

lì 2 agosto 2019

Oggetto: **Commento a Cass. Pen. n. 31322/2019**

Sul sito www.lavoripubblici.it compare, tra le news di edilizia del 1 agosto 2019, la notizia titolata “*Reati edilizi, illegittimo l'ordine di demolizione in caso di prescrizione*”, a riassunto del principio stabilito, o ancor meglio, ribadito (considerata la sentenza n. 45428/2016), dalla S. C. di Cassazione, Terza sezione penale, con la sentenza 17 luglio 2019, n. 31322.

La vicenda riguarda la cassazione (annullamento senza rinvio) della sentenza 3.12.2018 del Tribunale di Palermo, la quale, pur dichiarando *non doversi procedere nei confronti dell'imputato per essere i reati di abusivismo edilizio contestatigli estinti per intervenuta prescrizione*, ha comunque ordinato la contestuale demolizione delle opere eseguite.

La sentenza in commento ha posto in evidenza che l'art. 31, comma 9, del testo unico edilizia pone l'ordine di demolizione come conseguenza della sentenza di condanna, per cui in assenza del presupposto, e cioè la condanna, non è possibile ordinare la demolizione.

In effetti, il legislatore testualmente dispone al citato art. 31, comma 9:

Per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita.

La decisione in esame appare coerente anche con la riconosciuta natura giuridica di sanzione amministrativa, peraltro imprescrittibile, dell'ordine di demolizione disposto dal giudice penale (cfr. in tal senso l'articolo, sempre su www.lavoripubblici.it, “*Abusi edilizi: l'ordine di demolizione non è soggetto a prescrizione*”, del 13 dicembre 2018 - [link](#)).

Infatti, da tempo i Supremi Giudici penali hanno ritenuto che l'ordine di demolizione richiesto con la sentenza di condanna non abbia natura intrinsecamente penale (cfr.), bensì amministrativa, riconoscendo in tal modo la diversa natura delle sanzioni contemplate dal testo unico edilizia (ved. nota 1, estratto significativo della sentenza Cass. Pen. n. 41475/2016).

Dunque, l'ordine di demolizione, che sia disposto dall'Autorità amministrativa, dal Giudice amministrativo o dal Giudice penale, conserva la medesima funzione di ripristinare l'originario assetto del territorio alterato dall'intervento abusivo, e quindi di essere sanzione amministrativa ripristinatoria del bene giuridico leso (e cioè il territorio, cfr. Cass. Pen., SS.UU. n. 11635/1993, Borgia), e quindi posta a tutela del territorio (aspetto ben precisato nell'articolo curato dalla redazione di lavoripubblici.it del 13 dicembre 2018).

Si ritiene opportuno specificare che la prescrizione del reato edilizio non consente al solo giudice penale di ordinare la demolizione dell'abuso, e non anche all'autorità amministrativa (Comune, Regione).

A tal proposito, la Giustizia Amministrativa è costante nel ritenere imprescrittibile, sotto il profilo amministrativo, l'abuso edilizio e, quindi, nel caso di suo accertamento, la P.A. è obbligata a disporre la demolizione, qualora rientra nelle casistiche date dall'art. 27, 30, 31, 33, primo comma, e 34, primo comma, del testo unico edilizia (ved. nota 2, estratto significativo Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 17/10/2017, n. 9).

NOTA 1: estratto significativo sentenza Cass. Pen. n. 41475/2016

2.1. La giurisprudenza di legittimità ha elaborato una serie di principi che hanno costantemente ribadito la natura amministrativa della demolizione, quale sanzione accessoria oggettivamente amministrativa, sebbene soggettivamente giurisdizionale, esplicazione di un potere autonomo e non alternativo al quello dell'autorità amministrativa, con il quale può essere coordinato nella fase di esecuzione (ex multis, Sez. 3, n. 3685 del 11/12/2013 (dep. 2014), Russo, Rv. 258518; Sez. 3, n.37906 del 22/5/2012, Mascia, non massimata; Sez. 6, n. 6337 del 10/3/1994, Sorrentino Rv. 198511; si vedano anche Sez. U, n. 15 del 19/6/1996, RM. in proc. Monter); in tale quadro, coerentemente è stata negata l'estinzione della sanzione per il decorso del

tempo, ai sensi dell'art. 173 cod. pen., in quanto tale norma si riferisce alle sole pene principali, e comunque non alle sanzioni amministrative (Sez. 3, n. 36387 del 07/07/2015, Formisano, Rv. 264736; Sez. 3, n. 43006 del 10/11/2010, La Mela, Rv. 248670); ed altresì è stata negata l'estinzione per la prescrizione quinquennale delle sanzioni amministrative, stabilita dall'art. 28 l. 24 novembre 1981, n. 689, in quanto riguardante le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva ("il diritto a riscuotere le somme ... si prescrive"), mentre l'ordine di demolizione integra una sanzione `ripristinativa', che configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio (Sez. 3, Sentenza n. 16537 del 18/02/2003, Filippi, Rv. 227176).

