A**”, che impone al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale, di procedere⁴⁰ alla demolizione ed al ripristino delle opere eseguite in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali (**artt. 31, comma 5, e 41, comma 1**)^{41 42}, prevede anche un “**piano B**”, assegnando alle Regioni⁴³ il dovere (*adotta i provvedimenti eventualmente necessari*, dice la norma) di sostituirsi, d'ufficio, ai dirigenti/responsabili inerti (**artt. 31, cit., comma 8**⁴⁴, e **40**)⁴⁵; e prevede (ancóra) anche un “**piano C**”, disponendo l'ulteriore potere/dovere sostitutivo, anche se questa volta non d'ufficio, dei **commi 3 e 4 dell'art. 41 cit.**⁴⁶); e, non bastasse, prevede (addirittura?) anche un “**piano D**”, con la norma

⁴⁰ Immediatamente, nei casi di cui al comma 2, art. 27, T.U., cit.; dopo l'accertamento della inottemperanza al proprio ordine di demolizione (e conseguente automatica acquisizione al patrimonio del Comune dell'opera abusiva e della area di sedime “allargata”: art. 31, comma 3, T.U., cit.), invece, nei casi di cui al comma 3, art. 27, cit.

⁴¹ A meno che, naturalmente, nei casi di cui all'art. 31, T.U., cit., ... *con deliberazione consiliare non si dichiara l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali* (art. 31, cit., comma 5), ovvero, nelle fattispecie dell'art. 33, comma 1, T.U., cit., si determini ... *sulla base di motivato accertamento dell'ufficio tecnico comunale, ... che ... il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile* (comma 2, art. 33, cit.), ed in quelle dell'art. 34, T.U. cit., che .. *la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità* (comma 2, art. 34 cit.).

⁴² Analoga disposizione è prevista per gli interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità, dall'art. 33, comma 1, cit.

⁴³ Destinatari, anche, ai sensi dell'art. 31, cit., comma 7, della trasmissione mensile, da parte del segretario comunale, dei dati relativi agli immobili e alle opere realizzati abusivamente, oggetto dei rapporti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria e delle relative ordinanze di sospensione.

⁴⁴ Richiamato anche, per gli interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità, dall'art. 33, cit., comma 5

⁴⁵ Fiale-Fiale citt., 901, stigmatizzano la mancanza di una norma che preveda la comunicazione da parte del Comune alla Regione dei provvedimenti sanzionatori definitivi, rendendo perciò necessaria una legge regionale *ad hoc*

⁴⁶ Non sfuggirà che mi permetto di dare per scontato ciò che forse così scontato potrebbe non essere, cioè la reviviscenza del testo originario dell'art. 41 cit., dopo la sentenza 24-28 giugno 2004, n. 196 della Consulta, più avanti cit.: per approfondimenti, Maini, *La demolizione delle opere edilizie abusive ...* cit.; Portaluri, G., in *Sanzioni amministrative in materia edilizia* (a cura di Cagnazzo, A., Toschei, S., Tuccari, F.F.), Giappichelli, 2014, 376

di chiusura dell'**art. 31, comma 9, cit.**, che investe della procedura di demolizione il Pubblico Ministero⁴⁷ (naturalmente) a sèguito di definitiva sentenza⁴⁸ di condanna (o di patteggiamento⁴⁹), ... *se ancora non sia stata altrimenti eseguita* ... la demolizione stessa (procedura⁵⁰ peraltro impraticabile nel caso, che è tutto tranne che remoto, in cui si verifichi la prescrizione del reato^{51 52}, perché in questo caso, come ovvio, non ci sarà una sentenza di condanna o ad essa equiparata⁵³: ne riparleremo).⁵⁴

⁴⁷ Cass. pen., 20 dicembre 2012, n. 49472; Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2015, n. 5324

⁴⁸ Ma anche decreto penale: Cass. pen., 6 giugno 2007, n. 21894

⁴⁹ Cass. pen., n. 49331/2015 cit.

⁵⁰ Come detto sopra, ancora, allo stato, considerata autonoma rispetto a quella amministrativa e soggetta alle regole della esecuzione penale (si veda De Luca, S., *L'esecuzione dell'ordine di demolizione e le problematiche connesse*, 2011, in www.lexambiente.it). Al proposito, appare al momento ancora pacifico che "... Il raccordo tra il procedimento amministrativo e l'esecuzione penale deve avvenire sulla base di un temperamento tra l'interesse pubblico alla rapida riparazione del bene giuridico violato e l'interesse privato del condannato ad evitare l'irreparabilità del danno in presenza di una situazione giuridica suscettibile di essere modificata. Compito del giudicante sarà una valutazione di prognosi sui tempi di definizione e sui possibili esiti del procedimento amministrativo pendente; in tale prospettiva, secondo Cass. sez. 3, Sentenza n. 16686 del 05/03/2009, l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, impartito con sentenza irrevocabile, non può essere revocato o sospeso sulla base della mera pendenza di un ricorso in sede giurisdizionale avverso il rigetto della domanda di condono edilizio, non potendo neppure rilevare la possibilità dell'eventuale emanazione di atti favorevoli al condannato in tempi lontani o non prevedibili. ...", perché, in effetti, "... l'ordine di demolizione impartito dal giudice con la sentenza di condanna, per la sua natura di sanzione amministrativa applicata dall'autorità giudiziaria, non è suscettibile di passare in giudicato essendone sempre possibile la revoca quando esso risulti assolutamente incompatibile con i provvedimenti della P.A. che abbiano conferito all'immobile una diversa destinazione o ne abbiano sanato l'abusività ..." e "... Il giudice dell'esecuzione ha l'obbligo di revocare l'ordine di demolizione del manufatto abusivo impartito con la sentenza di condanna o di patteggiamento, ove sopravvengano atti amministrativi con esso del tutto incompatibili, ed ha, invece, la facoltà di disporre la sospensione quando sia concretamente prevedibile e probabile l'emissione, entro breve tempo, di atti amministrativi incompatibili ... Nello specifico, il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di revoca o di sospensione dell'ordine di demolizione delle opere abusive di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 31 in conseguenza della presentazione di una istanza di condono o sanatoria successiva al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, è tenuto a esaminare i possibili esiti ed i tempi di conclusione del procedimento amministrativo e, in particolare: a) il prevedibile risultato dell'istanza e la sussistenza di eventuali cause ostative al suo accoglimento; b) la durata necessaria per la definizione della procedura, che può determinare la sospensione dell'esecuzione solo nel caso di un suo rapido esaurimento ..." - Cass. pen., 9 settembre 2015, n. 36388, in www.dirittoambiente.net

⁵¹ Si veda anche De Luca, S., *I crimini ambientali: rifiuti, paesaggio e violazioni urbanistiche*, 2010, in www.lexambiente.it

⁵² Ha osservato peraltro Ramacci, L., *Diritto penale dell'ambiente*, CEDAM, 2009, 137, come Cassazione penale, 21 ottobre 2003, n. 39705, abbia precisato che l'ordine giudiziale di demolizione non sia soggetto ai termini di prescrizione della pena ai sensi dell'art. 173, c.p., che si riferisce soltanto alle pene principali, principio ribadito da Cass. pen., n. 25824/2013 cit., che afferma anche che "... l'ordine impartito dal giudice, che configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio, non è poi soggetto alla prescrizione quinquennale stabilita per le sanzioni amministrative dalla L. n. 689 del 1981, art. 28, che riguarda le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva ...". Posizione, come vedremo più avanti, ribadita anche di recente (pronuncia n. 49331/2015 cit.) con riferimento a pretese incompatibilità di questo orientamento con la normativa CEDU

⁵³ Cass. pen., 22 giugno 2016 n. 25827, in www.polnews.it

⁵⁴ Rammento altresì, per completezza, che il d.P.R. 26 marzo 2001, n. 181, ha istituito la Direzione generale per il sostegno agli interventi contro l'abusivismo edilizio presso il Ministero delle infrastrutture, e che il comma 13 dell'art. 32 del d.l. n. 269/2003 cit., ha affidato le attività di monitoraggio e di raccolta delle informazioni relative al fenomeno dell'abusivismo edilizio di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ... all'Osservatorio nazionale dell'abusivismo edilizio, imponendo(?) anche al Ministero di collaborare con le Regioni ... al fine di costituire un sistema informativo nazionale necessario anche per la redazione della relazione al Parlamento di cui all'articolo 9 del decreto-legge 23 aprile 1985, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 1985, n. 298. ...

Il “sistema”, perciò, pur ampiamente articolato, e declinato su **più livelli convergenti**, parrebbe davvero strutturato in modo da escludere ogni possibile smagliatura, e dovere condurre perciò sempre, ineluttabilmente e con certezza, alla tempestiva demolizione dell’opera abusiva.

Ma così, notoriamente, non è.

E forse, allora, non è irragionevole chiedersi se, a fronte di un sistema così congegnato, le responsabilità del suo, diciamo così, “non ottimale” funzionamento, siano *tutte* a carico di un solo soggetto, che la vulgata mi pare individui senza incertezze nel Comune.

