

Giurisprudenza sotto obiettivo

Reati edilizi - Ordine di demolizione

La decisione

Reati edilizi - Ordine di demolizione - Qualificazione giuridica - Concezione sostanziale - Diritto vivente CEDU - Prescrittibilità - Estinzione (c.p., art 173; d.P.R. 20 ottobre 2001, n. 380, art. 31, co. 9).

L'ordine di demolizione, ex art. 31, co. 9, d.P.R. 20 ottobre 2001, n. 380, alla luce dell'approccio sostanzialistico della Corte europea dei diritti dell'uomo, andrebbe qualificato come "pena" ad ogni effetto, ragion per cui come tale va qualificato dal giudice nazionale. Dalla asserita natura penale di detta sanzione discende che la stessa non può dirsi estromessa dall'ambito applicativo dell'art. 173 c.p., ma al contrario, si estingue, ai sensi della detta disposizione, ove non portata ad esecuzione nel termine quinquennale, salva ogni valutazione amministrativa della vicenda.

TRIBUNALE PENALE DI ASTI, GIUDICE DELL'ESECUZIONE, 3 novembre 2014 (ud. 3 novembre 2014) - CORATO, *Giudice* - D.G., imputata.

Il commento

Strasburgo chiama, Asti risponde: l'ordine di demolizione è una pena e si prescrive

1. Nell'ordinanza in commento, il giudice dell'esecuzione, dovendo prendere posizione su una tra le tematiche più attuali, di confronto e scontro, tra giurisprudenza nazionale e Corte di Strasburgo, in materia di legalità della pena, si fa pioniere di una visione contrastante con quella del giudice di legittimità e quantomai coerente con il diritto vivente CEDU.

Questa la vicenda in cui si colloca la detta pronuncia.

Il Tribunale di Asti, con sentenza di condanna, emessa il 14 marzo 2003 e divenuta irrevocabile il 5 luglio 2006, ordinava la demolizione di un immobile, che aveva accertato essere stato abusivamente costruito. L'imputata, dal canto suo, oltre a presentare domanda di sanatoria al Comune (a seguito del rigetto della quale la stessa faceva ricorso al T.A.R.), promuoveva incidente di esecuzione, con richiesta di sospensione e/o di revoca dell'ordine di demolizione precedentemente impartito.

Proprio tale giudizio costituisce la sede dell'innovativa pronuncia *de qua*.

Il giudice dell'esecuzione, infatti, contrapponendosi apertamente alla visione,

nel tempo, fatta propria dalla Suprema Corte, mostra di considerare ormai del tutto insostenibile il principio di imprescrittibilità dell'ordine di demolizione. Il principio in parola traeva, infatti, il suo fondamento dall'assunto secondo il quale l'ordine di demolizione, alla luce di una concezione formalistica dello stesso, dovesse considerarsi provvedimento avente natura di sanzione amministrativa accessoria, come tale, del tutto estromesso dall'ambito applicativo degli artt. 172 e 173 c.p., questi ultimi dedicati esclusivamente alla disciplina della estinzione per decorso del tempo delle pene principali.

Tale concezione formale della pena, per lungo tempo impiegata dalla giurisprudenza italiana anche, e soprattutto, in materia di confisca urbanistica, ex art. 44 d.P.R. 380 del 2001, aveva, infatti, condotto l'Italia a subire una lunga serie di condanne, da parte della Corte EDU per violazione delle disposizioni convenzionali.

Questo, in quanto, fin dagli anni '70, i giudici di Strasburgo avevano iniziato a sostenere che la qualificazione giuridica interna di un certo illecito e della relativa sanzione, non potesse che avere, in ambito CEDU, un valore meramente relativo ed indicativo. In base all'approccio sostanzialistico, sempre confermato nel tempo e perdurante fino ad oggi, di Strasburgo, onde valutare la natura penale di una misura sanzionatoria interna appare fondamentale l'accertamento della sussistenza, in capo alla stessa, di almeno uno dei seguenti requisiti: pertinenzialità della misura rispetto al fatto di reato, accertato nell'ambito di un procedimento penale, all'esito del quale è irrogata la detta sanzione; la gravità indubbia della stessa; l'evidente finalità repressiva che la accompagna.

Si puntualizza peraltro che, tale ultimo connotato per nulla risulta intaccato dalla compresenza di ulteriori finalità (quale può essere, nel caso di specie, quella di tutela del territorio) e che, oltre a ciò, tale aspetto punitivo resta saldo, nonostante il ricorrere di indipendenti ed eventuali contrarie valutazioni, riferibili all'autorità amministrativa e relative al carattere abusivo o meno del manufatto.

