

L'efficacia dell'ordinanza di demolizione nei casi particolari di presentazione di istanza in sanatoria, di pendenza del sequestro penale e di compatibilità delle opere abusive con gli strumenti urbanistici. Il rapporto fra ordinanza di demolizione e sanzione pecuniaria alternativa

Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 06 giugno 2023, n. 5529n. 974 *

SOMMARIO: 1. I fatti di causa 2. I motivi dell'appello al Consiglio di Stato 3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato

DI ANNA LAURA RUM

ABSTRACT: Il presente contributo propone un'analisi commentata della sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5529 del 2023, in tema di efficacia dell'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi, nei casi particolari di presentazione di istanza in sanatoria, di pendenza del sequestro penale e di compatibilità delle opere abusive con gli strumenti urbanistici. La sentenza in esame, inoltre, tratta anche del rapporto intercorrente fra ordinanza di demolizione e sanzione pecuniaria alternativa.

In particolare, sarà descritta la vicenda fattuale da cui ha avuto origine l'appello al Consiglio di Stato (infra par. 1) e verrà analizzato nel dettaglio il contenuto dell'appello, con i suoi quattro motivi (infra parr. 2., 2.1, 2.2, 2.3, 2.4).

A seguire, si procederà all'analisi delle argomentazioni rese dal Consiglio di Stato in sentenza, con specifico riferimento ai singoli motivi (infra parr. 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4).

ABSTRACT: *This article analyses the Consiglio di Stato's decision about the Council's demolition order act effects on the retrospective planning permission, on the criminal Court's property seizure order and on a building compatible with the urban plan.*

The decision concerns also the relationship between the Council's demolition order act and the alternative financial penalty.

The facts of the case (infra par. 1), and the content of the opening statement of the party will be analysed in detail, (infra parr. 2., 2.1, 2.2, 2.3, 2.4). Furthermore, the paper shows and examines the Court's arguments (infra parr. 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4).

* In Giurisprudenza e Controllo

1. I fatti di causa

I fatti di causa hanno ad oggetto la realizzazione, da parte di due comproprietari di un immobile ricadente in zona destinata a edilizia residenziale, di un terzo piano, in sopraelevazione, in assenza di titolo abilitativo. Il Comune è intervenuto con ordinanza di demolizione, impugnata innanzi al TAR Campania dai comproprietari che, nelle more del giudizio, presentavano anche istanza di sanatoria ex art 36 D.P.R. 380/01, in relazione alle opere oggetto dell'ordine di demolizione.

Il Comune negava la sanatoria delle opere de quibus con apposito provvedimento, che veniva impugnato dai comproprietari con separato ricorso, poi respinto con sentenza del TAR Campania, già confermata dal Consiglio di Stato.

A seguire, il TAR Campania ha respinto il primo ricorso e i comproprietari hanno presentato appello al Consiglio di Stato.

2. I motivi dell'appello al Consiglio di Stato

Con il primo motivo d'appello, i comproprietari denunciano l'omessa pronuncia e, comunque, l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver rilevato che l'ordinanza di demolizione era divenuta inefficace a seguito della presentazione dell'istanza in sanatoria. Ad avviso degli appellanti, a seguito del diniego di sanatoria, l'amministrazione avrebbe dovuto procedere ad una nuova valutazione della situazione mediante la riedizione del potere amministrativo, stante l'insanabile inefficacia sopravvenuta del primo provvedimento ablatorio.

Con il secondo motivo d'appello, i comproprietari deducono l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile de quo non avesse conseguenze sull'ordine di demolizione.

