
**Esecuzione dell'ordine di demolizione delle opere
edilizie abusive impartito dal Giudice Penale**

Profili di diritto amministrativo

19 giugno 2023

Avv. Nicola Berti
Ricercatore di diritto amministrativo
nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

L'art. 31, co. 9, TUE

Ambito di applicazione: «Per le opere abusive **di cui al presente articolo**»

La norma è inequivocabile nel riferirsi agli abusi edilizi più gravi, e cioè agli interventi eseguiti:

- in assenza di permesso di costruire
- in totale difformità (dal titolo)
- con variazioni essenziali (rispetto al titolo)

Le fattispecie corrispondono ai reati di cui all'**art. 44, lett. b)** (lavori in totale difformità o assenza del permesso) e, in parte, all'**art. 44, lett. a)** (inosservanza di prescrizioni e modalità esecutive previste ... dal permesso di costruire).

In linea con l'orientamento **sostanzialistico** della giurisprudenza penale - secondo la quale il bene tutelato dalla norma penale non è identificabile nel controllo amministrativo dell'attività edificatoria ma direttamente nella tutela del territorio (CP SU 12.9.93, *Borgia*) - in molti casi il giudice condanna per i reati di cui all'art. 44, lett. a) e b) anche in relazione ad interventi non conformi alla disciplina urbanistico-edilizia, **ma conformi a un titolo abilitativo pur illegittimo**, disponendone anche la **demolizione**.

L'art. 31, co. 9, TUE

Si tratta di un orientamento **non condivisibile**, in quanto:

- tradisce la lettera della norma
- non considera che il regime giuridico dell'opera conforme a permesso illegittimo è differenziata rispetto agli abusi maggiori, in ragione della tutela dell'affidamento
- oblitera la considerazione dell'affidamento ingenerato dal titolo, in quanto dispone la demolizione senza previo annullamento del permesso che, in sede di autotutela amministrativa, imporrebbe invece la dimostrazione del prevalente interesse pubblico alla demolizione (nonché il rispetto dei limiti di cui all'art. 21-*nonies*, l. 241/1990, come il limite temporale dei 12 mesi)
- preclude l'accesso al regime di sanatoria della c.d. fiscalizzazione ex art. 38 TUE, il quale presuppone il previo annullamento del titolo (nonostante AP 17/20 anche per difformità sostanziale se difficoltosa riduzione in pristino o per vizi formali non concernenti il titolo, quindi anche fattispecie rientranti nel fuoco di attenzione del giudice penale)
- 'paralizza' l'autonoma iniziativa esecutiva dell'amministrazione, che rimane vincolata al proprio titolo (soprattutto se decaduta dal potere di autotutela)

A fronte di tale orientamento della giurisprudenza penale, occorre forse recuperare la considerazione dell'affidamento nell'ambito della valutazione dell'**elemento psicologico** del reato?

L'art. 31, co. 9, TUE

«con la sentenza di **condanna**» → è richiesta una condanna, a differenza della confisca (che invece presuppone il semplice accertamento dell'illecito) (CP III 27.3.23 n. 12552)

«il giudice [...] **ordina la demolizione** delle opere stesse» → l'intimato è il responsabile dell'abuso che è proprietario o ha la materiale disponibilità delle opere, non il direttore lavori o gli esecutori materiali, per i quali la possibilità di adempiere sarebbe necessariamente subordinata alla volontà del proprietario, avendo concorso all'abuso sulla base di un rapporto obbligatorio (CP III 16.11.21 n. 41586)

«se non sia stata **altrimenti eseguita**» → potere di 'chiusura'. L'espressione non riguarda un limite intrinseco al potere - tale da declassare il ruolo del giudice penale - ma è espressione di una necessità logica (evitare che venga *inutiliter data*) (CP SU 20.11.96, Luongo; Id. III 1.12.95, Rossiano)

Scelta consapevole del legislatore confermata dai lavori preparatori alla l. n. 47/1985 → modifica della precedente formula «altrimenti disposta»

- rafforza carattere autonomo (e non suppletivo) del potere (CP III 10.3.94)
- indifferente se la p.a. abbia già adottato un ordine
- centralità del momento 'esecutivo'
- permanenza *in rerum natura* dell'opera come unica condizione applicativa