È infatti affermazione che pare sfiorare la autoreferenzialità del fatto notorio, quella che le amministrazioni comunali, in genere⁵⁵ non si segnalino – eufemisticamente – per efficienza e tempestività nel dare corso alle demolizioni⁵⁶ [naturalmente, pur non avendo certezze al proposito, debbo dare per scontato che i manufatti abusivi di cui si stigmatizza la non demolizione, *non* siano quelli che *legittimamente* non sono demoliti⁵⁷: è noto infatti che se, come detto, è vero che la demolizione si fa apprezzare a tutela del bene protetto, proprio per la sua (anche in senso materiale) radicalità ed irreversibilità, tuttavia è lo stesso ordinamento che, pur imponendola come “prima scelta”, non la considera però una opzione da praticare sempre, comunque ed a prescindere: esistono infatti ipotesi in cui, per scelta “politica”⁵⁸ (peraltro non senza vincoli⁵⁹), alla demolizione si può legittimamente *non* procedere (art. 31, comma 5, T.U.); ed altre ipotesi in cui per scelta⁶⁰ tecnica(?), alla demolizione si deve, per legge, *non* procedere, dando corso alla c.d. “**fiscalizzazione**” dell’**illecito edilizio** (artt. 33, comma 2; 34, comma 2, e 38, comma 1, T.U.)].

Non contestato il dato, eufemisticamente: desolante⁶¹, dello stato delle (non) demolizioni delle opere abusive, ognuno sarà in grado di dire se e quanto la affermazione della responsabilità esclusiva del Comune, si attagli alla propria esperienza, ma merita forse rammentare che la stessa Consulta, in occasione del secondo condono edilizio⁶², registrava “... *la diffusione tutt'altro che isolata del fenomeno dell'abusivismo edilizio, unitamente alla ... persistenza ...* (allora: tra le date limite del primo e secondo condono – n.d.r.) ... *delle relative costruzioni ...*”, imputando ciò non solo al “... *difetto di una attività di polizia locale specializzata sul controllo del territorio, ma*

⁵⁵ “... Nonostante la semplicità della procedura e gli inequivocabili chiarimenti forniti dalla giurisprudenza amministrativa e da quella della Corte di cassazione, va segnalata la resistenza opposta dagli uffici tecnici comunali all’espletamento della procedura di acquisizione (che precede la demolizione d’ufficio in danno – n.d.r.) nonostante siano note le conseguenze cui tale atteggiamento omissivo espone i funzionari addetti in campo contabile e penale ...”: Ramacci cit., *ibi*. Al proposito, Fiale, A. – Fiale, E., *Diritto Urbanistico*, Simone, 2011, 868 ss., oltre alla responsabilità erariale, opinano, in caso di inerzia degli organi competenti, per la applicabilità della sospensione degli amministratori locali ai sensi dell’art. 142, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *per gravi e persistenti violazioni di legge*, riportandosi anche alla circolare 26 aprile 1991, n. 3001 del Ministero dell’Interno.

⁵⁶ Iaione, C., *sub* art. 41. T.U. Edilizia, in *Testo Unico dell’Edilizia*, a cura di Sandulli, M.A., Giuffrè, 2009, afferma che il sistema sanzionatorio “... è rimasto il più delle volte inattuato proprio a causa della inevitabile contiguità tra amministrazioni locali e interessi degli amministrati. ...”

⁵⁷ O non lo siano ancora, come nel caso che siano *in itinere* procedure di sanatoria o condono

⁵⁸ Nel senso che coinvolge l’organo, e la sede, più ampiamente rappresentativo/a del Comune: il Consiglio

⁵⁹ E comunque soggetta a “controllo” (il termine è dichiaratamente atecnico) del giudice penale: Cass. pen. n. 25824/2013 cit.

⁶⁰ Che immagino si possa senza particolari difficoltà qualificare come *obbligo*, quando sia accertato che la demolizione provocherebbe un rischio statico per fabbricati (o loro porzioni) legittimi, e che comunque non vincola il giudice penale, che in sede di autonoma verifica della entità e/o natura della difformità realizzata potrebbe anche ritenerla non parziale, ma totale: Cass. pen., 22 marzo 2010, n. 10978

⁶¹ La affermazione mi pare goda del regime del fatto notorio: tra gli sterminati contributi in materia si veda, ad es., Frontiera, M., *Lotta (flop) agli abusi, ancora disponibili 22 milioni per le demolizioni: ecco chi ha utilizzato i fondi*, in *Edilizia e Territorio*, 23/10/2015 - <http://www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com/print/ACmkUSLB/0>

⁶² Legge 23 dicembre 1994, n. 724

anche ...” alla “... scarsa (o quasi nulla in talune regioni) incisività e tempestività dell'azione di controllo e di repressione degli enti locali e delle regioni ...”⁶³.

Detto ciò, già nelle parole del Giudice delle leggi, mi pare sia possibile trovare, espresso, un elemento che forse – vista quella sorta di vera e propria *voce di popolo* sopra riportata – non ha ricevuto particolare visibilità mediatica.

Mi riferisco all'accento, tra i responsabili della “... scarsa (o quasi nulla in talune regioni) incisività e tempestività dell'azione di controllo e di repressione ...”, anche alle Regioni. Nulla che non sia ovvio, intendiamoci, perché le norme (artt. 31, comma 8, e 40, T.U.)⁶⁴, come abbiamo visto sopra, paiono tutt'altro che oscure, e certo nulla che possa in qualche modo elidere eventuali responsabilità degli organi di controllo di livello locale (il banalissimo principio è noto: due errori non fanno una cosa giusta⁶⁵), ma, come dirò tra poco, la denunciata annosa indebita persistenza sul territorio di immobili abusivi, potrebbe avere più (con)cause (tutte e ciascuna, ovviamente, da rimuovere).

Non essendo riuscito (per limiti esclusivamente miei) a reperire dati ufficiali relativi alla efficacia del “piano C” sopra detto (demolizione curata dalla Prefettura *ex art.* 41, T.U.), e riservandomi di dire, più avanti, qualche parola in relazione alle criticità del “piano D” (demolizione curata dal Pubblico Ministero *ex art.* 31, comma 9, T.U.), mi intrattengo soltanto un attimo, ancorché in qualche modo tangenzialmente, sul rapporto Comune/Regione.

Nello specifico, rammento che una delle norme-chiave per la realizzazione in concreto della demolizione delle opere abusive, l'**art. 41, T.U.**, era stato “stravolto” dall'**art. 32, comma 49-ter, d.l. 30 settembre 2003, n. 269** (conv. con mod. dalla legge 24 novembre 2003, n. 326).

La norma originaria, che prevedeva che il dirigente/responsabile “girasse” la demolizione all'Ufficio Territoriale di Governo, soltanto in caso di impossibilità di affidamento dei lavori di demolizione, infatti, era stata riformulata in modo che i Comuni venissero sostanzialmente “liberati” (pressoché) subito del “fardello”, che veniva accollato al Prefetto^{66 67}.

⁶³ Corte Costituzionale, n. 416/1995 cit.

⁶⁴ Al proposito, nel corso delle audizioni svolte in Commissione Giustizia alla Camera dei deputati, di cui si darà conto più avanti, NUNZIO FRAGLIASSO, procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Napoli, risulta avere rilevato che “... *L'articolo 40 del testo unico delle disposizioni legislative in materia edilizia prevede altresì quel potere sostitutivo delle regioni nel settore delle demolizioni o della sospensione dei lavori abusivi, che non viene quasi mai attivato, perché gli unici che fanno le demolizioni sono gli uffici requirenti. ...*” – audizione del 30 marzo 2016, più avanti cit.

⁶⁵ E, in questo caso, in presenza di una pluralità di “errori”, forse non si avrebbe una loro semplice somma, ma una situazione che parrebbe inverare la massima per cui l'intero è maggiore della somma delle sue parti

⁶⁶ Questo il testo della norma, come modificata dal d.l. n. 269/5003 cit., ed in seguito, come vedremo, dichiarato costituzionalmente illegittimo (e che perciò, ancorché impropriamente, riporto qui di seguito tra parentesi quadra):

[I. *Entro il mese di dicembre di ogni anno il dirigente o il responsabile del servizio trasmette al prefetto l'elenco delle opere non sanabili per le quali il responsabile dell'abuso non ha provveduto nel termine previsto alla demolizione e al ripristino dei luoghi e indica lo stato dei procedimenti relativi alla tutela del vincolo di cui al comma 6 dell'articolo 31. Nel medesimo termine le amministrazioni statali e regionali preposte alla tutela trasmettono al prefetto l'elenco delle demolizioni da eseguire. Gli elenchi contengono, tra l'altro, il nominativo dei proprietari e dell'eventuale occupante abusivo, gli estremi di identificazione catastale, il verbale di consistenza delle opere abusive e l'eventuale titolo di occupazione dell'immobile.*

2. *Il prefetto entro trenta giorni dalla ricezione degli elenchi di cui al comma 1, provvede agli adempimenti conseguenti all'intervenuto trasferimento della titolarità dei beni e delle aree interessate, notificando l'avvenuta acquisizione al proprietario e al responsabile dell'abuso.*

3. *L'esecuzione della demolizione delle opere abusive, compresa la rimozione delle macerie e gli interventi a tutela della pubblica incolumità, è disposta dal prefetto. I relativi lavori sono affidati, anche a trattativa privata ove ne sussistano i presupposti, ad imprese tecnicamente e finanziariamente idonee. Il prefetto può anche avvalersi, per il*

Come rilevato dal Ministero dell'Interno "... *Due sembrano gli obiettivi di fondo che il legislatore ha inteso perseguire. Il primo, liberare e sollevare i comuni dai delicati compiti connessi con la demolizione di opere abusive, per la difficoltà che gli enti locali, non di rado, incontrano nell'attività di prevenzione e di contrasto del fenomeno. Il secondo, ricondurre in capo al prefetto, per la funzione di garanzia della legalità amministrativa affidatagli dall'ordinamento, una verifica degli atti e degli adempimenti, cui la legge subordina il concreto avvio delle operazioni di demolizione ...*"⁶⁸.

Tutto risolto? Niente affatto, perché da parte regionale è stato impugnato (anche) il comma 49-ter dell'art. 32 cit., perché "... *concentrando nell'autorità prefettizia la competenza a far effettuare le demolizioni conseguenti ad abusi edilizi, violerebbe il terzo comma dell'art. 117 Cost., in quanto norma di dettaglio e non principio fondamentale, e l'art. 118 Cost., in quanto sottrarrebbe ai Comuni una funzione amministrativa, concentrandola in un organo statale senza che ciò sia giustificabile in base ad esigenze unitarie. ...*"⁶⁹.

E la questione è risultata fondata, perché **la Consulta** ha rilevato che detta disposizione "... *contrasta con il primo ed il secondo comma dell'art. 118 Cost., dal momento che non si limita ad agevolare ulteriormente l'esecuzione della demolizione delle opere abusive da parte del Comune o anche, in ipotesi, a sottoporre l'attività comunale a forme di controllo sostitutivo in caso di mancata attività, ma sottrae al Comune la stessa possibilità di procedere direttamente all'esecuzione della demolizione delle opere abusive, senza che vi siano ragioni che impongano l'allocazione di tali funzioni amministrative in capo ad un organo statale. ...*".

La conseguenza? La conseguenza, in buona sostanza e probabilmente con una abbondante dose di atecnicità, è che, così credo, tutto è ritornato come prima⁷⁰, e se non c'è modo di sapere come sarebbero andate le cose accollando "subito" al Prefetto le demolizioni, pare però ci sia modo di dire che, alla vecchia maniera, le cose non funzionino (meglio: continuino a non funzionare) un granché bene.

Certo, non è con una norma costituzionalmente illegittima, che si può affrontare la questione, ma (non essendo corretto domandarci, vista detta dichiarata illegittimità, se il rimedio non sia stato peggiore del male), mi chiedo se quella indicata, con i dovuti correttivi, non sia comunque una strada da tenere in qualche considerazione, visto anche il quadro, recentissimo, della attività demolitoria d'ufficio, che emerge dal *Contributo delle Regioni e Province autonome sulla proposta di legge d'iniziativa parlamentare recante "Disposizioni in materia di criteri di priorità per l'esecuzione di procedure di demolizione di manufatti abusivi" (C 1994), già approvata dal Senato della Repubblica*⁷¹: quadro, a dir poco, non particolarmente confortante, così come non lo è quello

tramite dei provveditorati alle opere pubbliche, delle strutture tecnico-operative del Ministero della difesa, sulla base di apposita convenzione stipulata d'intesa tra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ed il Ministro della difesa.]

⁶⁷ In dottrina, si vedano, tra gli altri: Pagano, A., *A chi spetta attualmente il compito di demolire l'immobile abusivo?*, in www.lexitalia.it; Molinaro, B., *La ripartizione delle competenze tra stato e comune in materia di esecuzione dell'ordine di demolizione dopo l'approvazione della legge sul nuovo condono edilizio: "grida manzoniane" o decisivo passo avanti sul piano della effettività della tutela sanzionatoria?*, in www.altalex.it

⁶⁸ Circolare n. M/6306-2 del 19 febbraio 2004

⁶⁹ Corte Costituzionale, 24-28 giugno 2004, n. 196

⁷⁰ Si veda sopra la nota n. 18

⁷¹ Rilasciato in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome 16/67/CRFS/C4, del 5 maggio 2016, in www.regioni.it

risultante dalle audizioni 16-31 marzo 2016, svolte in Commissione Giustizia alla Camera dei deputati in relazione allo stesso disegno di legge^{72 73}.

Non vedrei con particolare sfavore, perciò, il fatto che, almeno così mi pare, proprio verso una sostanziale riproposizione della “cura-Prefetto”, si stia muovendo la appena citata proposta di legge, nel testo modificato dalla Camera, ed ora al nuovo esame del Senato (Atto S.580-B).

Detto ciò, e premessa la ovvietà che ogni “sistema”, per quanto sulla carta perfetto, deve comunque poi fare i conti con la realtà operativa, ne evidenzio qui di sèguito, tra le possibili altre, alcune **criticità di fatto**, ferme comunque, e naturalmente, le responsabilità – penali⁷⁴, amministrative, contabili⁷⁵, disciplinari e quant’altro⁷⁶ – di chiunque, commettendo illeciti, contribuisca ad impedire, o ad ostacolare, la demolizione delle opere abusive.

Tacendo della assoluta ovvietà(?) per cui la aspettativa – comunque ingenerata – di condoni, non soltanto incoraggia l’abusivismo, ma anche “non incoraggia” le demolizioni⁷⁷, e tacendo anche dell’“ingorgo” normativo – quasi mai utilissimo⁷⁸ alla efficienza del sistema – che potrebbe essere determinato dalla possibilità di una normativa di dettaglio regionale *ex art. 31, comma 8 cit.*), una criticità, di natura in qualche modo “**strutturale**” (ed in effetti non così remotamente legata alla questione-condoni⁷⁹), mi parrebbe di poterla individuare nella garanzia della possibilità (meglio: del vero e proprio intangibile diritto) di un doppio grado di giudizio amministrativo⁸⁰, sia di sospensiva sia di merito, sin dal momento dell’ordine di sospensione dei lavori, per poi interessare l’ordine di demolizione e finanche l’accertamento⁸¹ della inottemperanza a detta ingiunzione, e ciascuna singola ulteriore fase (compresa la eventuale successiva individuazione delle aree da acquisire⁸²),

⁷² *Atto Camera: 1994. Proposta di legge: S. 580. - Senatori Falanga ed altri: “Disposizioni in materia di criteri di priorità per l’esecuzione di procedure di demolizione di manufatti abusivi” (approvata dal Senato) (1994)*

⁷³

In http://www.camera.it/leg17/203?idLegislatura=17&idCommissione=02&tipoElenco=indaginiConoscitiveCronologico&annoMese=201603&breve=c02_manufatti&calendario=&soloSten=false. Si tratta di Resoconto stenografico con avvertenza che le bozze non sono corrette – n.d.r.

⁷⁴ Si veda, ad es.: Cass. pen., sez. VI, 28 gennaio 2004, n. 21085, in Riv. pen., 2004, 1222; Cass. pen., sez. VI, 15 febbraio 2001 n. 6192, in www.ambientediritto.it; Cass. pen., 19 febbraio 2014, n. 7765; Cass. pen., sez. VI, 30 ottobre 2008, n. 43774, in Foro it. Rep., 2009, 1186

⁷⁵ Si veda, ad es.: Corte Conti, sez. giurisdiz. Sicilia, 16 febbraio 2012, n. 548, in www.corteconti.it (con appello rigettato: Corte Conti, sez. giurisdiz. d’appello Sicilia, 1 febbraio 2013, n. 29, *ibi*)

⁷⁶ Ad es., l’art. 31, comma 4-*bis*, T.U., stabilisce tra l’altro che ... *La mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*. Verrebbe da chiedersi, peraltro, perché un simile deterrente non sia stato previsto anche per gli altri soggetti che a vario titolo compongono la “catena” degli addetti alla effettività della sanzione demolitoria

⁷⁷ “... *La gestione del territorio sulla base di una necessaria programmazione sarebbe certamente compromessa sul piano della ragionevolezza da una ciclica o ricorrente possibilità di condono-sanatoria con conseguente convinzione di impunità ...*”: Corte Costituzionale, n. 416/1995 cit.

⁷⁸ Per quanto difficilmente evitabile allo stato dei principi in materia di competenza concorrente

⁷⁹ Ove si contasse sui tempi lunghi della giustizia per attendere, appunto, una possibile/probabile nuova sanatoria straordinaria

⁸⁰ Autonomo rispetto a quello penale

⁸¹ Da intendersi, però, non come il verbale di constatazione dell’organo di controllo, ma come l’atto con cui l’organo competente prende atto di quel controllo, recependone gli esiti: T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 24 giugno 2016, n. 3242. Si veda anche Bellucci, in Bellucci-Pellegrini *citt.*, 166

⁸² Si veda Bellucci, in Bellucci-Pellegrini *citt.*, 166-167, anche per i riferimenti giurisprudenziali

purché scandita da un *atto amministrativo* astrattamente impugnabile⁸³, della procedura di demolizione.

Per capirci, è teoricamente possibile che per *ciascun* singolo atto della procedura, si abbiano due gradi di giudizio amministrativo (T.A.R. e Consiglio di Stato) in sede cautelare, e due in sede di merito^{84 85}: e che ciò, **di fatto**, possa rallentare⁸⁶ – e rendere ulteriormente onerosa⁸⁷ – la procedura di demolizione, mi pare osservazione al limite della banalità, ma pur sempre – credo – non semplice da smentire, e certamente non semplicissimo da coordinare con l’esercizio, costituzionalmente garantito e tutelato, del diritto di difesa (vista anche la “radicalità” della soluzione demolitoria).

Un’altra criticità, certamente non attenuata dalla congiuntura economica, potrebbe riguardare le **spese** della demolizione (comprehensive anche delle spese di gestione dei rifiuti e di ogni altro onere che in concreto si dovesse sostenere), criticità che peraltro non si è esitato a definire scusa⁸⁸, poiché, si rammenta, la esecuzione d’ufficio avviene per legge (ed ovviamente) in danno del responsabile, e, di più, con possibilità di finanziamento agevolato per il Comune presso la Cassa Depositi e Prestiti (di seguito CDP).