Ora, nel caso oggetto del presente vaglio, il giudice dell'esecuzione di Asti desume la natura sostanzialmente penale della sanzione dell'ordine di demolizione, nonostante la formale qualificazione di sanzione amministrativa accessoria della stessa, proprio in considerazione del ricorrere, per la detta misura, non solo di uno (che pur sarebbe stato già di per sé sufficiente a qualificare come pena la misura), ma di tutti e tre i suddetti presupposti, come individuati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Una volta ri-qualificata in termini penalistici la sanzione dell'ordine di demolizione, in attuazione del diritto vivente CEDU, è evidente che, anche le posi-

zioni tradizionalmente assunte dalla giurisprudenza di legittimità, in ordine all'ambito applicativo degli artt. 172 e 173 c.p., dovessero essere rimesse in discussione. Operazione questa, che il giudice dell'esecuzione di Asti compie, statuendo che, se l'ordine di demolizione va considerato, in sostanza, una pena, quest'ultimo rientrerà, senza dubbio, tra le misure sanzionatorie soggette ad estinzione per decorso del tempo, di cui alle summenzionate disposizioni. La detta autorità giudicante, peraltro, si spinge anche oltre, onde consolidare l'apparato motivazionale, che la condurrà alla decisione nel senso della declaratoria di estinzione, per intervenuta prescrizione, dell'ordine di demolizione. Costui sostiene, cioè, che, anche negandosi, per assurdo, la natura sostanzialmente penale dell'ordine di demolizione (peraltro appena affermata), comunque la detta misura ricadrebbe nel contesto applicativo delle statuizioni degli artt. 172 e 173, *ergo* sarebbe prescrivibile. In primo luogo, il regime giuridico fissato dalle stesse è regime di favore e, come tale, non coperto da divieto di analogia in materia penale, prescritto dall'art. 14 prel. ed, in secondo luogo, non è seriamente sostenibile l'argomentazione che, facendo leva sulla mancanza del requisito dell'*eadem ratio* tra pena e ordine di demolizione, (in quanto il secondo sarebbe connotato da una finalità di tutela del territorio assente nella prima), esclude la possibilità di estensione analogica dell'ambito applicativo delle dette norme alla misura di cui all'art. 31, co. 9, d.P.R. n. 380 del 2001. Come anzidetto, infatti, la compresenza, unitamente allo scopo punitivo, di finalità ulteriori della misura, in alcun modo è idonea a menomare la qualità repressiva della stessa.

Appurata, in dissonanza rispetto al tradizionale punto di vista della Cassazione, la qualificabilità e la qualificazione dell'ordine di demolizione in termini di vera e propria pena e, dunque, la prescrivibilità dello stesso, ai sensi dell'art. 173 c.p., in quanto il fatto di reato, accertato nel caso di specie, riveste natura contravvenzionale, il giudice dell'esecuzione concorda, invece, con la Suprema Corte, quanto alla sindacabilità, da parte dello stesso, dell'incidenza sull'ordine di demolizione di eventuali provvedimenti amministrativi e/o giurisdizionali non penali intervenuti o in procinto di intervenire.

La funzione, ulteriore rispetto a quella repressiva, di tutela del territorio, che è propria della misura *de qua*, impone, infatti, che sia la P.A. ad effettuare la valutazione in ordine alla persistenza o meno dell'interesse pubblico alla demolizione, quest'ultimo, ben potrebbe, nel tempo, mutare, potendo addirittura, un fabbricato originariamente abusivo, perdere il suo carattere di illiceità per il sopraggiungere di successivi strumenti urbanistici.

Di conseguenza, il vaglio in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico alla demolizione può essere demandato, a pena di macroscopici fraintendimenti

in ordine al riparto di attribuzioni e competenze tra organi dello Stato, al giudice penale solo in via eccezionale e per un periodo circoscritto di tempo, corrispondente al quinquennio necessario a far estinguere la pena.

A seguito della declaratoria di estinzione della pena dell'ordine di demolizione, per intervenuta prescrizione quinquennale, al giudice dell'esecuzione non resta che rinviare alla P.A. per ogni determinazione in ordine ai provvedimenti demolitivi.

2. Il giudice dell'esecuzione del Tribunale di Asti, in quattro pagine, di mirabile nitore e rigore logico-argomentativo, nelle quali si articola l'ordinanza in commento, schierandosi nettamente sulle posizioni della Corte di Strasburgo e contraddicendo apertamente la sostanzialmente pacifica giurisprudenza nazionale di legittimità, in tema di ordine di demolizione, emette una pronuncia dal tenore certamente innovativo e dal sapore esotico, che, seppure isolata, esprime una decisa apertura del nostro ordinamento al panorama sovranazionale, nel segno di una effettiva continuità, ex art. 117, co. 1, Cost. tra ordinamento CEDU ed ordinamento nazionale.

Questa la conclusione. Ma partiamo dal principio.

L'ordine di demolizione, di cui all'art. 7 legge n. 47 del 1985, modificato dall'art. 31, co. 9, d.P.R. n. 380 del 2001, come noto, è misura sanzionatoria, che il giudice penale ha il potere/dovere di disporre, con sentenza di condanna¹ (o di applicazione della pena su richiesta delle parti²) per il reato di cui all'art. 44 del medesimo testo legislativo, ove «non sia stata altrimenti eseguita».