Natura e caratteri dell'ordine di demolizione del giudice

- ✓ È potere **autonomo** e **distinto** da quello della p.a. (CP III 1.12.21 n. 11079; Id. 11.7.18 n. 49202; 22.9.16 n. 55295; Id. 6.12.11 n. 2860; Id. 2.2.00 n. 3929; Tar Reggio Calabria 21.10.19 n. 601) dovendosi perciò escludere sia una pregiudizialità amministrativa (CP III 23.1.07 n. 1904; CP SU 12.11.93; C. Cost. 31.3.88 n. 369) sia una pregiudizialità penale (CGARS 19.7.21 n. 714)
- ✓ Tutela il **bene giuridico del territorio** in senso sostanzialistico e specifico (CP SU 19.6.96 n. 15)
- ✓ Pur con qualche incertezza in passato (**pena accessoria? misura di sicurezza, sanzione penale atipica?**), è *ius receptum* **natura** di **sanzione amministrativa di tipo ablatorio** (pur proveniente da un organo giurisdizionale e accessiva ad un provvedimento giurisdizionale) (CP III 11.3.11 n. 10123; 2.3.09 n. 9182; Id. 30.10.09 n. 41748; Id. 10.5.06 n. 15954)
- ✓ Ha **finalità ripristinatoria** e non punitiva perché tende alla riparazione effettiva di un danno al territorio e non a punire (CDS VII 11.1.23 n. 344; CP III 17.6.22 n. 31934; Id. 18.2.20 n. 9742; 5.6.16; Id. 24.5.16 n. 35213) → **è 'pena' ai sensi CEDU?**
- ✓ Ha natura **reale** in quanto produce effetti sul soggetto che è in rapporto con il bene indipendentemente dall'essere quest'ultimo responsabile dell'abuso (CP III 23.9.20 n. 26523; Id. 26.3.15. n. 12976; Id. 21.10.09 n. 47281)

Natura e caratteri dell'ordine di demolizione del giudice

- ✓ Ha carattere **accidentale** (la demolizione potrebbe essere già intervenuta) ma **non sostitutivo/suppletivo** in quanto non presuppone 'inerzia' della p.a. → superata la tesi del giudice 'supplente' (avanzata da CP SU 10.10.87, *Bruni*) si riconnette direttamente all'interesse pubblico sotteso all'esercizio dell'azione penale (CP SU 19.6.06, *Monterisi*; CP III 11.11.15 n. 50460; Id. 20.11.09 n. 44898) → riflessi in ordine a sospensiva ordine p.a. (v. *infra*)
- ✓ No attitudine al giudicato bensì **revocabilità** in quanto ha natura amministrativa, pur accedendo ad una sentenza (CP III 17.2.16 n. 6433; Id. 23.1.07 n. 1904; Id. 26.5.04 n. 23992) → «atto di volontaria giurisdizione penale» (CP III 11.1.93) → fondamentale per garantire il coordinamento con la funzione amministrativa in fase esecutiva! (CP III 23.2.10 n. 7109; Tar Napoli II 12.2.19 n. 768)

Il rapporto con l'ordine della p.a.

I due procedimenti sanzionatori sono del tutto compatibili e convergenti verso il medesimo obiettivo (CP III 29.9.05 n. 43294)

«*Compiti paralleli e sinergici*» (Cds VI 6.2.19 n. 905; Tar Lecce I 10.6.22 n. 965)

La vicenda penale non priva il Comune dei propri poteri di vigilanza e repressivi che coesistono in parallelo con quelli propri dell'Autorità giudiziaria (Tar Lecce I 17.11.22 n. 1817; Tar Napoli VIII, 3.10.19 n. 4716; Id. 5.10.20 n. 4238)



esigenza di recupero del coordinamento nel momento «esecutivo»