La differente natura della sanzione amministrativa `ripristinativa' della demolizione, rispetto alla finalità rieducativa delle sanzioni penali, alla quale è connessa l'estinzione per prescrizione, già integra una situazione diversa, idonea giustificare il differente regime giuridico; l'imprescrittibilità dell'ordine di demolizione, infatti, deriva da una scelta legislativa rientrante nei limiti dell'esercizio ragionevole del potere legislativo, non sindacabile in sede di vaglio della legittimità costituzionale sotto il profilo della pretesa irragionevolezza, in quanto fondata su differente natura e finalità rispetto alle sanzioni penali soggette a prescrizione.

2.2. Con riferimento alla natura della demolizione, peraltro, ed al parametro interposto di cui all'art. 117 Cost., va altresì ribadita la non divisibilità della tesi della natura 'sostanzialmente penale' (Sez. 3, n. 9949 del 20/01/2016, Di Scala, non ancora massimata; Sez. 3, n. 35052 del 10/03/2016), proposta sulla base di una pretesa interpretazione 'convenzionalmente' conforme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

La tesi è fondata, come noto, su una decisione, del tutto isolata, di un giudice di merito (Tribunale Asti, ordinanza del 03/11/2014, Delorier), che ha dichiarato l'estinzione per decorso del tempo dell'ordine di demolizione, sul presupposto che si trattasse non già di una sanzione amministrativa, bensì di una vera e propria "pena", nella declinazione 'sostanzialistica' fornita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; in tal senso, dunque, anche all'ordine di demolizione sarebbe applicabile l'art. 173 cod. pen. sulla prescrizione delle pene.

Al riguardo, come già evidenziato da questa Corte, la tesi della natura 'sostanzialmente penale' dell'ordine di demolizione, oltre ad essere, come si dirà, frutto di una applicazione del diritto eurounitario eccentrica rispetto al sistema costituzionale delle fonti, è infondata. Essa risulta fondata su una serie di indici 'diagnostici' della "materia penale", ovvero la pertinenzialità rispetto ad un fatto-reato, la natura penale dell'organo giurisdizionale che la adotta, l'indubbia gravità della sanzione e l'evidente finalità repressiva; sulla base di tali indici si afferma la natura penale, facendone poi discendere una disinvolta operazione di applicazione analogica dell'art. 173 cod. pen..

2.2.1. Nel solco di quanto già evidenziato da questa Corte di Cassazione (Sez. 3, n. 49331 del 10/11/2015, Delorier, non ancora massimata), nel sindacato di legittimità dell'ordinanza del Tribunale di Asti, il quadro normativo che disciplina la demolizione delle opere abusive esclude, innanzitutto, che ricorra l'indice, indiziante la natura penale della misura, della pertinenzialità rispetto ad un fatto-reato; invero, l'art. 27 d.P.R. 380 del 2001 disciplina la c.d. demolizione d'ufficio, disposta dall'organo amministrativo a prescindere da qualsivoglia attività finalizzata all'individuazione di responsabili, sul solo presupposto della presenza sul territorio di un immobile abusivo; una demolizione, dunque, che ha una finalità esclusivamente ripristinatoria dell'originario assetto del territorio.

L'art. 31 T.U. edil. disciplina l'ingiunzione alla demolizione delle opere abusive, adottata dall'autorità amministrativa nel caso non venga disposta la demolizione d'ufficio; in caso di inottemperanza, è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, e, comunque, l'acquisizione dell'opera abusiva al patrimonio del Comune, finalizzata alla demolizione 'in danno', a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con specifica deliberazione consiliare non venga dichiarata l'esistenza di prevalenti interessi pubblici, e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici ed ambientali.

Il comma 9 del medesimo art. 31 prevede che la demolizione venga ordinata dal giudice con la sentenza di condanna, "se ancora non sia stata altrimenti eseguita".

Una lettura sistematica, e non solipsistica, della disposizione, dunque, impone di ribadire la natura amministrativa, e la dimensione accessoria, ancillare, rispetto al procedimento penale, della demolizione, pur quando ordinata dal giudice penale; tant'è che, pur integrando un potere autonomo e non alternativo a quello dell'autorità amministrativa, nel senso che la demolizione deve essere ordinata dal giudice penale anche qualora sia stata già disposta dall'autorità amministrativa, l'ordine 'giudiziale' di demolizione coincide, nell'oggetto (l'opera abusiva) e nel contenuto (l'eliminazione dell'abuso), con l'ordine (o l'ingiunzione) 'amministrativo', ed è eseguibile soltanto "se ancora non sia stata altrimenti eseguita".