Ora, l'ermeneutica dottrinale e giurisprudenziale, fin da principio, si è evidentemente concentrata sul problema di chiarire il senso di quest'ultima perifrasi, al fine di delineare il concreto margine di operatività del giudice penale in materia e, nel farlo, si è ripetutamente espressa sulla preliminare e complessa questione della natura giuridica della misura in parola. Quest'ultima, infatti, fin dagli albori della sua introduzione, nel nostro ordinamento venne qualificata dalla stragrande maggioranza degli interpreti come sanzione amministrativa e, come tale, venne successivamente identificata.

¹ La sentenza di condanna costituisce, infatti, presupposto indefettibile ai fini della irrogazione dell'ordine di demolizione, non essendo sufficiente il mero accertamento della effettiva commissione dell'abuso edilizio, come nel caso di sentenza di estinzione del reato per intervenuta prescrizione (si veda, sul punto, quanto espressamente statuito da Cons. Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2002, n. 6776, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1094 e da Cass., Sez. III, 9 dicembre 1999, Gammino, in *Stud. iur.*, 2000, 908).

² Cfr., tra le altre, Cass., Sez. un., 27 marzo 1992, Di Benedetto, in *Giur. it.* 1993, II, 203; Id., Sez. III, 7 gennaio 1991, De Martino, in *Giur. it.*, 1991, II, 486, Id., Sez. III, 4 febbraio 1991, Esposito, in *Arch. nuov. proc. pen.* 1991, 438.

Con l'intento di far più chiaramente risaltare le problematiche sottese alla detta questione interpretativa, sembra però opportuno introdurre, mediante talune rapide "pennellate" lo sfondo sul quale si staglia la multiforme figura del "personaggio principale": la variegata rassegna di posizioni assunte, nel panorama nazionale e sovranazionale, in riferimento alla tematica della natura giuridica dell'ordine di demolizione.

Innanzitutto, va detto che la misura *de qua* si pone a chiusura di un articolato sistema sanzionatorio, che è stato predisposto dal legislatore, all'art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001, per fronteggiare la condotta di chi realizzi interventi edilizi, in assenza del permesso di costruire, in totale difformità o con violazioni essenziali dello stesso. Dalla lettura di tale disposizione, emerge, infatti, che, l'ordine di demolizione impartito dal giudice penale, previsto, non a caso, nell'ultimo comma dell'art. 30 d.P.R. n. 380 del 2001, dovrebbe essere, almeno nel pensiero del legislatore, preceduto dall'ordinanza sindacale di demolizione, la quale, poi, ove non spontaneamente eseguita dall'interessato, dovrebbe essere seguita dall'acquisizione gratuita del manufatto abusivo, da parte dell'autorità amministrativa, la quale, a sua volta, dovrebbe procedere alla demolizione dello stesso a spese del responsabile. Questo il contesto in cui si colloca il potere/dovere del giudice penale di applicare la misura demolitiva.

Va chiarito che tale potere/dovere sanzionatorio, riconosciuto al giudice penale, non ha carattere residuale o sostitutivo, rispetto a quello di governo del territorio di cui gode, in materia, l'autorità amministrativa, ma, al contrario, si pone come autonomo e concorrente, rispetto ad esso, finalizzato, com'è, a tutelare, mediante la riparazione dell'offesa subita, un interesse inerente a quello oggetto di tutela da parte della norma penale incriminatrice, ossia il territorio; va esclusa, pertanto, ogni forma di incompatibilità tra l'ordine di demolizione emesso dal giudice penale e il corrispondente provvedimento emesso dal competente ufficio comunale.

Certo è che, ove l'opera abusiva sia stata già demolita, per effetto dell'ordinanza sindacale, l'ordine di demolizione, emesso con sentenza di condanna, dal giudice penale, sarebbe *inutiliter datum*. Ciò significa che la clausola normativa «se non altrimenti eseguita» non fa riferimento ad un limite intrinseco del potere del giudice penale, essendo volta piuttosto a chiarire quella che è un'evenienza fisiologica del suo esercizio. Presupposto essenziale ed indefettibile, ai fini dell'impiego di tale potere/dovere di ordinare la demolizione, oltre alla sentenza di condanna, è costituito, infatti, dalla permanenza del manufatto abusivo «che rappresenta e definisce l'offesa al bene tutelato, cioè il

territorio»³. Di conseguenza, la misura sanzionatoria assume un carattere chiaramente reale, ricadendo direttamente sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dalla circostanza per cui quest'ultimo sia stato o meno l'autore dell'abuso edilizio⁴.

Quanto al momento esecutivo, l'ordine di demolizione, impartito dal giudice penale appartiene alla competenza non della P.A., ma del p.m. in sede, che ne è l'organo promotore (e, di conseguenza, del giudice dell'esecuzione). Il primo, infatti, in caso di inerzia del privato, provvede, ove necessario, mediante il ricorso alla forza pubblica, alla esecuzione della misura *de qua*. Non lo fa, tuttavia, in qualità di supplente dell'amministrazione inerte, piuttosto quale titolare autonomo ed esclusivo del potere di eseguire forzatamente un ordine dalla autorità giudiziaria stessa impartito⁵.

Ove, successivamente alla irrevocabilità della sentenza di condanna, che ordina la demolizione, però, sopraggiunga un atto della autorità amministrativa che conferisca all'immobile abusivo diversa destinazione o che provveda alla sua sanatoria, di modo che si crei un'incompatibilità insanabile ed attuale⁶ tra la detta misura sanzionatoria e i concorrenti provvedimenti della amministrazione pubblica, la prima viene drasticamente travolta, *rectius* revocata⁷.

Alla luce di quanto precede, è ora possibile concentrare l'attenzione, in modo più consapevole e attento, sull'oggetto principale di odierno interesse: la natura giuridica dell'ordine di demolizione. Ciò, pur chiarendo fin da ora che, sebbene due siano stati i punti di vista effettivamente adottati in ambito nazionale, il primo si presenta come assolutamente prevalente.

Da tale orientamento l'ordine di demolizione è stato considerato, come anticipato, sanzione amministrativa di tipo ablatorio, connotata dalla peculiarità della natura dell'organo giurisdizionale competente ad erogarla, ritenendosi ormai anacronistico, quale criterio discretivo tra sanzioni penali ed amministrative, quello della natura giuridica del soggetto chiamato ad applicarle⁸.

³ D'ANGELO, *Abusi e reati edilizi*, Rimini, 2011, 577.

⁴ La sua operatività non può essere, quindi, travolta per effetto dell'alienazione a terzi della proprietà dell'immobile, cosicché detto terzo, allorché subisca la demolizione dell'immobile acquistato, non potrà che rivalersi, nei confronti dell'acquirente. Sul punto cfr. Cass., Sez. III, 11 maggio 2005, Morelli, in *Cass. pen.*, 2006, 2934.

⁵ Cass., Sez. un., 19 giugno 1996, Monterisi, in *Cass. pen.*, 1997, 378; Trib. Terni, 10 febbraio 2000, Sabatini, in *Riv. pen.* 2000, 379.

⁶ Cass., Sez. III, 25 giugno 2002, Antonini, in *Riv. pen.*, 2002, 976.

⁷ In tema di esclusione del passaggio in giudicato della sentenza che dispone l'ordine di demolizione cfr. Cass., Sez. III, 11 maggio 2005, Morelli, cit.

⁸ GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, 688; ALLIERO, TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano 1988; in senso contrario, PAROLIN, *L'ordine di demolizione del giudice penale (art. 7, comma 9, legge 28 febbraio 1985, n. 47)*, in *Riv. giur. Urb.*, 1992, III, 116.

La dottrina⁹, fin dalla fine degli anni '80, negò recisamente che nell'ordine di demolizione potesse ravvisarsi una sanzione penale, una misura di sicurezza, una pena accessoria o un effetto penale della condanna, i quali «esigono una precisa e tassativa previsione normativa e (...) si presentano con generalizzati paradigmi formali e sostanziali, utili per una loro classificazione e normazione». Si qualificò, al contrario, lo stesso quale misura formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente amministrativa, rinvenendo la stessa il proprio fondamento in un fatto che, quale Giano bifronte, riveste tanto natura di illecito penale, quanto di illecito amministrativo, e che si colloca in un contesto di perdurante violazione dell'interesse pubblico, di carattere urbanistico, connessa alla mancata demolizione.

In termini analoghi si espresse la Suprema Corte¹⁰, escludendo decisamente la natura penale dell'ordine di demolizione e qualificando lo stesso come misura formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente amministrativa¹¹.

La sua catalogazione tra i provvedimenti giurisdizionali è stata, infatti, giustificata dalla Cassazione in considerazione della accessività della misura demolitiva alla sentenza di condanna (o ad essa equiparata) emessa dal giudice penale all'esito del giudizio volto ad accertare l'abuso edilizio.

Il fatto che l'autorità giudiziaria penale fosse titolare di tale competenza istituzionale, concorrente con quella amministrativa, alla irrogazione dell'ordine di demolizione, veniva, tuttavia, ritenuta circostanza non idonea, come tale, a sottrarre allo stesso la natura di sanzione sostanzialmente amministrativa di tipo ablatorio, in considerazione del carattere palesemente eccezionale di tale competenza¹².

Se quello appena richiamato ha costituito, senza dubbio, il pensiero incontrastabilmente dominante, non sono tuttavia mancate talune isolate pronunce di segno opposto, le quali, come preme sottolineare, pur negando la natura amministrativa dell'ordine di demolizione comunque non richiamarono in alcun modo, onde argomentare le proprie conclusioni, le posizioni sostanzialistiche di Strasburgo.