La fase esecutiva

- **ESECUZIONE 'AMMINISTRATIVA'** → si applica la disciplina di cui all'art. 31 TUE
- ✓ La giurisdizione è del **giudice amministrativo** (CGARS 20.3.2020 n. 194)
- ✓ Cfr. art. 41 TUE recentemente novellato da l. 'semplificazioni' 120/2020 → introduce competenza **eventuale** e **sostitutiva** del **Prefetto** (eviterà in molti casi l'intervento demolitorio del giudice penale?) (Tar Napoli VI 7.10.21 n. 6327; CP III 17.12.21 n. 46194)

- **ESECUZIONE 'PENALE'** → assenza di norme specifiche che regolino l'esecuzione dell'ordine di demolizione impartito dal g.p. sia nel TUE (CP III 19.3.92, Conti; Cds VI 24.11.15 n. 5324) sia nel codice di rito (CP III 23.3.99 n. 1150)

- Th 1) orientamento favorevole ad attribuire all'autorità amministrativa l'esecuzione dell'ordine giudiziale ex art. 31 TUE (CP III 19.3.92, Conti) → **superato**

- Th 2) esecuzione spetta all'autorità giudiziaria ordinaria ex artt. 655 ss. c.p.p. → orientamento oggi assolutamente prevalente (CP III 11.2.16 n. 5735; Id. 23.1.07, n. 1904; Id. 10.11.04 n. 43878; Id. 2.3.95, Francavilla; Cds VI 24.11.15 n. 5324; Tar Pescara I 10.12.15 n. 471; Tar Catanzaro I 23.3.11 n. 399) → P.M. organo promotore dell'azione e incidente di esecuzione come sede di possibile coordinamento sotto il profilo fattuale.

Il ruolo della p.a. nell'esecuzione penale

Th 1) **totale estromissione della p.a.** da qualsivoglia pretesa operativa nell'esecuzione penale (CP VI 8.4.1991, Amorosi; Id. VI, 11.11.191 Palmucci; Cds V 16.2.2001, n. 806) con la conseguenza che il g.p. **non può affidare l'esecuzione alla p.a.**, salvo che la legge diversamente disponga (Cds 24.19.2015 n. 5324; Tar Potenza I 4.4.2014 n. 242), né l'amministrazione può dare autonomamente esecuzione all'accertamento contenuto nella sentenza penale. Il provvedimento emanato in tal senso è **illegittimo (nullo?) per carenza di potere** non solo per la violazione della competenza istituzionale del p.m. (art. 655 cpp) ma anche per il rilievo che la p.a. è titolare di una propria competenza concorrente (CP III 19 novembre 2021 n. 5571) → la giurisdizione è del **g.o.** (CP SU ord. 22.9.2014 n. 19889; Id. SU 24.7.1996 n. 15; CP III 8.9.10 n. 32952; Id. 14.2.00)

Th 2) l'amministrazione può autonomamente o *iussu iudicis* procedere alla demolizione delle opere abusive **in esecuzione dell'accertamento contenuto nella sentenza penale** (T.a.r. Palermo 3.2.2023 n. 343; T.a.r. Catania II 25.10.2022 n. 3054)

Un orientamento 'equilibrato'

Th 3)

- si esclude che la p.a. possa dare mera esecuzione all'accertamento dell'illecito edilizio contenuto nella sentenza penale, esercitando conseguentemente il potere demolitorio 'in via prettamente esecutiva' (in adesione all'orientamento 1) → giurisdizione **g.o.**
- si ammette l'adozione di un autonomo ordine di demolizione della p.a. ex art. 31 TUE successivo a quello del g.p. alla condizione che la p.a. fornisca una propria qualificazione giuridica dell'illecito, all'esito di un'istruttoria connotata da un'autonoma valutazione delle risultanze processuali e dei fatti materiali accertati in sede penale, e non aderisca acriticamente all'accertamento del giudice penale (T.a.r. Lecce I 17.10.2022 n. 1817) → giurisdizione **g.a.**
- si consente al p.m. di delegare la funzione di esecuzione alla p.a., anche previo accordo d'intesa, fissandone le relative modalità (Cds VI 1.4.2019 n. 2137; T.a.r. Lecce I 17.10.2022 n. 1817) → giurisdizione **g.o.**

Maggiore capacità di coordinamento. Ma come qualificare tale fenomeno? È delega di funzione? Avvalimento di uffici (cfr. art. 41 TUE)? P.a. ausiliaria del p.m. alla stregua di un 'commissario ad acta'?