A riguardo, il TAR Campania, in primo grado, ha affermato che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile non costituisce un impedimento assoluto alla demolizione e pertanto non comporta la nullità del provvedimento repressivo, anche perché il privato che voglia evitare l'effetto ablatorio connesso alla scadenza del termine per ottemperare all'ordine di demolizione, deve tenere un comportamento attivo sollecitando l'autorità giudiziaria per il dissequestro. Ad avviso del giudice di primo grado, quindi, l'onere di richiedere il dissequestro dell'immobile al fine di demolirlo non viola il diritto di difesa dell'imputato in sede penale, stante la possibilità di richiedere un incidente probatorio per accertare il reale stato dei luoghi, né l'ottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un implicito riconoscimento di colpevolezza in sede penale.

Diversamente, gli appellanti ritengono che la pendenza del sequestro costituisca causa di nullità dell'ordine di demolizione ex art. 21 septies l. 241/90 per mancanza di un elemento essenziale dell'atto, costituito dalla possibilità giuridica dell'oggetto del comando: in sostanza, per la tesi degli appellanti, l'impossibilità dell'oggetto attiene al momento genetico dell'ordine e lo vizia insanabilmente all'atto della sua adozione, a prescindere dalla successiva presentazione di un'istanza di dissequestro. Inoltre, la formulazione di una simile istanza sarebbe un comportamento processuale inesigibile in quanto, oltre a non essere imposto da alcuna disposizione di legge, potrebbe porsi in contrasto con le strategie difensive dell'indagato o dell'imputato nel processo penale, ledendo il suo diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Con il terzo motivo d'appello, i comproprietari deducono l'erroneità della sentenza impugnata, per non aver riconosciuto la conformità degli abusi con gli strumenti urbanistici.

Il TAR Campania ha osservato al riguardo che l'immobile ricade in zona B1, ove non è consentito l'aumento di superficie utile e volumetria ai sensi dell'art.22 NTA

vigenti, che consentono solo interventi di ricostruzione, ristrutturazione edilizia, trasformazione interna, manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro e risanamento conservativo, a parità di volume preesistente e superficie utile.

Gli appellanti ritengono, invece, che l'abuso rientri nella categoria della ristrutturazione edilizia, ammessa dal PRG e che in ogni caso possa trovare applicazione il Piano Casa della Regione Campania (art. 4 della L. R. Campania n. 19/2009) che consente, "in deroga agli strumenti urbanistici vigenti per uso abitativo, l'ampliamento fino al 20 per cento della volumetria esistente".

Con il quarto motivo d'appello i comproprietari deducono l'omessa pronuncia e, comunque, l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver valutato la possibilità di fiscalizzare l'abuso, ai sensi dell'art 34 D.P.R. 380/01.

Le parti appellanti, più nel dettaglio, sostengono che il Comune, a fronte di un intervento la cui demolizione non poteva avvenire senza pregiudizio alla parte eseguita in conformità al titolo abilitativo (come comprovato nella perizia allegata all'istanza di sanatoria), avrebbe dovuto applicare la sanzione pecuniaria di cui all'art. 34 D.P.R. 380/01, anche in conformità ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità che devono ispirare l'azione amministrativa, in base ai quali la p.a., nell'adottare i provvedimenti lesivi, deve ricercare forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile ai privati.

3. Le argomentazioni del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, preliminarmente, ritiene il primo motivo non fondato. Al riguardo, sostiene che debba trovare applicazione l'indirizzo giurisprudenziale⁽¹⁾ in forza del quale "la presentazione di una istanza di sanatoria ex art. 36 D.P.R. 380/2011 non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso, ma determina una mera sospensione dell'efficacia dell'ordine di demolizione con la conseguenza che, in caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia".

Per il Collegio, infatti, in forza dei principi di legalità e di tipicità del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti, soltanto nei casi previsti dalla legge una successiva iniziativa procedimentale del destinatario dell'atto può essere idonea a determinare ipso iure la cessazione della sua efficacia; diversamente, nel caso di istanza di accertamento di conformità, non vi è alcuna regola che determini la cessazione dell'efficacia dell'ordine di demolizione, i cui effetti sono, quindi, meramente sospesi fino alla definizione del procedimento ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001.