Al proposito, in effetti, la giurisprudenza pare piuttosto decisa nel decretare la imprescindibilità dell’obbligo, per i Comuni, di arrivare *fino in fondo* alla demolizione⁸⁹, quali che siano le spese da affrontare⁹⁰. Ed è vero che esiste la possibilità di accendere un mutuo agevolato presso la CDP⁹¹ (comma 12 dell’art. 32, d.l. n. 269/2003 cit.⁹²). Ed è vero anche che le spese sono per legge (e, come detto, ovviamente) a carico del responsabile, con obbligo perciò (in caso di persistenza della sua inottemperanza) di recupero coattivo nei suoi confronti. Ma mi pare osservazione più che banale, quella che in caso di incapacienza del responsabile (che, si badi, potrebbe essere accertata anche dopo una non breve, e non gratuita, procedura esecutiva), le spese anticipate (in proprio o prese a prestito) rimangano definitivamente a carico del Comune. Ed è per ciò, pur prendendo atto della **nuova modalità di “finanziamento”** prevista dal **comma 4-ter in relazione al precedente**

⁸³ Ma chi può escludere che vengano, di fatto, impugnati anche atti non astrattamente impugnabili? Si veda T.A.R. Napoli, n. 3242/2016 cit., sulla non impugnabilità di un “... *comune verbale della Polizia Municipale di accertamento di infrazione alle norme edilizie* ...”

⁸⁴ Senza dire degli eventuali incidenti di esecuzione in sede penale, in caso di demolizione curata dal Pubblico Ministero *ex art.* 31, comma 9, T.U.

⁸⁵ Né è escludere, un volta che si sia avviata la fase “esecutiva” della procedura, un ulteriore doppio grado di giudizio amministrativo, sia di sospensiva sia di merito, in relazione alla trattativa privata dell’art. 41, comma 2, T.U. o alla procedura negoziata aperta del comma 5 dell’art. 41 cit.

⁸⁶ Anche se, va detto, non senza limiti, vista la scansione in qualche modo accelerata, a tappe forzate, che il c.p.a. impone per la decisione delle cause con istanza di sospensiva (e, per definizione, un ricorso contro una ingiunzione di demolizione non dovrebbe poter prescindere dalla proposizione della istanza di sospensiva – magari anche nella modalità monocratica)

⁸⁷ Anche per i Comuni, perché, per quanto lapalissiana possa parere la affermazione, la costituzione e la difesa in giudizio costano

⁸⁸ Biffi, L.-Fontana, E., per Legambiente, *Abbatti l’abuso*, 2012, in www.legambiente.it

⁸⁹ Si veda, ad esempio: Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2565, ma anche Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n. 1325

⁹⁰ Si veda Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2013, n. 1912, con nota di Trentini, A., *Il concetto di “pregiudizio” ai fini dell’applicazione della sanzione pecuniaria in luogo del ripristino degli abusi edilizi*, in www.lexitalia.it, che, riaffermando il principio, pressoché pacifico - si veda anche Cass. pen., 20 novembre 2003, n. 44420 (in www.ambientediritto.it), che è soltanto il pericolo statico, e non la onerosità dell’intervento, che può rendere la demolizione impossibile *ex art.* 34, T.U. cit., apre la porta alla considerazione, di mero fatto, che, allora, tanto più oneroso si presentasse l’intervento (pur non impossibile in senso tecnico) tanto più statisticamente potrebbe aumentare la possibilità che sia il Comune a dovere anticipare le spese, accollandosi anche l’eventuale rischio di insolvenza dell’ingiunto in esito a infruttuosa riscossione coattiva

⁹¹ Sul cui portale si potranno rinvenire anche le relative circolari applicative

⁹² Ma esistono anche diverse omologhe disposizioni regionali

comma 4-bis dell'art. 31, T.U.^{93 94}, che, ancora, oggi più che mai, in tempi di “vacche più che magre” per i bilanci comunali, continuo a chiedermi se non sarebbe opportuno pensare di superare⁹⁵ in qualche modo il sistema⁹⁶ di sostegno previsto dall'art. 32, d.l. n. 269/2003 cit., ed immaginare un sistema che, anche a prescindere da ogni eventuale primazia del Prefetto nella procedura di demolizione, preveda il definitivo accollo all'Erario delle relative spese⁹⁷ in caso di impossibilità di recupero dal responsabile⁹⁸ (registro peraltro che non va in questo senso la proposta di legge, più volte sopra citata, ora all'esame del Senato).

Un'altra possibile criticità, potrebbe poi essere ravvisata nello “sfavore” che la giurisprudenza di legittimità pacificamente riserva alla c.d. “**autodemolizione**”, perché “... *costituisce costante indirizzo di questa Corte quello secondo cui la demolizione dell'opera abusivamente edificata non produce l'effetto estintivo del reato urbanistico di cui all'art. 44 del D.P.R. n. 380 del 2001, non essendo applicabile analogicamente la disciplina dettata in materia di reati paesaggistici dal D.Lgs. n. 42 del 2004, art. 181, comma 1 quinquies, la quale ha una funzione premiale, diretta ad incentivare il recupero degli illeciti minori e a far riacquistare alla zona vincolata il suo originario pregio estetico ...*”^{99 100}.

E veniamo, infine, alle (meglio, forse: ad alcune delle) **criticità** di quello che ho sopra qualificato come “**piano D**”, quello che prevede la demolizione curata dal Pubblico Ministero ex art. 31, comma 9, T.U.: quello che, per pacifica giurisprudenza di legittimità, non è impedito: ● dalla eventuale alienazione a terzi estranei dell'immobile abusivo ● né dalla sua locazione ● né dalla morte del reo sopravvenuta alla irrevocabilità della sentenza ● né dalla avvenuta acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale, e che si estende all'intero manufatto, comprensivo di aggiunte o modifiche successive all'esercizio dell'azione penale e/o alla condanna per il reato edilizio¹⁰¹.

⁹³ Introdotti dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. “sblocca Italia”, conv. con mod. dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, cit.), che prevedono, in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione, una *sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro*, spettante al Comune, destinata *esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico*

⁹⁴ Al proposito della efficacia di tale misura, si è osservato che essa “... *presuppone sia il pronto incasso della sanzione pecuniaria, sia che essa possa essere sufficiente a coprire le spese di rimessione in pristino stato: né l'una, né l'altra evenienza appaiono però scontate. La prima, perché se il responsabile dell'abuso avesse avuto disponibilità economiche, forse avrebbe provveduto egli stesso al ripristino nei termini, senza farsi espropriare la proprietà; la seconda, perché l'importo della sanzione pecuniaria, per quanto non sia affatto trascurabile, specie nei massimi, può non essere sufficiente a garantire la copertura dei costi di ripristino. ...*”: Veronese, A., *Le sanzioni amministrative per l'inottemperanza all'ordine di demolizione*, in www.amministrativisteneti.it

⁹⁵ Sempre ferme, naturalmente, le plurime responsabilità che il sistema oggi vigente configura in capo a chiunque, commettendo illeciti, impedisca od ostacoli la esecuzione della demolizione delle opere abusive

⁹⁶ Sistema che comunque non consente di dare una risposta soddisfacente al Comune, nel caso di impossibilità di recupero delle spese nei confronti del responsabile dell'abuso

⁹⁷ Nel che, naturalmente, i sostenitori della responsabilità esclusiva dei Comuni per la non esecuzione delle demolizioni, potranno forse intravedere anche la possibilità di privare i Comuni stessi di un alibi alla loro affermata inefficienza

⁹⁸ A questa specifica – e di fatto credo tutt'altro che irrilevante questione – mi pare non fornisca soddisfacente risposta, la già citata tesi, sicuramente sagace e suggestiva, di Iaione, cit., *ibi*, che limita gli effetti della declaratoria di incostituzionalità della decisione n. 196/2004, cit., al solo comma 3 dell'art. 41, come sostituito dall'art. 32, comma 49-ter, d.l. n. 269 cit.

⁹⁹ Cass. pen., 17 dicembre 2014, n. 52322

¹⁰⁰ Segnalo altresì che l'attenuante della avvenuta riparazione del danno non è applicabile, quando la demolizione volontaria dell'abusivo sia avvenuta dopo l'emanazione dell'ordinanza comunale di demolizione, la cui inottemperanza avrebbe determinato l'acquisizione del sito al patrimonio comunale: Cass. pen., 5 settembre 2014, n. 37168

¹⁰¹ Si veda: Cass. pen., n. 49331/2015 cit.

La prima (che in realtà riguarda il “sistema” nel suo complesso, e non il “piano D” in sé e per sé), l’ho già accennato, è legata alla assenza della sentenza di condanna/patteggiamento (non per questioni di merito, ma) per **intervenuta prescrizione del reato**: poiché è notorio che la prescrizione interessa un numero decisamente rilevante di reati edilizi¹⁰², è evidente che in questi (numerosissimi) casi non si potrà contare sull’intervento del Pubblico Ministero.

Ma anche quando si arrivi a sentenza definitiva di condanna/patteggiamento, anche allora la attuazione del “piano D” potrebbe essere non così piana.

Allo scopo, nelle audizioni¹⁰³ svolte in Commissione Giustizia alla Camera dei deputati in relazione al disegno di legge più volte sopra citato, si è suggerito, ad esempio, di “... ancorare la demolizione all'accertamento del reato. Che poi l'imputato venga prosciolto per morte del reo, per amnistia o per prescrizione non ha alcuna importanza. L'importante è che si possa demolire in modo da evitare quello che succede tutti i giorni nelle nostre aule di giustizia (rinvii e quant'altro) ...”¹⁰⁴

Anche qui, poi, quella dei **fondi** (meglio: la possibilità di attingere direttamente ai fondi necessari da parte delle Procure interessate), pare pacificamente costituire una questione decisamente seria¹⁰⁵.