Pertanto, se la 'demolizione d'ufficio' e l'ingiunzione alla demolizione sono disposte dall'autorità amministrativa, senza che venga revocata in dubbio la natura amministrativa, e non penale, delle misure, e senza che ricorra la pertinenzialità ad un fatto-reato, in quanto, come si è visto, la demolizione può essere disposta immediatamente, senza neppure l'individuazione dei responsabili, non può affermarsi che la 'demolizione giudiziale' - identica nell'oggetto e nel contenuto - muti natura giuridica solo in ragione dell'organo che la dispone.

Anche perché è pacifico che l'ordine 'giudiziale' di demolizione è suscettibile di revoca da parte del giudice penale allorché divenga incompatibile con provvedimenti amministrativi di diverso tenore (Sez. 3, n. 47402 del 21/10/2014, Chisci, Rv. 260972), in tal senso non mutuando il carattere tipico delle sanzioni penali, consistente nella irretrattabilità, ed è impermeabile a tutte le eventuali vicende estintive del reato e/o della pena (ad esso non sono applicabili l'amnistia e l'indulto, cfr. Sez. 3, n. 7228 del 02/12/2010 (dep.2011), D'Avino, Rv. 249309; resta eseguibile, qualora sia stato impartito con la sentenza di applicazione della pena su richiesta, anche nel caso di estinzione del reato conseguente al decorso del termine di cui all'art. 445, comma 2, cod. proc. pen., cfr. Sez. 3, n. 18533 del 23/03/2011, Abbate, Rv. 250291; non è estinto dalla morte del reo sopravvenuta all'irrevocabilità della sentenza, cfr. Sez. 3, n. 3861 del 18/1/2011, Baldinucci e altri, Rv. 249317).

Si tratta, dunque, della medesima sanzione amministrativa, adottabile parallelamente al procedimento amministrativo, la cui emissione è demandata

(anche) al giudice penale all'esito dell'affermazione di responsabilità penale, al fine di garantire un'esigenza di celerità ed effettività del procedimento di esecuzione della demolizione.

Del resto, anche la dottrina più consapevole ha sottolineato la differente finalità e natura delle misure amministrative previste a salvaguardia dell'assetto del territorio: la demolizione, infatti, è connotata da una finalità ripristinatoria, l'acquisizione gratuita del bene e dell'area di sedime e le sanzioni pecuniarie alternative alla demolizione hanno una finalità riparatoria dell'interesse pubblico lesa, le sanzioni pecuniarie previste in caso di inottemperanza all'ingiunzione a demolire sono connotate da una finalità punitiva.

Viene, dunque, esclusa una natura punitiva della demolizione, che non può conseguire automaticamente dall'incidenza della misura sul bene. In tal senso, non sembra ricorrere neppure l'ulteriore 'indice diagnostico' della natura penale, ovvero la finalità repressiva, essendo pacifico che ciò che viene in rilievo è la salvaguardia dell'assetto del territorio, mediante il ripristino dello status quo ante (Sez. 3, n. 36387 del 07/07/2015, Formisano, Rv. 264736:

5 "In materia di reati concernenti le violazioni edilizie, l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, avendo natura di sanzione amministrativa di carattere ripristinatorio, non è soggetto alla prescrizione stabilita dall'art. 173 cod. pen. per le sanzioni penali, né alla prescrizione stabilita dall'art. 28 legge n. 689 del 1981 che riguarda unicamente le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva"); che non ricorra una finalità repressiva, del resto, è confermato altresì dalla possibilità di revoca della demolizione, allorquando gli interessi pubblici sottesi alla tutela del territorio siano diversamente ponderati dall'autorità amministrativa, divenendo incompatibili con l'esecuzione della misura ripristinatoria. L'attitudine di un interesse pubblico a paralizzare l'esecuzione della sanzione, dunque, sembra escluderne la asserita finalità repressiva.

2.2.2. L'altro profilo di perplessità che suscita l'interpretazione (asseritamente) conforme alla giurisprudenza 'euromunitaria' riguarda l'applicazione analogica della norma sulla prescrizione delle pene, che appare addirittura disinvolta.

2.2.2.1. L'applicazione analogica viene infatti fondata sulla sostanziale obliterazione ermeneutica dell'art. 14 delle Preleggi, sul rilievo che, poichè tale

norma non può riferirsi a previsioni di favore, non occorre il presupposto dell'*eadem ratio*.

La delimitazione del divieto di analogia appare innanzitutto arbitraria, oltre che immotivatamente assertiva. Se è vero, infatti, che il divieto di analogia in materia penale è considerato, dalla dottrina più attenta, relativo, concernente soltanto le norme penali sfavorevoli, nondimeno l'art. 14 Preleggi impedisce l'integrazione della norma mediante il procedimento analogico nei casi di norme eccezionali.