In applicazione del suddetto consolidato orientamento giurisprudenziale, il Consiglio di Stato ribadisce che la presentazione di un'istanza di accertamento di conformità, ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso e non vi è pertanto alcuna automatica necessità per l'amministrazione di adottare un nuovo provvedimento di demolizione. Essa determina soltanto un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, che opera in termini di mera sospensione dello stesso. Con il rigetto dell'istanza, che, in caso di inerzia del Comune, sopravviene dopo 60 giorni, l'ordine di demolizione riacquista la sua piena efficacia.

Dunque, il Collegio conclude affermando che, nel caso di specie, l'ordinanza di demolizione ha riacquisito automaticamente efficacia a seguito del rigetto dell'istanza di sanatoria e che, al riguardo, è irrilevante che il provvedimento di diniego sia sub iudice, se non risulta che lo stesso sia stato sospeso in sede cautelare.

¹ Ex multis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3417; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5669; Consiglio di Stato, Sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 settembre 2022, n. 8320; Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 9070

Anche il secondo motivo di ricorso viene ritenuto infondato: il Collegio, infatti, afferma che, quanto agli effetti del sequestro dell'immobile abusivo disposto dall'Autorità giudiziaria in sede penale sul procedimento amministrativo di repressione dell'abuso, si registrano in giurisprudenza tre distinti orientamenti.

Secondo il primo⁽²⁾ di essi, sostenuto in passato, il sequestro sarebbe privo di rilievo sul procedimento amministrativo, perché l'autore dell'abuso, destinatario dell'ordinanza di demolizione, avrebbe sempre la possibilità di conformarsi, richiedendo il dissequestro all'Autorità giudiziaria competente. Tale orientamento, sostenuto nel caso di specie dal TAR Campania in primo grado, è stato sottoposto più di recente a critica da una pronuncia⁽³⁾ del Consiglio di Stato del 2017, sostenitrice di un secondo orientamento: tale pronuncia evidenzia che ritenere che il sequestro sia privo di rilievo sul procedimento amministrativo, significherebbe imporre al responsabile dell'abuso un obbligo di presentare l'istanza di dissequestro che non è previsto dalla legge e, inoltre, significherebbe pregiudicare il suo diritto, costituzionalmente garantito, alla difesa nel procedimento penale. Quindi, per questo secondo orientamento, l'ingiunzione di demolizione avente ad oggetto un bene sottoposto a sequestro penale sarebbe inefficace e la relativa inottemperanza non potrebbe produrre gli effetti previsti dalla legge.

Il Collegio, con la sentenza in esame, aderisce, invece, ad un terzo, diverso e più recente orientamento⁽⁴⁾, che si pone quale punto di equilibrio fra l'interesse pubblico alla tutela del territorio e quello privato alla difesa penale. Secondo l'orientamento in parola, il sequestro penale dell'immobile non influenza la legittimità dell'ordinanza di demolizione, il che appare logico se si considera che diversamente la tutela del territorio verrebbe a dipendere da circostanze che non sono nel dominio dell'amministrazione istituzionalmente preposta, che anzi potrebbe esserne all'oscuro. Il contemperamento con le esigenze della difesa si realizza infatti in altro modo, ovvero ritenendo che il termine assegnato dall'ordinanza per la demolizione o la rimessione in pristino non decorra sin quando l'immobile rimane sotto sequestro, restando all'autonoma iniziativa della difesa ovvero della magistratura inquirente attivare gli strumenti che al dissequestro possono condurre.

Secondo il Collegio, deve pertanto ritenersi che, in presenza di un sequestro penale di opera abusiva e nella vigenza dello stesso, il termine per l'ottemperanza all'ordine di demolizione non decorre fino a che tale misura cautelare non sia venuta meno e il bene ritornato nella disponibilità del privato, di tal che, il formale accertamento dell'inottemperanza deve fare riferimento al mancato adempimento dell'ingiunzione demolitoria, decorsi novanta giorni dal dissequestro dell'immobile.