Ma ce ne potrebbe essere anche un'altra, di criticità, connessa, questa volta, alla **normativa sovranazionale**¹⁰⁶.

Mi riferisco, ovviamente, all’opinamento¹⁰⁷ che vede soggetta a prescrizione quinquennale anche la esecuzione della demolizione da parte del Pubblico Ministero, perché essa, in effetti, sarebbe una sanzione *sostanzialmente* penale (ancorché *formalmente* qualificata come amministrativa dal nostro ordinamento), ai sensi dell’**art. 7¹⁰⁸ della C.E.D.U.**¹⁰⁹. Questa posizione è stata recentissimamente **censurata**, e mi parrebbe anche con una durezza non proprio usuale, dalla S.C., che ha ribadito la conclusione per cui “... la demolizione del manufatto abusivo, anche se disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 31, comma 9, qualora non sia stata altrimenti eseguita, ha natura di sanzione

¹⁰² Trattandosi, come detto, di reati contravvenzionali, il termine di prescrizione, infatti, è di 4 anni, o di 5 anni in caso di sospensione/interruzione: artt. 157, comma 1 e 161, comma 2, c.p.

¹⁰³ In www.camera.it/leg17/126?tab=4&leg=17&idDocumento=1994&sede=ac&tipo=

¹⁰⁴ ALDO DE CHIARA, avvocato generale presso la Corte di Appello di Salerno – audizione del 30/03/2016

¹⁰⁵ Nelle audizioni sopra dette, si chiede, ad esempio, “... di consentire agli uffici giudiziari di attingere direttamente al capitolo di spesa n. 1360 del Ministero della giustizia per queste spese giudiziarie ...” con il suggerimento “... che in materia di abusi edilizi andrebbe valorizzato l'istituto di cui all'articolo 316 del codice di procedura penale, cioè il sequestro conservativo, che oggi il codice ancora a dei presupposti ben precisi, dopo il promanamento dell'azione penale. Ora, una specifica differenziata applicazione di questo istituto, ovvero la possibilità di sequestrare i beni o altre utilità dell'imputato condannato a garanzia delle spese di demolizione, potrebbe consentire in una certa misura, all'intero «sistema della demolizione», di autofinanziarsi e di non chiedere allo Stato – sarebbe un sollievo di non poco conto – le somme necessarie per le attività di demolizione, che anticiperebbero gli stessi imputati di abuso edilizio. Sarebbe, insomma, un circuito virtuoso che comporterebbe un risparmio, oltre a costituire un deterrente di non poco conto per i responsabili di un così diffuso fenomeno quale l'abusivismo edilizio. ...”: LEONIDA PRIMICERIO, procuratore generale presso la Corte di Appello di Salerno – audizione ult. cit.. E si vedano anche le osservazioni di NUNZIO FRAGLIASSO, procuratore aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Napoli – audizione cit.. Al proposito, segnalo che il disegno di legge più volte sopra citato, pare non vada nella direzione auspicata dai magistrati auditi

¹⁰⁶ Si veda, in generale, Pellegrini, in Bellucci-Pellegrini citt., 493 e seg.

¹⁰⁷ Il riferimento è, in particolare, a Tribunale penale di Asti, Giudice dell’Esecuzione, 3 novembre 2014, in L’ordinanza cit. si può leggere integralmente in <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2014/11/Ordine-di-demolizione.pdf>, con nota di Bucchi Siena, G., *Strasburgo chiama, Asti risponde: l’ordine di demolizione è una pena e si prescrive.*, in http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2015/01/web.11.2014.Giurispr.sotto_obiect.Ordine.demolizione.Bucchi-Siena.pdf

¹⁰⁸ Al titolo *Nulla poena sine lege*

¹⁰⁹ E mi pare sufficientemente piano che la obiezione non possa che riguardare anche il versante della procedura curato dall’autorità amministrativa

amministrativa che assolve ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso, configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio, non ha finalità punitive ed ha carattere reale, producendo effetti sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso. Per tali sue caratteristiche la demolizione non può ritenersi una "pena" nel senso individuato dalla giurisprudenza della Corte EDU e non è soggetta alla prescrizione stabilita dall'art. 173 c.p. ..." e "... non è soggetta alla prescrizione quinquennale stabilita per le sanzioni amministrative dall'art. 28 della l. 689/81, che riguarda le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva ..."^{110 111}.

Ma non è detto che la questione sia già da archiviare, perché, recentissima, è intervenuta una nuova decisione (ancorché raggiunta non all'unanimità) della Corte EDU (sez. V, 21 aprile 2016, ricorso n. 46577/15, **Ivanova e Cherkezov contro Bulgaria**¹¹²), che, pur centrando l'attenzione sulla disposizione (non dell'art. 7, ma) dell'art. 8, al titolo *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, della Convenzione, e pur ribadendo la conformità, in linea di principio, alla CEDU, dell'ordine di demolizione delle opere abusive¹¹³, tuttavia (almeno) con riferimento al manufatto illecito che costituisca unica abitazione degli interessati, ha ritenuto che debba essere svolta (e comunque garantita dalle norme interne di ogni singolo ordinamento, una adeguata procedura al proposito) una accurata indagine, con riferimento al **caso concreto**, circa la **proporzionalità** di tale misura in relazione alle **condizioni personali degli interessati**¹¹⁴.

In poche parole, anche ove fosse superato (come oggi pare essere) l'ostacolo della ricomprensione (ai sensi e per gli effetti della normativa CEDU) della sanzione demolitoria, nell'ambito penale in ragione della sua particolare gravità¹¹⁵, potrebbe sorgere la questione, al momento della sua

¹¹⁰ Cass. pen., n. 49331/2015 cit.: conformi Cass. pen., 19 maggio 2016, n. 20759 (www.dirittoambiente.net); Cass. pen., 27 aprile 2016, n. 17204 e Cass. pen., n. 9949/2016 cit.

¹¹¹ Allo stato, come detto, l'ordine del giudice penale ai sensi dell'art. 31, comma 9, T.U. Edilizia, è peraltro considerato esplicitazione di un potere sanzionatorio autonomo (Cass. pen., n. 49331/2015 cit.) e non residuale rispetto a quello dell'Autorità Amministrativa (Cass. pen., 22 maggio 2013, n. 25824), che acquista natura formalmente giurisdizionale, con la conseguenza che proprio nell'ambito della giurisdizione viene coattivamente eseguito dal P.M. secondo le regole dell'esecuzione penale (Cass. pen., 29 luglio 2008, n. 31473). Per le questioni relative alle concrete modalità di esecuzione dell'ordine giudiziale di demolizione, si veda: Reynaud, G., *La disciplina dei reati urbanistici*, Utet, 2007, 518 ss., Tanda cit., 599, e Ramacci, L., *I reati edilizi*, Giuffrè, 2010, 288

¹¹² In www.lexambiente.it

¹¹³ "... *The order that the house be demolished, which was issued a reasonable time after its construction (contrast Hamer, cited above, § 83), simply seeks to put things back in the position in which they would have been if the first applicant had not disregarded the requirements of the law. The order and its enforcement will also serve to deter other potential lawbreakers (see Saliba, cited above, § 46), which must not be discounted in view of the apparent pervasiveness of the problem of illegal construction in Bulgaria (see paragraphs 41-43 above). In view of the wide margin of appreciation that the Bulgarian authorities enjoy under Article 1 of Protocol No. 1 in choosing both the means of enforcement and in ascertaining whether the consequences of enforcement would be justified, none of the above considerations can be outweighed by the first applicant's proprietary interest in the house. ... The implementation of the demolition order would therefore not be in breach of the first applicant's rights under Article 1 of Protocol No. 1. ...*"

¹¹⁴ "... *In sum, the applicants did not have at their disposal a procedure enabling them to obtain a proper review of the proportionality of the intended demolition of the house in which they live in the light of their personal circumstances.*"

¹¹⁵ In Cass. pen., n. 49331/2015 cit., con riferimento alla decisione di merito – del Tribunale di Asti cit. – che verrà ivi annullata con rinvio, si legge che "... *Il ragionamento seguito dal Tribunale, in sostanza, si richiama a quella giurisprudenza secondo la quale l'ambito di operatività degli artt. 6 e 7 CEDU è più esteso di quello riferibile ai reati ed alle pene nella loro formale qualificazione ad opera del diritto interno e riguarda ogni altra misura obiettivamente qualificabile come penale. Tale qualificazione va effettuata (v. Corte EDU Engel e altri c. Paesi Bassi, 8/6/1976; Ozturk c. Repubblica federale tedesca, 21/2/1984), attraverso tre criteri: la qualificazione giuridica del provvedimento contestato nel diritto nazionale (cui, peraltro, viene attribuito valore relativo, non dirimente), la natura stessa di quest'ultimo e la natura e la gravità della "sanzione", criteri ritenuti peraltro alternativi e non cumulativi (v. Corte EDU, Lutz c. Germania, 25/8/1987), sebbene sia ammesso un approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun*

applicazione pratica (e cioè, credo, in sede di esecuzione da parte sia del Pubblico Ministero, sia dell'autorità amministrativa), della valutazione in concreto della sua proporzionalità (pur, credo, soltanto nel caso di abuso edilizio che rappresenti l'unica casa di abitazione di soggetti in condizioni particolarmente disagiate).

E ciò, evidentemente, introduce il tema della rilevanza del c.d. “**abuso di necessità**”¹¹⁶, esimente (in senso ampio) che, come noto, allo stato, non ha cittadinanza nelle nostre giurisdizioni superiori.

Con riferimento alle “... esigenze abitative dell'appellante e dei relativi familiari, in contrapposizione all'interesse pubblico per la tutela del territorio ...”, infatti, si è deciso che “... il bilanciamento al riguardo è già stato effettuato dalla legge, che impone il rispetto delle regole dettate per la trasformazione edificatoria del territorio stesso e prevede misure sanzionatorie a carattere vincolato, in presenza di abusi edilizi ...”¹¹⁷.

E si è altresì affermato che “... lo stato di necessità può essere invocato solo in relazione ad un pericolo attuale e transitorio e non per sopperire alla necessità di trovare un alloggio al fine di risolvere in via definitiva le esigenze abitative del proprio nucleo familiare, ... in quanto le esigenze abitative delle famiglie sono salvaguardate dall'ordinamento mediante il sistema dell'edilizia popolare o convenzionata e quelle di tutela della salute, ed in particolare della gravidanza, attraverso l'assistenza sanitaria, e non consentono dunque di ravvisare un pericolo attuale di danno grave alla persona tale da legittimare la realizzazione di un immobile abusivo da destinare ad abitazione familiare ...”^{118 119 120}.

Certo non mi sfugge come proprio nella stessa motivazione qui sopra riportata, laddove si fa riferimento al nostro sistema di protezione sociale, si possa agevolmente intravedere la soluzione alla questione posta dalla pronuncia Ivanova e Cherkezov cit., ma poiché la Corte sovranazionale parrebbe richiedere una valutazione di proporzione nello specifico **caso concreto**¹²¹, non sarei particolarmente sorpreso se detta questione posta si presentasse anche nelle nostre aule di giustizia.

Ancóra, per rimanere nell'**ambito sovranazionale**, non mi sorprenderebbe nemmeno se venisse evocata, in analogia, anche un'altra, non certo remota, decisione della corte EDU (sez. II, 4 marzo

criterio non porta ad una conclusione chiara sull'esistenza di un'"accusa penale" (cfr. Corte EDU A. Menarmi Diagnostics Srl c. Italia, 27/9/2011). ...”

¹¹⁶ Segnalo, al proposito che, nel rapporto ISTAT *Bes 2015: Il benessere equo e sostenibile in Italia* (in www.istat.it), si legge che, pur registrandosi a partire dal 2008 un costante calo della produzione edilizia, sia legale sia illegale, “... il flusso annuo della produzione legale si è ridotto di oltre il 60%, mentre quello della produzione illegale di meno del 30%. Una dinamica di questo tipo qualifica il fenomeno come forma pura e semplice di evasione fiscale, sgombrando il campo da qualsiasi alibi sociologico (il cosiddetto “abusivismo di necessità”). La crisi, insomma, incentivando il sommerso, sostiene una domanda illegale altrimenti avviata al declino ...”

¹¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3555

¹¹⁸ Cass. pen., 16 giugno 2016, n. 25036

¹¹⁹ Si veda, al proposito anche la audizione di LEONIDA PRIMICERIO citata alla nota n. 75

¹²⁰ Segnalo altresì che il Pubblico Ministero può ordinare lo sgombero dell'immobile abusivo oggetto di sequestro preventivo anche se adibito ad abitazione (Cass. pen., 24 ottobre 2012, n. 41484, in www.dirittoambiente.net), se ciò rappresenta una ineliminabile modalità di attuazione del sequestro stesso (Cass. pen., 24 ottobre 2012, n. 41484, *ibi*) senza che ciò incida in modo inammissibile su valori, quali la tutela dell'infanzia, il diritto all'istruzione ed all'unità familiare, garantiti sia dalla Costituzione che dall'art. 8 della CEDU (Cass. pen., 26 marzo 2010, n. 11878): quanto alla facoltà di uso dell'immobile sequestrato, naturalmente, se il sequestro è motivato con la necessità di evitare l'aggravamento del carico urbanistico, è evidente che non si potrà consentirne, nemmeno per ragioni umanitarie, l'utilizzazione (Cass. pen., 27 luglio 2010, n. 29617).

¹²¹ Si pensi, ad esempio, ad un soggetto regolarmente e da tempo iscritto nelle graduatorie per gli alloggi popolari, ma non in posizione utile per goderne in tempi compatibili con esigenze magari nel frattempo aggravatesi Si veda anche, per quanto conferente, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 29 giugno 2016 n. 1309

2014, ricorso n. 18640/10, **Grande Stevens e altri c. Italia**¹²²), in materia di **divieto di *ne bis in idem*** (art. 4, Protocollo n. 7 CEDU), per censurare, in radice, il sistema del “**doppio binario**”, penale ed amministrativo, che caratterizza il nostro sistema sanzionatorio in materia edilizia: sarebbe agevole, infatti (il che, ovviamente, è altro dall’affermare la fondatezza della relativa eccezione), eccipirne una violazione, nel caso di sequela della azione demolitoria da parte dell’Amministrazione, dopo la dichiarazione di prescrizione del reato (e dell’ordine di demolizione recato da sentenza di condanna non definitiva)¹²³.

E, **ultima ma tutt’altro che ultima**, non posso non segnalare, anche se soltanto per accenno, una ulteriore potenziale criticità di sistema, recata dal “nuovo”(?) assetto dei poteri di intervento sanzionatorio dell’Amministrazione, come ridisegnati dalla **legge 7 agosto 2015, n. 124**, ed in particolare dal suo art. 6, in materia di ***Autotutela amministrativa***.

La questione, in fin troppo grossolana sintesi, è questa: poiché l’ultima (ennesima) versione degli **artt. 19, 21 e 21-nonies, legge 7 agosto 1990, n. 241**, salvo in caso di *provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*, impone (parrebbe imporre?), *comunque*, all’Amministrazione (per di più *tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*) un termine (di decadenza?) di 18 mesi per l’annullamento della Scia stessa, che cosa accadrebbe ove un intervento soggetto, per disposizione del T.U. Edilizia, a permesso di costruire, fosse stato invece realizzato con Scia, e la Scia stessa non fosse annullata entro detto termine di decadenza: la demolizione sarebbe ancora praticabile o no? Insomma, salvo il falso, se entro 18 mesi dalla Scia non c’è l’annullamento, l’abuso diventa sempre e comunque intoccabile?

La questione essenziale, in effetti, mi pare riguardi la latitudine della tutela da accordare all’**affidamento del privato** (che ha presentato la Scia e non ha ricevuto in tempi ragionevoli(?) rilievi da parte del “controllore”), questione cui si connette anche quella della necessità o no che il “titolo” formatosi in relazione ad un intervento che con *quel* “titolo” non poteva essere legittimamente realizzato (richiesto?), debba essere necessariamente annullato, per potere procedere con la sanzione demolitoria.

Certamente spendibile nel senso più favorevole alla tutela dell’affidamento del privato, pare **Corte Costituzionale, 27 gennaio-9 marzo 2016, n. 49**^{124 125}, da cui è certamente possibile arguire che il “criterio dei 18 mesi”¹²⁶, rappresenti davvero il “... *giusto equilibrio fra le esigenze di certezza*

¹²² In www.giustizia.it

¹²³ Si veda Stea, G., *La natura penale dell’ordine di demolizione edilizia nella prospettiva convenzionale ed i riflessi sul sistema punitivo urbanistico-paesaggistico*, in www.lalegislazionepenale.eu 21.12.2015

¹²⁴ Decisamente, e con ampio favore, in questo senso: Botteon, F., *La stabilità della Scia dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 49/2016: un passo avanti (a quanto pare) almeno in materia edilizia*, in www.lexitalia.it; ma si veda anche dello stesso Autore, *Lo “sblocca-Italia” ... blocca l’autotutela: la l. 164/2014 limita l’ambito di applicazione degli artt. 19, comma 3, 21 quinquies e 21 novies della l. n. 241/1990, ibi*. Parimenti favorevole, Strazza, G., *Il potere di intervento “tardivo” sulla s.c.i.a. tra disciplina statale, regionale ed esigenze di certezza*, in Riv. giur. edilizia, 2016, I, 14

¹²⁵ La Consulta, con detta pronuncia, ha dichiarato illegittima una norma regionale (peraltro nel frattempo abrogata dalla Regione stessa) che aveva dilatato nel tempo, in relazione ad alcune fattispecie, la possibilità di reazione sanzionatoria in caso di Scia, quando fosse accertata la “... *difformità dell’intervento dalle norme urbanistiche o dalle prescrizioni degli strumenti urbanistici generali, degli atti di governo del territorio o dei regolamenti edilizi* ...”

¹²⁶ Mutuo la efficace espressione da Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2016, n. 3403

delle situazioni giuridiche maturate a seguito della DIA e della SCIA e le ragioni di tutela dell'interesse pubblico urbanistico ...”¹²⁷ ¹²⁸.

Ed è sicuramente ragionevole leggere la decisione della Consulta, in una evidente “... ottica garantista per il segnalante, che una volta decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio, la p.A. conserva il potere di controllo sulla sussistenza dei presupposti per l'avvio dell'attività sulla base di d.i.a./s.c.i.a., ma deve esercitarlo nelle forme dell'autotutela (rectius, dell'annullamento d'ufficio) ...”¹²⁹

Ed in questo stesso senso, può anche essere letta la abrogazione¹³⁰ del comma 2¹³¹ dell'art. 21, legge n. 241/1990 cit.¹³², con la conseguente permanenza “indisturbata” del certo più variamente interpretabile comma 2-bis¹³³ della stessa norma.