Il necessario «coordinamento in fase esecutiva»

La giurisdizione penale ha l'obbligo di coordinare le proprie determinazioni con quelle assunte dall'amministrazione o dai giudici amministrativi (CP III 6.12.11. n. 2860; CP III 19.1.05 n. 1104)

In sede di incidente di esecuzione (su richiesta dell'interessato), è doveroso il **riesame** dell'ordine di demolizione (del g.p.) da parte del giudice dell'esecuzione in caso di mutamento (attuale o potenziale) della situazione di fatto o di diritto concernente il bene, il quale può concludersi:

- con la **revoca/modifica** dell'ordine se «assolutamente incompatibile con atti amministrativi della competente autorità» (CP III 10.11.04 n. 43878; Id. 9.5.02, *Cassarino*);
- con la **sospensione cautelare** dell'ordine se «può ragionevolmente presumersi, sulla base di elementi concreti, che tali provvedimenti saranno emessi in tempi brevi, non essendo peraltro sufficiente la mera possibilità di una loro adozione» (CP III 26.6.12 n. 25212; Id. 6.12.11 n. 2860; Id. 27.9.06 n. 40188; Id. 16.4.04 n. 23992)

Ma **senza alcun automatismo**: permane in capo al giudice l'obbligo di accertare la legittimità sostanziale della determinazione (CP III 15.6.17 n. 30168), presupposto affinché si determini una «situazione giuridica nuova» che renda incompatibile la sopravvivenza dell'ordine demolitorio e ne legittimi la revoca o la sospensione (CP III 24.5.16. n. 41489)

La logica «sostanzialistica» del giudice penale

La descritta esigenza di coordinamento intercetta la delicata questione del rapporto tra giurisdizione penale e discrezionalità amministrativa.

La valutazione di 'compatibilità' è interpretata nella logica tipicamente **sostanzialistica** della giurisdizione penale → in quanto garante dell'interesse al ristoro dell'offesa al territorio, al giudice penale spetta una 'riserva' di accertamento della conformità urbanistica sostanziale dell'intervento edilizio al fine di verificare l'effettiva compromissione del bene giuridico tutelato dalla norma penale.

«La concezione sostanzialistica e specifica del bene tutelato costituisce il presupposto stesso dell'attribuzione al giudice penale del potere di disporre provvedimenti ripristinatori, cioè di tutela specifica [...] che trovano il parametro di applicabilità proprio nel perdurare della situazione valutata come offensiva dell'interesse tutelato dalla norma penale» (CP SU 19.6.96, Monterisi)

Le successive determinazioni amministrative rilevano in tanto in quanto siano idonee (perlomeno potenzialmente) a ricomporre l'offesa al territorio o a ridefinire l'interesse urbanistico (ambito di 'riserva' amministrativa) → per questo motivo **si esclude** che il sindacato di legittimità del g.p. sugli atti amministrativi conduca ad una loro '**disapplicazione**' in senso tecnico (artt. 4-5 LAC) (CP III 23.11.22, n. 4457; Id. 13.7.17 n. 46477; Id. 12.1.05, Calabrese) → le determinazioni amministrative successive rilevano come 'meri fatti' che devono essere valutati dal g.p. nella loro idoneità a ricomporre l'offesa al bene tutelato dalla norma penale.

Le situazioni di attuale o potenziale «incompatibilità»

Nella giurisprudenza si rinviene la seguente casistica:

Situazioni di incompatibilità **'attuale'**

- demolizione già avvenuta
- condoni edilizi, accertamento di conformità (art. 36 TUE) e c.d. fiscalizzazione dell'abuso (art. 38 TUE)
- sanatoria c.d. giudiziale o impropria (ipotesi pretoria)
- acquisizione gratuita al patrimonio comunale (art. 31, co. 3 TUE)
- delibera c.c. di conservazione che dichiari esistenza di prevalenti interessi pubblici (art. 31, co. 5 TUE)
- provvedimento confermativo della legittimità del titolo edilizio
- annullamento dell'ordine di demolizione (della p.a.) da parte del g.a.

Situazioni di incompatibilità **'potenziale'**

- presentazione istanza di condono o sanatoria
- presentazione di ricorso al g.a. avverso l'ordinanza di demolizione (della p.a.)
- sospensione dell'ordine di demolizione (della p.a.) da parte del g.a.
- sospensione del rigetto (espreso o tacito) dell'istanza di sanatoria da parte del g.a.

Le situazioni di incompatibilità 'attuale'

➤ CONDONI EDILIZI, ACCERTAMENTO DI CONFORMITA' E c.d. FISCALIZZAZIONE DELL'ABUSO

- il rilascio del condono edilizio, del permesso di costruire in sanatoria e la c.d. fiscalizzazione dell'abuso non comportano alcuna automaticità della revoca dell'ordine di demolizione (CA Trento 13.5.15 n. 95) avendo il giudice dell'esecuzione il potere-dovere di verificare la legittimità e l'efficacia del titolo abilitativo, sotto il profilo del rispetto dei presupposti e dei requisiti di forma e di sostanza richiesti dalla legge per il corretto esercizio del potere di rilascio, la corrispondenza di quanto autorizzato alle opere destinate alla demolizione e, quando trovino applicazione le disposizioni introdotte da leggi regionali, la conformità delle stesse ai principi generali della legge regionale (CP III 9.11.18 n. 55028; Id. 21.10.14 n. 47402; Id. 9.7.13 n. 42164; Tar Salerno I 3.5.13 n. 1225); e altresì, ove l'immobile edificato ricada in zona vincolata, il tipo di vincolo esistente nonché la sussistenza dei requisiti volumetrici o di destinazione assentibili (CDS III 22.5.19 n. 37470)

➤ SANATORIA c.d. GIUDIZIALE O IMPROPRIA (conformità sopravvenuta ma non originaria)

- non è mai ritenuta idonea a precludere l'irrogazione dell'ordine di demolizione del giudice penale in quanto a determinare la revoca di detto ordine può essere solo quella corrispondente alle condizioni espressamente indicate dall'art. 36 TUE (doppia conformità)

Le situazioni di incompatibilità 'attuale'

➤ ACQUISIZIONE GRATUITA AL PATRIMONIO COMUNALE

- non è mai ritenuta incompatibile in quanto è operazione finalizzata alla demolizione al pari dell'intervento del giudice penale e quindi non determina alcuna impossibilità giuridica di eseguire l'ordine di demolizione (CP III 11.11.15 n. 48235; Id. 2.2.12 n. 6592; Id. 23.1.07 n. 1904; Id. 13.10.05 n. 37120; Id. 23.12.04 n. 49397)

Secondo la giurisprudenza assolutamente maggioritaria l'acquisizione al patrimonio comunale opera *'di diritto'* decorsi 90 gg. dall'ordine di demolizione (la notificazione dell'accertamento, a valenza meramente dichiarativa, è solo titolo per l'immissione in possesso e la trascrizione) (questione attualmente *sub iudice* in sede nomofilattica giusta ord. CDS VI 19.4.23 n. 3974) → nel contempo, è pacifico che l'ordine del g.p. non priva la p.a. del potere di disporre in un momento successivo l'acquisizione dell'immobile (Tar Catania II 19.1.21, n. 174; Tar Napoli II 4.5.20 n. 1637; T.a.r. Venezia II 23.5.17 n. 502)

Problematico coordinamento con la costante giurisprudenza secondo la quale la tardiva demolizione di un'opera abusiva dopo il decorso del termine di 90 gg. dall'ingiunzione deve ritenersi illegittima, oltre che illecita - potendo addirittura configurare una responsabilità per intervento su cosa altrui - in quanto non solo non riguarda un bene non più proprio ma esclude anche la possibilità da parte dell'amministrazione di utilizzare l'opera conformemente ai propri fini in presenza dei presupposti richiesti dalla legge (CDS V 18.12.02 n. 7030; Tar Milano II 26.10.91 n. 66)

Le situazioni di incompatibilità 'attuale'

Secondo la giurisprudenza penale più risalente (CP III 15.4.04 n. 22743) deve essere revocata l'ordinanza di demolizione del g.p. se il condannato, privato della titolarità e della disponibilità del bene stesso in virtù dell'intervenuta acquisizione al patrimonio comunale, non è più nella possibilità materiale e giuridica di ottemperare.