All'interno di tale minoritario orientamento, si sono poi enucleate differenti posizioni. Secondo taluni, infatti, la misura *de qua* si sarebbe sostanziata in

⁹ ALBAMONTE, *Demolizione dell'opera abusiva e poteri del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 427 s.

¹⁰ Sul punto, per citarne solo alcune, si veda: *Cass.*, Sez. V, 15 luglio 1999, Sodini, in *Cass. pen.*, 2000, 2760; *Id.*, Sez. III, 25 giugno 2002, Antonini, cit.; *Id.*, Sez. un., 19 giugno 1996, Monterisi, cit.; *Id.*, Sez. III, 18 giugno 1999, Neri, in *Cass. pen.*, 2000, 2755; *Id.*, Sez. III, 2 ottobre 1997, Di Maro, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1396.

¹¹ *Cass.*, Sez. III, 26 ottobre 1999, Di Liddo, in *Riv. giur. polizia* 2000, 361.

¹² *Cass.*, Sez. III, 9 dicembre 1999, Gammino, in *Stud. iur.*, 2000, 908.

una pena accessoria, per le seguenti ragioni: in primo luogo, per il fatto che presupposto della sua applicazione è l'accertamento di un reato edilizio; in secondo luogo, in considerazione del fatto, che è irrogata dal giudice penale, nell'esercizio di un potere autonomo, all'esito di un giudizio penale, munito di tutte le garanzie che gli sono proprie e culminante in una pronuncia, dotata dei crismi della irrevocabilità e della inderogabilità; senza contare che il carattere riparatorio proprio dell'ordine di demolizione lo avvicinerrebbe, e non poco, ad un'obbligazione civile nascente da reato, ai sensi dell'art. 18 legge n. 349 del 1986¹³.

Secondo altri, addirittura, in totale sprezzo del principio di tassatività di cui all'art. 199 c.p., l'ordine di demolizione avrebbe natura di misura di sicurezza patrimoniale, finalizzata ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose arrecate dall'illecito edilizio al territorio¹⁴. Un terzo filone, sempre appartenente a tale orientamento minoritario, esclude poi la natura di sanzione amministrativa in capo all'ordine di demolizione, riconoscendogli natura di sanzione penale atipica¹⁵. La necessità di osservare il principio di tassatività della pena, come della misura di sicurezza, vigente nel nostro ordinamento e formalmente inteso, ha, tuttavia, condotto ad escludere recisamente tali minoritarie ricostruzioni, mettendo in luce l'impossibilità, per il legislatore, di introdurre misure di tal sorta senza minimamente precisarne modalità di esecuzione e criteri di applicabilità¹⁶.

Nonostante tali rarissime voci fuori dal coro, comunque, mai venne posta davvero in dubbio, dalla giurisprudenza maggioritaria italiana, la natura amministrativa della sanzione dell'ordine di demolizione.

Sulla stessa lunghezza d'onda della giurisprudenza maggioritaria di legittimità si è collocata, poi, anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, per la quale l'ordine di demolizione, di cui all'art. 7, co. 9, legge n. 47 del 1985, è sostanzialmente sanzione amministrativa di tipo ablatorio, caratterizzata dalla natura giurisdizionale dell'organo al quale l'applicazione è attribuita¹⁷.

Dall'assunto della qualificazione giuridica dell'ordine di demolizione quale sanzione amministrativa, non è potuta poi che discendere la sua esclusione

¹³ Cass., Sez. III., 23 settembre 1987, Lofonso, in *Cass. pen.*, 1989, 276; Trib. Roma, 2 dicembre 1987, Angelini ed altro, in *Giur. mer.*, 1989, 458; Pret. Chieti, 22 gennaio 1988, De Lutiis, in *Riv. pen.* 1988, 759; Pret. Satriano, 27 aprile 1988, Mandola, in *Giur. it.*, 1989 II, 17; Cons. Stato, Sez. I, 16 ottobre 1987, n. 1599, in *Cons. Stato*, 1989, I, 405.

¹⁴ Pret. Bari, 7 ottobre 1987, Cassano e altro, in *Foro it.* 1988, II, 263.

¹⁵ T.a.r. Lazio-Latina, 14 gennaio 1998, n. 20, in *Foro amm.*, 1998, 2859.

¹⁶ NOVARESE, *Sulla natura giuridica della demolizione e della costruzione abusiva ordinata dal giudice se non altrimenti eseguita*, in *Riv. giur. ed.*, 1990, II, 228.

¹⁷ Cons. Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2002, n. 6776, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1094.

dall'ambito applicativo dell'art. 173 c.p. Infatti, la norma in parola, disciplinante, insieme all'art. 172 c.p., l'estinzione per decorso del tempo delle pene principali, non può in alcun modo applicarsi ad una sanzione amministrativa, quale l'ordine di demolizione, del quale si giunse pertanto a sancire l'imprescrittibilità¹⁸.

Le dette norme, oltre a ciò, sono anche state considerate non suscettibili di estensione analogica nei confronti della misura dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo, in quanto, non solo quest'ultimo, quale sanzione amministrativa accessoria si è considerato attribuito alla concorrente competenza del giudice penale esclusivamente in via eccezionale, ma si è ritenuto anche non ricorrente, tra pena principale e ordine di demolizione, il requisito della *eadem ratio*, indispensabile onde giustificare il ricorso all'*analogia legis*, dal momento che il decorso del tempo sarebbe potuto valere ad affievolire, ed addirittura ad azzerare, l'interesse dello Stato alla punizione, ma giammai alla rimozione del fabbricato abusivo dal territorio¹⁹.

A similari conclusioni, giungevano di nuovo, anche recentissimamente, i giudici di legittimità, i quali, ritenendo insostenibile ogni analogia tra ordine di demolizione e confisca (in quanto misure dotate di diversa natura giuridica: rispettivamente amministrativa e penale), escludevano *in toto* la possibilità di applicazione analogica della causa di estinzione della pena prevista dall'art. 172 c.p., all'ordine di demolizione del manufatto abusivo, dal momento che quest'ultimo non avrebbe natura di sanzione penale ma di sanzione amministrativa accessoria attribuita, in via eccezionale, alla concorrente competenza del giudice penale²⁰.

Non solo. L'imprescrittibilità dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo, impartito dal giudice penale, con sentenza di condanna, veniva affermata anche, ai sensi dell'art. 28 legge n. 689 del 1981, regolante l'estinzione per decorso del tempo delle sanzioni amministrative. La disposizione *de qua*, infatti, fissa un termine quinquennale di prescrizione per le sanzioni amministrative pecuniarie con finalità punitiva, dunque diverse dall'ordine di demolizione, configurante un obbligo di fare imposto per ragioni di tutela del territorio²¹.

Questo, sostanzialmente, il punto di vista dell'ordinamento nazionale.

¹⁸ Cass., Sez. III, 10 novembre 2010, La Mela, in *Mass. Uff.*, n. 248670; Id., Sez. III, 30 aprile 2003, Pasquale, *ivi*, n. 227563.

¹⁹ Cass., Sez. III, 28 gennaio 2010, D'Apice, in *Mass. Uff.*, n. 246009.

²⁰ Cass., Sez. III, 17 gennaio 2014, Savio, in *www.lexambiente.it*.

²¹ Cass., Sez. III, 18 febbraio 2003, Filippi, in *Mass. Uff.*, n. 227176.

3. A fare da contraltare a tale concezione, tutta nostrana, dell'ordine di demolizione, sta l'orientamento, elaborato e fatto proprio dalla Corte di Strasburgo a far data dalla seconda metà degli anni '70²² e nel tempo consolidato: la concezione c.d. autonomistica dell'illecito penale e della pena.

A dare i natali alla detta concezione, fu l'ermeneutica relativa all'art. 7 CEDU, norma che consacra il principio di legalità del reato e della pena²³. Letteralmente non distante dal contenuto dell'art. 25 Cost., la norma *de qua*, infatti, è stata esaltata nelle sue potenzialità applicative dalla Corte di Strasburgo. Nel giudicare in materia di violazione, da parte di uno Stato firmatario, dell'anzidetta norma, la Corte, infatti, pur prendendo le mosse dalla qualificazione giuridica che, ad una certa misura, viene data a livello nazionale, procede poi ad un'autonoma lettura ed interpretazione della misura interna, onde riscontrare se, a prescindere dalle "etichette" e dai formalismi, possa considerarsi intrinsecamente una pena, seppure "camuffata" sotto altra veste a livello nazionale, e si ponga, quindi, concretamente in contrasto con l'art. 7 CEDU. Oltremodo apprezzabile appare l'effetto di rafforzamento della capacità garantistica del principio di legalità in tal modo ottenuto. Detto principio, infatti, sebbene espressamente riconosciuto e garantito anche a livello dei singoli ordinamenti nazionali, mediante l'adozione della detta concezione autonomistica, in ambito sovranazionale, vede notevolmente ampliato il proprio campo di applicazione, ben oltre i fatti definiti come reati e le misure definite come sanzioni penali dagli ordinamenti interni.

Come emerso anche dalla pronuncia del Tribunale di Asti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di declinare nella pratica la suddetta concezione autonomistica, ha, nel tempo, opportunamente, individuato una serie di indicatori, da non intendersi in senso cumulativo²⁴, della natura sostanzialmente penale di una misura, i quali, pur considerevoli della qualificazione giuridica datane a livello nazionale, si prestano a superarla, volti come sono, a smascherare vere e proprie pene, mistificate dietro differenti fattezze. Ovviamente, l'assenza di tali indici sintomatici, in capo a misure, che, in ambito nazionale sono considerate pene, nonostante in ambito CEDU non lo sarebbero, non preclude l'applicazione ad esse delle peculiari garanzie convenzionali riservate alle misure di natura penale di cui all'art. 7 ed anche 6 CEDU. È

²² Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, 36.

²³ BERNARDI, Sub art. 7 C.e.d.u., in *Comm. C.e.d.u. Bartole, Conforti, Raimondi*, Padova 2001, 252 s.

²⁴ Corte eur. dir. uomo, 25 agosto 1987, Lutz c. Germania, ha statuito che, onde desumere la natura penale di una data misura, la ricorrenza di uno solo di tali indicatori costituisce requisito necessario e sufficiente.

possibile ricondurli fondamentalmente a due macro-categorie: natura dell'illecito, e gravità della sanzione. Ora, il primo di tali indicatori è ricavabile, a sua volta, da ulteriori sotto-criteri, quali: il tipo di condotta sanzionata, la struttura della disposizione normativa sanzionatoria, la lettura della violazione in un'ottica comparatistica, la tipologia penale o meno delle norme procedurali disciplinanti l'esecuzione della stessa, la finalità punitiva della misura²⁵; condizione quest'ultima, che, come anzidetto, poi, non viene in alcun modo meno, né può considerarsi in alcun modo peggiore, per effetto della coesistenza, con la stessa, di scopi ulteriori rispetto a quello repressivo, come, nel caso dell'ordine di demolizione, la tutela del territorio²⁶.

Il secondo dei detti indicatori, la gravità della sanzione, dal canto suo, va valutato non avendo come riferimento la pena edittale, comminata dalla norma, ma quella concretamente applicata²⁷.

In ossequio a tale concezione, come chiaramente noto, molte sono state le misure, non considerate pene nel nostro ordinamento, che, passate al vaglio di Strasburgo, sono state oggetto di espressa riqualificazione. Si ponga mente, in primo luogo, alle note vicende relative alla confisca urbanistica *ex art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001*²⁸, ed, in secondo luogo, solo per citare una tra le ipotesi più attuali, la sanzione *ex art. 187-ter t.u.f.*²⁹.

I giudici della Corte costituzionale italiana, dal canto loro, senza dubbio, si sono dimostrati, nel tempo, ben più aperti dei colleghi di Piazza Cavour, a far propria la concezione sostanzialistica di Strasburgo, giungendo ad affermare la natura penale di misure quali: la confisca per equivalente *ex art. 322-ter c.p.* per reati tributari *ex art. 1, co. 143, legge n. 244 del 2007*³⁰ e la confisca *ex art. 186, co. 2, lett. c), C.d.s.*³¹. Alle medesime conclusioni, non sono però giunti con riferimento all'ordine di demolizione, espressamente qualificato come amministrativo³², pur costituendo esercizio di un potere autonomo e non

²⁵ Corte eur. dir. uomo, 17 dicembre 2009, M. c. Germania.

²⁶ Corte eur. dir. uomo, 30 agosto 2007 e 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. e a. c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, cit.; Id., 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*.

²⁸ Corte eur. dir. uomo, 30 agosto 2007 e 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. e a. c. Italia*, cit.; Id., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *questa Rivista* online.

²⁹ Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Steven c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it; Id. *Nikanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014, *ivi*.

³⁰ Corte cost., n. 9 del 2009, in www.penalecontemporaneo.it.

³¹ Corte cost., n. 196 del 2010, in www.penalecontemporaneo.it.

³² Sul punto si veda, Corte cost., n. 33 del 1990, che, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, ult. co., l. 28 febbraio 1985, n. 47, in riferimento all'art. 104, co. 1, Cost., afferma, in accordo alla giurisprudenza della Suprema Corte, che l'ordine di demoli-

omologabile a quelli di governo del territorio riconosciuti all'autorità amministrativa, in quanto correlato alla esigenza di ristoro dell'offesa del territorio³³. Anche parte della più avveduta dottrina italiana³⁴, tuttavia, dal canto suo, si è mostrata, oltre un decennio fa, già fautrice del pensiero autonomistico di Strasburgo. Nel compiere una sorta di *actio finium regundorum* dell'ambito applicativo dell'art. 7 CEDU, ha, infatti, sostenuto la necessità di andare oltre il mero dato formale, come espresso nella "etichetta" apposta ad una misura sanzionatoria dall'ordinamento nazionale, dovendosi piuttosto procedere a qualificare quest'ultima, onde ricomprenderla o piuttosto escluderla dal regime giuridico previsto dalla CEDU in materia di legalità della pena, alla luce di criteri tutti sostanziali, quali la natura dell'infrazione e della sanzione ed il grado di severità che quest'ultima in concreto raggiunge.

4. Finora la Corte europea dei diritti umani non ha avuto occasione di esprimersi specificatamente in tema di qualificazione giuridica dell'ordine di demolizione, impartito dal giudice penale, ai sensi dell'art. 31, co. 9, d.P.R. n. 380 del 2001, si presume tuttavia, alla luce della summenzionata giurisprudenza, che sarebbe giunta alle medesime conclusioni a cui è pervenuto il giudice dell'esecuzione di Asti, il quale sembra, dunque, aver preceduto in tale occasione i giudici di Strasburgo nell'opera di ripensamento, in un'ottica sostanzialistica, della natura giuridica della misura *de qua*, evitando, al contempo un'eventuale futura condanna dell'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU. Non sembra un caso, poi, che la pronuncia del Tribunale di Asti, la quale, evidentemente, dimostra una particolare sensibilità del giudice italiano per la concezione sostanzialistica della pena partorita a Strasburgo, si affacci in modo sobrio, ma deciso, nell'ordinamento italiano, proprio nel bel mezzo dell'emergenza idro-geologica che nel momento attuale attanaglia il territorio italiano da nord a sud.

Come si è detto nel principiare la presente ricostruzione, l'ordine di demolizione, impartito dal giudice penale con la sentenza di condanna, è misura che si pone a chiusura di un complesso sistema sanzionatorio, apprestato dall'ordinamento al fine di prevenire ma soprattutto reprimere il fenomeno dell'abusivismo edilizio. Si è detto anche che il potere/dovere del giudice pe-

zione dell'opera abusiva, di cui all'art. 7 legge n. 47 del 1985, è emesso in via sostitutiva della mancata esecuzione della demolizione da parte dell'autorità amministrativa ed a chiusura di tutto un sistema sanzionatorio amministrativo ed ha quindi natura di provvedimento amministrativo.

³³ Corte cost., n. 308 del 1998; nello stesso senso cfr. Cass., Sez. un., 19 giugno 1996, Monterisi, cit.

³⁴ CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacupa, Pavarini, Zanotti, I, Torino 1997, 176 s.

nale di impartire tale ordine non è sostitutivo, né surrogatorio rispetto a quello dell'autorità amministrativa, ma del tutto autonomo e concorrente rispetto ad esso. La clausola «se non sia stata altrimenti eseguita» implica, tuttavia, come emerso, la necessità di instaurare quantomeno un coordinamento tra i rimedi adottati dall'autorità amministrativa e da quella giurisdizionale.

Ora, la prassi racconta (e i disastri ambientali, di oggi e di ieri, in Italia, non la smentiscono), di un'atavica inerzia della amministrazione pubblica nel portare ad esecuzione le ordinanze di demolizione dalla stessa emanate, con la conseguenza che, nella assoluta maggioranza dei casi, le costruzioni abusive, pur riconosciute come tali, restano in piedi, indisturbate, nei casi “migliori” a deturpare il paesaggio, nei peggiori ad esasperare il delicato equilibrio del sottosuolo, indebolendo il territorio ed esponendolo all'aumento del già alto rischio idro-geologico che interessa, dove più, dove meno, tutta la penisola.

Rebus sic stantibus, il margine di intervento del giudice penale, ai sensi dell'art. 31, co. 9, d.P.R. n. 380 del 2001, mostra in pieno la sua potenzialità operativa. Se i casi in cui la demolizione non è stata «altrimenti eseguita» sono clamorosamente numerosi, è inequivocabile la chiamata rivolta al giudice penale ad esercitare sempre il suo potere/dovere di corredare la sentenza di condanna con l'ordine di demolizione, mutando geneticamente, in tal modo, la misura che avrebbe dovuto costituire l'*extrema ratio*, in misura ripristinatoria di primario rilievo. Conferma di tale chiamata viene, poi, anche dal fatto, che, la misura demolitiva imposta dal giudice penale, in quanto parte integrante della sentenza di condanna, sia portata ad esecuzione dal p.m. in sede, invece che dalla autorità amministrativa precedente, dando vita ad una sorta di “binario parallelo” e si crede più scorrevole, rispetto a quello, spesso “morto”, su cui viaggia il “treno” dell'amministrazione comunale.

In tale situazione, sopraggiunge, come *deus ex machina*, la odierna pronuncia del Tribunale di Asti che, mostrandosi ben consapevole e rispettosa del significato assegnato dall'ermeneutica giurisprudenziale all'art. 117, co. 1, Cost. (e, di conseguenza, impiegando l'art. 7 CEDU, nell'interpretazione datane da Strasburgo, quale norma interposta), procede ad una lettura costituzionalmente orientata dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31, co. 9, d.P.R. n. 380 del 2001 e ad una conseguente riqualificazione dello stesso in termini di pena.

Si ritiene, e si spera, che l'irrefragabilità propria della sanzione di natura penale, seppure mitigata dalla ineludibile necessità di monitorare costantemente, nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione, la persistenza, nel vaglio della P.A., dell'interesse pubblico alla demolizione, possa valere a rafforzare, in termini di effettività, la tutela del territorio, fungendo da fattore di incentivo

ARCHIVIO PENALE 2015, n. 1

ad un'ancora più piena esecuzione, almeno da parte del p.m., dell'ordine di demolizione, seppure nel ridefinito termine di prescrizione quinquennale.

GIULIA BUCCHI SIENA