E, ancora in questa direzione, va il recentissimo **parere 4 agosto 2016, n. 1784, del Consiglio di Stato**¹³⁴, che, nel dare conto della differenziazione del regime sanzionatorio tra la “nuova” Scia e la “nuova” c.i.l.a., come regolate nello schema di decreto legislativo sottoposto al suo vaglio, afferma che “... Resta ovviamente fermo – ma forse va specificato espressamente – ... che, nei casi in cui un'opera che avrebbe richiesto un permesso di costruire o una SCIA è stata eseguita dall'interessato sotto il regime di CILA, l'abuso non viene sanato con le sanzioni relative alla CILA. In questi casi, come si è detto, la CILA è del tutto inidonea a legittimare un'opera che è, e resta, sine titulo: la sua natura totalmente abusiva continua a poter essere rilevata, in ogni momento e senza limiti di tempo, dall'amministrazione competente. Diverso è il caso in cui l'opera abusiva sia stata oggetto di SCIA e non di CILA: in tal caso, salvo espressa disposizione del legislatore, non si ravvisano ragioni per non applicare integralmente il regime dell'art. 19 della l. n. 241, ivi compreso il riferimento al meccanismo dell'art. 21-nonies. Difatti, come ampiamente spiegato nel parere n. 839 del 2016, in caso di SCIA è l'amministrazione a doversi attivare nei tempi previsti dalla legge; se ciò non avviene, dopo diciotto mesi – in assenza di specifiche disposizioni espresse – non può che applicarsi il ‘nuovo paradigma’ nei rapporti tra amministrazione e cittadino introdotto dall'art. 21-nonies della stessa legge n. 241. ...”.

Detto, con tutta ovvietà, che la questione è a dir poco delicata¹³⁵ ¹³⁶ - e merita ben altro approfondimento di quello che seguirà nelle prossime righe, e ribadito che, allo stato, la soluzione

¹²⁷ Corte Costituzionale, n. 49/2016 cit.

¹²⁸ In questo senso, Strazza cit., 24-25

¹²⁹ Strazza cit., 21

¹³⁰ Con l'art. 6, comma 1, lettera b), legge 7 agosto 2015, n. 124

¹³¹ Che disponeva, con buona chiarezza, che [Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente.]

¹³² Si veda Strazza cit., 22

¹³³ Inserito dall'art. 3, comma 6-novies, d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (conv. con mod. dalla legge 14 maggio 2005, n. 80), e che dispone che: *Restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20*

¹³⁴ In merito allo Schema di decreto legislativo in materia di individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁵ La stessa Consulta, n. 49/2016 cit., osserva che si tratta di “... materia che, come è noto, e come dimostrano le sue frequenti modifiche, presenta delicati e complessi problemi applicativi. ...”

¹³⁶ In dottrina, con riferimento alla disciplina precedente a quella che ha introdotto il “criterio dei 18 mesi”, tra gli altri: Boscolo, E., *La segnalazione certificata di inizio attività: tra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in

sopra prospettata parrebbe godere del più ampio favore, in attesa del suo consolidamento (legislativo¹³⁷ e/o giurisprudenziale¹³⁸), sommessamente accenno/elenco ciò che di questa soluzione mi lascia ancora perplesso.

Innanzitutto, allo stato, mi appare “faticoso” (anche se, va detto, non impossibile) il suo coordinamento, con la acquisizione, ad oggi pacifica (anche nella giurisprudenza amministrativa), degli illeciti edilizi come illeciti di natura permanente¹³⁹.

Ancora, allo stato, mi appare ugualmente “faticoso” (anche se, anche qui, certo non impossibile), riempire di contenuto concreto la ancora vigente disposizione del comma 6-bis dell’art. 19, legge n. 241/1990, che ci dice che ... *restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali.*¹⁴⁰

E, certo, quello dell’**affidamento del privato**, e della **stabilità** dei provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici, e degli operatori economici stessi¹⁴¹, è valore che merita ampia tutela, ma credo sia non così irragionevole chiedersi se sia davvero meritevole di così ampia tutela il privato che, inevitabilmente (almeno) con colpa¹⁴², “aggiri” di fatto l’obbligo del permesso di

Riv. giur. urb., 2010, II, 588, rilevava che il mancato esercizio nel termine di 60 giorni determinava una “... *‘incontestabilità amministrativa’ ...*”, che però “... *determina unicamente una preclusione all’esercizio del potere di controllo oltre il termine e non dà invece origine ad alcun ‘consolidamento’, ‘rafforzamento’ (od, a fortiori, ‘sanatoria’) della posizione del privato ...*”, rimanendo perciò “... *aperta la possibilità per l’amministrazione di esercitare anche in tempi altre tipologie di poteri (ove ad essa espressamente attribuiti dalle normative settoriali: ad es., dal T.U. Edilizia ...) ...*”; per quel nulla che conta, anch’io, in *I titoli abilitativi in edilizia: a che punto è la “semplificazione”,* in www.lexitalia.it, con riferimento a detta disciplina, avevo opinato per la possibilità intervento sanzionatorio “... *senza sostanziali vincoli di tempo – visto che, tra l’altro, si tratta pacificamente di illeciti di natura permanente ..., quello repressivo in senso ampio, connesso al (direi: imposto anche dal) fatto che restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali (art. 19, comma 6-bis cit.), nel caso in cui l’intervento realizzato in concreto, non sia (nonostante la auto-qualificazione del privato) assoggettabile a Scia (e lo stesso vale per c.i.l. e c.i.l.a.) ...*”. *Contra*, in relazione all’esercizio dei poteri sanzionatori dopo il termine, mi parrebbero: Lavermicocca, D., *La SCIA e la DIA nell’edilizia e nei procedimenti speciali. La semplificazione si complica*, commento a TAR Lombardia, Milano, sez. I, ordd. n. 89 e n. 123/2011, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 581 e 583; e Botteon, *Lo “sblocca-Italia” ... cit.*. Sandulli, M.A., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazioni e contraddizioni*, in Riv. giur. edilizia, 2013, 6, II, 312, ritiene irragionevole e contraddittoria la equiparazione, ad opera dell’art. 21, legge n. 241/1990, tra difformità ed assenza del titolo, che determina un ingiusto aggravio del regime sanzionatorio rispetto alle fattispecie di titolo con assenso esplicito dell’Amministrazione.

¹³⁷ Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere citato, proprio al termine delle affermazioni che ho sopra riportato, ci dice che “... Considerata, però, la rilevanza della questione, si invita il Governo a fornire una specifica attenzione sulla suddetta ipotesi. ...”

¹³⁸ Interessante, in particolare, ove la soluzione sopra segnalata si affermasse definitivamente, sarà verificare l’atteggiamento della giurisprudenza penale al proposito: il contrasto, in materia edilizia, tra le massime istanze delle giurisdizioni superiori, non sarebbero certo una novità

¹³⁹ Per tutte: Cass. pen., 11 maggio 2015, n. 19354, e Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1395

¹⁴⁰ *Contra* Botteon, *La stabilità della Scia ...cit.*

¹⁴¹ Si veda Strazza cit., 24

¹⁴² Strazza cit., 21, stigmatizza che, prima dell’intervento legislativo del 2015, “... *anche coloro che erroneamente e incolpevolmente avevano ritenuto di poter validamente utilizzare lo strumento della s.c.i.a. (o del silenzio assenso) si trovavano esposti sine die, a causa dell’inerzia dell’Amministrazione che aveva omissso di esercitare tempestivamente il proprio potere/dovere di controllo, alle medesime sanzioni previste a carico di coloro che avessero agito in totale assenza di titolo ...*”: mi pare peraltro che in materia di sanzioni amministrative (perciò questa considerazione, se ed in quanto possa essere considerata ragionevole, vale soltanto ove effettivamente la demolizione sia, anche nel contesto della normativa sovranazionale, da considerare davvero una sanzione amministrativa), valga il principio della presunzione di colpa – con relativo onere di prova contraria a carico dell’interessato (Cass. civ., sez. I, 7 luglio 2006, n. 15580, in *Foro it. Mass.*, 2006, 1849) e non valga la presunzione di non colpevolezza dell’art. 27, comma 2, Costituzione (Cass. civ., sez. I, 5 aprile 2005, n. 7090, *ibi*, 2005, 433), e, se così è, lo spazio per la non colpevolezza potrebbe apparire, in effetto, abbastanza limitato, e comunque da ricondurre non a regola, ma ad eccezione.

costruire, realizzando una nuova costruzione (non precaria o pertinenziale), o una ristrutturazione edilizia “pesante”, con una semplice Scia.

Mi chiedo, ancora, se un “titolo” (che si presume) formatosi (certamente “grazie” all’inerzia dell’Amministrazione, ma) completamente al di fuori dell’ambito per il quale esso è previsto, debba necessariamente essere annullato o non possa essere considerato *tamquam non esset*, e perciò “irrilevante” ai fini dell’esercizio del potere sanzionatorio¹⁴³.

Mi chiedo, insomma, quanto siano fuori luogo le considerazioni (certo non remotissime) per cui “... *l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore contra legem. Non può ammettersi cioè un affidamento meritevole di tutela alla conservazione di una situazione di fatto abusiva. Colui che realizza un abuso edilizio non può dolersi del fatto che l'amministrazione lo abbia prima in un certo qual modo avvantaggiato, adottando solamente a notevole distanza di tempo i provvedimenti repressivi dell'abuso non sanabile ...*”¹⁴⁴

E non linearissimo vedrei il coordinamento di tale nuova posizione, con quella per cui, come anche arguibile dalla lettura degli artt. 22, comma 4, e 37, comma 6, T.U. Edilizia, “... *in materia edilizia - la disciplina sanzionatoria penale non è correlata alla tipologia del titolo abilitativo, bensì alla consistenza concreta dell'intervento. ...*”¹⁴⁵, perché, in sostanza, decorsi i 18 mesi cit., si potrebbe, di fatto, verificare la conseguenza per cui l’interessato, scegliendo la Scia (non utilizzabile) in luogo del (doveroso) permesso di costruire, finirebbe, in pratica, per scegliersi anche il regime sanzionatorio, che così rimarrebbe in sostanza svincolato dalla lesività dell’intervento in concreto realizzato.

Insomma, è certo vero che la situazione che si viene (verrebbe?) a determinare per il mancato esercizio dell’autotutela entro i 18 mesi cit., vedrebbe tra i responsabili (anche, e soprattutto) l’Amministrazione¹⁴⁶, ma mi pare non così agevole negare che, allo stato, il conseguente più realistico scenario, in concreto, sarebbe quello per cui la sanzione demolitoria – come detto: *la sanzione* – di già rapida “estinzione” sul versante penale, si “estinguerebbe” ancora più rapidamente sul versante (ora sostanzialmente pressoché a tenuta stagna) amministrativo.

¹⁴³ Arg. Cass. pen., 13 ottobre 2014, n. 42546. Ma si veda anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 6 agosto 2014, n. 8707, criticata da Botteon, *Lo “sblocca-Italia” ...* cit., e Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2014, n. 532, in cui mi pare che la “inesistenza” della d.i.a., pur ammessa in generale, sia negata nel caso di specie, soltanto con riferimento alle caratteristiche concrete delle opere realizzate: per capirci, ne traggio il principio per cui, ove le opere in concreto realizzate fossero pacificamente da assoggettare al regime del permesso di costruire (nuove costruzioni – non precarie o pertinenziali, e ristrutturazioni edilizie “pesanti”), la d.i.a. potrebbe sicuramente essere considerata “inesistente”. Ma si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5887, citato dallo stesso Botteon, *La stabilità della Scia ...* cit., peraltro per affermare, al contrario, che “... *La necessità della previa rimozione del titolo abilitativo in ipotesi illegittimo che fornisce “copertura” amministrativa ad un’opera, in sé pure in ipotesi in contrasto con norme di legge, regolamento o pianificazione, è testimoniata anche dalla giurisprudenza che afferma che la demolizione può essere disposta anche senza previo annullamento formale ed espresso del titolo comunque rilasciato, sul presupposto che l’ordine di demolizione può costituire in concreto anche atto implicito di annullamento, che è comunque necessario (espresso o tacito) ...*”: vero è che detta pronuncia, un annullamento, ancorché tacito, comunque lo richiede/presuppone, e perciò in pieno diritto la posizione appena vista sopra ne rimarrebbe pienamente avvalorata, ma mi parrebbe che, ove si ammetta tale possibilità, le divergenze, ai meri effetti concreti, con la teoria della “irrilevanza” della d.i.a./Scia (se presentata in relazione a lavori non realizzabili con dette procedure) consolidatesi per la inerzia dell’Amministrazione, tenderebbero a sfumare non poco.

¹⁴⁴ Cons. Stato, n. 1395/2016 cit.

¹⁴⁵ Cass. pen., 23 maggio 2012, n. 19440

¹⁴⁶ Non a caso, l’ultimo periodo del comma 1 dell’art. 21-*nonies* cit., dispone che *Rimangono ferme le responsabilità connesse all’adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*

E se così è (fosse?), ciascuno valuti se possa sussistere la possibilità di dare sostanzialmente ingresso ad una sorta di “condono” generalizzato, e permanente, a costo zero¹⁴⁷, perché “... ammettere la sostanziale “estinzione” di un abuso per il decorso del tempo vorrebbe dire accettare una sorta di sanatoria extra ordinem, di fatto, che opererebbe anche quando l’interessato non ha ritenuto di avvalersi del corrispondente istituto previsto e disciplinato dalla normativa di sanatoria di cui alle leggi nn. 47/85, 724/94 e 326/03, ove ne sussistano, beninteso, le condizioni, senza neanche pagare le somme dovute a titolo di oblazione stabilite dalla normativa sopra citata, il che non sarebbe conforme a principi basilari di ragionevolezza e parità di trattamento nell’esercizio del potere amministrativo ...”¹⁴⁸

Ed è anche vero che 18 mesi¹⁴⁹ per potere procedere in autotutela, in astratto, non è irragionevole possa essere qualificato come un periodo tutt’altro che incongruo¹⁵⁰ e che la macchina pubblica non è male sia stimolata all’intervento il più rapido¹⁵¹, ma non posso non segnalare che di recente (anche se, va detto, prima del citato parere n. 1784/2016 del Consiglio di Stato), nella giurisprudenza amministrativa si è affermato, pur in un contesto in cui la nuova formulazione dell’art. 21-nonies cit., non poteva essere applicata, che “... può essere utile rammentare che in materia edilizia l’art. 39 del d.P.R. n. 380 del 2001 fissa in dieci anni il termine - ragionevole - entro il quale la Regione può annullare provvedimenti comunali che autorizzano interventi edilizi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione. Potrebbe dunque trovare tuttora applicazione, se del caso, quale “parametro temporale” di legittimità e congruità dell’azione amministrativa di annullamento in via di autotutela in materia, il “criterio decennale” ...”¹⁵².

Al proposito, non è un caso che si sia acutamente evidenziato che “... Suscita ... perplessità la mancata abrogazione dell’art. 39 del t.u. edilizia, che attribuisce alle regioni il potere di annullare (o, nelle more, sospendere) il permesso di costruire e la d.i.a. alternativa a tale titolo abilitativo. Tale disposizione appare in evidente contraddizione con l’art. 19 co. 6-ter, oltre che con la richiamata riforma dei commi 3 e 4, l. n. 241. A ben vedere, il potere ordinario di intervento sostitutivo previsto dal t.u. edilizia, inquadrabile nell’ambito del più generale potere di controllo esercitabile dalla regione sul territorio e perimetrato, sin dall’origine, entro un preciso lasso temporale, a fronte di un potere di autotutela all’epoca illimitato, appare in contrasto con il “nuovo” regime delineato dalla l. n. 124 del 2015, dichiaratamente finalizzato ad incentivare gli investimenti, in risposta alle esigenze di stabilità degli operatori, al punto tale da non distinguere più, ai fini del tempo massimo per l’annullamento d’ufficio, tra gli interessi tutelati ...”¹⁵³

¹⁴⁷ Maini, *I titoli abilitativi in edilizia* ...cit.. In questo senso si veda Grisanti, M., *Le modifiche all’art. 21-nonies L. 241/1990. I limiti di applicabilità ai titoli abilitativi edilizi*, in www.lexambiente.it

¹⁴⁸ Cons. Stato, n. 1395/2016 cit.

¹⁴⁹ Non significativa, mi pare, nell’ambito di queste considerazioni, la questione della decorrenza di detto periodo (dalla presentazione della SCIA o dal decorso del termine per l’esercizio del potere ordinario di verifica): questione che, comunque, come richiede il Consiglio di Stato con il parere n. 1784/2016 cit., andrebbe disciplinata espressamente

¹⁵⁰ Anche se, di fatto, potrebbe diventarlo – specie, ma non esclusivamente, nelle realtà locali più grandi, o comunque in quelle con minore personale specialista in proporzione alla attività edilizia svolta in concreto – ove, magari anche proprio contando sulla nuova normativa, molti, o moltissimi, decidessero (certo, a loro rischio e pericolo) di procedere con Scia in anche per interventi pacificamente soggetti a permesso di costruire (nuove costruzioni – non precarie o pertinenziali, e ristrutturazioni edilizie “pesanti”)

¹⁵¹ Si veda sopra la nota n. 116

¹⁵² Cons. Stato, n. 3403/2016 cit.

¹⁵³ Strazza cit., 24

La questione, insomma, è: la attuale normativa – per capirci: quella del “criterio dei 18 mesi ”, rappresenta davvero il miglior bilanciamento tra le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche e di affidamento del privato, e l’interesse pubblico urbanistico? Vedremo.

Per quanto ovvio, poi, rimane del tutto assodato, ed anzi ben più che lapalissiano, che tanto più l’intervento in sede di vigilanza edilizia è **tempestivo**, e perciò tanto prima ci si pone in condizione di impedire (con l’ordine di sospensione dei lavori e, nel caso¹⁵⁴, con il sequestro preventivo *ex art. 321, c.p.p.*) che il reato si protragga o venga portato ad ulteriori conseguenze, tanto tendenzialmente minori saranno gli ostacoli, e le spese, da affrontare per condurre in porto la demolizione/il ripristino, avendo sempre come guida le affermazioni, sopra viste e che ora ripropongo, della Consulta¹⁵⁵ per cui “... *il semplice pagamento di oblazione non restaura mai l’ordine giuridico violato, qualora non comporti la perdita del bene abusivo o del suo equivalente almeno approssimativo sul piano patrimoniale. ...*”.

¹⁵⁴ Ma mi chiedo, statisticamente, quando *in concreto* possa non essere il caso, quando ovviamente l’abuso edilizio si configuri come reato

¹⁵⁵ Pronuncia n. 416/1995, cit.