Secondo la giurisprudenza penale più recente (CP III 6.9.21 n. 32896; Id. 11.11.15 n. 48235; Id. 11.5.15 n. 641; Id. 23.1.07 n. 1904; Id. 13.10.05 n. 37120), se il responsabile dell'abuso non ha più la titolarità o neppure il possesso dell'immobile in ragione dell'intervenuta acquisizione al patrimonio comunale:

- dovrà richiedere al Comune (divenuto proprietario) l'**autorizzazione** a procedere a proprie spese alla demolizione;
- **in difetto**, indipendentemente dalla proposizione o dalla sorte di una richiesta siffatta, **provvederà l'autorità giudiziaria** a spese del condannato;
- **i materiali risultanti** dall'attività demolitoria (es. porte, impianti igienici, infissi, serrande etc.) spetteranno **al Comune**.

«Ogni diversa impostazione condurrebbe all'illogica conclusione che il giudice penale non potrebbe ordinare, in caso di condanna, la demolizione delle opere abusive tutte le volte in cui l'amministrazione comunale abbia ingiunto la demolizione e questa non sia stata eseguita dal responsabile dell'abuso nel termine di 90 giorni, tenuto conto che l'acquisizione avviene a titolo originario ed ope legis per il solo decorso del tempo. Del resto è poco probabile che si possa pervenire alla conclusione anche del primo grado di un procedimento penale in un periodo più breve»

(CP III 23.1.07 n. 1904)

Le situazioni di incompatibilità 'attuale'

➤ DELIBERAZIONE CONSILIARE CHE DISPONGA LA CONSERVAZIONE DELL'OPERA IN RAGIONE DELL'ESISTENZA DI PREVALENTI INTERESSI PUBBLICI (ART. 31, CO. 5 TUE)

Può essere evitata la (altrimenti necessaria) demolizione dell'immobile acquisito se con **deliberazione del consiglio comunale** si dichiara l'esistenza di prevalenti interessi pubblici, sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico (art. 31, co. 5 TUE) (CGARS 3.6.22 n. 671; Tar Napoli VI 12.5.16 n. 2422; CP III 29.5.13 n. 39115) → medesima *ratio* del permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici (art. 14 TUE), che richiede parimenti la delibera dell'organo politico.

- il giudice dell'esecuzione ha il potere-dovere di sindacare la deliberazione consiliare che dichiara (eccezionalmente) il contrasto dell'esecuzione dell'ordine di demolizione con prevalenti interessi pubblici (CP III, 27.5.21 n. 20941; IV 4.2.21 n. 14660; III 29.12.17 n. 57942), i quali devono essere valutati anche sotto il profilo della loro attualità e concretezza, non essendo consentito interrompere l'esecuzione penale per un tempo indefinito e non prevedibile (CP III 5.4.22 n. 12529; Id. 29.1.13 n. 13746), né potendo la delibera fondarsi su valutazioni di carattere generale o riguardanti più edifici, bensì dovendo dare conto delle specifiche esigenze che giustificano la scelta di conservazione del singolo manufatto, precisamente individuato (CP III 24.5.17 n. 30170)

Le situazioni di incompatibilità 'attuale'

Ne consegue che il **sindacato del giudice** dell'esecuzione sull'atto amministrativo - che teoricamente dovrebbe essere ammesso nella sola ipotesi di carenza di potere e precluso nell'ipotesi di violazione delle norme che ne regolano l'esercizio (CP III 16.3.18 n. 18530) - ben può avere ad oggetto l'esistenza di **approfondimenti tecnico-amministrativi inerenti l'immobile** che siano indice del fondamento e della specificità della decisione dell'organo comunale, in linea con il necessario coordinamento tra funzioni dell'organo comunale collegiale e valutazioni tecnico-amministrative (CP III 15.1.21 n. 9098; Id. 29.1.13 n. 11419).

Nel compiere tale valutazione, a ben vedere, il giudice penale svolge un **sindacato completamente sostitutivo** di un potere tecnico-discrezionale riservato all'amministrazione (peraltro al suo organo politico), il quale sarebbe addirittura precluso al g.a., con la non secondaria ulteriore conseguenza di privare la p.a. della possibilità di riesercitare il potere e motivare diversamente la propria scelta (ciò che invece avviene a seguito dell'annullamento giurisdizionale amministrativo).

In altri termini, al g.p. spetta l''**ultima parola**' sulla sussistenza di rilevanti interessi pubblici al mantenimento del bene, con buona pace del principio di separazione dei poteri e della riserva di valutazione della p.a.

Le situazioni di incompatibilità 'attuale'

➤ PROVVEDIMENTO CONFERMATIVO DELLA LEGITTIMITA' DEL TITOLO EDILIZIO

- in un caso nel quale il g.p. ha ordinato la demolizione di un immobile conforme a permesso di costruire considerato illegittimo, il CDS ha ritenuto doveroso per la p.a. pronunciarsi su un'istanza volta all'accertamento della legittimità dell'intervento assentito in quanto «risulta elemento spendibile dal privato all'interno del procedimento di incidente di esecuzione e, pertanto, la pronuncia richiesta all'ente locale trova giustificazione anche nell'esigenza di tutela del diritto di difesa, così ulteriormente giustificando l'obbligo di provvedere sul punto» (CDS VI 9.1.20 n. 183) → ha riconosciuto anche l'obbligo di avviare il riesame del conseguente ordine di demolizione amministrativo in ragione della pendenza dell'incidente di esecuzione penale.

Le situazioni di incompatibilità 'attuale'

➤ ANNULLAMENTO DELL'ORDINE DI DEMOLIZIONE (della p.a.) DA PARTE DEL G.A.

Secondo la giurisprudenza penale (CP III 21.10.2003, *Lubrano di Scorpianello*), premesso che l'autorità giudiziaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di una sentenza di un'altra giurisdizione, pena la vanificazione dei diritti civili del cittadino, si distinguono due situazioni:

- se la sentenza del g.a. ha **accertato il 'rapporto'** cioè la spettanza del diritto ad edificare (legittimità sostanziale del titolo abilitativo, illegittimità sostanziale dell'ordine di demolizione etc.) → il giudice dell'esecuzione non può ignorare la *regola juris* e **dovrà revocare l'ordine di demolizione**
- se la sentenza del g.a. si è arrestata al riscontro **di vizi formali o procedurali**, allora non è precluso al giudice dell'esecuzione operare un autonomo accertamento della conformità sostanziale dell'opera e, in caso di esito negativo, confermare l'ordine di demolizione impartito dal giudice penale.

Le situazioni di incompatibilità 'potenziale'

Riguardano la **pendenza** di procedure amministrative o giurisdizionali potenzialmente idonee ad influire, una volta concluse, sul carattere oggettivamente abusivo dell'immobile (ossia sull'effettiva regolarità urbanistica-edilizia-paesaggistica dell'opera) → possono rendere opportuna una **sospensione cautelare** dell'ordine di demolizione da parte del giudice dell'esecuzione, in attesa della definizione dei relativi procedimenti.

In tali ipotesi, gli interessi confliggenti che il giudice dell'esecuzione è tenuto a contemperare non riguardano solo il rapporto con la sfera discrezionale dell'amministrazione, ma anche, da un lato «l'interesse pubblico alla rapida definizione delle situazioni giuridiche ed alla riparazione del bene giuridico violato attraverso l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato» e, dall'altro, «l'interesse del condannato ad evitare l'irreparabilità di un pregiudizio personale in pendenza di una situazione giuridica controversa» (CP III 10.11.04 n. 43878)

Conseguentemente, si riserva al giudice dell'esecuzione una **valutazione prognostica dei tempi di definizione e dei possibili esiti delle procedure**, potendo egli sospendere l'ordine impartito dal g.p. solo quando sia concretamente prevedibile e probabile l'emissione di provvedimenti che si pongono in insanabile contrasto con l'esecuzione della demolizione.

Le situazioni di incompatibilità 'potenziale'

➤ PRESENTAZIONE DELL'ISTANZA DI CONDONO O SANATORIA

- non può legittimare la revoca dell'ordine di demolizione in vista dell'ipotetico rilascio di un titolo in sanatoria (CP III 3.2.04, Dionisi)
- può legittimare la sospensiva, senza automatismi (CP III 22.2.07; Id. 28.09.06)
- a tal fine, il giudice dell'esecuzione è tenuto a verificare se sussistono concreti elementi che consentono una **valutazione prognostica positiva** circa il prossimo accoglimento della domanda e la conseguente adozione di un provvedimento che si ponga in insanabile contrasto con l'ordine di demolizione, e segnatamente: che sia ragionevolmente prevedibile la risposta dell'amministrazione in un brevissimo lasso di tempo; che sia ragionevolmente prevedibile un risultato positivo dell'istanza in quanto non sussistono *ictu oculi* cause ostative al suo accoglimento; che non risultano cause di incondonabilità/insanabilità assoluta dell'opera perché ad esempio realizzata in zona vincolata; che l'istanza sia completa e accompagnata dal versamento della somma dovuta a titolo di oblazione (CP III 11.2.16 n. 5731; Id. 1.7.15 n. 9145; Id. 5.9.14 n. 37188; Id. 6.12.06; Id. 19.1.05 n. 1104; Id. 11.7.96)

Le situazioni di incompatibilità 'potenziale'

➤ PROPOSIZIONE DEL RICORSO GIURISDIZIONALE AVVERSO L'ORDINANZA DI DEMOLIZIONE (della p.a.)

- Non assume alcun rilievo per il giudice penale dell'esecuzione (CP III 30.9.04), in quanto non comporta di per sé alcuna diversa valutazione dell'offesa sostanziale agli interessi urbanistici e ambientali realizzati con la commissione del reato (CP III 21.10.98, *Falcone*)

➤ SOSPENSIONE CAUTELARE DELL'ORDINANZA DI DEMOLIZIONE (della p.a.) DA PARTE DEL G.A.

- Un **risalente orientamento** fondato sulla concezione de «sostitutiva» del potere del g.o. come presupponente una 'inerzia' della p.a. predicava la sospensione automatica dell'ordine penale (CP III 8.5.92, *Ruggeri*; Id. 8.4.88, *Gregori*; Id. 19.1.90, *Pignatiello*; Id. 19.12.91, *Piccolo*): non è (in tal caso) l'ordine del giudice ad essere oggetto della sospensione ma la potestà stessa dell'amministrazione ad essere paralizzata (CP II 12.11.92, *Vanello*)
- **Oggi** si ritiene non interferisca automaticamente con l'ordine impartito dal g.p. (CP III 11.7.06), ma il giudice dell'esecuzione è tenuto a valutare la natura del **fumus boni iuris**: se attiene a vizi relativi a violazioni sostanziali della normativa urbanistica è da ritenersi influente, mentre se il provvedimento cautelare trova la sua giustificazione in vizi meramente formali, esso non è incompatibile con l'ordine di demolizione posto in essere dal giudice penale per la reintegrazione dell'interesse pubblico sostanziale (CP III 16.3.04 n. 23992; Id. 28.4.99 n. 10747; Id. 20.6.96 n. 2702)

Le situazioni di incompatibilità 'potenziale'

➤ SOSPENSIONE CAUTELARE DEL RIGETTO (ESPRESSO O TACITO) DELL'ISTANZA DI PERMESSO IN SANATORIA

- «non produce automatici effetti sul potere-dovere del giudice penale di disporre ad attuare l'ordine di demolizione, dal momento che anche in questo caso occorre accertare, anche con riferimento alle argomentazioni svolte nel ricorso proposte al g.a., se il provvedimento cautelare di sospensione sia stato emesso per la sussistenza di **vizi formali o sostanziali** dell'atto impugnato o se, piuttosto, derivi da carenza di motivazione, senza incidenza sulla concedibilità o meno della richiesta di concessione in sanatoria» (CP III 11.6.13 n. 28955)

Per proseguire il dialogo...

`nicola.berti@unicatt.it`