Al riguardo, la dottrina penalistica più accorta ritiene che il ricorso al procedimento analogico sia precluso rispetto alle cause di non punibilità (denominate anche "limiti istituzionali della punibilità") fondate su specifiche ragioni politico-criminali o su situazioni specifiche: in tal senso, l'analogia non sarebbe consentita rispetto alle immunità, alle cause di estinzione del reato e della pena, e alle cause speciali di non punibilità (ad es., il rapporto di famiglia rilevante ex art. 649 cod. pen.).

Già tale rilievo impedirebbe, dunque, l'applicazione analogica di una causa di esclusione della pena come la prescrizione disciplinata dall'art. 173 cod. pen..

2.2.2.2. Ma, in ogni caso, ciò che impedisce tale disinvolta operazione interpretativa è la carenza dei due presupposti dell'analogia, alla stregua della tradizionale e condivisa teoria generale del diritto: l'esistenza di una lacuna normativa e l'*eadem ratio*. L'applicazione analogica, infatti, presuppone la carenza di una norma nella indispensabile disciplina di una materia o di un caso (per riprendere la formula dell'art. 14 Prel.), chè altrimenti la scelta di riempire un preteso vuoto normativo sarebbe rimesso all'esclusivo arbitrio giurisdizionale, con conseguente compromissione delle prerogative riservate al potere legislativo e del principio di divisione dei poteri dello Stato.

Nel caso di specie, non sembra scorgersi una lacuna normativa, non potendo ritenersi indefettibile la previsione di una causa estintiva della sanzione amministrativa della demolizione in conseguenza del decorso del tempo. L'opzione di individuare una lacuna normativa, dunque, è del tutto arbitraria, e rimessa alle personali e soggettive scelte dell'interprete.

Del resto, l'assenza di una causa di estinzione è comune alla demolizione e ad altre sanzioni amministrative, e sarebbe irragionevole, e comunque arbitraria,

un'applicazione analogica della prescrizione alla prima e non alle altre; anche perché mentre la prescrizione (del reato e della pena) in materia penale è legata alla tutela di interessi individuali (libertà personale e dignità umana) ed alla progressiva erosione dell'attitudine risocializzante della pena, in ragione del decorso del tempo (tempori cedere), nella materia lato sensu amministrativa il legislatore ragionevolmente può decidere di non dare rilevanza, in una o più fattispecie sanzionatorie, al decorso del tempo quale causa estintiva, in ragione della prevalenza di interessi pubblicistici oggetto di privilegiata considerazione normativa (nel caso di specie, la prevalenza è attribuita al ripristino dell'assetto del territorio). Inoltre, manca anche l'*eadem ratio*, l'elemento di identità fra il "caso" previsto ed il "caso" non disciplinato, sulla quale la tesi della natura intrinsecamente penale della demolizione sorvola.

L'art. 173 cod. pen., infatti, disciplina l' "estinzione delle pene dell'arresto e dell'ammenda per decorso del tempo" (così come, analogamente, l'art. 172 cod. pen. disciplina la prescrizione delle pene della reclusione e della multa); la causa di estinzione, dunque, è limitata alle sole pene principali, non è una norma 'di favore' generale, applicabile, ad esempio, anche alle pene accessorie. A conferma, peraltro, della natura eccezionale della disposizione, già solo per tale motivo insuscettibile di applicazione analogica.

Non si scorge un motivo, ragionevole (inteso non già nella declinazione 'soggettiva', bensì costituzionale, di parità di trattamento di situazioni analoghe) e ancorato a criteri oggettivi, dunque, per applicare analogicamente la prescrizione alla sanzione della demolizione, e non alle pene accessorie - la cui natura penale, peraltro, oltre ad essere normativamente sancita, non è revocabile in dubbio - ovvero agli effetti penali della condanna.

La diversa natura e finalità delle pene principali, da un lato, e della demolizione, dall'altra, non consentono, infatti, di individuare un elemento di identità tra i due "casi" che consenta un'applicazione analogica della norma sulla prescrizione: è stato già evidenziato che mentre le pene 'principali' hanno una natura lato sensu 'repressiva', ed una finalità rieducativa (recte, risocializzante), ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost., la demolizione non ha una natura intrinsecamente 'repressiva', né persegue finalità risocializzanti,

perseguendo invece una finalità ripristinatoria dell'assetto del territorio sulla quale le esigenze individuali legate all'oblio per il decorso del tempo risultano necessariamente soccombenti rispetto alla tutela collettiva di un bene pubblico (Sez. 3, n. 43006 del 10/11/2010, La Mela, Rv. 248670; Sez. 3, Sentenza n. 16537 del 18/02/2003, Filippi, Rv. 227176).

Alla stregua delle considerazioni che precedono, dunque, deve negarsi innanzitutto la natura intrinsecamente penale della demolizione, ed in secondo luogo la legittimità di un procedimento analogico, in assenza dei due presupposti della lacuna normativa e dell'*eadem ratio*.

2.3. Non ricorrendo gli estremi di una legittima analogia legis, secondo i canoni interpretativi tradizionalmente desunti dall'art. 14 Prel., si deve prendere in considerazione l'ipotesi che l'operazione Interpretativa' a fondamento dell'applicazione analogica della prescrizione alla sanzione della demolizione sia in realtà frutto di una analogia iuris, nella quale si è proceduto alla (invero arbitraria) formulazione ed applicazione di principi generali dell'ordinamento, secondo i canoni desunti dall'art. 12 Prel..

E tuttavia anche tale procedimento interpretativo sarebbe frutto di una soggettiva ed arbitraria opzione politica dell'interprete, in assenza di una inequivocabile lacuna normativa. Innanzitutto l'analogia iuris presupporrebbe la necessità di risolvere un "caso dubbio" - e non sembra il caso dell'estinzione della sanzione della demolizione -; in secondo luogo imporrebbe l'individuazione di un principio generale applicabile al 'caso dubbio': e non sembra che l'estinzione di una sanzione amministrativa (ma neppure penale) per il decorso del tempo possa plausibilmente integrare un principio generale dell'ordinamento, sia nazionale che sovranazionale.

Va al riguardo sempre rammentato che l'integrazione dell'ordinamento è solo residuale e succedanea all'interpretazione, e, se il caso non è dubbio, non è necessario ricorrere all'applicazione dei principi, in quanto è sufficiente l'applicazione della disposizione scritta.

2.4. Particolarmente attuale appare il monito, espresso anche da consapevole dottrina, che il diritto 'eurounitario', ed in particolare il diritto proveniente dalla giurisprudenza-fonte della Corte di Strasburgo, non venga adoperato dall'interprete alla stregua di un diritto à la carte, dal quale scegliere

l'ingrediente ermeneutico ritenuto più adatto ad un'operazione di pre-comprensione interpretativa. Il distorto utilizzo della giurisprudenza casistica delle Corti europee, infatti, può condurre, come nel caso dell'applicazione analogica della prescrizione alla demolizione, a compiere una "disanalogia", con la quale si universalizza arbitrariamente la portata di un principio affermato in un determinato contesto. In realtà, il principale ostacolo al procedimento analogico adoperato nell'applicazione della prescrizione alla demolizione risiede nel limite 'logico' del tenore lessicale della disposizione di cui all'art. 173 cod. pen.; una norma dall'univoco significato letterale, che non consente esiti ermeneutici *contra legem*, e che impedisce la (sovente malintesa) interpretazione conforme.

Per impedire forme di "normazione mascherata", infatti, il nostro sistema costituzionale delle fonti, come interpretato nel diritto vivente della Corte costituzionale, ha chiarito, fin dalle c.d. "sentenze gemelle" (n. 348 e 349 del 2007), che il diritto CEDU non è direttamente applicabile; il giudice comune, infatti, ha la sola alternativa di esperire una interpretazione "convenzionalmente conforme" della norma nazionale, ove percorribile, ovvero proporre una questione di legittimità costituzionale, adoperando il diritto CEDU quale parametro interposto di legittimità, ai sensi dell'art. 117 Cost. (Corte Cost. n. 80 del 2011).

Ebbene, nel caso di specie, poiché la norma sulla prescrizione delle pene non appare suscettibile né di applicazione analogica, né tanto meno di interpretazione 'convenzionalmente conforme', a tanto ostandovi l'univoco tenore lessicale (che limita la prescrizione alle pene 'principali'), il giudice comune, ove avesse avuto un fondato dubbio di costituzionalità della norma, per l'omessa previsione di una causa estintiva della demolizione, in virtù della ritenuta natura penale della stessa, avrebbe potuto percorrere l'unica strada della proposizione di una questione di costituzionalità.

2.5. Alla stregua delle considerazioni che precedono, dunque, esclusa la natura penale della demolizione, non appare fondata la questione di legittimità costituzionale sollecitata dal ricorrente, né sotto il profilo della . 9 q pretesa irragionevolezza, né sotto il profilo della violazione del parametro . interposto dell'art. 117 Cost..

3. Il secondo motivo è inammissibile, concernendo un preteso profilo di illegittimità di un provvedimento amministrativo - l'ordinanza di sgombero - estraneo al sindacato di questa giurisdizione, che avrebbe dovuto essere sollevato dinanzi alla competente giurisdizione amministrativa. Peraltro, il giudizio amministrativo proposto dall'odierno ricorrente risulta essere stato definito con sentenza di rigetto n. 4125 del 14/07/2015 della VI Sez. del Consiglio di Stato.

4. Il terzo motivo è generico, limitandosi a lamentare l'illegittimità della demolizione in quanto avente ad oggetto la casa di abitazione del ricorrente e 4 della sua famiglia. Va, al riguardo, osservato che la Corte di Strasburgo ha di recente ribadito la legittimità 'convenzionale' della demolizione, allorquando, valutandone la compatibilità con il diritto alla abitazione, ha affermato che anche se il suo unico scopo è quello di garantire l'effettiva attuazione delle disposizioni normative che gli edifici non possono essere costruiti senza autorizzazione, la stessa può essere considerata come diretta a ristabilire lo stato di diritto; salvo il rispetto della proporzionalità della misura con la situazione personale dell'interessato, la Corte, richiamando quanto previsto dall'art. 8, § 2, della Convenzione e.d.u., ha ritenuto che, nel contesto in esame, la misura può essere considerata come rientrante nella "prevenzione dei disordini", e finalizzata a promuovere il "benessere economico del paese" (Corte EDU, Sez. V, 21/04/2016, Ivanova e Cherkezov vs. Bulgaria).

Altrettanto importante appare l'affermazione della Corte e.d.u. laddove esclude che l'ordine di demolizione contrasti con l'art. 1 del protocollo n. 1 (protezione della proprietà), con la precisazione che l'ordine, emesso dopo un ragionevole lasso di tempo dopo la sua edificazione (per un precedente, cfr. il caso Hamer c. Belgio, deciso il 27 novembre 2007, n. 21861/03), ha l'obiettivo di garantire il ripristino dello "status quo ante", così ristabilendo l'ordine giuridico violato dal comportamento dell'autore dell'abuso edilizio, e di scoraggiare altri potenziali trasgressori (§ 75). Nel caso in esame, il ricorrente, che pure aveva omissis, in precedenza, l'adempimento dell'ingiunzione a demolire disposta dalla Procura competente, si è limitato a dedurre la pretesa illegittimità della demolizione e l'asserita incidenza sulla propria dimensione

abitativa, senza neppure documentare la laconica doglianza e l'effettività della situazione abitativa rappresentata.

NOTA 2: estratto significativo sentenza Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9/2017

4. Ad avviso di questa Adunanza Plenaria il dato di fondo da cui occorre prendere le mosse è costituito dall'oggettiva non riconducibilità della fattispecie in esame al quadro generale dell'autotutela.

Ed infatti, non viene qui in rilievo l'ipotesi in cui l'amministrazione abbia, a distanza di tempo dal rilascio, disposto l'annullamento in autotutela del titolo edilizio illegittimamente adottato ovvero del provvedimento di sanatoria rilasciato in assenza dei necessari presupposti legittimanti.

Al contrario, il caso che qui rileva si presenta in termini sensibilmente diversi e concerne la diversa ipotesi in cui l'edificazione sia avvenuta nella totale assenza di un titolo legittimante (laddove – tuttavia – l'amministrazione abbia provveduto solo a distanza di un considerevole lasso di tempo all'adozione dell'ingiunzione di demolizione).

Si tratta, in definitiva, dei casi (frequenti nella pratica) di doverosa – se pure tardiva – attivazione dell'ordine di demolizione di fabbricati privi ab origine di un qualunque titolo legittimante e giammai ammessi a sanatoria.

Al riguardo ci si limita a rilevare che:

- nel caso di ritiro tardivo in autotutela di un atto amministrativo illegittimo ma favorevole al proprietario, si radica comunque un affidamento in capo al privato beneficiario dall'atto in questione e ciò giustifica una scelta normativa (quale quella trasfusa nell'articolo 21-nonies della l. 241 del 1990) volta a rafforzare l'onere motivazionale gravante in capo all'amministrazione. Si tratta di stabilire sino a che punto e in che termini l'ordinamento si debba far carico di tutelare un siffatto stato di legittimo affidamento;

- al contrario, nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione, la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione sine titulo) è sin dall'origine illegittimo. Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di

carattere “legittimo” in capo al proprietario dell’abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un’aspettativa giuridicamente qualificata.

In definitiva, non si può applicare a un fatto illecito (l’abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell’interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell’autotutela decisoria.

5. Va d’altra parte osservato che, anche nelle sue declinazioni più estreme, la tesi maggiormente orientata al riconoscimento delle ragioni e delle prerogative proprietarie non giunge a riconoscere l’illegittimità dell’ordine di demolizione quale diretta conseguenza della sua tardiva emanazione, né postula una sorta di ‘sanatoria extra ordinem’ quale effetto dell’omessa o tardiva adozione del provvedimento demolitorio.

Ed infatti, le decisioni riconducibili a tale approccio pervengono soltanto – in maniera più o meno incisiva – a delineare in capo all’amministrazione che abbia omesso per un considerevole lasso di tempo di adottare l’ordine di demolizione un onere di motivazione sia in ordine alle ragioni di interesse pubblico – concreto e attuale – sottese alla demolizione, sia in ordine alla comparazione fra l’interesse pubblico al ripristino della legittimità violata e l’interesse privato alla permanenza in loco del manufatto.

La stessa sentenza della Quarta Sezione di questo Consiglio di Stato n. 1016 del 2014 (invocata dagli appellanti a sostegno delle proprie tesi) non ha affermato l’illegittimità ex se dell’ordine di demolizione tardivamente adottato, ma ha soltanto individuato una serie di “casi-limite” in cui graverebbe comunque sull’amministrazione l’obbligo di motivare puntualmente in ordine alle ragioni sottese alla tardiva attivazione del potere ripristinatorio (la sentenza in questione ha individuato tali “casi-limite” nelle ipotesi in cui:

- i) il proprietario attuale non abbia commesso l’abuso;
- ii) l’alienazione in suo favore non palesi intenti elusivi;
- iii) fra il commesso abuso e il provvedimento demolitorio sia intercorso un notevole lasso di tempo).

5.1. Si osserva comunque al riguardo che non sarebbe in alcun modo concepibile l’idea stessa di connettere al decorso del tempo e all’inerzia dell’amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave

fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta – e inammissibile – forma di sanatoria automatica o *praeter legem*.

5.2. Una chiara conferma di quanto appena rappresentato si desume dal terzo periodo del comma 4-bis dell'articolo 31 del d.P.R. 380 del 2001 (per come introdotto dal comma 1, lettera q-bis) dell'articolo 17 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133), secondo cui “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”.

La disposizione appena richiamata chiarisce che il decorso del tempo dal momento del commesso abuso non priva giammai l'amministrazione del potere di adottare l'ordine di demolizione, configurando piuttosto specifiche – e diverse – conseguenze in termini di responsabilità in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell'omissione o del ritardo nell'adozione di un atto che è e resta doveroso nonostante il decorso del tempo.

6. Se pertanto il decorso del tempo non può incidere sull'ineludibile doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della relativa sanzione, deve conseguentemente essere escluso che l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (pur se tardivamente adottata) debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata.

6.1. Deve quindi ribadirsi che, in questi casi, nemmeno si pone un problema di affidamento, che presuppone una posizione favorevole all'intervento riconosciuta da un atto in tesi illegittimo poi successivamente oggetto di un provvedimento di autotutela.

Un condiviso orientamento ha sottolineato al riguardo l'oggettiva differenza che sussiste fra:

- (da un lato) l'adozione di determinazioni sfavorevoli di segno opposto rispetto ad altre precedenti e di segno favorevole per l'interessato (come

l'annullamento in autotutela del titolo edilizio o del provvedimento di sanatoria)
e

- (dall'altro) l'adozione dell'ordine di demolizione in caso di interventi realizzati in radicale assenza del permesso di costruire (articolo 31 del d.P.R. 380 del 2001).

In tale secondo novero di ipotesi è del tutto congruo che l'ordine di demolizione sia adeguatamente motivato mercé il richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento, senza che si impongano sul punto ulteriori oneri motivazionali, applicabili nel diverso ambito dell'autotutela decisoria (in tal senso: Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2017, n. 908).

7. A conclusioni del tutto analoghe (in punto di insussistenza di un obbligo di motivazione nelle ipotesi che qui rilevano) è pervenuta la giurisprudenza di questo Consiglio anche prendendo le mosse da angoli visuali diversi da quello dell'applicabilità o meno delle categorie dell'autotutela decisoria.

7.1. E' stato in primo luogo affermato che il tempo trascorso (in ipotesi, anche rilevante) fra il momento della realizzazione dell'abuso e l'adozione dell'ordine di demolizione non determina l'insorgenza di uno stato di legittimo affidamento e non innesta in capo all'amministrazione uno specifico onere di motivazione. Ciò in quanto il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, VI, 27 marzo 2017, n. 1386; id., VI, 6 marzo 2017, n. 1060).

7.2. E' stato inoltre affermato che il carattere del tutto vincolato dell'ordine di demolizione (che deve essere adottato a seguito della sola verifica dell'abusività dell'intervento) fa sì che esso non necessiti di una particolare motivazione circa l'interesse pubblico sotteso a tale determinazione. Inoltre, il provvedimento di demolizione non deve motivare in ordine a un ipotetico interesse del privato alla permanenza in loco dell'opus (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, VI, 21 marzo 2017, n. 1267).

7.3. E' stato, ancora, affermato che non occorre motivare in modo particolare un provvedimento con il quale sia ordinata la demolizione di un immobile abusivo neppure quando sia trascorso un notevole lasso di tempo dalla sua realizzazione. Ed infatti l'ordinamento tutela l'affidamento di chi versa in una

situazione antiggiuridica soltanto laddove esso presenti un carattere incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore realizzata *contra legem* (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2017, n. 908; id., VI, 13 dicembre 2016, n. 5256).

Si è altresì osservato – e in modo parimenti condivisibile - che l'ordine di demolizione presenta un carattere rigidamente vincolato e non richiede né una specifica motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, né una comparazione fra l'interesse pubblico e l'interesse privato al mantenimento in loco dell'immobile. Ciò, in quanto non può ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può in alcun modo legittimare (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, 28 febbraio 2017, n. 908; id., IV, 12 ottobre 2016, n. 4205; id., IV, 31 agosto 2016, n. 3750).

Deve pertanto essere confermato, anche da questi diversi angoli visuali, che, nelle ipotesi che qui rilevano di edificazioni radicalmente abusive e giammai assistite da alcun titolo, il richiamo alla figura, peraltro ambigua e controversa, dell'interesse pubblico *in re ipsa*, appare improprio.

Ciò perché

- da un lato, come si è detto, il rilevato carattere sanzionatorio e doveroso del provvedimento esclude la pertinenza del richiamo alla motivazione dell'interesse pubblico;
- dall'altro, la selezione e ponderazione dei sottesi interessi risulta compiuta – per così dire – ‘a monte’ dallo stesso legislatore (il quale ha sancito in via indefettibile l'onere di demolizione al comma 2 dell'articolo 31 del d.P.R. 380 del 2001), in tal modo esentando l'amministrazione dall'onere di svolgere – in modo esplicito o implicito – una siffatta ponderazione di interessi in sede di adozione dei propri provvedimenti.

7.4. L'ordinanza di rimessione si è altresì soffermata sulla possibile sussistenza di un obbligo per l'amministrazione di motivare l'ordine di demolizione in relazione alla concretezza ed attualità dell'interesse pubblico alla demolizione. Le considerazioni sopra esposte - che evidenziano la non

riconducibilità della fattispecie all'autotutela decisoria - escludono la rilevanza delle questioni attinenti all'onere motivazionale.

8. L'ordinanza di rimessione si sofferma inoltre sul caso in cui l'attuale proprietario dell'immobile non sia responsabile dell'abuso e non risulti che la cessione sia stata effettuata con intenti elusivi.

8.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che il carattere reale della misura ripristinatoria della demolizione e la sua precipua finalizzazione al ripristino di valori di primario rilievo non si pongono in modo peculiare nelle ipotesi in cui il proprietario non sia responsabile dell'abuso.

Non può infatti ritenersi che, ferma restando la doverosità della misura ripristinatoria, la diversità soggettiva fra il responsabile dell'abuso e l'attuale proprietario imponga all'amministrazione un peculiare ed aggiuntivo onere motivazionale.

Ed infatti il carattere reale dell'abuso e la stretta doverosità delle sue conseguenze non consentono di valorizzare ai fini motivazionali la richiamata alterità soggettiva (la quale può – al contrario – rilevare a fini diversi da quelli della misura ripristinatoria, come nelle ipotesi del riparto delle responsabilità fra il responsabile dell'abuso e il suo avente causa).

Del resto, la principale (se non l'unica) ragione che potrebbe indurre a valorizzare la richiamata alterità soggettiva è quella relativa allo stato soggettivo di buona fede e di affidamento che caratterizza la posizione dell'avente causa.

Tuttavia – e per le ragioni dinanzi esposte retro, sub 7.1 e 7.3 – tali stati soggettivi non possono essere in alcun modo valorizzati ai fini motivazionali

In definitiva l'Adunanza plenaria ritiene di confermare l'orientamento secondo cui gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile (l'estraneità agli abusi assumendo comunque rilievo sotto altri profili), applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la res tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, VI, 26 luglio 2017, n. 3694).

9. A conclusioni del tutto analoghe a quelle appena rassegnate deve giungersi anche in relazione all'ipotesi in cui sia pacifico che l'alienazione dell'immobile oggetto di abuso sia stata realizzata in circostanze che inducono ad escludere qualunque intento elusivo

Anche in questo caso ci si limita ad osservare che tale circostanza – inerente in ultima analisi allo stato soggettivo dell'avente causa – non può in alcuno modo rilevare sulla doverosità delle conseguenze connesse alla commissione dell'abuso in quanto tale.

10. In conclusione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato enuncia il seguente principio di diritto: *“il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino”*.

Romolo Balasso architetto

Presidente Tecnojus, Centro Studi tecnico-giuridici