Il Collegio ritiene la censura di cui al terzo motivo inammissibile, in quanto relativa al provvedimento di rigetto di sanatoria, la cui legittimità è già stata accertata in separato giudizio, con sentenza passata in giudicato. Il giudizio ha infatti ad oggetto esclusivamente l'ordinanza di demolizione, motivata sulla base dell'assenza di titolo edilizio, circostanza pacifica in quanto ammessa anche da parte appellante. Al riguardo, il Consiglio di Stato ribadisce il costante orientamento della sesta Sezione, secondo il quale la realizzazione delle opere edilizie descritte nell'ordine di demolizione, in assenza del prescritto titolo edilizio, costituisce elemento sufficiente a giustificare l'adozione del provvedimento impugnato; tale circostanza, quindi, impone al Comune di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a prescindere dall'eventuale compatibilità delle opere con gli strumenti urbanistici, da valutare eventualmente in separata sede, qualora

2 Ex multis, Consiglio di Stato sez. IV 23 gennaio 2012 n. 282; Consiglio di Stato sez. VI 28 gennaio 2016 n. 283

3 Consiglio di Stato sez. VI 17 maggio 2017 n. 2337

4 Ex multis, Consiglio di Stato sez. VI, 20 luglio 2018 n. 4418; Consiglio di Stato sez. VI, 02 ottobre 2019, n. 6592; Consiglio di Stato sez. VI, 8 giugno 2021, n. 4393; Consiglio di Stato sez. VI, 23 marzo 2022, n. 2122; Consiglio di Stato, Sez. VI, 12/4/2023, n. 3693

venga presentata un'istanza di accertamento di conformità.

In sostanza, il Collegio aderisce all'orientamento⁽⁵⁾ secondo il quale in presenza di abusi edilizi, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, come si evince dagli artt. 27 e 31, del d.P.R. n. 380, che obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dallo stesso art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica.

Con riferimento al quarto motivo, il Collegio afferma la non fondatezza, ritenendo che l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico, come già affermato dalla sesta Sezione del Consiglio di Stato⁽⁶⁾. La valutazione, cioè, circa la possibilità di dare corso all'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria, costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva all'ingiunzione a demolire, con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive.

* * * * *

Massime:

La presentazione di una istanza di accertamento di conformità, ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso; non vi è pertanto alcuna automatica necessità per l'amministrazione di adottare, se del caso, un nuovo provvedimento di demolizione. Essa determina soltanto un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, che opera in termini di mera sospensione dello stesso. In caso di rigetto dell'istanza, che peraltro sopravviene in caso di inerzia del Comune dopo soli 60 giorni, l'ordine di demolizione riacquista la sua piena efficacia.

In presenza di un sequestro penale di opera abusiva e nella vigenza dello stesso, il termine per l'ottemperanza all'ordine di demolizione non decorre fino a che tale misura cautelare non sia venuta meno e il bene ritornato nella disponibilità del privato, di tal che, il formale accertamento dell'inottemperanza deve fare riferimento al mancato adempimento dell'ingiunzione demolitoria decorsi novanta giorni dal dissequestro dell'immobile.

La realizzazione delle opere edilizie in assenza del prescritto titolo edilizio costituisce elemento sufficiente a giustificare l'adozione dell'ordine di demolizione; tale circostanza impone al Comune di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a prescindere dall'eventuale compatibilità delle opere con gli strumenti urbanistici, da valutare eventualmente in separata sede, qualora venga presentata un'istanza di accertamento di conformità.

La valutazione circa la possibilità di dare corso all'applicazione della sanzione pecuniaria, in luogo di quella ripristinatoria, costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva all'ingiunzione a demolire, con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può

5 Ex multis, Consiglio di Stato sez. VI, 20/07/2021, n.5457

6 Consiglio di Stato, sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 1063; 10 gennaio 2020, n. 254; 13 maggio 2021, n.

costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive.