



*Ufficio del massimario
della Giustizia amministrativa*



RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

a cura di Laura Marzano – 10 maggio 2024

ABUSI EDILIZI: TIPOLOGIE, CONSEGUENZE E RIMEDI

Premessa. §1. Inquadramento normativo. §1.1. Lo stato legittimo dell'immobile. §1.1.1. Ricostruzione dell'istituto. §1.2. Nozione di variazione essenziale. §1.3. L'abuso edilizio. **§2. 2. L'ordine di sospensione dei lavori.** §2.1. Natura ed efficacia dell'ordinanza di sospensione. §2.1.1. La giurisprudenza amministrativa. §2.2.2. La giurisprudenza penale. §2.1.3. Punti di convergenza e profili di contrasto. **§3. L'ordine di demolizione.** §3.1. Il fattore tempo: affidamento e onere motivazionale. §3.2. L'incidenza del fattore tempo nel diverso caso di annullamento d'ufficio del titolo. §3.3. Natura vincolata dell'ordine di demolizione. §3.4. Ordine di demolizione delle opere realizzate in forza di permesso di costruire decaduto. **§4. Inottemperanza all'ordine di demolizione.** §4.1. Il quadro normativo. §4.2. I principi espressi dall'Adunanza plenaria. §4.2.1. Prima fase: attività possibili nei 90 giorni dall'intimazione. §4.2.2. Seconda fase: conseguenze dell'inutile decorso dei 90 giorni. §4.2.3. Terza fase: immissione in possesso. §4.2.4. Quarta fase: le sorti dell'immobile acquisito. §4.3. La sanzione pecuniaria ex art 31, comma 4 *bis* t.u. edilizia. §4.4. Destinatari dell'ordine di demolizione. §4.5. Notifica del verbale di inottemperanza. **§5. Acquisizione al patrimonio pubblico.** §5.1. Immobile sottoposto

a sequestro. §5.2. Soggetti passivi del provvedimento di acquisizione. §5.2.1. Omessa notifica agli eredi. §5.3. Individuazione dell'area di sedime. §5.4. Ordine di sgombero di bene acquisito al patrimonio pubblico. **§6. Fiscalizzazione dell'abuso.** §6.1. Inquadramento normativo. § 6.2. La giurisprudenza amministrativa. §6.2.1. Ipotesi di permesso di costruire annullato. §6.2.2. Ipotesi di opere eseguite in parziale difformità. §6.2.3. Ipotesi di opere eseguite in parziale difformità. §6.2.4. Tipologia dell'immobile. §6.2.5. Rapporto tra le diverse fattispecie di fiscalizzazione. §6.3. Gli approdi dell'Adunanza plenaria. §6.4. La giurisprudenza penale. **§7. Accertamento di conformità.** §7.1. La doppia conformità. §7.2. I principi espressi dalla Corte costituzionale. §7.3. Termine entro il quale si può proporre istanza. §7.4. Soggetti legittimati a presentare l'istanza. §7.5. L'onere della prova. §7.6. Immobili situati in area vincolata. §7.7. Le sorti del bene abusivo oggetto di procedura esecutiva. §7.8. Interventi ulteriori su immobili abusivi. **§8. Il rilascio del titolo in sanatoria.** §8.1. Il silenzio sulla domanda di accertamento di conformità. §8.2. Il silenzio nel procedimento per il rilascio del permesso di costruire. §8.3. Il silenzio nei procedimenti di condono edilizio. § 8.4. Effetti della presentazione della domanda di sanatoria: differenze fra accertamento di conformità e condono. §8.5. Il regime della sospensione legale. **§9. Aspetti processuali.** §9.1. La tutela del terzo. §9.2. Controinteressati e legittimazione. §9.3. Rapporti fra vicende del giudizio penale e provvedimento amministrativo. §9.4. Contestazione in giudizio dell'abusività delle opere. **§10. Conclusioni.** §10.1. Aspetti sostanziali. § 10.2. Aspetti processuali.

Premessa.

La presente rassegna esamina le principali pronunce delle giurisdizioni superiori sul tema dell'abuso edilizio e dei mezzi offerti dall'ordinamento, sia al privato sia all'amministrazione, per porvi rimedio.

L'intento, perseguito mediante l'analisi degli aspetti sostanziali e dei profili procedurali e processuali, è di offrire una panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale anche in relazione agli interventi normativi succedutisi negli anni.

1. Inquadramento normativo.

1.1. Lo stato legittimo dell'immobile.

Il decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, t.u. edilizia), nella Parte I, Titolo II "Titoli abilitativi" reca (variamente distribuite fra i capi I e II) le disposizioni generali relative ai titoli abilitativi richiesti per la legittima realizzazione di attività edilizia, distinguendo fra: "Attività edilizia libera" (art. 6); "Interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata" (art. 6 *bis*); Attività edilizia delle pubbliche amministrazioni" (art. 7); "Interventi subordinati a permesso di costruire" (art. 10); "Interventi subordinati a segnalazione certificata di inizio di attività" (art. 22); "Interventi subordinati a

segnalazione certificata di inizio di attività in alternativa al permesso di costruire” (art. 23); “Permesso di costruire convenzionato” (art. 28 *bis*).

Il principio cardine che presidia l’attività edilizia è che, salve le ipotesi di attività libera, per costruire è necessario un titolo edilizio, il quale attesta la legittimità del manufatto.

L’art. 9 *bis*, rubricato “Documentazione amministrativa e stato legittimo degli immobili”, al comma 1 prevede che «*Ai fini della presentazione, del rilascio o della formazione dei titoli abilitativi previsti dal presente testo unico, le amministrazioni sono tenute ad acquisire d’ufficio i documenti, le informazioni e i dati, compresi quelli catastali, che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni e non possono richiedere attestazioni, comunque denominate, o perizie sulla veridicità e sull’autenticità di tali documenti, informazioni e dati*».

Al fine di agevolare la prova dello stato legittimo dell’immobile, laddove si tratti di manufatti che insistono *in loco* da molti anni, il legislatore ha introdotto il comma 1 *bis* (aggiunto dall’articolo 10, comma 1, lettera d), numero 2), del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120), che consente di attingere ai titoli abilitativi relativi non solo alla sua originaria edificazione, ma anche alle sue successive vicende trasformative (Cons. Stato, sez. II, 22 marzo 2024, n. 2798).

Il comma 1 *bis* stabilisce infatti: «*Lo stato legittimo dell’immobile o dell’unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l’ultimo intervento edilizio che ha interessato l’intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Per gli immobili realizzati in un’epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio, lo stato legittimo è quello desumibile dalle informazioni catastali di primo impianto, o da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d’archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l’ultimo intervento edilizio che ha interessato l’intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Le disposizioni di cui al secondo periodo si applicano altresì nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia*».

La disposizione, già sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, è stata ritenuta rispettosa del riparto costituzionale in materia edilizia in quanto si limita ad individuare, in termini generali, la documentazione idonea allo scopo, definendo i tratti di un paradigma le cui funzioni – comprovate dai lavori preparatori – sono quelle di semplificare l’azione amministrativa nel settore, di agevolare i controlli pubblici sulla regolarità dell’attività edilizio-urbanistica e di assicurare la certezza nella circolazione dei diritti su beni immobili. «*Il contenuto prescrittivo di ampio respiro e le finalità generali perseguite dalla norma depongono a favore della sua qualifica in termini di principio fondamentale della materia, ciò che trova conferma nella sua stessa collocazione topografica nell’ambito delle “Disposizioni generali” del Titolo II della Parte I t.u. edilizia, dedicato ai “Titoli abilitativi”*» (Corte cost., 14 settembre 2022, n. 217).

Lo “stato legittimo dell’immobile”, dunque, riguarda una sua condizione permanente, preesistente alla stessa entrata in vigore della disposizione, da riferire a opere realizzate prima del 1967, ovvero in epoca ancor più risalente, nei centri urbani poi dotatisi di un regolamento che richiedeva la licenza edilizia per l’edificazione, o per cui esiste solo un principio di prova di un titolo edilizio, il cui originale o la cui copia non è più rintracciabile (cfr. Cons. Stato, sez. II, 25 gennaio 2024, n. 806; sez. II, 15 settembre 2023, n. 8339; sez. IV, 24 marzo 2023, n. 3006).

1.1.1. Ricostruzione dell'istituto.

Sulla nozione di “stato legittimo dell'immobile” si è pronunciata la Corte costituzionale, con sentenza 21 ottobre 2022, n. 217, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con i principi fondamentali della materia «governo del territorio» dettati dall'art. 9 *bis*, comma 1 *bis*, t.u. edilizia, l'art. 7 della l. reg. Veneto n. 19 del 2021, che ha introdotto l'art. 93 *bis* nella legge reg. Veneto n. 61 del 1985.

La disposizione regionale impugnata prevedeva, rispetto a due distinte fattispecie, altrettante definizioni del concetto di stato legittimo degli immobili a fini edilizio-urbanistici.

Il comma 1 del citato art. 93 *bis* riguarda gli immobili che abbiano formato oggetto di variazioni non essenziali risalenti a epoca antecedente al 30 gennaio 1977 e stabilisce che, qualora detti immobili siano in proprietà o in disponibilità di soggetti non autori delle variazioni non essenziali e siano dotati di certificato di abitabilità o agibilità, lo stato legittimo *«coincide con l'assetto dell'immobile al quale si riferiscono i predetti certificati, fatta salva l'efficacia di eventuali interventi successivi attestati da validi titoli abilitativi»*.

Il successivo comma 2 attiene, invece, agli immobili realizzati in epoca anteriore al 1° settembre 1967 in zone esterne ai centri abitati o alle zone di espansione, previste da eventuali piani regolatori: per tali ipotesi, la condizione di stato legittimo *«è attestata dall'assetto dell'edificio realizzato entro quella data e adeguatamente documentato, non assumendo efficacia l'eventuale titolo abilitativo rilasciato anche in attuazione di piani, regolamenti o provvedimenti di carattere generale comunque denominati, di epoca precedenti»*.

La Corte è pervenuta alla declaratoria di incostituzionalità attraverso i seguenti snodi argomentativi:

a) la disposizione regionale impugnata afferisce all'urbanistica e all'edilizia e, pertanto, si ascrive – secondo la giurisprudenza di questa Corte – alla materia di legislazione concorrente «governo del territorio», di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. (sentenze n. 245, n. 124, n. 77, n. 64 e n. 2 del 2021, n. 70 del 2020, n. 290, n. 264, n. 175 e n. 2 del 2019, n. 68 del 2018, n. 232, n. 107, n. 84 e n. 73 del 2017, n. 233 del 2015, n. 272 del 2013, n. 303 del 2003);

b) relativamente a tale ambito, deve condividersi l'assunto del ricorso governativo, che ravvisa un principio fondamentale della materia nell'art. 9 *bis*, comma 1 *bis*, t.u. edilizia, introdotto dall'art. 10, comma 1, lettera d), numero 1), del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120; in particolare, il citato articolo dispone che *«[l]o stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Per gli immobili realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio, lo stato legittimo è quello desumibile dalle informazioni catastali di primo impianto, o da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi*

parziali. Le disposizioni di cui al secondo periodo si applicano altresì nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia»;

c) la previsione statale individua, dunque, in termini generali, la documentazione idonea ad attestare lo «stato legittimo dell'immobile», definendo i tratti di un paradigma le cui funzioni – comprovate anche dai lavori preparatori – sono quelle di semplificare l'azione amministrativa nel settore edilizio, di agevolare i controlli pubblici sulla regolarità dell'attività edilizio-urbanistica e di assicurare la certezza nella circolazione dei diritti su beni immobili. Il contenuto prescrittivo di ampio respiro e le finalità generali perseguite dalla norma depongono a favore della sua qualifica in termini di principio fondamentale della materia, ciò che trova conferma nella sua stessa collocazione topografica nell'ambito delle «Disposizioni generali» del Titolo II della Parte I t.u. edilizia, dedicato ai «Titoli abilitativi»;

d) è stato già ravvisato il medesimo carattere di “principio fondamentale della materia” in varie disposizioni statali che disciplinano profili strettamente contigui a quello in esame: le categorie di interventi edilizi che necessitano delle diverse tipologie di titoli abilitativi (sentenze n. 124 e n. 2 del 2021, n. 68 del 2018, n. 282 del 2016, n. 259 del 2014), la durata degli stessi (sentenza n. 245 del 2021), gli aspetti che ruotano intorno al cosiddetto condono edilizio (sentenze n. 24 del 2022, n. 77 e n. 2 del 2021, n. 290 del 2019, n. 232 e n. 73 del 2017, n. 233 del 2015 e n. 101 del 2013), tra cui quelli che vietano il ricorso a forme surrettizie di sanatoria (sentenza n. 77 del 2021), il perimetro degli interventi in zona sismica (sentenze n. 2 del 2021, n. 264 del 2019, n. 68 del 2018, n. 60 del 2017, n. 282 e n. 272 del 2016, n. 167 del 2014), la documentazione necessaria ai fini della denuncia di esecuzione di nuove opere (sentenza n. 2 del 2021). Tanto premesso, non può dubitarsi che i criteri di determinazione dello stato legittimo dell'immobile rappresentino un principio fondamentale della materia, che richiede una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale;

e) chiarita la natura della disposizione richiamata, si palesa la distanza della previsione regionale impugnata dal contenuto della norma di principio:

e1) innanzitutto, prendendo le mosse dal comma 1 dell'art. 93 *bis* della l. reg. Veneto n. 61 del 1985, deve constatarsi che quest'ultimo associa lo stato legittimo dell'immobile a un documento – il certificato di abitabilità o agibilità – che è ben diverso dal titolo abilitativo edilizio, richiesto dall'art. 9 *bis*, comma 1 *bis*, t.u. edilizia sul presupposto della sua obbligatorietà. E il titolo abilitativo era, in effetti, obbligatorio nel periodo e rispetto al tipo di intervento (le variazioni non essenziali), cui si riferisce la disposizione regionale;

e2) sotto il primo profilo, il comma 1 della disposizione impugnata fissa al 29 gennaio 1977 il termine entro il quale si possono far valere le risultanze del certificato di abitabilità o di agibilità in luogo di quelle del titolo edilizio. Sennonché, già a far data dal 1° settembre 1967 – in base all'art. 31 della legge n. 1150 del 1942, come modificato dall'art. 10 della legge n. 765 del 1967 – chiunque intendesse, nell'ambito dell'intero territorio comunale, eseguire nuove costruzioni, ampliare, modificare o demolire quelle esistenti ovvero procedere all'esecuzione di opere di urbanizzazione del terreno, era tenuto a richiedere apposita licenza al sindaco;

e3) nè può assumersi, sotto il secondo profilo, che il titolo edilizio non fosse richiesto per le variazioni non essenziali. Al contrario, in mancanza di questo, esse configuravano violazioni edilizie e, tuttora, integrano, alla luce della più recente disciplina, difformità parziali, oggetto di precise sanzioni, in base tanto alla legislazione statale, quanto alla stessa l. reg. Veneto n. 61 del 1985;

e4) più nello specifico, la legislazione statale antecedente al 1977 – in particolare la legge urbanistica n. 1150 del 1942, sia nel suo testo originario sia in quello innovato dalla legge n. 765 del 1967 – prevedeva che il committente titolare della licenza, il direttore dei lavori (quest'ultimo a partire dalla disciplina introdotta nel 1967), nonché l'assuntore dei lavori fossero «*responsabili di ogni inosservanza così delle norme generali di legge e di regolamento come delle modalità esecutive che siano fissate nella licenza di costruzione*» (art. 31, terzo comma, della citata legge, che diviene comma 12 a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 765 del 1967). E a garanzia del rispetto di tale disciplina, il podestà, prima, e il sindaco, poi, avevano il compito di vigilare sull'attività edilizia e dovevano ordinare l'immediata sospensione dei lavori con riserva dei provvedimenti che risultassero necessari per la modifica delle costruzioni o per la rimessa in pristino (art. 32, secondo comma, della legge n. 1150 del 1942);

e5) non convince, pertanto, l'argomentazione sviluppata dalla difesa regionale, secondo la quale, prima dell'entrata in vigore della legge n. 10 del 1977, le variazioni non essenziali, in quanto non disciplinate, sarebbero state per prassi consentite, fatta salva la semplice ispezione compiuta in vista del rilascio del certificato di abitabilità ex art. 221 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie). In disparte il generico riferimento a una prassi imprecisata, l'eccezione trascura che – come appena ricordato – nei periodi storici cui la disposizione impugnata si riferisce, ogni variazione esecutiva, persino di minimo impatto – e tali peraltro non sono certamente, come si dirà, le variazioni non essenziali – costituiva una violazione edilizia che imponeva la rimozione della difformità;

e6) di seguito, con la legge n. 10 del 1977, il regime sanzionatorio è stato semplicemente graduato secondo uno schema generale tuttora vigente: le opere eseguite in assenza di concessione o in totale difformità dalla stessa dovevano essere demolite a spese del proprietario o del costruttore (art. 15, terzo e ottavo comma); le opere invece realizzate in parziale difformità dovevano essere demolite a spese del concessionario, ma, ove non potessero essere rimosse senza pregiudizio per le parti conformi, il concessionario restava assoggettato a una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 15, undicesimo comma).

e7) a tale graduazione sanzionatoria si è, successivamente, correlata la differenziazione tra variazioni essenziali e non essenziali, introdotta dagli artt. 7 e 8 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie), di seguito trasfusi negli artt. 31 e 32 t.u. edilizia. In particolare, le variazioni essenziali vengono assoggettate al più severo regime sanzionatorio proprio della totale difformità, mentre quelle non essenziali restano ascritte al vizio della parziale difformità, correlato alle sanzioni stabilite, all'epoca, dall'art. 12 della legge n. 47 del 1985 e, di seguito, dall'art. 34 t.u. edilizia;

e8) né tali variazioni sfuggono ad una connotazione in termini di violazioni amministrative, in conseguenza del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133 (Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive), convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 2014, n. 164, che ha inserito il comma 2 *bis* nell'art. 22 t.u. edilizia, in cui viene contemplata la possibilità di presentare una segnalazione certificata d'inizio attività (SCIA) in caso di varianti al permesso di costruire che non costituiscano variazioni essenziali, se realizzate in corso di esecuzione dei lavori;

e9) la legittimità delle opere in parola sussiste, pertanto, soltanto a condizione che la SCIA inerente alle varianti al permesso di costruire sia comunicata a fine lavori, tramite attestazione del professionista. Di conseguenza, la citata disciplina non può risolvere il problema delle variazioni non essenziali che non soddisfino tale condizione, le quali continueranno a costituire una parziale difformità ai sensi dell'art. 34 t.u. edilizia, salva l'eventuale sanatoria di cui all'art. 36 t.u. edilizia, ove ne ricorrano i presupposti;

e10) l'unica ipotesi in cui possono ritenersi regolari difformità esecutive rispetto a titoli abilitativi rilasciati in passato è quella delle cosiddette tolleranze costruttive, previste per la prima volta dall'art. 5, comma 2, lettera a), del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 (Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106, che aveva introdotto il comma 2 *ter* nell'art. 34 t.u. edilizia, e di seguito disciplinate dal nuovo art. 34 *bis* t.u. edilizia (introdotto dall'art. 10, comma 1, lettera p), del d.l. n. 76 del 2020, come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120 del 2020). Quest'ultimo, in particolare, stabilisce che le tolleranze costruttive – ossia le difformità esecutive contenute nel limite del 2 per cento delle misure previste nel titolo abilitativo – non costituiscono violazioni edilizie (commi 1 e 2) e che, ove *«realizzate nel corso di precedenti interventi edilizi [...] sono dichiarate dal tecnico abilitato, ai fini dell'attestazione dello stato legittimo degli immobili, nella modulistica relativa a nuove istanze, comunicazioni e segnalazioni edilizie ovvero con apposita dichiarazione asseverata allegata agli atti aventi per oggetto trasferimento o costituzione, ovvero scioglimento della comunione, di diritti reali»* (comma 3). Se ne inferisce con chiarezza che le difformità eccedenti la soglia del 2 per cento, ancorché risalenti nel tempo, restano variazioni non essenziali, che integrano una parziale difformità;

e11) in linea con la legislazione statale, la stessa l. reg. Veneto n. 61 del 1985, nella quale si colloca la disposizione impugnata, definisce, per un verso, all'art. 92 – in attuazione dell'art. 32 t.u. edilizia – le variazioni non essenziali (per esclusione rispetto a quelle essenziali), evidenziandone i tratti tutt'altro che marginali. E, per un altro verso, al successivo art. 93, prevede che gli interventi realizzati in parziale difformità dal titolo comportino la demolizione della parte difforme oppure, nel caso in cui ciò non possa essere realizzato senza pregiudizio della parte conforme, l'assoggettamento a una sanzione amministrativa;

e12) si palesa, a questo punto, il contrasto dell'art. 93 *bis*, comma 1, della l. reg. Veneto n. 61 del 1985 rispetto all'art. 9 *bis*, comma 1 *bis*, t.u. edilizia, là dove, con

riferimento a fattispecie per le quali la norma statale richiede il titolo abilitativo edilizio, affida la dimostrazione dello stato legittimo dell'immobile al ben diverso documento costituito dal certificato di abitabilità o di agibilità. In particolare, se è certamente vero che, in base all'art. 221 del r.d. n. 1265 del 1934 (vigente nel periodo cui si riferisce la disposizione regionale), tale certificato doveva essere rilasciato solo dopo aver verificato che la costruzione fosse stata eseguita in conformità al progetto approvato, nondimeno, questo non giustifica che tale documento possa surrogarsi al titolo abilitativo edilizio;

e13) come più volte ha osservato la giurisprudenza amministrativa, la conformità edilizio-urbanistica costituisce presupposto indispensabile per il legittimo rilascio del certificato che oggi si definisce di agibilità, ma *«tale considerazione non può [...] essere strumentalmente piegata a ragionamenti del tutto speculativi e sillogistici al fine di affermare che il rilascio dei certificati di agibilità implica un giudizio (presupposto ed implicito) circa la natura non abusiva delle opere»*. *«[S]emmai, all'inverso, l'interprete si dovrebbe interrogare sulla legittimità di tali certificati, non già desumere dal rilascio di essi una qualità – la conformità edilizio-urbanistica – da essi indipendente e anzi presupposta»* (Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2017, n. 1996). E, infatti, *«non v'è necessaria identità di “disciplina” tra titolo abilitativo edilizio e certificato di agibilità»*, che *«sono collegati a presupposti diversi e danno vita a conseguenze disciplinari non sovrapponibili»*. In particolare, *«il certificato di agibilità ha la funzione di accertare che l'immobile al quale si riferisce è stato realizzato nel rispetto delle norme tecniche vigenti in materia di sicurezza, salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti (come espressamente recita l'art. 24 del Testo unico dell'edilizia), mentre il rispetto delle norme edilizie ed urbanistiche è oggetto della specifica funzione del titolo edilizio. Il che comporta che i diversi piani ben possano convivere sia nella forma fisiologica della conformità dell'edificio ad entrambe le tipologie normative, sia in quella patologica di una loro divergenza»* (Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309; nello stesso senso, sentenze 24 aprile 2018, n. 2456, 22 marzo 2014, n. 1220, nonché sez. V, 4 febbraio 2004, n. 365);

f) anche il comma 2 della medesima disposizione presenta discrasie rispetto ai principi enunciati nell'art. 9 bis, comma 1 bis, t.u. edilizia: tale comma, nel regolare gli immobili realizzati, in epoca antecedente al 1° settembre 1967, in zone esterne ai centri abitati e alle zone di espansione previste da eventuali piani regolatori, dispone che la condizione di stato legittimo sia attestata dall'assetto dell'edificio realizzato entro quella data e adeguatamente documentato, mentre viene esclusa l'efficacia dell'eventuale titolo abilitativo rilasciato anche in attuazione di piani, regolamenti o provvedimenti di carattere generale comunque denominati, di epoca precedente;

f1) la norma, nel dissociare lo stato legittimo dell'immobile dal titolo abilitativo edilizio, apparentemente si correla al secondo periodo dell'art. 9 bis, comma 1 bis, t.u. edilizia, che esclude, ai fini dello stato legittimo, la necessità di tale documentazione per il periodo in cui il titolo edilizio non era obbligatorio. E, in effetti, prima della legge n. 765 del 1967, entrata in vigore proprio il 1° settembre 1967, l'art. 31 della legge n. 1150 del 1942 imponeva in via generale la licenza di costruzione solo nei centri abitati e, per i comuni dotati di un piano regolatore generale, nelle zone di espansione esterne a essi;

f2) sennonché, pure al di fuori dei centri abitati e delle zone di espansione, nonché prima della legge n. 1150 del 1942, la necessità di un titolo abilitativo edilizio veniva, a ben vedere, disposta anche da altre fonti:

- anzitutto, per gli immobili realizzati in comuni ricadenti in zone sismiche, l'obbligo era sancito a livello di fonte primaria dal regio decreto-legge 25 marzo 1935, n. 640 (Nuovo testo delle norme tecniche di edilizia con speciali prescrizioni per le località colpite dai terremoti) e dal regio decreto-legge 22 novembre 1937, n. 2105 (Norme tecniche di edilizia con speciali prescrizioni per le località colpite dai terremoti), il cui Allegato comprendeva alcune province della regione Veneto;

- inoltre, l'obbligo di previa autorizzazione alla costruzione poteva essere disposto dal regolamento edilizio comunale, emanato in esecuzione della potestà regolamentare attribuita ai comuni nella materia edilizia dai testi unici della legge comunale e provinciale susseguitisi nel tempo: regio decreto 10 febbraio 1889, n. 5921 (Che approva il testo unico della legge comunale e provinciale), regio decreto 21 maggio 1908, n. 269 (Che approva l'annesso testo unico della legge comunale e provinciale), regio decreto 4 febbraio 1915, n. 148 (È approvato l'annesso nuovo testo unico della legge comunale e provinciale);

f3) se ne desume, dunque, che, prima della data indicata nel comma 2 della disposizione regionale impugnata, vi erano comuni nei quali era obbligatorio munirsi di un titolo abilitativo edilizio, sia sulla base di fonti primarie riferite a territori sismici, sia sulla base di fonti non primarie, che però attingevano la loro legittimazione dalla fonte primaria attributiva del potere regolamentare;

f4) ne consegue che l'art. 9 *bis*, comma 1 *bis*, t.u. edilizia, là dove si riferisce alla obbligatorietà del titolo, abbraccia certamente anche le citate fonti, il che determina il disallineamento dell'art. 93 *bis*, comma 2, della legge regionale impugnata che, viceversa, ascrive tali casi, in cui era obbligatorio il titolo, alla modalità semplificata di attestazione dello stato legittimo;

f5) a ciò si aggiunga che il citato art. 93 *bis*, comma 2, non si limita a riconoscere – ai fini dello stato legittimo – la possibilità di avvalersi di altri documenti in mancanza del titolo edilizio, ma dispone altresì d'imperio la non efficacia di titoli abilitativi rilasciati in adempimento di obblighi previsti da fonti primarie speciali o da fonti non primarie;

f6) sennonché, altro è consentire – come fa l'art. 9 *bis*, comma 1 *bis*, secondo periodo, t.u. edilizia – l'attestazione semplificata dello stato legittimo per gli immobili realizzati in epoche in cui il titolo non era obbligatorio, altro è negare l'efficacia di titoli abilitativi legittimamente rilasciati: questo, peraltro, non sarebbe in sintonia con la giurisprudenza amministrativa che ha ribadito la persistente vigenza dei regolamenti comunali emanati anteriormente all'approvazione della legge urbanistica (Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2019, n. 5330 e, sez. VI, 28 luglio 2017, n. 3789). Ne discende che anche il comma 2 dell'art. 93 *bis* compromette le funzioni che la norma statale interposta attribuisce all'attestazione dello stato legittimo, finendo addirittura con l'incidere su titoli abilitativi edilizi pienamente validi ed efficaci.

La nozione di variazione essenziale non è definita dal diritto positivo ma è stata elaborata dalla giurisprudenza, caso per caso, mediante l'esame delle varie tipologie di abuso.

È stato quindi affermato:

- a) il principio secondo cui l'attività di repressione degli abusi edilizi, mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241 del 1990, considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso, potrebbe conoscere un'attenuazione, se non un correttivo, nei casi di abuso (non per assenza del permesso ma) per totale difformità (dal medesimo) ovvero per variazione essenziale ove fosse controversa e controvertibile — in punto di fatto — l'entità della variazione e fosse quindi necessario un accertamento specifico, in primo luogo nella sede amministrativa, meglio se in contraddittorio (Cons. Stato, sez. VI, 1 giugno 2023, n. 5433);
- b) le variazioni essenziali dal permesso di costruire sono quelle caratterizzate da incompatibilità quali-quantitativa con il progetto edificatorio originario rispetto ai parametri indicati dal d.P.R. n. 380 del 2001, art. 32, le quali sono perciò soggette al rilascio di un permesso a costruire nuovo e autonomo rispetto a quello originario in osservanza delle disposizioni vigenti al momento di realizzazione della variante (Cass. pen., sez. III, 16 giugno 2021, n. 37946);
- c) il mutamento di destinazione d'uso non autorizzato e attuato senza opere, dà luogo a una c.d. variazione essenziale sanzionabile, se e in quanto implichi una modifica degli *standards* urbanistici relativi a ciascuna delle categorie urbanistiche individuate nella fonte normativa statale in cui si ripartisce la c.d. zonizzazione del territorio (Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3803);
- d) il mutamento di destinazione d'uso non autorizzato, attuato senza opere edilizie o trasformazioni rilevanti, in luogo di culto comporta una c.d. variazione essenziale sanzionabile soltanto se ed in quanto comportante una variazione dei carichi urbanistici, ritenuta sussistente nel caso di afflusso (anche potenziale) generalizzato e periodico di una moltitudine di persone per ragioni di culto; in caso contrario, il mutamento d'uso costituisce espressione della facoltà di godimento, quale concreta proiezione dello *ius utenti*, spettante al proprietario (Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2020, n. 238);
- e) rientra nel concetto di "modifica sostanziale della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza", e quindi di variazione essenziale assoggettabile a sanzione demolitoria in virtù del combinato disposto degli artt. 31 e 32, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380 del 2001, non solo lo spostamento del manufatto su un'area totalmente o pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista, ma anche ogni significativa traslazione dell'edificio in relazione alla localizzazione contenuta nelle tavole progettuali, capace di incidere sul rispetto delle prescrizioni normative in tema di distanze minime dalle strade o dai confini nonché sulla destinazione urbanistica dei suoli (Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2020, n. 104);

- f) la previsione di cui all' articolo 52, comma 3 *bis*, della l.r. Lombardia n. 12 del 2005 rinviene il proprio fondamento nell'esigenza di consentire all'Amministrazione comunale di controllare (*ex ante*) la conformità alla disciplina urbanistica delle strutture che, essendo suscettibili di richiamare un notevole afflusso di persone, comportano un conseguente notevole aggravio di carico urbanistico sul territorio (Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2019 n. 4681);
- g) per attività di culto rilevante in *subiecta* materia deve, quindi, intendersi quella che dà luogo ad un afflusso generalizzato e periodico di una moltitudine di persone non potendo, per converso, ritenersi preclusi (*recte*: urbanisticamente rilevanti) l'incontro o persino la preghiera collettiva di soggetti accomunati dal medesimo credo religioso che non si traducano in accessi indistinti e periodici (Cons. Stato, sez. VI, ord. 21 giugno 2019, n. 3162);
- h) l'essenzialità, o meno, della variazione risiede anche, ma non soltanto, nell'aspetto quantitativo. Una variazione essenziale si manifesta nella realizzazione abusiva d'un ampliamento che, pur senza creare un organismo edilizio nuovo ed incompatibile col progetto assentito e con la sua essenza, ne altera la struttura e le dimensioni sì da apparire la dilatazione strutturale, funzionale e spaziale di quanto invece sarebbe dovuto essere nella realtà. Per contro, la variazione non essenziale non si risolve nell'ampliamento di un'opera preesistente, cosa, questa, che non rende applicabile in modo automatico l'art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001, che, infatti, presuppone che vengano in rilievo gli stessi lavori edilizi posti in essere a seguito del rilascio del titolo abilitato e in parziale difformità da esso. Si tratta, perciò, d'un fenomeno complesso e diverso dal mero incremento di superfici e volumi, che entro ragionevoli limiti appare come una sorta di aggiunta alle dimensioni di progetto, che connota la fattispecie del medesimo art. 34, comma 2 (Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2018, n. 3371);
- i) nel caso di interventi edilizi, tali da comportare modifiche significative alla struttura e alla sagoma del manufatto preesistente è necessaria la presentazione di una istanza di rilascio del permesso di costruire venendo in considerazione una fattispecie di variazione essenziale ex art. 32 del d.P.R. n. 380 del 2001, con conseguente legittimità dell'ordine di demolizione dell'opera edilizia non assistita da titolo edilizio (Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5473);
- j) il mutamento di destinazione d'uso non autorizzato, attuato senza opere, comporta una c.d. variazione essenziale sanzionabile soltanto se ed in quanto comportante una sicura incidenza sui carichi urbanistici, ritenuta sussistente nel caso di afflusso (anche potenziale) generalizzato e periodico di una moltitudine di persone per ragioni di culto (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2016, n. 1684).

Sul tema dell'edilizia di culto nella legislazione regionale lombarda va segnalato T.a.r. per la Lombardia, sez. II, 1 luglio 2020 n. 1269 che interviene, per la prima volta, dopo Corte cost., 5 dicembre 2019, n. 254 che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 72, commi 2 e 5, l. reg. Lombardia 11 marzo 2005 n. 12, e successive modificazioni, nella parte in cui aveva imposto che le nuove attrezzature religiose fossero ammesse nel territorio comunale soltanto se previste in uno specifico elaborato dello strumento urbanistico generale (il piano delle attrezzature religiose) e aveva stabilito che, decorso un

periodo transitorio, i comuni potessero dotarsi di tale elaborato solo approvando un nuovo strumento urbanistico generale. Nella sentenza la corte aveva confermato lo stretto rapporto fra la garanzia costituzionale della libertà religiosa e dell'esercizio del culto e la disponibilità di luoghi di culto, e aveva perciò sottolineato come il perseguimento delle finalità urbanistiche di buon governo del territorio non possa giustificare un trattamento penalizzante per l'installazione di attrezzature religiose. Il T.a.r., richiamando ampiamente Corte cost. 5 dicembre 2019, n. 254, cit., interviene sull'interpretazione dell'art. 52, comma 3 bis, l. reg. Lombardia 11 marzo 2005 n. 12, che richiede il rilascio di un permesso di costruire per il mutamento di destinazione di un immobile (anche senza opere edilizie) per l'utilizzo come luogo di culto, escludendo che la disposizione regionale possa essere interpretata nel senso che il permesso di costruire sia necessario anche nel caso di utilizzo individuale o occasionalmente collettivo dell'immobile come luogo di culto (principi già affermati da Cons. Stato, sez. VI, ord. 24 gennaio 2020, n. 238 cit., e sez. V 3 maggio 2016, n. 1684 cit. secondo cui l'utilizzo di un capannone produttivo come luogo di culto configura una variazione essenziale *«soltanto se ed in quanto comportante una variazione dei carichi urbanistici, ritenuta sussistente nel caso di afflusso (anche potenziale) generalizzato e periodico di una moltitudine di persone per ragioni di culto»*; in caso contrario, si configura solo un mutamento d'uso espressione dello *ius utendi* del proprietario.

1.3. L'abuso edilizio.

Di regola qualunque intervento effettuato in assenza o in difformità dal titolo edilizio integra un "abuso".

Le tipologie di abuso edilizio sono individuate dal seguente gruppo di norme collocato nel Capo II del Titolo IV:

- art. 31 "Interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali", secondo cui *«Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile»*;

- art. 32 "Determinazione delle variazioni essenziali", secondo cui *«l'essenzialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni:*

a) *mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968;*

b) *aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato;*

c) *modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza;*

d) *mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito;*

e) *violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali»*;

- art. 33 "Interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità" il quale detta la regola generale per cui *«Gli interventi e le opere di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 10, comma 1, eseguiti in assenza di permesso o in totale*

difformità da esso, sono rimossi ovvero demoliti e gli edifici sono resi conformi alle prescrizioni degli strumenti urbanistico-edilizi entro il congruo termine stabilito dal dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale con propria ordinanza, decorso il quale l'ordinanza stessa è eseguita a cura del comune e a spese dei responsabili dell'abuso»;

- art. 34 “Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire” secondo cui «*Gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire sono rimossi o demoliti a cura e spese dei responsabili dell'abuso entro il termine congruo fissato dalla relativa ordinanza del dirigente o del responsabile dell'ufficio. Decorso tale termine sono rimossi o demoliti a cura del comune e a spese dei medesimi responsabili dell'abuso*», con la precisazione che «*Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 1, eseguiti in parziale difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività*»;

- art. 34 bis “Tolleranze costruttive” il quale precisa che «*Il mancato rispetto dell'altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta e di ogni altro parametro delle singole unità immobiliari non costituisce violazione edilizia se contenuto entro il limite del 2 per cento delle misure previste nel titolo abilitativo*»;

- art. 35 “Interventi abusivi realizzati su suoli di proprietà dello Stato o di enti pubblici” a tenore del quale «*Qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28, di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile dell'ufficio, previa diffida non rinnovabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo*»;

- art. 37 “Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità” il quale distingue le sanzioni, pecuniaria o demolitoria, irrogabili in caso di immobili realizzati in assenza della, o in difformità dalla, segnalazione certificata di inizio attività;

- art. 38 “Interventi eseguiti in base a permesso annullato” secondo cui «*In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa*».

2. L'ordine di sospensione dei lavori.

L'art. 27, al comma 1, t.u. edilizia detta il principio generale in materia di vigilanza stabilendo che «*Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi*».

Il terzo comma della norma in rassegna attribuisce al dirigente o al responsabile dell'ufficio comunale competente il potere di adottare l'ordine di immediata sospensione dei lavori edilizi qualora sia stata rilevata l'inosservanza delle norme e delle prescrizioni vigenti in materia urbanistico-edilizia ovvero delle modalità esecutive dell'opera fissate nei titoli abilitativi.

Tale peculiare potere è una specificazione della più generica potestà di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia riconosciuta al comune dai commi 1 e 2 della medesima disposizione che legittima l'amministrazione locale anche all'esercizio dell'attività di repressione degli abusi edilizi.

Il comma 3, in particolare, stabilisce che l'ordinanza con la quale l'amministrazione comunale dispone l'immediata sospensione dei lavori in corso abbia efficacia sino all'adozione dei provvedimenti definitivi, disciplinati dai successivi articoli (30 ss.) del d.P.R. n. 380 del 2001, «*da adottare e notificare entro quarantacinque giorni dall'ordine di sospensione dei lavori*».

2.1. Natura ed efficacia dell'ordinanza di sospensione.

Relativamente alla interpretazione della *ratio* della norma, finalizzata a inibire il prosieguo dell'attività edificatoria abusiva in atto, si registra un contrasto giurisprudenziale tra giudice amministrativo e giudice penale.

Il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione si sono, infatti, diversamente espressi in ordine all'efficacia dell'ordinanza di sospensione alla scadenza del termine di quarantacinque giorni, previsto dalla disposizione, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia adottato i provvedimenti definitivi.

2.1.1. La giurisprudenza amministrativa.

Secondo il Consiglio di Stato:

- a) il provvedimento di sospensione dei lavori, essendo finalizzato a mantenere la *res adhuc* integra nelle more dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione, ha natura cautelare ed efficacia temporalmente circoscritta e dunque, in quanto tale, non rappresenta un antecedente procedimentale necessario del provvedimento di demolizione (sez. VI, 23 marzo 2023, n. 2934);
- b) il potere di sospensione dei lavori edilizi in corso, di cui all'art. 27, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001 è di tipo cautelare, essendo conferito all'autorità comunale allo scopo di evitare che la continuazione dei lavori determini un aggravarsi del danno urbanistico e alla descritta natura interinale del potere segue che il provvedimento emanato nel suo esercizio ha la caratteristica della provvisorietà, fino all'adozione dei provvedimenti definitivi. Ne discende che, a seguito dello spirare del termine di 45 giorni, ove l'amministrazione non abbia emanato alcun provvedimento sanzionatorio definitivo, l'ordine in questione perde ogni efficacia (sez. IV, 19 giugno 2014, n. 3115);
- c) il carattere cautelare del potere in questione si riflette sull'ordinanza di sospensione, che ne è la materiale e giuridica concretizzazione, in termini di interinalità e provvisorietà del provvedimento che, per questo, produce effetti sino all'adozione dei provvedimenti definitivi (sez. IV, 9 novembre 2017, n. 5172; sez. IV, 2 febbraio 2017, n. 445; sez. IV, 22 giugno 2016, n. 2758, sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2415);
- d) in tale prospettiva, il termine di quarantacinque giorni, contemplato dalla norma, si configura come termine massimo di efficacia del provvedimento, nel senso che ove

- l'amministrazione, alla sua scadenza, non emani alcun provvedimento definitivo, l'ordinanza non produce più effetti (sez. IV, 18 maggio 2016, n. 2003);
- e) da tale assunto deriva che il termine di quarantacinque giorni va concepito quale limite finale di efficacia del provvedimento cautelare di sospensione (n. 2003 del 2016 cit.), poiché se il comune esercita il potere prima che lo stesso sia decorso, ossia in uno qualunque dei predetti quarantacinque giorni, l'ordinanza di sospensione diverrà inefficace alla data di adozione del provvedimento definitivo (n. 3115 del 2014 cit.), produttivo della lesione della sfera giuridica del destinatario;
 - f) ove l'amministrazione adotti il provvedimento sanzionatorio, è in virtù di quest'ultimo che si determina la lesione della sfera giuridica del privato destinatario, con conseguente assorbimento dell'ordine di sospensione dei lavori edilizi previamente disposto (n. 3115 del 2014 cit.);
 - g) laddove l'amministrazione locale abbia lasciato scadere il termine senza aver provveduto in tal senso, il privato può riprendere i lavori essendo inaccettabile che lo stesso rimanga esposto *sine die* all'incertezza circa la sussistenza del suo *jus aedificandi* (n. 5110 del 2017 cit.; n. 2758 del 2016 cit.; n. 2003 del 2016 cit.; n. 2415 del 2015 cit.);
 - h) in assenza di una diversa qualificazione normativa, il termine di quarantacinque giorni entro cui l'amministrazione dovrebbe provvedere all'adozione e alla notifica del provvedimento repressivo, deve considerarsi meramente ordinatorio (giur. ult. cit.);
 - i) per tale ragione, la decorrenza del termine non fa venire meno il potere dell'amministrazione di intervenire in un successivo momento per arginare l'attività edificatoria abusiva che può essere esercitato, a tutela dell'interesse urbanistico, in qualunque tempo e, dunque, anche dopo il termine fissato dalla norma (giur. ult. cit.).

2.1.2. La giurisprudenza penale.

La questione relativa all'efficacia temporale dell'ordinanza di sospensione dei lavori edili rileva anche per il giudice penale in ragione di quanto previsto dall'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 il quale, fatti salvi i casi in cui il fatto costituisca più grave reato, prevede «l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 5164 a 51645 euro nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione».

L'illecito, avente natura contravvenzionale, si realizza quando il privato, che sia stato raggiunto dall'ordinanza di sospensione, prosegua i lavori, disattendendo quanto ingiuntogli dall'amministrazione comunale. La condotta penalmente rilevante si sostanzia, pertanto, nella inosservanza dell'ordine amministrativo di sospendere i lavori in corso e si concreta allorché il privato, a cui l'ordine è stato intimato, ponga in essere una qualsiasi attività qualificabile come prosecuzione degli stessi.

La Corte di cassazione non ha manifestato uniformità di orientamento circa la natura giuridica dell'ordine di sospensione dei lavori. Sia nella vigenza della disciplina dettata dal t.u. in materia edilizia, che in quella precedente (di cui alla legge 28 febbraio

1985, n. 47 e, ancora prima, alla legge 17 agosto 1942, n. 1150 “legge urbanistica fondamentale”), si registrano due diversi orientamenti.

Secondo una parte della giurisprudenza, infatti, l’ordinanza di sospensione dei lavori in corso è un provvedimento cautelare (Cass. pen., sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36311; sez. III, 27 gennaio 2009, n. 3593; sez. III, 10 ottobre 2007, n. 37320; sez. III, 7 maggio 2007, n. 17278; sez. III, 27 novembre 1997, n. 10881), adottato nell’esercizio del potere che la legge attribuisce all’autorità amministrativa e che si colloca nell’ambito della più generale potestà di vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia.

Secondo un diverso orientamento, invece, l’ordine di sospensione dei lavori è espressione del potere di autotutela riconosciuto alla pubblica amministrazione nella materia *de qua* (sez. III, 10 ottobre 2017, n. 37320; sez. III, 17 maggio 2005, n. 18199; sez. III, 23 gennaio 1996, n. 719).

2.1.3. Punti di convergenza e profili di contrasto.

Punti di convergenza con la giurisprudenza amministrativa sono ravvisabili:

- a) nel riconoscere al termine di cui all’art. 27, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001 natura ordinatoria;
- b) nell’affermare che il termine di quarantacinque giorni è previsto al solo scopo di sollecitare l’amministrazione all’adozione tempestiva del provvedimento definitivo (giur. cit.);
- c) nell’escludere che il suo infruttuoso decorso possa determinare la decadenza dall’esercizio del potere repressivo e la conseguente impossibilità per la pubblica amministrazione di reprimere successivamente l’attività edificatoria abusiva (n. 11568 del 2017 cit.; sez. III, 5 ottobre 2015, n. 39864; n. 3593 del 2019 cit.; n. 17278 del 2017 cit.);

Pur concordando con il giudice amministrativo sui punti che precedono, tuttavia la giurisprudenza penale è giunta ad una conclusione opposta, da ciò desumendo che l’ordinanza di sospensione dei lavori continui a produrre i suoi effetti anche oltre il predetto termine.

Sul punto è stato affermato che:

- d) stante la natura ordinatoria, il termine di quarantacinque giorni, di cui all’art. 27, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, non è in grado di estinguere il potere dell’amministrazione di adottare provvedimenti repressivi una volta che sia inutilmente scaduto e neppure di far perdere efficacia all’ordinanza di sospensione dei lavori. Per tale ragione, il termine di quarantacinque giorni non rappresenta l’arco temporale di efficacia dell’ordinanza di sospensione che, dunque, vieta al privato di proseguire i lavori edilizi sino all’adozione dei provvedimenti definitivi (giur. ult. cit.);
- e) da ciò discende la rilevanza penale dell’attività edificatoria posta in essere dal privato dopo il decorso dei quarantacinque giorni (n. 11568 del 2017 cit.; sez. III, 10 novembre 2008, n. 41884);

- f) pertanto la ripresa dei lavori oltre i suddetti quarantacinque giorni integra la fattispecie di reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), d.P.R. n. 380 del 2001;
- g) l'interesse protetto dalla norma penale non è solo quello, specifico, al rispetto delle prescrizioni della pubblica amministrazione ma anche l'interesse al regolare assetto del territorio, peraltro insito nel provvedimento e in tutta la disciplina urbanistica, il che qualifica il reato in parola come plurioffensivo (giur. ult. cit.).

Per completezza va segnalato un risalente antitetico orientamento espresso con riferimento alla disciplina di cui all'art. 4 della legge n. 47 del 1985, vigente prima del d.P.R. n. 380 del 2001, in cui il giudice penale aveva affermato che l'ordinanza di sospensione dei lavori avesse un'efficacia provvisoria e temporalmente determinata, sicché scaduto il termine senza la notifica dei provvedimenti definitivi, i suoi effetti venissero meno con la conseguente possibilità di ripresa dei lavori senza poter configurare il reato di violazione della predetta ordinanza (Cass. pen., sez. III, 22 aprile 1996, n. 1340).

3. L'ordine di demolizione.

Ai sensi dell'art. 27 del testo unico dell'edilizia in presenza di opere abusive di regola ne va ordinata la demolizione.

Dispone, infatti, il primo periodo del secondo comma: *«Il dirigente o il responsabile, quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi».*

3.1. Il fattore tempo: affidamento e onere motivazionale.

Sull'argomento si sono registrati orientamenti contrastanti.

Un primo orientamento riteneva irrilevante sia il tempo trascorso in ragione del carattere vincolato del provvedimento repressivo dell'abuso edilizio, sia ogni considerazione sull'interesse pubblico (sez. VI, 21 marzo 2017, n. 1267; sez. IV 28 febbraio 2017, n. 908; sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5943; 4 marzo 2013, n. 1268; sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4403; sez. V, 29 maggio 2006, n. 3270; 30 settembre 2002, n. 5058; 9 gennaio 1996, n. 29; sez. V, 8 giugno 1994, n. 614).

Talvolta la stessa conclusione è stata motivata anche con la tassatività degli strumenti di sanatoria degli abusi edilizi, nel senso che ove si fosse data rilevanza al decorso del tempo, si sarebbe configurata una preclusione alla repressione dell'abuso edilizio (sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 13), e con l'assenza, in capo al trasgressore, del requisito dell'incolpevolezza, necessario ai fini della configurabilità di un affidamento del privato (sez. IV, 28 febbraio 2017, n. 908; sez. VI 13 dicembre 2016, n. 5256; sez. IV 12 ottobre 2016, n. 4205; sez. IV, 31 agosto 2016, n. 3750).

Un altro orientamento, di segno contrario, aveva ritenuto che la decorrenza di un lungo periodo di tempo dalla data dell'abuso potesse determinare una situazione di

affidamento del privato, tale da rendere necessaria una motivazione in ordine all'interesse pubblico alla demolizione dell'opera abusiva (sez. IV, 2 novembre 2016, n. 4577; sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393; 18 maggio 2015, n. 2512; sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1016; sez. V, 24 novembre 2013, n. 2013; 15 luglio 2013, n. 3847; sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2266; sez. V, 4 marzo 2008, n. 883; sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2441; sez. V, 29 maggio 2006, n. 3270; sez. II, 10 dicembre 2003, n. 2420; 12 maggio 1999, n. 729; sez. V, 11 febbraio 1999, n. 143; 12 marzo 1996, n. 247).

Questa soluzione era stata accolta, in particolare, nel caso in cui la demolizione, disposta molto tempo dopo l'abuso, avesse colpito un soggetto diverso da quello che aveva commesso l'abuso (n. 1016 del 2014 cit.; sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5158; 15 luglio 2013, n. 3847), o comunque nel caso in cui l'amministrazione fosse stata per lungo tempo a conoscenza dell'abuso, senza però adottare misure repressive (sez. V, 9 settembre 2013, n. 4470).

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 17 ottobre 2017 n. 9, confermando il primo degli orientamenti riportati, ha affermato 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»*.

La sentenza inoltre conferma che la demolizione di opere edilizie abusive può essere disposta nei confronti del proprietario attuale dell'opera (o di chi ne abbia la disponibilità), anche se non abbia avuto alcuna parte della commissione dell'abuso (orientamento espresso da sez. VI, 26 luglio 2017, n. 3694). Di diverso avviso sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3933, nel senso invece che l'applicazione della sanzione nei confronti del proprietario attuale richieda una motivazione specifica, se il proprietario abbia acquistato l'immobile in buona fede dopo la commissione dell'abuso e sia decorso lungo tempo dall'abuso stesso.

Secondo la sentenza in rassegna, il fattore tempo, nell'ipotesi in cui l'edificazione sia avvenuta nella totale assenza di un titolo legittimante e l'amministrazione abbia provveduto solo a distanza di un considerevole lasso di tempo all'adozione dell'ingiunzione di demolizione, incide in modo totalmente differente dall'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 riguardo la sentenza rileva che:

- a) 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 legge n. 241 del 1990) volta a rafforzare l'onere motivazionale gravante in capo all'amministrazione, trattandosi solo di stabilire sino a che punto e in che termini l'ordinamento si debba far carico di tutelare un siffatto stato di legittimo affidamento;

- b) 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 principi che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria.

3.2. L'incidenza del fattore tempo nel diverso caso di annullamento d'ufficio del titolo.

Sul tema dell'annullamento d'ufficio di un provvedimento abilitativo in materia edilizia una parte della giurisprudenza riteneva che il ripristino della legalità violata ne fosse condizione necessaria e sufficiente (sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; 5 febbraio 2015, n. 562; sez. V 8 novembre 2012, n. 5691).

Un diverso e contrario orientamento riteneva che dovesse applicarsi comunque la disciplina generale in tema di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi e che, pertanto, fosse richiesta una motivazione inerente all'interesse pubblico perseguito, in considerazione anche dell'interesse del privato, destinatario dell'atto suscettibile di annullamento (sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 351; sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 915; sez. III, 9 maggio 2012, n. 2683; sez. IV, 10 agosto 2011, n. 4770).

Con la sentenza 17 ottobre 2017, n. 8 l'Adunanza plenaria ha enunciato il seguente principio di diritto:

«nella vigenza dell'articolo 21 nonies della l. 241 del 1990 – per come introdotto dalla l. 15 del 2005 - l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole.

In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi:

i) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro;

ii) che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del ius poenitendi);

iii) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante

sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte».

Va segnalato che l'Adunanza plenaria n. 8 del 2017 si è pronunciata (come risulta espressamente precisato nella sentenza) rispetto a un annullamento d'ufficio disposto prima dell'entrata in vigore delle modifiche all'art. 21 *nonies* l. 7 agosto 1990 n. 241, introdotte dall'art. 25 del decreto legge 12 settembre 2014 n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014 n. 164, e successivamente dall'art. 6 legge 7 agosto 2015 n. 124.

In base al testo dell'art. 21 *nonies* così modificato, l'annullamento d'ufficio deve intervenire entro un termine ragionevole, *«comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici».*

Dopo la scadenza di tale termine, possono essere annullati d'ufficio solo *«i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato».*

Inoltre l'Adunanza plenaria n. 8 del 2017 ha precisato che il termine di diciotto mesi non si applicherebbe al potere regionale di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi illegittimi, che l'art. 39 d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, prevede possa essere esercitato in un termine di dieci anni: tale potere sarebbe infatti espressione di un potere *«diverso»* da quello di controllo sui titoli edilizi ed *«espressione del ruolo partecipativo della regione nella complessiva azione di governo del territorio».*

Deve evidenziarsi che, da ultimo, il termine di diciotto mesi previsto dalla norma è stato ridotto a dodici dall'articolo 63, comma 1, del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

Centrale, in entrambe le sentenze dell'Adunanza plenaria in rassegna è il tema dell'affidamento del destinatario del provvedimento amministrativo, rispetto al quale:

- a) esclude che una tolleranza duratura da parte dell'amministrazione possa incidere sul potere dell'amministrazione di repressione delle situazioni abusive o di annullamento del titolo edilizio illegittimo (nei casi, ovviamente, in cui tale annullamento non richieda una motivazione specifica);
- b) nega che l'insussistenza di qualsiasi concorso nell'abuso o nell'erronea rappresentazione dei fatti da parte dell'attuale titolare del bene possa contribuire ai fini della configurabilità di un affidamento;
- c) esclude la possibilità di ammettere un affidamento in presenza di un errore del privato, indipendentemente da ogni considerazione sui contenuti e sulle cause di tale errore;
- d) esclude, in specie ai fini risarcitori, la configurabilità di un affidamento legittimo rispetto a un provvedimento illegittimo (sez. VI, 27 settembre 2016, n. 3975).

3.3. Natura vincolata dell'ordine di demolizione.

Nel solco dei principi affermati dall'Adunanza plenaria nelle riportate pronunce, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è consolidata nel ritenere l'ordine di demolizione un

provvedimento a contenuto vincolato che non necessita né di comunicazione di avvio del procedimento né di particolare motivazione.

Si segnalano sul tema, fra le più recenti e senza pretesa di esaustività:

- a) sez. II, 8 febbraio 2024, n. 1299, secondo cui l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo ha natura di atto dovuto e rigorosamente vincolato, con la conseguenza che essa è dotata di un'adeguata e sufficiente motivazione se contiene la descrizione delle opere abusive e le ragioni della loro abusività;
- b) sez. VII, 22 gennaio 2024, n. 659, secondo cui l'ordinanza di demolizione di opere abusive non richiede una motivazione basata su un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. Il decorso del tempo non implica un affidamento legittimo da parte dei proprietari dell'abuso, poiché la tutela del legittimo affidamento si riferisce a provvedimenti amministrativi che generano aspettative stabilite e rapporti giuridici certi, cosa che non si verifica nel caso in cui le opere abusive non abbiano i titoli prescritti;
- c) sez. VII, 5 gennaio 2024, n. 212 in cui si afferma che l'attività di repressione degli abusi edilizi tramite l'emissione dell'ordine di demolizione non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento agli interessati e non prevede la possibilità per gli interessati di presentare osservazioni. Questo perché tale attività è di natura vincolata e non richiede particolari garanzie partecipative;
- d) sez. VI, 2 gennaio 2024, n. 22 secondo cui gli atti vincolati, come l'ordinanza di demolizione, non richiedono la comunicazione di avvio del procedimento in quanto non prevedono valutazioni di interesse pubblico relative alla conservazione del bene. L'ordine di demolizione, come gli altri provvedimenti sanzionatori edilizi, è un atto dovuto e non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, in quanto si tratta di una misura sanzionatoria per l'accertamento dell'inosservanza di disposizioni urbanistiche, regolamentata rigidamente dalla legge;
- e) sez. VII, 18 ottobre 2023, n. 9086 in cui è stato affermato che, a fronte della natura pacificamente abusiva dei manufatti, il comune non è tenuto né a comunicare l'avvio del procedimento, né ad instaurare alcun contraddittorio, né a motivare sull'interesse pubblico alla demolizione. Trattandosi di atto vincolato, il provvedimento è sufficientemente motivato con la specifica descrizione delle opere abusive e l'indicazione delle norme violate. Proprio per tale natura dell'atto il provvedimento non sarebbe annullabile né per questo né per altri vizi procedurali, ai sensi dell'art. 21 *octies* L. 241 del 1990. Parimenti infondata è la censura di assenza nel provvedimento di una motivazione rafforzata sull'interesse pubblico alla demolizione dopo il lungo tempo trascorso, alla stregua dei principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9 del 2017. Dunque l'ordine di demolizione costituisce atto dovuto mentre la possibilità di non procedere alla rimozione degli abusi costituisce solo un'eventualità della fase esecutiva, subordinata alla circostanza dell'impossibilità del ripristino dello stato dei luoghi;
- f) sez. VII, 13 ottobre 2023, n. 8923 secondo cui i provvedimenti repressivi degli abusi edilizi - quale l'ordine di demolizione - sono provvedimenti tipizzati e vincolati, che

presuppongono un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere realizzate e sul carattere abusivo delle medesime, con la conseguenza che per la loro adozione non è necessario l'invio della comunicazione di avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto e non essendo richiesta una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né, ancora, alcuna motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare;

- g) sez. VI, 30 agosto 2023, n. 8049 ove si afferma che l'ordine di demolizione di manufatti abusivi non necessita di una specifica motivazione sulla ricorrenza del concreto interesse pubblico alla loro rimozione, avendo già il legislatore, a monte, provveduto alla relativa ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato. L'attività di repressione degli abusi edilizi, che si concretizza anche con l'emanazione dell'ordinanza di demolizione, che ha natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso;
- h) sez. VII, 28 agosto 2023, n. 7987 secondo cui l'ordine di demolizione non necessita di una motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che impongono la rimozione dell'abuso, neppure nel caso in cui l'ordine di demolizione dell'immobile intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso;
- i) sez. VII, 21 agosto 2023, n. 7832 secondo cui in presenza di interventi edilizi eseguiti in assenza di permesso di costruire, l'ordine di demolizione che consegue all'accertamento della natura abusiva delle opere edilizie, come tutti i provvedimenti sanzionatori edilizi, è un atto dovuto e, in quanto tale, non deve assicurare le garanzie partecipative;
- j) sez. VII, 18 agosto 2023, n. 7816 secondo cui la repressione degli abusi edilizi con l'emissione dell'ordine di demolizione costituisce attività di natura vincolata, sicché la stessa non è assistita da particolari garanzie partecipative, tanto da non ritenersi necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento agli interessati;
- k) sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7785 la quale afferma che l'ordinanza di demolizione è un atto dovuto e rigidamente vincolato; pertanto, essa è dotata di un'adeguata e sufficiente motivazione, che consiste nella descrizione delle opere abusive e nella constatazione della loro abusività;
- l) sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7776 secondo cui in presenza di abusi edilizi, per giustificare il provvedimento conclusivo adottato è sufficiente la motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell'atto, alla luce delle risultanze acquisite, non essendo necessario motivare il mancato rilievo riconosciuto agli eventuali apporti della parte privata;
- m) sez. VI, 16 agosto 2023, n. 7785 secondo cui l'ordinanza di demolizione ha natura di un atto dovuto e rigidamente vincolato, dove la repressione dell'abuso corrisponde all'interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi illecitamente alterato, conseguentemente essa è già dotata di un'adeguata e

- sufficiente motivazione, che consiste nella descrizione delle opere abusive e nella constatazione della loro abusività;
- n) sez. VII, 14 agosto 2023, n. 7756 in cui si afferma che l'attività di repressione degli abusi tramite l'emissione dell'ordine di demolizione rappresenta un'attività di natura vincolata; al riguardo non è da ritenersi necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento agli interessati;
 - o) sez. II, 1 giugno 2023, n. 5416 secondo cui in presenza di un illecito edilizio il provvedimento demolitorio assume, per pacifica giurisprudenza, natura vincolata e doverosa anche a distanza di lungo tempo dalla commissione dell'abuso e la sua adozione non richiede specifica motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse diverse da quelle al mero ripristino della legalità violata;
 - p) sez. VI, 12 maggio 2023, n. 4794 la quale afferma che l'ordine di demolizione, conseguente alla realizzazione di opere eseguite in assenza o in difformità del titolo edilizio, ha carattere doveroso e vincolato e, pertanto, non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento;
 - q) sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2799 e 28 marzo 2018, n. 1959 secondo cui la comunicazione di avvio del procedimento non è necessaria ai fini dell'esercizio del potere repressivo in materia edilizia avendo questo carattere interamente doveroso. A ciò consegue che, anche laddove l'amministrazione, con lo stesso provvedimento, ritiri in autotutela il precedente ordine di demolizione e, nel riesercizio del potere, ne adotti uno nuovo parimenti non è dovuta la suddetta comunicazione essendo anche tale nuovo provvedimento di natura vincolata;
 - r) sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5595 secondo cui non sussiste in capo all'amministrazione comunale un obbligo di comunicare preventivamente l'avvio del procedimento per l'adozione del provvedimento di demolizione, né di motivare ampiamente sulle ragioni di pubblico interesse che lo hanno supportato;
 - s) sez. IV, 16 giugno 2017, n. 2948 secondo cui, essendo l'ordine di demolizione atto avente natura vincolata, non è configurabile il vizio di sproporzionalità;

3.4. Ordine di demolizione delle opere realizzate in forza di permesso di costruire decaduto.

Va segnalata la recentissima sentenza non definitiva del Consiglio di Stato, sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228 che ha deferito all'Adunanza plenaria il seguente quesito: quale sia la disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e che non siano state oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio.

La seconda sezione sollecita l'intervento nomofilattico dell'Adunanza plenaria per risolvere il dubbio interpretativo in ordine agli effetti – *ex tunc* o *ex nunc* – della decadenza del permesso di costruire rilasciato nel caso di mancato completamento delle opere assentite con il titolo nel termine, eventualmente prorogato, di cui all'art. 15, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

Nel rimettere le questioni all'Adunanza plenaria, la seconda sezione del Consiglio di Stato:

a) ha rilevato come sulla predetta questione si sia ripetutamente espressa la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale: i) la decadenza dal titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori nei termini – cioè per fatto imputabile al titolare e relativo alle modalità di utilizzo/inutilizzo del titolo – ha efficacia *ex nunc* e non *ex tunc* e quindi non implica l'obbligo di disporre la demolizione delle opere realizzate nel periodo di validità del titolo edilizio (le quali, perciò, non possono essere ritenute abusive) – ove queste risultino conformi al progetto approvato con il permesso di costruire – ma comporta semplicemente la necessità, per il titolare decaduto, di chiedere un nuovo permesso per l'esecuzione delle opere non ancora ultimate; ii) in mancanza di proroga o rinnovo del titolo, gli interventi effettuati successivamente alla decadenza del titolo risultano abusivi, il che comporta la legittimità dell'ordine di demolizione solo per quanto realizzato successivamente all'intervenuta decadenza, ma non per quanto realizzato in precedenza, richiamando in tal senso:

a1) Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2022, n. 5258, secondo cui *«In generale, va ribadito che ai sensi dell'art. 15 d.P.R. n. 380 [del] 2001, l'inutile decorso del termine triennale d'efficacia del titolo edilizio comporta la decadenza dello stesso titolo per la parte non eseguita alla scadenza dei relativi termini e inibisce l'ulteriore corso dei lavori, ma non determina l'illiceità di quanto già realizzato nella vigenza del titolo stesso, purché dette opere siano autonome e scindibili rispetto a quelle da demolire»;*

a2) Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 19 marzo 2021, n. 1377, per il quale, seppure *«il principio secondo cui l'inutile decorso del termine triennale d'efficacia del titolo edilizio, operando ex tunc, inibisce solo l'ulteriore corso dei lavori ma non determina l'illiceità di quanto già realizzato nella vigenza del titolo stesso [...], ma occorre che dette opere siano in effetti autonome e scindibili, rispetto a quelle da demolire»;*

a3) Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2019, n. 8605, secondo cui *«Va esclusa [...] una eventuale decadenza del titolo edilizio per mancata ultimazione dei lavori nel termine triennale non consentirebbe la demolizione del manufatto, operando l'effetto decadenziale ex nunc e lasciando, pertanto, salve le opere a tale data già realizzate. Invero, in una corretta interpretazione dell'articolo 15 del [d.P.R. n. 380 del 2001], la decadenza impedisce solo l'ulteriore corso dei lavori ma non determina illiceità urbanistica di quanto già realizzato nella vigenza del titolo edificatorio»*

a4) Cons. Stato, sez. IV, sentenza 6 agosto 2019, n. 5588 ricorda come:

- la disciplina generale introdotta, a regime, dalla riforma del 1977 che, all'art. 4, comma 4, della legge 28 gennaio 1977, n. 10, recante “Norme per la edificabilità dei suoli” ha previsto, per la prima volta, un termine triennale per la ultimazione dell'opera prevedendo altresì, al successivo comma 5, che *«Qualora i lavori non siano ultimati nel termine stabilito, il concessionario deve presentare istanza diretta ad ottenere una nuova concessione; in tal caso la nuova concessione concerne la parte non ultimata»;*

- tale disciplina è stata successivamente confermata dall'art. 15, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001 secondo cui *«La realizzazione della parte dell'intervento non ultimata nel termine stabilito è subordinata al rilascio di nuovo permesso per le opere ancora da eseguire, salvo che le stesse non rientrino tra quelle realizzabili mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'articolo 22. Si procede altresì, ove necessario, al ricalcolo del contributo di costruzione»;*

- l'intervenuta decadenza, realizzatasi per superamento dei termini previsti per la realizzazione della costruzione, comporta i) la impossibilità di realizzare la "parte non eseguita" dell'opera a suo tempo assentita; ii) la necessità del rilascio di un nuovo titolo edilizio per le opere ancora da eseguire, sempre che le stesse non possano essere realizzate sulla base di denuncia di inizio attività. In sostanza, una volta intervenuta la decadenza, chiunque intenda completare la costruzione necessita di un nuovo ed autonomo titolo edilizio, che deve provvedere a richiedere, sottoponendosi ad un nuovo *iter* procedimentale, volto sia a verificare la coerenza di quanto occorre ancora realizzare con le prescrizioni urbanistiche vigenti nell'attualità, sia, se del caso (e come la norma prevede), a provvedere al "ricalcolo del contributo di costruzione" (Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1747);

b) ha sottolineato:

b1) come il testo unico dell'edilizia abbia differenziato gli effetti dell'edificazione eseguita: *i)* in assenza o in totale difformità del permesso di costruire cui consegue ai sensi dell'art. 31 t.u. edilizia; *ii)* in base ad un permesso di costruire successivamente annullato prevedendo, in tal caso, ai sensi dell'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, la possibilità che in luogo della demolizione possa essere applicata dall'amministrazione una sanzione pecuniaria con salvezza degli interventi edilizi eseguiti;

b2) il trattamento più mite previsto dall'art. 38 che si ispira ad un principio di tutela degli interessi del privato per l'esecuzione di opere edilizie conformi ad un titolo abilitativo successivamente rimosso, rispetto ad altri interventi abusivi eseguiti sin dall'origine in assenza di titolo (Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2155);

b3) come alla luce di tali coordinate, prevedere la demolizione ex art. 31 in una fattispecie di opere eseguite in conformità ad un titolo (nemmeno rimosso ma semplicemente) decaduto, non appare rispondente a tali criteri di graduazione del trattamento sanzionatorio;

b4) che nonostante tali argomentazioni favorevoli all'effetto *ex nunc* della decadenza, ex art. 15 t.u. edilizia, del titolo edilizio, l'orientamento del giudice di primo grado che ipotizza l'effetto «*ex tunc* assoluto» non appare ragionevole:

- pur dovendosi escludere, in carenza di una norma che espliciti il regime delle opere parzialmente eseguite cui non faccia seguito il completamento dei lavori in virtù di un nuovo titolo, l'applicazione analogica di una disciplina sanzionatoria espressamente circoscritta ad opere eseguite senza titolo (o in difformità dallo stesso);

- potendosi, tuttavia, ritenere che l'opera parziale costituisca un manufatto difforme dall'intervento edilizio autorizzato, e per questa via possa ritenersene precluso il mantenimento.

Con riferimento alla disposizione di cui all'art. 15 avente natura regolamentare, si segnala come l'inciso oggetto del dubbio interpretativo in esame – ossia “Decorsi tali termini il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga” – fosse già stato oggetto di segnalazione, in funzione correttiva, da parte del Consiglio di Stato, Ad. gen., parere 23 marzo 2001, n. 3/2001 che:

- i) esprimendosi sullo schema del d.P.R. n. 380 del 2001 aveva suggerito, per ragioni di chiarezza, di introdurre il seguente inciso "Decorso tale termine la concessione decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza venga richiesta una proroga. La proroga può essere concessa con provvedimento motivato", così chiarendo l'impossibilità di completare l'opera successivamente al definitivo spirare del termine senza la preventiva richiesta della proroga;
- ii) ha inciso, invece, sull'attuale formulazione dell'articolo in ordine ai presupposti della proroga del termine di ultimazione, avendo osservato come:
- iii) la norma di riferimento – ossia l'art. 4 della l. n. 10 del 1997 – ancorasse tale possibilità esclusivamente in considerazione della mole dell'opera da realizzare o delle sue particolari caratteristiche tecnico-costruttive; ovvero quando si tratti di opere pubbliche il cui finanziamento sia previsto in più esercizi finanziari;
- iv) rispetto a tali previsioni l'originario articolato avesse un contenuto più ridotto, mancando ogni riferimento alla mole ed ai finanziamenti, nutrendo così dubbi –anche nell'ottica delegificante – sulla possibilità, e ancor più sull'opportunità, di modificare i requisiti e presupposti per la proroga;
- v) ha sottolineato come il riferimento all'agibilità per individuare il termine finale di efficacia del titolo edilizio mal si concilia con il procedimento per il rilascio del certificato di agibilità, distinto e successivo all'ultimazione dei lavori di finitura dell'immobile, suggerendo pertanto di fare riferimento al completamento dell'opera anziché alla sua agibilità.

Con riferimento all'esistenza di un contrasto interpretativo reale e (non solo potenziale) circa gli effetti della decadenza del permesso di costruire per l'inutile decorso dei termini di inizio e conclusione dei lavori previsti dall'art. 15, si distingue concettualmente:

- vi) l'inefficacia *ex tunc* del permesso di costruire (c.d. inefficacia *ex tunc* assoluta) con conseguente abusività anche delle opere realizzate nella vigenza del titolo edilizio successivamente decaduto:
 - qualora - tanto in termini di astratta compatibilità con gli strumenti urbanistici e con i vincoli gravanti sull'area, quanto in concreto con riferimento al rilascio della proroga o di nuovo titolo abilitativo - sia impossibile giuridicamente portare a compimento, secondo il progetto approvato, l'opera iniziata (T.a.r. per la Campania, sez. VII, 22 febbraio 2022, n. 1197, in fattispecie sulla quale si è espressa, in sede di appello, la segnalata pronuncia della sez. II, 7 marzo 2024, n. 2228 che ha deferito all'Adunanza plenaria il quesito riguardante quale sia la disciplina giuridica applicabile alle opere parzialmente eseguite in virtù di un titolo edilizio decaduto e che non siano state oggetto di intervento di completamento in virtù di un nuovo titolo edilizio);
 - qualora le opere fino a qual momento realizzate non abbiano una loro autonomia e scindibilità (Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2022, n. 5258; ord. 19 marzo 2021, n. 1378);

- la decadenza costituisce l'effetto automatico dell'inutile decorso del termine entro cui i lavori si sarebbero dovuti iniziare e concludere. Pertanto, essa ha natura non già costitutiva, bensì dichiarativa con efficacia *ex tunc* d'un effetto verificatosi *ex se* (Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2016, n. 1520);
- vi) l'inefficacia *ex nunc* su cui:
 - Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2023, n. 11195 secondo cui *«la decadenza del permesso di costruire opera ex nunc e non ex tunc perché, ai sensi dell'art. 15, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, l'omessa tempestiva ultimazione dell'opera non rende abusiva la parte che sia stata eseguita, ma comporta soltanto che l'intervento non possa essere completato, se non previo conseguimento di un nuovo titolo edilizio: quindi la sopravvenuta inefficacia del provvedimento opera esclusivamente per il futuro e non anche per il passato»;*
 - Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2020, n. 2078 per cui *«Va precisato, infatti, che il titolo edilizio era e resta legittimo, decadendo nei suoi effetti autorizzatori, ai sensi del comma 1, dell'art. 15 solo per la parte non eseguita»;*
 - Cass. pen., sez. III, 2017, n. 43175, secondo cui *«la situazione che si determina alla scadenza del termine previsto dalla concessione per l'edificazione del manufatto deve essere equiparata alla totale assenza di concessione edilizia. I termini per l'inizio dei lavori e per la loro ultimazione devono essere obbligatoriamente indicati nell'atto di concessione e sono configurati come termini di validità ed efficacia della concessione stessa. Essi operano perciò automaticamente, indipendentemente da un'apposita dichiarazione amministrativa. Dopo l'inutile scadenza di tale termine la concessione è tamquam non esset, sicché i lavori edilizi iniziati o ultimati dopo la relativa scadenza restano privi di titolo abilitativo, indipendentemente da una dichiarazione amministrativa di decadenza, e v e vanno pertanto soggetti alla sanzione penale (all'epoca) prevista dall'art. 20 della l. 28 febbraio 1985 n. 47»;*

vii) l'efficacia *ex tunc* del provvedimento dichiarativo o dell'effetto decadenziale automatico – a prescindere dall'epoca del suo accertamento – da ancorarsi al momento in cui il termine previsto dall'art. 15, comma 2, è spirato, c.d. efficacia *ex tunc* parziale; tale indirizzo tiene anche conto della complessità degli accertamenti tecnici richiesti al comune e della impossibilità di configurare una azione diretta in giudizio per far valere la decadenza del titolo (Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 2021, n. 7373; 16 giugno 2021, n. 4648; 25 marzo 2020, n. 2078; 5 luglio 2017, n. 3283; sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1013; sez. III, 4 aprile 2013, n. 1870).

Con riferimento agli impedimenti assoluti all'avvio e all'ultimazione dei lavori si evidenzia:

- viii) la clausola tipizzata di cui all'art. 15, comma 2 *bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001 – comma introdotto dall'art. 17, comma 1, lett. f), n. 1), del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164 e successivamente dall'articolo 7 *bis*, comma 1, del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2022, n. 91 - dispone: *«La proroga dei termini per l'inizio e l'ultimazione dei lavori è comunque accordata qualora i lavori non possano essere iniziati o conclusi per iniziative dell'amministrazione o dell'autorità giudiziaria rivelatesi poi infondate»;*
- ix) Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 1996 n. 535, secondo cui un contenzioso giudiziario riguardante il terreno oggetto di concessione edilizia possa costituire

causa di forza maggiore, che dà titolo alla proroga del termine per l'ultimazione dei lavori;

x) in ordine all'automaticità dell'effetto sospensivo del termine per *factum principis* e forza maggiore o alla necessità che tale effetto sia oggetto di apposita istanza si registrano contrapposti orientamenti giurisprudenziali:

- per l'automaticità, Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2005, n. 4864;

- per la necessità di un'istanza, Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2024; sez. VI, 30 giugno 2020, n. 4179 secondo cui *«atti sopravvenuti estranei alla volontà del titolare del permesso e tali fatti sopravvenuti (che possono consistere nel factum principis o in altri casi di forza maggiore) non hanno un rilievo automatico, ma possono costituire oggetto di valutazione in sede amministrativa quando l'interessato proponga una domanda di proroga, il cui accoglimento è indefettibile perché non vi sia la pronuncia di decadenza»*;

xi) con riferimento al riparto dell'onere della prova e all'onere istruttorio e motivazionale a carico della P.A., Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2022, n. 4033, secondo cui *«L'onere della prova del mancato inizio dei lavori assentiti con licenza edilizia incombe al Comune che ne dichiara la decadenza, alla stregua del principio generale in forza del quale i presupposti dell'atto adottato devono essere accertati dall'autorità emanante»*.

Con riferimento alla giurisprudenza penale:

xii) Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2018, n. 56678 in tema di edificazione effettuata sulla base di un titolo inefficace;

xiii) Cass. pen. sez. III, 9 maggio 2017, n. 22308 secondo cui *«La valutazione di un'opera edilizia abusiva va effettuata con riferimento al suo complesso, non potendosi considerare separatamente i singoli componenti, così che, in virtù del concetto unitario di costruzione, la stessa può dirsi completata solo ove siano terminati i lavori relativi a tutte le parti dell'edificio, con la conseguenza che la permanenza del reato di costruzione in difetto del permesso di costruire cessa con la realizzazione totale dell'opera in ogni sua parte»*.

4. Inottemperanza all'ordine di demolizione.

4.1. Il quadro normativo.

Sulla base del comma 2 dell'art. 27 t.u. edilizia, fin da quando cominciano i lavori abusivi e anche dopo la loro esecuzione, l'amministrazione può immediatamente disporre ed effettuare – senza la previa intimazione al proprietario – la materiale demolizione delle opere e il ripristino dello stato dei luoghi, anticipando le relative spese e ponendole a carico dei soggetti indicati dall'art. 29, comma 1.

Il comma 2 dell'art. 27 disciplina un peculiare e semplificato procedimento, volto alla immediata repressione dell'abuso, con il quale l'amministrazione dispone la demolizione materiale senza alcun differimento, verosimilmente quando non vi sia bisogno di particolari accertamenti sull'abusività dei lavori e vi siano le relative risorse tecniche e finanziarie.

L'art. 31 (che contiene disposizioni in parte riprodotte dei commi dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985), al comma 2, disciplina la diversa ipotesi in cui il comune – anziché procedere esso stesso senz'altro alla demolizione o dopo avere attivato il procedimento

previsto dall'art. 27 senza concluderlo – accerta «l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32» e «ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3».

I successivi due commi dell'articolo 31 dispongono che:

«3. Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita.

4. L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al comma 3, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente».

Quindi ai sensi dell'articolo 31, il comune, qualora non abbia effettuato esso stesso la demolizione materiale delle opere abusive e la rimessione in pristino, deve ordinare al responsabile la loro demolizione.

Se il responsabile non ottempera all'ordine di demolizione entro il termine perentorio di 90 giorni, si verificano le conseguenze previste dai commi 2, 3 e 4 del testo originario dell'art. 31 ed aventi per oggetto le opere abusive, nonché quelle previste dai commi 4 *bis*, 4 *ter* e 4 *quater*, introdotti nell'art. 31 con la legge n. 164 del 2014, relative all'irrogazione delle sanzioni pecuniarie.

Dunque, per espressa previsione di legge, la mancata esecuzione dell'ordine di ripristino impartito dal dirigente comunale comporta l'acquisizione gratuita del bene abusivo e dell'area di sedime al patrimonio del comune.

4.2. I principi espressi dall'Adunanza plenaria.

Con la sentenza 11 ottobre 2023, n. 16 l'Adunanza plenaria ha chiarito:

- quali sono le conseguenze della mancata demolizione del bene immobile abusivo dopo l'ingiunzione di ripristino;

- la natura dichiarativa dell'atto di acquisizione del bene abusivo al patrimonio pubblico salvo che per la parte riguardante l'area di sedime in precedenza non individuata, in relazione alla quale assume natura costitutiva;

- la irretroattività della sanzione aggiuntiva introdotta dall'art. 31, comma 4 *bis*, d.P.R. n. 380 del 2001.

I principi enunciati sono i seguenti:

«a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione contra ius e costituisce un illecito amministrativo omissivo propter rem, distinto dal precedente illecito – avente anche rilevanza penale – commesso con la realizzazione delle opere abusive;

b) la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario - alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;

c) *l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo propter rem - l'acquisto ipso iure del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);*

d) *l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato;*

e) *la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore».*

L'intervento ripristinatorio, rileva l'Adunanza plenaria, è modulato dall'art 31 d.P.R. n. 380 del 2001 in quattro fasi.

4.2.1. Prima fase: attività possibili nei 90 giorni dall'intimazione.

Una prima fase sfocia in un accertamento istruttorio e si conclude, in caso di verifica positiva dell'esistenza dell'illecito, con un'ordinanza che ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto in caso di inottemperanza all'ordine:

- la mancata individuazione della detta area non comporta l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, potendo la sua individuazione avvenire con il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza (Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2023, n. 4563):
- entro il termine perentorio di 90 giorni, il destinatario dell'ordine di demolizione può formulare l'istanza di accertamento di conformità prevista dall'art. 36, comma 1, del testo unico n. 380 del 2001 (l'art. 36, comma 1, infatti, consente la presentazione di tale istanza «fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative» e dunque prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino ovvero – nel caso in cui ciò non sia possibile – prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli articoli 33 e 34 del d.P.R. n. 380 del 2001);
- l'art. 36 è entrato in vigore prima dell'introduzione del comma 4 bis dell'art. 31 e ovviamente non poteva far riferimento anche a quest'ultimo. Pertanto la disposizione non può che essere interpretata nel senso che l'accertamento di conformità può essere richiesto prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino ovvero – nel caso in cui ciò non sia possibile – prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli artt. 33 e 34 d.P.R. n. 380 del 2001;
- non può invece ritenersi che l'istanza ex art. 36 comma 1, possa essere presentata fino all'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4 bis dell'art. 31,

facendo leva sul riferimento generico contenuto nell'art. 36 alla locuzione "fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative": infatti, la situazione del proprietario, che lascia trascorrere inutilmente il termine per demolire, è quella del soggetto non più legittimato a presentare l'istanza di accertamento di conformità, avendo perduto ogni titolo di legittimazione rispetto al bene;

- entro il termine di 90 giorni, il destinatario dell'ordinanza di demolizione può anche chiederne una proroga, qualora dimostri la sua concreta volontà di disporre la demolizione e sussistano ragioni oggettive che rendano impossibile il completamento della *restitutio in integrum* entro tale termine.

4.2.2. Seconda fase: conseguenze dell'inutile decorso dei 90 giorni.

Una seconda fase si attiva decorso il termine di 90 giorni dalla notifica del provvedimento di demolizione agli interessati (o il diverso termine prorogato dall'amministrazione su istanza di quest'ultimi) con un sopralluogo sull'immobile, che si conclude con l'accertamento positivo o negativo dell'esecuzione dell'ordinanza di ripristino e le seguenti alternative e considerazioni:

- a) nel caso di accertamento positivo, l'autore dell'abuso mantiene la titolarità del suo diritto, non potendo l'Amministrazione emanare l'atto di acquisizione; l'ordinamento, dunque, incentiva l'autore dell'illecito a rimuoverne le conseguenze materiali, con la prospettiva del mantenimento del suo diritto reale nel caso di tempestiva esecuzione dell'ordinanza di demolizione;
- b) nel caso di accertamento negativo, l'amministrazione rileva che vi è stata l'acquisizione *ex lege* al patrimonio comunale (salvi i casi previsti dal comma 6) del bene come descritto nell'ordinanza di demolizione (ovvero come descritto nello stesso atto di acquisizione con l'indicazione dell'ulteriore superficie nel limite del decuplo di quella abusivamente costruita);
- c) alla scadenza del termine di 90 giorni, l'amministrazione è dunque *ipso iure* proprietaria del bene abusivo ed il responsabile non è più legittimato a proporre l'istanza di accertamento di conformità;
- d) come ha evidenziato la Corte costituzionale, l'ordine di demolizione e l'atto di acquisizione al patrimonio comunale costituiscono due distinte sanzioni, che rappresentano «*la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi dapprima esegue un'opera abusiva e, poi, non adempie all'obbligo di demolirla*» (sentenze 5 luglio 2018, n. 140; 12 settembre 1995, n. 427; 15 luglio 1991, n. 345);
- e) la sanzione disposta con l'ordinanza di demolizione ha natura riparatoria ed ha per oggetto le opere abusive, per cui l'individuazione del suo destinatario comporta l'accertamento di chi sia obbligato *propter rem* a demolire e prescinde da qualsiasi valutazione sulla imputabilità e sullo stato soggettivo (dolo, colpa) del titolare del bene;
- f) invece, l'acquisizione gratuita, quale conseguenza dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e della relativa omissione, ha natura affittiva (così come la correlata sanzione pecuniaria. In considerazione di tale natura affittiva, deve essere

affermato in materia anche il principio per il quale deve esservi l'imputabilità dell'illecito omissivo della mancata ottemperanza;

- g) pertanto l'atto di acquisizione delle opere abusive al patrimonio comunale non può essere emesso quando risulti la non imputabilità - per una malattia completamente invalidante - della mancata ottemperanza da parte del destinatario dell'ordine di demolizione (salvi gli obblighi del suo eventuale rappresentante legale);
- h) per il principio della vicinanza alla fonte della prova, è specifico onere per il destinatario dell'ordine di demolizione – o, in ipotesi, del suo rappresentante legale – dedurre e comprovare la sussistenza di tale non imputabilità: l'amministrazione, in assenza di comprovate deduzioni, deve emanare l'atto di acquisizione.

4.2.3. Terza fase: immissione in possesso.

La terza fase – già disciplinata dal testo originario dell'art. 31 e poi disciplinata anche dalla legge n. 164 del 2014, che ha ivi aggiunto i commi 4 *bis*, 4 *ter* e 4 *quater* – si apre con la notifica dell'accertamento dell'inottemperanza all'interessato e concerne l'immissione nel possesso del bene e la trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari; ne discende che:

- a) quest'ultimo adempimento, che deve essere compiuto con sollecitudine, rappresenta un atto indispensabile al fine di rendere pubblico nei rapporti con i terzi l'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà e consolidarne gli effetti, sicché ai sensi di quanto disposto dal comma 4 *bis* dell'art. 31 deve ritenersi che rappresenti un elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente, al pari della tardiva o mancata adozione della stessa sanzione che con l'atto di accertamento viene irrogata;
- b) con tale notifica, il bene si intende acquisito a titolo originario al patrimonio pubblico – con decorrenza dalla scadenza del termine fissato dall'art. 31, salva la proroga eventualmente disposta – e di conseguenza eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione (Cons. Stato, sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2459);
- c) l'accertamento della inottemperanza certifica il passaggio di proprietà del bene al patrimonio pubblico e costituisce il titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente;
- d) ai sensi dell'art. 31 t.u. edilizia (già nel suo testo originario), l'acquisto *ipso iure* del bene abusivo da parte dell'amministrazione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo ricadente *propter rem* sull'autore dell'abuso e sui suoi aventi causa;
- e) infatti, l'obbligo di demolire il proprio manufatto entro il termine fissato dall'amministrazione dopo la scadenza di tale termine viene meno (non potendo più il responsabile demolire un bene che non è più suo) ed è sostituito *ex lege* dall'obbligo di rimborsare all'amministrazione tutte le spese che essa poi sostenga per demolire il bene abusivo;

- f) sotto il profilo civilistico, l'acquisto *ipso iure* da parte del comune comporta l'applicabilità dell'art. 2053 del codice civile, sulla responsabilità del proprietario nei confronti dei terzi per i danni derivanti dalla rovina dell'edificio, salva l'applicazione dell'articolo 2051 dello stesso codice, sulla responsabilità di chi continui a possedere l'edificio abusivo, fin quando l'Amministrazione si sia immessa nel possesso, in esecuzione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione.

Per completezza va segnalato che la giurisprudenza si è espressa nel senso che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive realizzate rappresenti una misura avente come presupposto la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine fissato dalla legge nonché la sussistenza di una responsabilità in capo a chi la subisce (Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2022, n. 10358).

Tale misura incide sul diritto di proprietà e, quindi, correttamente vede come destinatario il proprietario del bene che è onerato di attivarsi per ottemperare all'ordinanza di demolizione, proprio al fine di evitare l'acquisizione (sez. VII, 18 agosto 2023, n. 7825).

4.2.4. Quarta fase: le sorti dell'immobile acquisito.

La quarta (ed eventuale) fase riguarda il 'come' l'amministrazione intenda gestire il bene ormai entrato nel patrimonio comunale:

- a) a seguito della perdita *ipso iure* del bene, pur se accertata successivamente, chi lo possiede ormai senza idoneo titolo giuridico non può né demolirlo, né modificarlo, ed è tenuto a corrispondere un importo all'amministrazione proprietaria per la sua disponibilità che avviene *sine titulo*;
- b) in alternativa alla demolizione del bene il consiglio comunale può, ai sensi del secondo periodo del comma 5 dell'art. 31, deliberare il mantenimento in essere dell'immobile abusivo, che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (Corte cost., sentenza 5 luglio 2018, n. 140) è una via del tutto eccezionale, che può essere percorsa per la presenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico.

La regola della necessità di procedere alla demolizione delle opere abusive si applica infatti anche alla pubblica amministrazione, una volta che abbia acquisito al proprio patrimonio l'opera illegittima.

Secondo la Corte costituzionale:

- c) l'aver previsto che, a fronte delle violazioni più gravi della normativa urbanistico-edilizia – quali sono la realizzazione di opere in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali rispetto a esso – si debba fare luogo, da parte dello stesso responsabile dell'abuso o, in difetto, del comune che abbia perciò acquisito il bene, alla demolizione dell'opera abusiva (art. 31, comma 6, d.P.R. n. 380 del 2001), esprime una scelta fondamentale del legislatore statale;
- d) pertanto è costituzionalmente illegittimo l'art. 2, comma 2, della legge regionale della Campania 22 giugno 2017, n. 19 il quale, prevedendo che i comuni della

regione Campania, attraverso gli atti regolamentari e d'indirizzo e avvalendosi delle linee guida, possano non demolire gli immobili abusivi acquisiti al proprio patrimonio a seguito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione - in particolare, che possano locarli o alienarli, anche agli occupanti (e anche quando questi siano i responsabili dell'abuso) -, contrasta con l'art. 117, comma 3, cost., in quanto viola il principio fondamentale in materia di "governo del territorio" espresso dai commi da 3 a 6 dell'art. 31 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che implica che l'opera abusiva acquisita al patrimonio comunale debba, di regola, essere demolita;

- e) il disallineamento della disciplina regionale rispetto al principio fondamentale della legislazione statale finisce con intaccare e al tempo stesso sminuire l'efficacia anche deterrente del regime sanzionatorio dettato dallo Stato, la cui funzione essenzialmente ripristinatoria non ne esclude l'incidenza negativa nella sfera del responsabile (sentenze nn. 345 del 1991, 427 del 1995; ord. n. 82 del 1991);
- f) in assenza di tale motivata determinazione del consiglio comunale, va senz'altro disposta, ai sensi del primo periodo del comma 5, la materiale demolizione del bene abusivo a spese del responsabile dell'abuso e dei suoi eventuali aventi causa, fermo restando che la demolizione non comporta il riacquisto dell'area di sedime, ormai definitivamente acquisita al patrimonio comunale;
- g) anche in tal caso, l'amministrazione può consentire che la demolizione possa essere effettuata dal responsabile (o dal suo avente causa), il quale può averne uno specifico interesse, per contenerne le spese, che altrimenti sarebbero anticipate anche in misura superiore dall'amministrazione, con rivalsa nei suoi confronti;
- h) salvo il caso eccezionale in cui l'amministrazione ritenga di evitare la demolizione dell'immobile ormai entrato nel suo patrimonio per soddisfare interessi pubblici, l'esito finale ordinario dell'abuso edilizio è dunque costituito dalla demolizione del manufatto abusivo (sul tema si segnala Cass. pen., sez. III, 4 settembre 2023, n. 36579 secondo cui, a fronte di una delibera consiliare dell'autorità comunale che attesti l'esistenza di prevalenti interessi pubblici rispetto al ripristino dell'assetto urbanistico violato, il giudice dell'esecuzione ha il potere di sindacare la delibera di acquisizione gratuita dell'opera abusiva al patrimonio comunale, e ciò in considerazione della natura eccezionale di una simile situazione rispetto alla demolizione, la quale ordinariamente consegue all'accertamento dell'abuso edilizio, il che impone anche un'interpretazione particolarmente restrittiva circa la sussistenza dei presupposti che legittimano la deliberazione medesima);
- i) il responsabile dell'illecito, il proprietario ed i suoi aventi causa hanno sempre il dovere di rimuoverne le conseguenze, sicché vanno distinte le seguenti fasi temporali:
 - i1) fino a quando scade il termine fissato nell'ordinanza di demolizione, questi hanno il dovere di effettuare la demolizione, che, se viene posta in essere, evita il trasferimento della proprietà del sedime al patrimonio pubblico;
 - i2) qualora il termine per demolire scada infruttuosamente, i destinatari dell'ordinanza di demolizione commettono un secondo illecito di natura omissiva, che comporta, da un lato, la perdita *ipso iure* della proprietà del bene con la conseguente e connessa irrogazione della sanzione pecuniaria e, dall'altro, la

novazione oggettiva dell'obbligo *propter rem*, perché all'obbligo di demolire il bene si sostituisce l'obbligo di rimborsare l'amministrazione, per le spese da essa anticipate per demolire le opere abusive entrate nel suo patrimonio, risultanti *contra ius* (qualora essa non abbia inteso eccezionalmente utilizzare il bene ai sensi dell'art. 31, comma 5);

i3) decorso il termine per demolire, qualora l'amministrazione non decida di conservare il bene, resta la possibilità di un'ulteriore interlocuzione con il privato per un adempimento tardivo dell'ordine di demolire, che non comporta il sorgere di un diritto di quest'ultimo alla 'retrocessione' del bene, né fa venire meno la sanzione pecuniaria irrogata, ma può evitargli, da un lato, la perdita dell'ulteriore proprietà sino a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita se non è già stata individuata in sede di ordinanza di demolizione, nonché gli eventuali maggiori costi derivanti dalla demolizione in danno. Il proprietario non ha dunque alcun diritto a porre in essere la demolizione dopo la scadenza del termine dei 90 giorni, spettando alla discrezionalità dell'Amministrazione di valutare se coinvolgerlo ulteriormente nella demolizione.

4.3. La sanzione pecuniaria ex art 31, comma 4 *bis* t.u. edilizia.

Con l'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, l'art. 31 è stato integrato con i commi 4 *bis*, 4 *ter* e 4 *quater*.

Il comma 4 *bis* del citato art. 31 prevede che: «L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria»:

- tale disposizione ha dunque previsto una ulteriore sanzione di natura afflittiva, nel caso di inottemperanza all'ordinanza di demolizione: alla tradizionale previsione dell'acquisizione di diritto al patrimonio comunale del bene abusivo e della 'area ulteriore', la riforma del 2014 ha aggiunto la doverosa irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, che deve essere disposta senza indugio (col medesimo atto di accertamento dell'inottemperanza o con un atto integrativo autoritativo successivo);

- la *ratio* di tale ulteriore previsione si basa anch'essa sull'esigenza di salvaguardare i valori tutelati dagli articoli 9, 41, 42 e 117 cost.;

- poiché il responsabile dell'illecito ha cagionato un *vulnus* al paesaggio, all'ambiente ed all'ordinato assetto del territorio, in contraddizione con la funzione sociale della proprietà, il legislatore ha inteso sanzionarlo – oltre che con la perdita della proprietà – anche con una sanzione pecuniaria, qualora non abbia ottemperato all'ordinanza di demolizione;

- in considerazione della scarsità delle risorse economiche di cui sono ordinariamente dotati i comuni e della complessità delle procedure in base alle quali le amministrazioni possono disporre la demolizione in danno e porre le spese a carico del responsabile, il legislatore ha inteso in questo modo stimolare il responsabile ad eliminare le conseguenze dell'illecito edilizio, con la previsione di una sanzione pecuniaria.

Secondo l'Adunanza plenaria:

- a) la formulazione della disposizione non lascia adito a dubbi quanto al fatto che la sanzione pecuniaria è irrogata in ragione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione: l'accertamento deve necessariamente precedere l'irrogazione della sanzione;
- b) si tratta di sanzioni che vengono irrogate a causa del mancato adempimento all'ordine di demolire, ossia in ragione di un illecito ad effetti permanenti, che si consuma con lo scadere del termine di 90 giorni assegnato dall'autorità amministrativa con l'ordine di demolizione: il loro presupposto è l'accertamento dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione;
- c) deve, pertanto, concludersi nel senso che si è in presenza di un illecito ad effetti permanenti, in quanto la perdita del bene abusivo e dell'area di sedime consegue all'inerzia nel demolire protrattasi oltre il termine di 90 giorni assegnato dall'autorità;
- d) l'acquisto del bene avviene *ope legis*, sicché l'atto di accertamento dell'inottemperanza ha natura dichiarativa;
- e) sulla base dei principi nazionali e tenuto anche conto dei principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (decisione 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l.*), la sanzione pecuniaria in questione ha la finalità di prevenzione generale e speciale, mirando a dissuadere dalla commissione degli illeciti edilizi e a salvaguardare il territorio nazionale: il comma 4 *bis* sanziona chi non si è adoperato per porre rimedio alle conseguenze derivanti dagli abusi realizzati direttamente o a causa della mancata vigilanza sui propri beni.

In argomento si segnala la successiva giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2522), secondo cui la sanzione pecuniaria prevista dall'articolo 31, comma 4 *bis*, t.u. edilizia opera esclusivamente in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione e non può essere estesa analogicamente ad altre ipotesi quali quelle dell'art. 35, evidenziandosi quindi l'importanza cruciale della corretta classificazione del suolo e della legittimità del procedimento amministrativo seguito per l'adozione di tali misure.

4.4. Destinatari dell'ordine di demolizione.

Come già visto l'art. 31, al comma 2, prevede che il comune, quando accerta l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione.

Sul tema della individuazione dei destinatari dell'ordine di demolizione si segnalano, per il loro spessore argomentativo, le seguenti pronunce:

- a) Cons. Stato, sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10331 (che richiama sez. VII, 9 gennaio 2023, n. 237) secondo cui la demolizione di un abuso edilizio va ingiunta all'attuale proprietario dell'immobile non a titolo di responsabilità effettiva, bensì per il suo rapporto materiale con il manufatto, essendo finalizzata a colpire una situazione di fatto obiettivamente antiggiuridica, nonché a ripristinare l'ordine urbanistico violato. L'abusività, infatti, configura una caratteristica di natura reale, che segue l'immobile anche nei

suoi successivi trasferimenti, con la conseguenza che la demolizione è, di regola, atto dovuto e prescinde dall'attuale possesso del bene e dalla coincidenza del proprietario con il realizzatore dell'abuso edilizio;

b) Cons. Stato, sez. II, 15 novembre 2023, n. 9799 secondo cui:

b1) in caso di abuso realizzato su suolo di proprietà pubblica, operando la regola dell'accessione, non si pone un'esigenza di coinvolgimento di chi ha la materiale disponibilità del bene, che in alcun modo può ostacolare il ripristino dello stato di un luogo che non gli appartiene; al contrario, se l'abuso è stato realizzato su proprietà privata, e il responsabile dello stesso non è reperibile, in quanto ad esempio neppure più in vita, ovvero, più banalmente, è venuto meno ogni suo rapporto con il bene, il coinvolgimento del proprietario è indispensabile per accedere allo stesso, consentendogli anche, in via preferenziale, di demolire spontaneamente, ove preferisca evitare l'esecuzione d'ufficio;

b2) quanto detto può verificarsi tipicamente in caso di edilizia convenzionata, nei quali la controparte negoziale del comune è un soggetto giuridico per così dire "di scopo", che in genere assume la veste di una cooperativa, come previsto dal legislatore, ovvero costituito al precipuo fine di garantire un'interlocuzione unica in chiave tipicamente mutualistica rispetto ai singoli soci per il limitato periodo di tempo necessario a realizzare l'obiettivo edificatorio. L'intimazione demolitoria al proprietario incolpevole, dunque, che nel caso di cui all'art. 35 è nozione concettualmente inconfigurabile, assume nell'ipotesi in esame una più spiccata coloritura informativa e partecipativa, strumentale al (comunque doveroso) ripristino, e la richiesta di fiscalizzazione che in tale contesto può conseguire, proprio perché proveniente da un soggetto privo di ogni responsabilità, lungi dall'integrare, come immaginato dalla difesa civica, una sorta di confessione stragiudiziale dell'abuso, cristallizza piuttosto la volontà e l'interesse al mantenimento dello status quo, che in quanto oggettivamente illegittimo deve essere ammesso "a tolleranza" dall'ordinamento;

b3) le evidenziate difficoltà pratiche, prima ancora che giuridiche, di reperire il responsabile, seppure individuato, non esimono il comune dall'indirizzare allo stesso l'atto demolitorio, laddove l'indicazione del proprietario, consentita anche in caso di parziale difformità seppure non prevista dalla norma, risponde all'esigenza di assicurarsi preventivamente l'esecutorietà dell'atto, al pari di quanto accade ogni qual volta allo scopo è necessario interagire con la proprietà privata, secondo il modello declinato in termini generali dall'art. 21 *ter* della l. n. 241 del 1990, che al di fuori dei casi previsti dal legislatore, richiede comunque una diffida preventiva. Il solo responsabile, infatti – e ciò anche nel modello di cui all'art. 31, ove l'imputabilità è recuperata solo a tale scopo – è tenuto a rimborsare al comune i costi dell'operazione eseguita in danno;

b4) l'art. 35 del testo unico dell'edilizia, dunque, utilizzando lo stesso riferimento al solo "responsabile" dell'abuso, ha chiaramente a mente la situazione in cui questi non possa in alcun modo divenire proprietario, in

quanto, appunto, ha costruito su suolo pubblico. Da qui la piana soluzione interpretativa secondo la quale *«nella particolare ipotesi relativa alla sanzione degli abusi realizzati sul demanio e sui beni appartenenti al patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il proprietario è esonerato totalmente dal coinvolgimento nel procedimento sanzionatorio. In questi casi specifici le sanzioni demolitorie possono essere legittimamente irrogate unicamente nei confronti del responsabile dell'abuso»* (Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2211);

b5) per contro, l'esistenza di una proprietà superficaria privata al di sopra della nuda proprietà pubblica, quale "stratificazione" tipica del modello di edilizia residenziale pubblica, quanto meno nella fase "iniziale" (per la verità destinata a durare, secondo il paradigma "normale", 99 anni), se da un lato rafforza la necessità del comune di presidiare l'avvio dell'operazione, dall'altro, una volta effettuate le assegnazioni, riverbera sui singoli assegnatari tutti gli obblighi *propter rem*, quale quello demolitorio. Diversamente opinando, il comune si vedrebbe intestata una responsabilità per posizione assai più grave di quella normalmente ascritta al proprietario del suolo, che risponde di un abuso solo nella misura in cui era consapevole della sua avvenuta realizzazione ancorché da parte di terzi;

c) C.g.a., sez. riun., parere 19 settembre 2023, n. 149, in cui, premesso che per meglio comprendere l'ambito di applicazione della superiore disposizione, è utile distinguere le due ipotesi di ingiunzione, al proprietario e al responsabile dell'abuso, si afferma:

c1) la citata disposizione di legge individua, innanzitutto, come legittimo destinatario dell'ordinanza di demolizione il «proprietario»;

c2) si tratta di una priorità che trova fondamento logico e giuridico nell'ampio contenuto del diritto che ha il proprietario sulla *res*, in forza del quale gli è consentito di intervenire per porre fine all'abuso;

c3) l'art. 31 individua quale soggetto passivo dell'ordine di demolizione chi ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso, facoltà che compete indubbiamente, prima di tutto, al proprietario, in virtù del suo diritto dominicale;

c4) sussiste, poi, un altro motivo per cui l'art. 31 individua il primo destinatario dell'ingiunzione a demolire nel proprietario: identificare, con certezza, il soggetto incaricato di rimuovere l'abuso, che coincide con il titolare del diritto di proprietà;

c5) la distinzione tra «proprietario» e «responsabile dell'abuso», contenuta nell'art. 31, ha indotto la giurisprudenza a ritenere che sia ininfluente l'accertamento della responsabilità del titolare del diritto di proprietà;

c6) è stato ripetutamente affermato, infatti, che *«il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di demolizione non è l'accertamento di responsabilità nella commissione dell'illecito, bensì l'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia: il soggetto passivo dell'ordine di demolizione viene, quindi, individuato nel soggetto che ha il potere/ dovere di rimuovere concretamente l'abuso, potere/ dovere (di natura reale) che compete indubbiamente al proprietario, anche se non responsabile in via diretta. Pertanto, affinché il proprietario di una costruzione*

abusiva possa essere destinatario dell'ordine di demolizione, non occorre stabilire se egli sia responsabile dell'abuso, poiché la stessa disposizione - art. 31, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 - si limita a prevedere la legittimazione passiva del proprietario non responsabile all'esecuzione dell'ordine di demolizione, senza richiedere l'effettivo accertamento di una qualche sua responsabilità» (Cons. Stato, sez. I, 23 settembre 2022, n. 1512);

c7) nel caso di realizzazione di opere edilizie abusive è considerato, innanzitutto, responsabile il proprietario, sebbene non in ragione di una sua responsabilità effettiva o presunta nella commissione dell'illecito edilizio, ma solo in virtù del suo rapporto materiale con la res; grava, infatti, su di lui l'obbligo di collaborazione attiva, tra cui rientra senz'altro la rimozione dell'abuso edilizio, indipendentemente dal fatto che egli fosse o meno responsabile di tale illecito, atteso che la legge *«si limita a prevedere la legittimazione passiva del proprietario non responsabile all'esecuzione dell'ordine di demolizione, senza richiedere l'effettivo accertamento di una qualche sua responsabilità»* (Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 300 che richiama sez. II, 12 settembre 2019, n. 6147);

c8) al riguardo, giova ribadire che legittimo destinatario dell'ordinanza di demolizione è, di certo, colui il quale *«si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto diretto con il manufatto illecitamente realizzato, tale da poter ripristinare l'ordine, prima ancora materiale che giuridico, alterato con la sopravvenienza oggettiva di un'opera, priva di un giusto titolo»* (C.g.a., sez. riun. del 10 gennaio 2023, n. 81);

c9) assodata la legittimazione passiva del proprietario, occorre comprendere il significato e delineare il perimetro dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, laddove individua nel «responsabile dell'abuso» l'altro soggetto passivo della sanzione della demolizione per la realizzazione dell'opera abusiva; la questione rileva solo nell'ipotesi in cui il responsabile dell'abuso non coincida con il proprietario;

c10) nel caso in cui il bene abusivamente realizzato sia nella disponibilità di un soggetto diverso dal proprietario, l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede che colui il quale ha realizzato l'abuso edilizio, avendo il godimento del bene in un dato momento, sia destinatario, al pari del proprietario, dell'ordine di demolizione; il dato letterale dell'art. 31 è chiaro laddove dispone che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione; l'utilizzo della congiunzione «e al responsabile dell'abuso» non lascia adito a dubbi;

c11) tenuto conto della responsabilità del proprietario, a prescindere dal fatto che sia l'autore dell'abuso, l'individuazione dell'effettivo responsabile dell'abuso, attraverso la notifica dell'ordinanza ingiunzione a demolire, può rilevare al fine di escludere l'applicazione della successiva sanzione dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene, nonché l'imposizione della sanzione pecuniaria, ex art. 31, comma 4 bis, del d.P.R. n. 380 del 2001; sempreché il proprietario, che non sia l'autore materiale dell'opera, una volta venuto a conoscenza

- dell'illecita attività edilizia svolta da terzi, si sia attivato contro il responsabile per obbligarlo a rimuovere l'opera abusiva;
- c12) l'ordinanza che ingiunge la demolizione è, senza alcun dubbio, una sanzione (Corte cost., n. 345 del 15 luglio 1991);
- c13) l'applicazione della sanzione demolitoria, seppur tenendo conto del carattere vincolato del procedimento e della sufficiente motivazione attraverso la descrizione delle opere abusive e la constatazione della loro abusività (C.g.a., sez. riun. del 15 marzo 2022, n. 174), non può prescindere dalla puntuale individuazione ed esplicitazione dei presupposti in fatto e in diritto su cui si fonda;
- c14) nel caso di non coincidenza del proprietario con l'autore dell'abuso edilizio occorre accertare, preliminarmente, se il conduttore sia il soggetto responsabile degli abusi edilizi e, poi, allegare le circostanze idonee ad imputare al medesimo l'effettiva realizzazione dei contestati abusi, con una puntuale motivazione;
- c15) mentre per il proprietario il rapporto che lo lega alla *res* trova fondamento nel diritto reale per eccellenza - con la conseguenza che non v'è alcun dubbio sia il soggetto passivo dell'ordine di demolizione in quanto soggetto *«che ha il potere/dovere di rimuovere concretamente l'abuso, potere/dovere (di natura reale) che compete indubbiamente al proprietario»*, estendendosi addirittura all'ipotesi in cui non sia responsabile materiale dell'abuso - nel diverso caso di abuso realizzato da soggetto diverso dal proprietario non sussiste lo stesso rapporto giuridico con la *res*, potendo detto rapporto trovare fondamento sia in un diverso diritto reale, quale ad esempio l'usufrutto, sia in mero diritto di godimento, come ad esempio il comodato;
- c16) la diversa e minore intensità del rapporto con la *res* comporta, di conseguenza, la necessità ulteriore di imputare chiaramente al responsabile dell'abuso non proprietario la realizzazione delle opere abusive;
- c17) pertanto è illegittimo il provvedimento di demolizione se il comune non allega alcuna circostanza idonea ad imputare al soggetto non proprietario l'effettiva realizzazione dei contestati abusi, né tantomeno motiva con una puntuale indicazione dei relativi presupposti in fatto e in diritto.
- d) C.g.a., sez. riun., parere n. 71 del 13 febbraio 2023 (che ha affrontato la particolare ipotesi in cui l'ordine di demolizione sia notificato ad uno soltanto dei coniugi comproprietari), secondo cui:
- d1) nell'ambito dei poteri di amministrazione e di rappresentanza in giudizio spettante disgiuntamente ai coniugi ex art. 180 del c.c., per i beni oggetto di comunione, rientra anche la legittimazione di ciascuno di essi ad essere destinatario o a ricevere notificazione di provvedimenti, quali quelli sanzionatori in materia edilizia, con effetti anche nei confronti dell'altro coniuge e, conseguentemente, di ritenere che, in mancanza di prove contrarie, anche l'altro proprietario ne abbia avuto conoscenza nella stessa data in cui ne ha avuto conoscenza il coniuge convivente (C.g.a., sez. riun., 2 dicembre 2015, n. 1184);

d2) la conferma di detto orientamento viene, da ultimo, dal Consiglio di Stato che - pur occupandosi in sede giurisdizionale di una vicenda relativa alla domanda di rilascio di titolo edilizio nel caso di pluralità di proprietari del medesimo immobile, sia esso, o meno, titolo in sanatoria di interventi già realizzati - ha sancito la peculiarità dei principi riferibili agli immobili che ricadono in comunione legale tra i coniugi, osservando quanto segue: «Occorre, quindi, trovare un principio in base al quale risolvere le diverse questioni che si possono porre, in quanto la comunione di un bene fra due soggetti non è una comproprietà in cui ciascun partecipante è titolare di una quota pari ad 1/2 del bene. Si tratta, invece, di un istituto particolare (cosiddetto di tipo “germanico”) senza quote. In sostanza, si può solo dire che tutti i soggetti sono comproprietari dell'intero bene. Questi sono i principi costantemente affermati, nella giurisprudenza di legittimità, relativamente, ad esempio, al pignoramento ed all'espropriazione coattiva di un bene in comunione, in quanto la comunione tra coniugi ha la peculiarità di essere senza quote o “a mani riunite”, nel senso che, pur essendo entrambi i coniugi contitolari al 50%, lo sono, tuttavia, sull'intero bene (o beni in caso di diversi cespiti) (cfr., ex multis, Cassazione civ., sez. III, 31 marzo 2016, n. 6230). Anche sotto il profilo penale emerge la differenza tra bene in comproprietà e bene in comunione legale dei coniugi, proprio in tema di responsabilità di un coniuge per il fatto materialmente commesso dall'altro. In tema di reati edilizi, infatti, la responsabilità di un coniuge per il fatto materialmente commesso dall'altro può essere rilevata sulla base di oggettivi elementi di valutazione quali il comune interesse all'edificazione, il regime di comunione dei beni, l'acquiescenza all'esecuzione dell'intervento, la presenza sul luogo di esecuzione dei lavori, l'espletamento di attività di controllo sull'esecuzione dei lavori, la presentazione di istanze o richieste concernenti l'immobile o l'esecuzione di attività indicative di una partecipazione all'attività illecita (cfr., ex multis, Cass. pen. sez. III, 14 novembre 2018, n. 51489). Conseguentemente, poiché in tema di comunione legale dei beni, il singolo coniuge è proprietario non pro quota ma indistintamente dell'intero bene, deve ritenersi legittimato a presentare anche uti singuli l'istanza di sanatoria, avendo la stessa, peraltro, effetti favorevoli anche nei confronti del coniuge rimasto inerte, come legittimamente è avvenuto nel caso in esame». (Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1766);

d3) sulla scorta di tali principi, se il regime di comunione legale tra coniugi conviventi ha legittimato la ricorrente a presentare la richiesta per la sanatoria di abusi edilizi riferibile anche al coniuge, si deve considerare, di converso, nello stesso modo legittimo e con effetti anche nei confronti della ricorrente, il provvedimento di demolizione destinato e notificato solamente al coniuge;

d4) a ciò consegue, in virtù dei medesimi presupposti (coniugi conviventi e in regime di comunione legale), che la ricorrente ne abbia avuto conoscenza nella stessa data in cui ne ha avuto conoscenza il coniuge, atteso che la stessa non fornisce al riguardo alcuna prova contraria, ma si limita meramente a riferire di aver appreso successivamente (alla presentazione della citata istanza di sanatoria) dell'esistenza di detto provvedimento.

e) Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2018, n. 5891 secondo cui è necessario che l'ordinanza di demolizione indichi in modo specifico le ragioni in base alle quali un

soggetto diverso dal proprietario del terreno, sia da qualificare «esecutore» di opere abusive, non potendosi tali circostanze desumere dal solo rapporto di coniugio che questi ha con l'autore, poiché in assenza di altre circostanze, non sussiste alcuna responsabilità per un abuso edilizio. Di contro, la qualità di proprietario del terreno è sufficiente ad affermare la responsabilità per opere abusive su di esso realizzate in tutti i casi in cui l'interessato non dimostri di essersi in qualche modo attivato nei confronti del presunto responsabile perché l'abuso stesso venga eliminato.

4.5. Notifica del verbale di inottemperanza.

Secondo un preciso indirizzo (Cons. Stato, sez. II, sez. II, 22 marzo 2024, n. 2798; 25 gennaio 2024, n. 806), la notifica del verbale di inottemperanza costituisce una parentesi accertativa/informativa quando il procedimento sanzionatorio è destinato a sfociare nella perdita della proprietà, invero:

- a) essa da un lato consente all'amministrazione di verificare l'elemento materiale dell'illecito, dall'altro mette il suo autore in condizione di difendersi, potendo trattarsi del nudo proprietario, estraneo e finanche inconsapevole della prima fase del procedimento;
- b) risponde dunque ad esigenze di garanzia di difesa, ma anche a logiche di risparmio, stante che l'avvenuta demolizione spontanea, seppure tardiva, soddisfa pienamente e a costo zero le esigenze di buon governo del territorio dell'amministrazione vigilante;
- c) il rispetto delle scansioni procedurali previste dal legislatore, quindi, lungi dal costituire baluardo meramente formale strumentalmente invocato per procrastinare, ovvero scongiurare, la demolizione dell'abuso, costituisce il giusto punto di incontro fra i contrapposti interessi tutelati, ovvero la salvaguardia dell'ordinato sviluppo del territorio, di cui il previo titolo edilizio costituisce garanzia primaria, e la tutela della proprietà, destinata comunque a recedere laddove il titolare non sacrifichi al suo mantenimento il doveroso ripristino spontaneo dello stato dei luoghi;
- d) il che poi, sotto altro concorrente profilo, conduce a non svalutare il valore del verbale del sopralluogo, in genere demandato alla Polizia municipale, che constata l'omessa demolizione del manufatto abusivo.

5. Acquisizione al patrimonio pubblico.

5.1. Immobile sottoposto a sequestro.

L'inottemperanza all'ordine di demolizione produce, *ex lege*, l'effetto dell'acquisizione dell'immobile al patrimonio pubblico.

Tuttavia, vi sono ipotesi in cui tale principio subisce temperamenti in ragione di particolari ragioni oggettive che rendono incolpevole l'inottemperanza.

In proposito si registrano nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, orientamenti non univoci di cui, per la relativa importanza, si passa a dar conto in modo esteso.

Più di recente è stato affermato:

- a) se è vero che la pendenza del sequestro penale incide sull'esigibilità dell'adempimento dell'ordine demolitorio essa, tuttavia, non determina per il privato un'insuperabile impossibilità di eseguire l'ordinanza di demolizione (sez. VI, 7 luglio 2020, n. 4354);
- b) il sequestro penale, pur non determinando per il privato, a rigore, un'insuperabile impossibilità di eseguire l'ordinanza di demolizione, integra comunque una causa d'illegittimità della successiva acquisizione comunale, giacché la pendenza del sequestro incide pur sempre sull'esigibilità dell'adempimento dell'ordine demolitorio, e pertanto preclude l'utile decorrenza del termine alla quale è subordinata la possibilità dell'acquisizione stessa (C.g.a., 20 dicembre 2019, n. 1074);
- c) l'eseguibilità dell'ingiunzione di demolizione di un bene sequestrato non può essere sostenuta sulla base dell'assunto della configurabilità di un dovere di collaborazione del responsabile dell'abuso ai fini dell'ottenimento del dissequestro; tanto sia perché si riferisce ad una eventualità futura, astratta ed indipendente dalla volontà dell'interessato la stessa possibilità materiale di esecuzione dell'ingiunzione, sia perché finisce per imporre al privato una condotta priva di qualsiasi fondamento normativo, sia infine perché si risolve nella prescrizione di una iniziativa processuale (l'istanza di dissequestro) che potrebbe contraddire le strategie difensive liberamente opzionabili dall'imputato nel processo penale, interferendo inammissibilmente nell'esercizio di un diritto costituzionalmente protetto, quale quello di difesa. Inoltre le misure contemplate dall'art. 31, commi 3 e 4 del T.U. edilizia hanno un carattere chiaramente sanzionatorio e, come tali, esigono l'ascrivibilità dell'inottemperanza alla colpa del destinatario dell'ingiunzione rimasta ineseguita, elemento non sussistente in quanto il comportamento inerte del privato dipende non già da sua colpa ma da un altro provvedimento giudiziario che gli ha sottratto la disponibilità giuridica e fattuale del bene. Non può esigersi - e, giuridicamente, non lo si può in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, stante anche il divieto di prestazioni imposte se non che per legge, ex art. 23 cost. - che il cittadino impieghi tempo e risorse economiche per ottenere la restituzione di un bene di sua proprietà, ai soli fini della sua distruzione. Pertanto, in presenza di un sequestro penale e nella vigenza dello stesso, il termine per l'ottemperanza non decorre fino a che tale misura cautelare non sia venuta meno ed il bene ritornato nella disponibilità del privato, sicché l'ingiunzione non può produrre i suoi effetti nei confronti del privato fino alla restituzione del bene ad esso sottratto. Da tale momento cominciano, infatti, a decorrere i 90 giorni per l'ottemperanza e, pertanto, l'acquisizione gratuita al patrimonio del comune si verifica solo ove non si sia data esecuzione all'ingiunzione entro tale nuovo termine (sez. VI, 20 luglio 2018, n. 4418).

- d) giurisprudenza più risalente ha affermato:
- d1) il sequestro penale delle opere oggetto del provvedimento di demolizione non incide sulla validità o sull'efficacia dello stesso e conseguentemente sul provvedimento che accerta la sua inottemperanza (sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283; Cass. pen., sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9186). In sostanza, la pendenza del sequestro è irrilevante ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione e della sua eseguibilità e, quindi, della validità dei conseguenti provvedimenti sanzionatori emanati secondo la tassonomia stabilita dall'art. 31 t.u. edilizia (ordine di demolizione, accertamento dell'inottemperanza, acquisizione gratuita del sedime e delle opere). A tali conclusioni si perviene in base alla non qualificabilità della misura cautelare reale penale quale impedimento assoluto (alla stregua del caso fortuito o della forza maggiore) all'attuazione dell'ingiunzione stante la possibilità, per il destinatario dell'ordine, di ottenere il dissequestro del bene ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p. (sez. IV, 27 luglio 2017, n. 3728);
- d2) l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, sia amministrativo (Cons. Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283), sia penale (Cass. pen., sez. III, 14 gennaio 2009, n.9186), ritiene infatti irrilevante la pendenza di un sequestro, ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione, della sua eseguibilità e, quindi, della validità dei conseguenti provvedimenti sanzionatori, sulla base della non qualificabilità della misura cautelare reale quale impedimento assoluto all'attuazione dell'ingiunzione, in ragione della possibilità, per il destinatario dell'ordine, di ottenere il dissequestro del bene ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p.;
- d3) esiste un diverso orientamento che poggia sulle seguenti considerazioni:
- i) con una prima, e, per certi versi, dirimente, argomentazione, l'ordine di demolizione di un immobile colpito da un sequestro penale dovrebbe essere ritenuto affetto dal vizio di nullità, ai sensi dell'art. 21 *septies* l. n.241 del 1990 (in relazione agli artt. 1346 e 1418 c.c.), e, quindi, radicalmente inefficace, per l'assenza di un elemento essenziale dell'atto, tale dovendo intendersi la possibilità giuridica dell'oggetto del comando; ii) in altri termini, l'ingiunzione che impone un obbligo di *facere* inesigibile, in quanto rivolto alla demolizione di un immobile che è stato sottratto alla disponibilità del destinatario del comando (il quale, se eseguisse l'ordinanza, commetterebbe il reato di cui all'art. 334 c.p.), difetta di una condizione costituiva dell'ordine, e cioè, l'imposizione di un dovere eseguibile (C.g.a., sez. riun., parere n. 1175 del 20 novembre 2014); iii) in quest'ordine di idee, l'ordine di una condotta giuridicamente impossibile si rivela, quindi, privo di un elemento essenziale e, come tale, affetto da invalidità radicale, e, in ogni caso, inidoneo a produrre qualsivoglia effetto di diritto; iv) a tale conclusione si ritiene potersi pervenire con riguardo ai casi in cui l'ordine di demolizione (o di riduzione in pristino stato) sia stato adottato nella vigenza di un sequestro penale; v) l'affermazione dell'eseguibilità dell'ingiunzione di demolizione di un bene sequestrato, per quanto tralattivamente ricorrente nella giurisprudenza amministrativa, non può, infatti, essere convincentemente sostenuta sulla

base dell'assunto della configurabilità di un dovere di collaborazione del responsabile dell'abuso, ai fini dell'ottenimento del dissequestro e della conseguente attuazione dell'ingiunzione; vi) tale argomentazione dev'essere, infatti, radicalmente rifiutata: sia perché riferisce a un'eventualità futura, astratta e indipendente dalla volontà dell'interessato la stessa possibilità (giuridica e materiale) di esecuzione dell'ingiunzione, mentre, come si è visto, l'impossibilità dell'oggetto attiene al momento genetico dell'ordine e lo vizia insanabilmente all'atto della sua adozione; sia perché, assiomaticamente, finisce per imporre al privato una condotta priva di qualsivoglia fondamento giuridico positivo; sia, infine, perché si risolve nella prescrizione di una iniziativa processuale (l'istanza di dissequestro) che potrebbe contraddire le strategie difensive liberamente opzionabili dall'indagato (o dall'imputato) nel processo penale, peraltro interferendo inammissibilmente nell'esercizio di un diritto costituzionalmente protetto, quale quello di difesa (basti porre mente, in proposito, al caso che il mantenimento del sequestro penale –sub specie probatorio, ex art. 253 c.p.p. – risulti funzionale ad assicurare, per il seguito delle indagini o per il dibattimento, la prova che quanto realizzato non fosse abusivo, o non fosse conforme a quanto contestato o ritenuto dalla pubblica accusa, ovvero avesse altre caratteristiche scriminanti o anche solo attenuanti l'illiceità penale del fatto ascritto); vii) inoltre le misure contemplate dall'art. 31, commi 3 e 4 *bis*, del d.P.R. n.380 del 2001, rivestono carattere chiaramente sanzionatorio e, come tali, esigono, per la loro valida applicazione, l'ascrivibilità dell'inottemperanza alla colpa del destinatario dell'ingiunzione rimasta ineseguita, in ossequio ai canoni generali ai quali deve obbedire ogni ipotesi di responsabilità; viii) senonchè, in caso di bene sequestrato, non è dato ravvisare alcun profilo di rimproverabilità nella condotta (necessariamente) inerte del destinatario dell'ordine di demolizione, al quale resta, infatti, preclusa l'esecuzione del comando da un altro provvedimento giudiziario che gli ha sottratto la disponibilità giuridica e fattuale del bene; ix) quindi, l'irrogazione di una sanzione per una condotta che non può in alcun modo essere soggettivamente ascritta alla colpa del soggetto colpito dalla sanzione stessa, non può che essere giudicata illegittima per il difetto del necessario elemento psicologico della violazione; x) sussiste inoltre un argomento di equità: non può esigersi – e, giuridicamente, non lo si può soprattutto in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, stante anche il divieto di prestazioni imposte se non che per legge, ex art. 23 Cost. – che il cittadino impieghi tempo e risorse economiche per ottenere la restituzione di un bene di sua proprietà, ai soli fini della sua distruzione; xi) si tratta di un'argomentazione la cui valenza logica e intuitiva esime da ogni ulteriore spiegazione, restando immediatamente percepibile l'iniquità dell'imposizione di un dispendioso onere di diligenza, finalizzato solo alla distruzione del bene (ancora) di proprietà del destinatario dell'ingiunzione; xii) essa implica, infatti, l'imposizione di un onere di diligenza per il quale – al di là della sua assertiva invocazione ad opera di alcune prospettazioni giuridiche, che potrebbero forse sembrare più inopinatamente zelanti nella

repressione degli abusi edilizi che adeguatamente attente al rispetto dei principi fondanti dell'ordinamento giuridico (ivi incluso quello ex art. 23 Cost. cit.) – risulterebbe davvero complicato rinvenire un convincente fondamento normativo positivo; che, anzi, sembra da escludere, purché si tenga in adeguata considerazione l'esigenza che le sanzioni (non solo quelle penali: *nemo tenetur se detergere*; ma anche quelle amministrative) siano, almeno tendenzialmente, strutturate per essere applicate dai pubblici poteri, piuttosto che autoeseguite a proprio danno dallo stesso soggetto destinatario di esse; xiii) nondimeno, sia per l'ipotesi che si ritenesse di poter prescindere dalla più persuasiva prospettazione, che si è sin qui illustrata, che qualifica in termini di nullità il vizio che affligge l'ordinanza di demolizione emanata nella pendenza del sequestro dell'immobile di cui trattasi; sia, comunque, con riferimento ai casi in cui l'ordine demolitorio o ripristinatorio sia stato adottato (e, in tal caso, validamente) in un momento in cui il bene non fosse sequestrato, ma venga invece sequestrato successivamente e nella pendenza del termine assegnato per ottemperare all'ingiunzione de qua, va ulteriormente indagato, per completezza di sistema, il tema dell'incidenza del sequestro penale (se non, in queste ipotesi, sulla validità) sull'efficacia dell'ordine di demolire e, derivativamente, sulla decorrenza o meno del termine a tal fine assegnato fintanto che il sequestro permanga efficace; xiv) finché il sequestro perdura, la demolizione (anche se validamente ingiunta: vuoi perché disposta anteriormente al sequestro, ossia in un momento in cui il suo destinatario, essendo *in bonis*, aveva la possibilità giuridica di ottemperarvi; vuoi, ipoteticamente, perché non si condivida la tesi, invero dogmaticamente più coerente, della nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto del provvedimento che abbia ingiunto la demolizione in costanza di sequestro) certamente non può eseguirsi; a questo semplice rilievo consegue necessariamente – e perfino a prescindere dall'incoerente assunto, che pure si è già confutato, secondo cui il destinatario dell'ordine demolitorio sarebbe tenuto ad attivarsi per chiedere il dissequestro ai soli fini della demolizione: giacché certamente non lo si potrebbe pure onerare del fatto del terzo, ossia di ottenere tale risultato entro il termine di 90 giorni normalmente assegnatogli – che, per tutto il tempo in cui il sequestro perdura (e, qui si aggiunge, indipendentemente dalla condotta attiva o passiva serbata dall'autore dell'abuso rispetto al sequestro stesso), la non ottemperanza all'ordine di demolizione non può qualificarsi *non iure*, appunto a causa della già rilevata oggettiva impossibilità giuridica di procedervi; ciò non può non implicare, come conseguenza giuridicamente necessaria, l'interruzione o, quantomeno, la sospensione del decorso del termine assegnato per demolire, per tutto il tempo in cui il sequestro rimane efficace; detto termine, dunque, inizierà nuovamente a decorrere – per intero ovvero per la sua parte residua, secondo che si opti per l'interruzione o per la sospensione di esso in costanza di sequestro – solo allorché il sequestro venga meno, per qualunque ragione; l'assunto che il destinatario dell'ordine di demolizione non possa considerarsi giuridicamente onerato di richiedere il dissequestro per poter demolire non

implica affatto né che ciò gli sia precluso (potrebbe, infatti, avervi interesse, per esempio per azzerare la situazione di abusivismo e poter così richiedere *ex novo* un titolo edilizio urbanisticamente conforme per riprendere l'attività edificatoria *secundum legem*); né che il dissequestro non possa essere richiesto all'autorità giudiziaria penale da parte di chiunque altro vi abbia interesse: ossia, in primis, dalla stessa amministrazione che abbia ingiunto (prima del sequestro, secondo la tesi qui condivisa) o che intenda ingiungere (non appena venuto meno il sequestro) la demolizione, con l'effetto di far ripartire prima possibile il decorso del termine per demolire e di far produrre, in difetto, le ulteriori conseguenze (acquisitive) che la legge riconnette all'inutile decorso di detto termine; ma anche, nei congrui casi, ai soggetti pubblici e privati controinteressati al mantenimento dell'opera edilizia abusiva, che abbiano comunanza di intenti e di interessi con l'Amministrazione procedente; infatti, il venir meno del sequestro – da chiunque provocato o indotto, e anche se spontaneamente disposto dall'Autorità giudiziaria procedente – consente *ex se* all'amministrazione di ingiungere, o di reiterare, la demolizione; ovvero produce, parimenti in via automatica, l'effetto di far cessare la causa di sospensione (o interruzione) del decorso del termine entro cui deve essere eseguita la demolizione, con ogni ulteriore conseguenza di legge in difetto; xv) sicché si riduce a una mera petizione di principio – non suffragata, però, da adeguati indici normativi a suo supporto – l'assunto che il sistema non possa prescindere dall'onere il proprietario di richiedere, *contra se*, il dissequestro al fine di demolire, e che perciò tale onere sia necessariamente insito nel sistema stesso; all'opposto, non solo di tale onere non è dato rinvenire alcun fondamento positivo – e neppure nell'art. 85 disp. att. al c.p.p., che viene solitamente invocato a tal fine, giacché esso contempla un'ipotesi, e peraltro soltanto “se l'interessato consente”, ma non radica alcun obbligo in proposito – ma anzi i principi fondamentali dell'ordinamento sembrano deporre nel senso della sua esclusione: viepiù ove si consideri che la funzionalità dell'istituto in discorso (ossia dell'ordine di demolizione) è comunque assicurata, pur di fronte all'inerzia dell'Autorità giudiziaria procedente, dalla facoltà di attivarsi per richiedere a quest'ultima il dissequestro che deve riconoscersi all'amministrazione, oltre che a ogni altro soggetto che possa vantare analogo interesse; l'autorità giudiziaria adita da un'istanza di dissequestro, da chiunque proposta, potrebbe disporlo – benché “ai soli fini della demolizione” – solo laddove il mantenimento del sequestro non sia (più) funzionale alle pertinenti esigenze processuali penali: ossia, fisiologicamente, solo in casi tendenzialmente abbastanza limitati e particolari; infatti, il codice di procedura penale conosce essenzialmente tre tipologie di sequestro: quello (c.d. probatorio penale) ex art. 253 c.p.p., che disciplina «il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti»; quello (c.d. preventivo) ex art. 321 c.p.p., che è volto a prevenire «che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati»; e quello (c.d. conservativo) ex art. 316 c.p.p., che è volto a evitare «che manchino o si

disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato»; xvi) solo il sequestro preventivo può considerarsi normalmente “cedevole” rispetto alle esigenze della demolizione (giacché essa tendenzialmente elide le conseguenze del reato e ne previene la commissione di ulteriori); laddove, almeno in linea di massima, le esigenze probatorie del sequestro penale e quelle di garanzia del sequestro conservativo dovrebbero essere considerate prevalenti su ogni altra; in tal senso pare in effetti disporre, abbastanza univocamente, l'art. 262 c.p.p., che disciplina la “Durata del sequestro e restituzione delle cose sequestrate”: «1. Quando non è necessario mantenere il sequestro a fini di prova, le cose sequestrate sono restituite a chi ne abbia diritto, anche prima della sentenza. Se occorre, l'autorità giudiziaria prescrive di presentare a ogni richiesta le cose restituite e a tal fine può imporre cauzione. 2. Nel caso previsto dal comma 1, la restituzione non è ordinata se il giudice dispone, a richiesta del pubblico ministero o della parte civile, che sulle cose appartenenti all'imputato o al responsabile civile sia mantenuto il sequestro a garanzia dei crediti indicati nell'articolo 316. 3. Non si fa luogo alla restituzione e il sequestro è mantenuto ai fini preventivi quando il giudice provvede a norma dell'articolo 321»; dall'esame congiunto dei suoi tre commi pare potersi cogliere, dunque, una comprensibile prevalenza delle esigenze sottese al c.d. sequestro probatorio penale, rispetto alle quali sono accessorie quelle tutelate dal sequestro conservativo; mentre risultano sostanzialmente residuali quelle sottese al sequestro preventivo; nella misura in cui queste considerazioni colgano nel segno, risulterebbe fortemente svalutata nel sistema la tematica connessa alle istanze di dissequestro; il che costituirebbe un ulteriore argomento esegetico nel senso della fallacia delle tesi che non solo vorrebbero onerare (quantomeno *praeter legem*) il destinatario dell'ordine demolitorio a richiederlo, ma che tendono altresì a sanzionare l'inottemperanza a tale preteso onere con l'acquisizione. La quale, invece, sembra essere prevista dalla legge solo a fronte di una condotta, parimenti omissiva, ma ben diversa: ossia per chi, ovviamente potendolo giuridicamente fare, non demolisca l'immobile (e non anche per chi, assertivamente tenuto a chiedere al giudice il dissequestro, ometta di formulare istanze in tal senso); sicché è anche il fondamentale principio di tipicità delle sanzioni a ulteriormente confortare la conclusione che precede.

5.2. Soggetti passivi del provvedimento di acquisizione.

Il proprietario del bene su cui insiste l'abuso, anche se non autore, è anch'egli destinatario dell'ordine di demolizione.

Diversamente si atpeggia la posizione di costui per quanto riguarda, invece, il provvedimento di acquisizione.

Sul tema si segnalano:

- a) Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2023, n. 4172 (che richiama 26 febbraio 2021, n. 1648 e 7 febbraio 2018, n. 775), secondo cui il carattere reale della misura ripristinatoria della demolizione in materia di abusi edilizi e la finalità di ripristino della legalità, impongono che, affinché il proprietario non responsabile degli abusi commessi da persona diversa possa andare esente dalla misura consistente nell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene (ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone lo stesso venuto a conoscenza, si sia poi adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento, intraprendendo le iniziative idonee a ripristinare lo stato dei luoghi nei sensi e nei modi richiesti dall'autorità amministrativa;
- b) Cons. Stato, sez. II, 2 febbraio 2024, n. 1767, in cui si afferma che, essendo l'unica esimente della colpa del proprietario la sua estraneità alla commissione dell'abuso edilizio, ovvero che, una volta a conoscenza dei fatti, si sia adoperato per impedirlo con tutti gli strumenti che l'ordinamento giuridico mette a disposizione, qualora ciò non risulti, legittimamente l'ordine di demolizione può essere adottato nei confronti del proprietario attuale, anche se non responsabile dell'abuso, poiché l'abuso edilizio costituisce un illecito con effetti permanenti e non prevede l'accertamento del dolo o della colpa del soggetto cui si imputa la realizzazione dell'abuso;
- c) Cons. Stato, sez. VII, 15 gennaio 2024, n. 499 (che richiama sez. VII, 17 luglio 2023, n. 6983) in cui, premesso che l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, nell'individuare i destinatari delle misure repressivo-ripristinatorie nel proprietario e nel responsabile dell'abuso, considera il primo quale soggetto passivo della demolizione, in quanto titolare del potere di rimuovere concretamente l'abuso, afferma che nella nozione di responsabile dell'abuso rientra non solo colui che ha posto in essere materialmente la violazione contestata, ma anche colui che ha la disponibilità dell'immobile e che, pertanto, quale detentore e utilizzatore, deve provvedere alla demolizione restaurando così l'ordine violato (così Inoltre, in base alla normativa in materia, non par dubbio che il proprietario debba essere coinvolto nel procedimento successivo all'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione (in particolare, nel sub-procedimento relativo all'acquisizione al patrimonio comunale del bene e dell'area di sedime), a prescindere da una sua diretta responsabilità nell'illecito edilizio. Tale sistema non presenta profili di criticità sul piano del rispetto dei principi costituzionali in relazione allo scopo di accrescere la deterrenza rispetto all'inerzia conseguente all'ordine demolitorio e di assicurare, nel contempo, l'effettività del provvedimento di ripristino dello stato dei luoghi e la soddisfazione del prevalente interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio;
- d) Cons. Stato, sez. II, 4 dicembre 2023, n. 10436 (che richiama sez. VI, 26 febbraio 2021, n. 1648; 11 gennaio 2018, n. 147), secondo cui l'esclusione dell'acquisizione dell'area nei confronti del proprietario non autore

dell'abuso è possibile solamente laddove dimostri la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone venuto a conoscenza, si sia poi adoperato per impedire gli abusi o abbia assunto iniziative volte a ripristinare lo stato dei luoghi in ossequio a quanto stabilito dall'autorità amministrativa; ipotesi che deve escludersi qualora risulti che l'interessato ha avuto modo sia come proprietario che, per alcuni anni, anche come amministratore, di rimuovere i manufatti abusivi.

5.2.1. Omessa notifica agli eredi.

Sul tema è da segnalare C.g.a., sez. riun., parere 13 febbraio 2023, n. 70, che si è occupato, in modo approfondito, del caso di successione nella titolarità del bene abusivamente realizzato, laddove l'attuale proprietario dell'immobile non sia, quindi, il responsabile dell'abuso.

La pronuncia afferma che l'omessa notificazione dell'ordine di demolizione agli eredi impedisce la successiva acquisizione al patrimonio comunale delle opere abusivamente realizzate.

La motivazione si snoda attraverso i seguenti passaggi:

- a differenza delle sanzioni per illeciti amministrativi, che si estinguono con la morte del trasgressore e non sono trasmissibili agli eredi ex art. 7 della legge n. 689 del 1981, in materia edilizia, l'ordine di demolizione ha carattere reale ed è opponibile anche a soggetti estranei al comportamento illecito, come gli eredi o aventi causa dell'autore dell'abuso;

- l'ordine di demolizione segue, infatti, la *res* e produce effetti, di conseguenza, anche nei confronti di chi non ha commesso la violazione edilizia, ma che si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto diretto con il manufatto illecitamente realizzato, tale da poter ripristinare l'ordine, prima ancora materiale che giuridico, alterato con la sopravvenienza oggettiva di un'opera, priva di un giusto titolo;

- fermo restando che l'ordinanza di demolizione può legittimamente essere emanata nei confronti dell'attuale proprietario dell'immobile sui cui insiste l'opera abusiva, anche se non responsabile della relativa esecuzione, trattandosi di illecito permanente sanzionato in via ripristinatoria, va esaminato il caso differente della esecuzione nei confronti dell'erede della ulteriore misura sanzionatoria dell'acquisizione al patrimonio comunale dell'opera e dell'area di sedime, nell'ipotesi in cui l'ordine di demolizione non sia stato notificato all'attuale proprietario, bensì al suo dante causa quando ancora era in vita;

- l'acquisizione gratuita, come affermato dal giudice delle leggi, costituisce una sanzione assolutamente autonoma e diversa dalla sanzione demolitoria; secondo la Corte *«l'acquisizione, a titolo gratuito, dell'area sulla quale insiste la costruzione abusiva al patrimonio indisponibile del comune rappresenta la reazione dell'ordinamento al duplice illecito posto in essere da chi, dapprima, esegue un'opera in totale difformità od in assenza della concessione e, poi, non adempie l'obbligo di demolire l'opera stessa»* (Corte cost., ord. n. 82 del 15 febbraio 1991);

- la Corte ha, ulteriormente, chiarito che *«l'acquisizione gratuita dell'area non è dunque una misura strumentale, per consentire al comune di eseguire la demolizione, né una sanzione accessoria*

di questa, ma costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione» (Corte cost., n. 345 del 15 luglio 1991);

- due sono, pertanto, gli illeciti e due le relative sanzioni: i) la sanzione della demolizione per la realizzazione dell'opera abusiva; ii) la sanzione dell'acquisizione gratuita per il successivo comportamento illecito di mancato adempimento all'ordine di demolizione dell'opera stessa entro il termine prefissato;

- la natura sanzionatoria autonoma dell'acquisizione al patrimonio è stata, poi, confermata dall'art. 17, comma 1, lett. q) *bis* della legge n. 164 del 2014 di conversione con modifiche del decreto legge n. 133 del 2014, che ha inserito nell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 tre nuovi commi che prevedono e disciplinano una sanzione pecuniaria accessoria da aggiungersi, in caso di mancata demolizione, all'acquisizione gratuita, che rimane la sanzione principale;

- l'applicazione della sanzione dell'acquisizione nei confronti dell'erede, ignaro dell'ordine di demolizione, presuppone la risoluzione della *vexata quaestio* della perdita immediata, o no, della proprietà allo scadere del termine di novanta giorni per mancata ottemperanza all'ordine di demolizione e conseguente automatica acquisizione al patrimonio comunale dell'abuso realizzato, indipendentemente dai successivi provvedimenti di accertamento della mancata riduzione in pristino e di acquisizione;

- la giurisprudenza ha ritenuto ineludibile un'interpretazione delle norme relative all'acquisizione al patrimonio che tenga conto dei principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380);

- è stato chiarito che anche le sanzioni amministrative di minor rilievo, perché ritenute meno "punitive", godono di uno statuto che, sebbene meno pregnante, è finalizzato a garantire il rispetto del principio generale di legalità e di proporzionalità (C.g.a., sez. giur. 29 luglio 2022, n. 876; 25 marzo 2022, n. 373);

- le garanzie ribadite dalle Corti multilivello sono state, in massima parte, condivise dalla Corte costituzionale per definire lo statuto generale delle sanzioni amministrative. Tra queste certamente ineludibili sono le garanzie di natura procedimentale. Tra le principali garanzie del diritto sanzionatorio amministrativo rientra sicuramente il giusto procedimento sanzionatorio;

- nel procedimento sanzionatorio, riconducibile nel paradigma dell'*agere* della pubblica amministrazione, ma con profili di specialità rispetto al procedimento amministrativo generale, rappresentando la potestà sanzionatoria - che vede l'amministrazione direttamente contrapposta all'amministrato - la reazione autoritativa alla violazione di un precetto con finalità di prevenzione, speciale e generale, e non lo svolgimento, da parte dell'autorità amministrativa, di un servizio pubblico (Cass. civ., sez. II, 15 luglio 2014, n. 15825), l'esigenza di certezza, nella specifica accezione di prevedibilità temporale, da parte dei consociati, delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei pubblici poteri, assume una rilevanza del tutto peculiare, proprio perché tale esercizio si sostanzia nella inflizione al trasgressore di svantaggi non immediatamente correlati alla soddisfazione dell'interesse pubblico pregiudicato dalla infrazione;

-in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità impone non solo la predeterminazione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti (Corte cost. 18

gennaio 2021, n. 5), ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento affittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere. Ciò in quanto la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell'esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell'interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale. Inoltre, la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, consentendo all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 cost. (Corte cost., 12 luglio 2021 n. 151);

- sul tema, in particolare, dell'applicabilità delle misure sanzionatorie in materia edilizia e della buona fede del terzo acquirente o, comunque, del proprietario non responsabile dell'attività illecita, il giudice delle leggi, con riferimento all'abrogato art. 7, comma 3, della legge n. 47 del 1985, a mente del quale «[s]e il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime ... sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune», ha affermato che, essendo l'acquisizione gratuita una sanzione prevista per il caso dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolire, essa «*si riferisce esclusivamente al responsabile dell'abuso, non potendo di certo operare ... nella sfera di altri soggetti e, in particolare, nei confronti del proprietario dell'area quando risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone egli venuto a conoscenza, si sia adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento*» (Corte cost. 15 luglio 1991, n. 345);

- sulla scorta del predetto orientamento la giurisprudenza amministrativa ha fatto discendere la necessità di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che subisce la sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale affermandosi che l'aspetto relativo alla necessità della sussistenza di un elemento soggettivo, quale indice di rimproverabilità, può recedere solamente dinanzi ad una funzione concretamente ripristinatoria della sanzione che, in quest'ultimo caso ha l'attitudine di imporsi, per il suo carattere reale, anche nei confronti di soggetti in stato di incolpevole buona fede, in quanto misura necessaria al ripristino del bene. In base a tale interpretazione, che tiene conto del profilo soggettivo di responsabilità nella condotta, la sanzione acquisitiva di cui all'art. 30 (commi 1, 7 e 8) si palesa in linea con i principi espressi dalla Corte di Strasburgo e, a quest'ultimo riguardo, il dovere di dare all'ordinamento interno una interpretazione conforme alla CEDU, come esplicitata dalla Corte di Strasburgo» (Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380);

- la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che, nel caso di acquisizione al patrimonio comunale per omessa demolizione del bene, deve essere accertata la sussistenza dell'elemento psicologico che giustifichi l'irrogazione della sanzione. Ancor più precisamente, cioè, deve pur sempre essere accertato che il mancato adempimento sia frutto della volontà del destinatario del provvedimento e non sia legato, per esempio, a cause di forza maggiore o altre ragioni ostative (Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 2023, n. 714);

- l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, laddove prevede che in caso di omessa demolizione il bene abusivamente realizzato e l'area di sedime «sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune» deve essere, pertanto, interpretato alla stregua dei detti principi nazionali e multilivello;

- all'interno della cornice ermeneutica sopra delineata l'esercizio del potere sanzionatorio deve, innanzitutto, seguire la precisa scansione procedimentale dettata dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 alla stregua della quale la sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale necessita di una fase di accertamento e di una fase di formale irrogazione,

- l'atto di acquisizione al patrimonio comunale deve individuare il bene oggetto di acquisizione e la relativa area di sedime, nonché l'eventuale area ulteriore, nei limiti insuperabili del decuplo della superficie abusiva, la cui ulteriore acquisizione deve essere specificamente motivata con riferimento alle norme urbanistiche vigenti;

- la sanzione della perdita della proprietà per inottemperanza all'ordine di demolizione, anche se definita come una conseguenza «di diritto» dall'art. 31, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, richiede, infatti, un provvedimento amministrativo che definisca l'oggetto dell'acquisizione al patrimonio comunale, attraverso la quantificazione e la perimetrazione dell'area sottratta al privato; tant'è che il titolo per l'immissione in possesso del bene e per la trascrizione nei registri immobiliari è costituito proprio dall'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire;

- l'accertamento dell'inottemperanza è costituito non dal mero verbale di constatazione di inadempienza, atteso il suo carattere endoprocedimentale e dichiarativo delle operazioni effettuate durante l'accesso ai luoghi, ma dal formale accertamento, che faccia proprio l'esito del verbale e che costituisca, poi, il titolo ricognitivo idoneo all'acquisizione gratuita dell'immobile al patrimonio comunale delle opere edilizie abusivamente realizzate; in detto provvedimento è necessario siano esattamente individuate ed elencate le opere e le relative pertinenze urbanistiche dal momento che costituisce titolo per l'immissione in possesso dell'opera e per la trascrizione nei registri immobiliari;

- dunque è conforme ai principi nazionali e multilivello il rafforzarsi un orientamento giurisprudenziale che ancora gli effetti compiuti dell'acquisizione gratuita al rispetto delle fasi procedurali che l'articolo 31 del testo unico sull'edilizia disciplina. Non sarebbe conforme ai principi sopra richiamati una lettura dell'articolo che finisse per considerare legittima l'applicazione di una sanzione amministrativa particolarmente afflittiva prescindendo dal suo accertamento oltre che dalla sua formale irrogazione (C.g.a., n. 373 del 2022 cit.);

- può, pertanto, ragionevolmente concludersi che l'effetto traslativo della proprietà a favore del comune, secondo la sequenza procedimentale prevista dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, avviene solo a seguito del provvedimento di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire;

- a riprova di ciò, anche se l'acquisizione opera «di diritto» e il provvedimento acquisitivo è obbligatorio (e vincolato nel contenuto) in quanto consegue dal mero mancato adempimento dell'ordine demolitorio del bene, il comune è, comunque, tenuto alla preventiva apertura di una fase di ricognizione che si conclude con l'accertamento dell'inadempimento; in tal modo l'amministrazione verifica che non vi sia stato un

adempimento parziale e determina l'oggetto dell'acquisizione al patrimonio comunale, ossia l'estensione dell'area acquisita nel limite di «dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita»;

- l'effetto traslativo della proprietà è, in conclusione, subordinato ad un apposito provvedimento amministrativo di accertamento, sia pure di natura dichiarativa (e, comunque, impugnabile); ciò risponde all'esigenza di garantire il principio eurounitario di stabilità e certezza delle posizioni giuridiche e il principio di buona amministrazione (Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 2023, n. 714);

- il rispetto di tali scansioni procedurali, lungi dal costituire baluardo meramente formale strumentalmente invocato per procrastinare, ovvero scongiurare, la demolizione dell'abuso, costituisce il giusto punto di incontro fra i contrapposti interessi tutelati dal legislatore, da un lato il rispetto dell'ordinato sviluppo del territorio, di cui il previo titolo edilizio costituisce garanzia primaria, dall'altro la tutela della proprietà, destinata comunque a recedere laddove il titolare non sacrifichi al suo mantenimento il doveroso ripristino spontaneo dello stato dei luoghi, sicuramente da preferire per intuibili ragioni di risparmio, anche economico (n. 714 del 2023 cit.);

- in definitiva il procedimento di traslazione della proprietà in favore del comune non può ritenersi concluso al momento del decorso del termine di novanta giorni assegnato con l'ordinanza di demolizione, qualora la stessa sia stata notificata al *de cuius* dante causa e non anche agli eredi;

- infatti l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale è la sanzione prevista per il caso dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolire, con la conseguenza che può essere legittimamente applicata solo al responsabile dell'abuso destinatario dell'ordine demolitorio; in altri termini, non può essere comminata nei confronti del proprietario incolpevole dell'abuso edilizio, al quale non è rimproverabile in alcun modo la inottemperanza;

- dall'emanazione dell'ordinanza di demolizione non possono, pertanto, farsi derivare conseguenze pregiudizievoli per l'erede, se lo stesso non è stato espresso destinatario di un rinnovato ordine di demolizione e, in seguito, non vi abbia adempiuto (Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2015, n. 1927);

- per l'applicazione della sanzione amministrativa privativa della proprietà del bene, ossia l'acquisizione al patrimonio comunale, che a differenza dalla sanzione demolitoria non ha caratteristiche ripristinatorie rispetto all'abuso, occorre, infatti, la sussistenza di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo del soggetto proprietario che subisce la sanzione;

- la mancata notificazione ai proprietari, se pure non inficia di per sé la legittimità dell'ordinanza di demolizione, tuttavia incide sulla conoscenza della stessa, con la conseguenza che questa non può comportare per il proprietario pretermesso conseguenze irreversibili, che la normativa edilizia riconnette a volontaria inottemperanza; va, altresì, considerato che l'apprensione di beni è consentita solo in base alla legge, che configura l'acquisizione al patrimonio comunale delle opere abusive come reazione ad un comportamento, proprio e volontario, di inottemperanza all'ordine di demolizione, configurabile unicamente ove tale ordine sia stato notificato al soggetto nei cui confronti opera l'acquisizione e sia inutilmente decorso il termine assegnato (C.g.a., sez. riun., 4 luglio 2017, n. 483 e 14 marzo 2017, n. 388);

-l'acquisizione, dunque, non può avere a destinatario un soggetto diverso da chi, avendo ricevuto l'ordine di demolizione, non vi abbia ottemperato (C.g.a., sez. riun., 14 dicembre 2021, n. 452; Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 5107).

5.3. Individuazione dell'area di sedime.

L'art. 31 del testo unico dell'edilizia, sempre al secondo comma, dispone che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale che, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, debba indicare nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3.

Dalla lettera della legge sembrerebbe che l'area di sedime da acquisire in caso di inottemperanza, sia già indicata nell'ordinanza di demolizione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, tuttavia, ha interpretato la disposizione nei termini che seguono:

- a) la determinazione dell'area di sedime da acquisire non pertiene all'ordine demolitorio, ma è demandata al successivo atto che appunto dispone l'acquisizione. Secondo consolidato orientamento pretorio, la sanzione della perdita della proprietà per inottemperanza all'ordine di rimessione in pristino, pur se definita come una conseguenza di diritto dall'art. 31, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, richiede, in ogni caso, un provvedimento amministrativo che definisca l'oggetto dell'acquisizione al patrimonio comunale attraverso la quantificazione e la perimetrazione dell'area sottratta al privato (sez. VII, 2 novembre 2023, n. 9428)
- b) l'omessa o imprecisa indicazione di un'area che verrà acquisita di diritto al patrimonio pubblico non costituisce motivo di illegittimità dell'ordinanza di demolizione; invero, l'indicazione dell'area è requisito necessario ai fini dell'acquisizione, che costituisce distinta misura sanzionatoria (sez. VII, 13 ottobre 2023, n. 8923);
- c) la specifica indicazione dei confini dell'area oggetto di acquisizione gratuita a favore del comune deve essere effettuata nell'atto di accertamento della inottemperanza all'ordine di demolizione e non necessariamente nell'ordinanza di demolizione (sez. VII, 18 agosto 2023, n. 7828);
- d) la mancata o l'erronea individuazione dell'area di sedime da acquisire di diritto gratuitamente al patrimonio disponibile comunale non costituisce ragione d'illegittimità dell'ordine di demolizione, in quanto l'acquisizione gratuita delle opere e della relativa area di sedime costituisce una conseguenza *ex lege* dell'inottemperanza all'ordine impartito e, quindi, tale individuazione ben può essere compiuta anche a valle del medesimo, con atto successivo e separato avente natura meramente dichiarativa e ricognitiva (sez. II, 1 giugno 2023, n. 5416);
- e) nell'ordine di demolizione di un'opera abusiva, in generale, non è necessario che venga individuata l'area di sedime da acquisire gratuitamente al patrimonio comunale per il caso di inerzia, potendo tale individuazione avvenire col successivo

- atto con cui si accerta l'inottemperanza all'ordine impartito (sez. VI, 18 ottobre 2022, n. 8846);
- f) la legittimità dell'ordinanza di demolizione, di cui all'art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001, è fatta salva dalla descrizione analitica delle opere abusive, essendo invece necessaria l'esatta individuazione dell'area di sedime da acquisire, nell'ipotesi di mancata ottemperanza alla ingiunzione di demolizione, soltanto ai fini dell'emanazione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione (sez. VI, 11 maggio 2022, n. 3707);
 - g) l'omessa o imprecisa indicazione dell'area che verrà acquisita di diritto al patrimonio pubblico non costituisce motivo di illegittimità dell'ordinanza di demolizione: invero, l'indicazione dell'area è requisito necessario ai fini dell'acquisizione, che costituisce distinta misura sanzionatoria (sez. VI, 3 dicembre 2020, n. 7672);
 - h) in caso di mancata spontanea esecuzione dell'ordine di demolizione dell'opera edilizia abusiva, l'individuazione dell'area di sedime da acquisire al patrimonio comunale può essere effettuata successivamente attraverso il provvedimento in cui viene accertata l'inottemperanza all'ordine impartito (sez. II, 3 giugno 2020, n. 3485);
 - i) è legittimo l'ordine di demolizione privo della indicazione dell'area oggetto di una eventuale acquisizione al patrimonio comunale. Attesa la natura dichiarativa dell'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, infatti, l'assenza della suddetta indicazione nel provvedimento di demolizione può comunque essere colmata con l'indicazione della stessa nel successivo provvedimento di acquisizione (sez. IV, 26 maggio 2020, n. 3330);
 - j) l'omessa indicazione nell'ordinanza di demolizione dell'area che viene acquisita di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune ai sensi dell'art. 31, comma 3, del testo unico edilizia per il caso di inottemperanza all'ordine di demolizione non costituisce ragione di illegittimità dell'ordinanza stessa giacché la posizione del destinatario dell'ingiunzione è tutelata dalla previsione di un successivo e distinto procedimento di acquisizione dell'area, rispetto al quale, tra l'altro, assume un ruolo imprescindibile l'atto di accertamento dell'inottemperanza nel quale va indicata con precisione l'area da acquisire al patrimonio comunale (sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 755).
 - k) l'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione è normativamente configurato alla stregua di un atto ad efficacia meramente dichiarativa, che si limita a formalizzare l'effetto (acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale) già verificatosi alla scadenza del termine assegnato con l'ingiunzione stessa. La giurisprudenza ha pacificamente confermato tale lettura, affermando che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere edilizie abusivamente realizzate è una misura di carattere sanzionatorio che consegue automaticamente all'inottemperanza dell'ordine di demolizione (sez. IV, 27 luglio 2017, n. 3728);
 - l) l'individuazione dell'area di sedime da acquisire al patrimonio comunale, in caso mancata spontanea esecuzione dell'ordine di demolizione, non deve necessariamente farsi nel provvedimento che impartisce l'ordine, potendo essere effettuata anche successivamente mediante distinto provvedimento, e precisamente

in quello in cui viene accertata l'inottemperanza all'ordine impartito (sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 339).

Quanto all'onere motivazionale è opportuno segnalare le seguenti pronunce:

- m) mentre per l'area di sedime l'automatismo dell'effetto acquisitivo, che si verifica *ope legis* per effetto della mera inottemperanza all'ordine di demolizione, rende superflua ogni motivazione essendo sufficiente l'identificazione dell'abuso, l'individuazione dell'ulteriore area, la cui acquisizione è parimenti doverosa, va motivata (sez. IV, 21 maggio 2021, n. 3949);
- n) il provvedimento di acquisizione gratuita che non specifichi i parametri applicati e non esterni le ragioni per le quali giunge alla determinazione della superficie da acquisire, deve ritenersi illegittimo per carenza di motivazione (sez. VI, 20 luglio 2018, n. 4418).

5.4. Ordine di sgombero di bene acquisito al patrimonio pubblico.

Merita di essere segnalata la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 9 febbraio 2024, n. 1337, che ha affrontato il tema della corretta qualificazione del potere esercitato dal comune, in una fattispecie in cui era stato ingiunto lo sgombero di un immobile acquisito al patrimonio pubblico.

Il T.a.r. aveva accolto il ricorso sull'assorbente rilievo dell'illegittimo ricorso all'autotutela esecutiva con riferimento a un bene del patrimonio disponibile, sicché il comune non avrebbe potuto esercitare poteri autoritativi, ma avrebbe dovuto agire innanzi al giudice ordinario, ricorrendo agli strumenti previsti dalla legge per la tutela della proprietà e del possesso.

Il Consiglio di Stato ha innanzitutto sciolto il dubbio sulla giurisdizione:

- il provvedimento con il quale l'amministrazione comunale ordina lo sgombero di un immobile abusivamente realizzato, acquisito al patrimonio pubblico a seguito di inottemperanza all'ordine di demolizione, "costituisce esercizio di poteri pubblicistici di repressione dell'abusivismo e conseguentemente la giurisdizione appartiene al Giudice amministrativo" (C.g.a., sez. giur., 20 marzo 2020 n. 194);

- l'atto di sgombero dell'immobile abusivo che sia stato acquisito al patrimonio comunale per inottemperanza all'ordine di demolizione notificato al privato - che si inserisce nell'ambito dei provvedimenti repressivi dell'abusivismo ordinariamente di competenza dirigenziale - ha dunque natura provvedimentoale e autoritativa, essendo riconducibile all'esercizio di poteri pubblicistici dell'ente locale, il che dà luogo alla *potestas iudicandi* del giudice amministrativo sulle relative controversie;

- a tal riguardo le sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 19889 del 22 settembre 2014, hanno chiarito che: «*Occorre in proposito rilevare che il potere di demolizione (ed il "propedeutico" potere di sgombero) di un manufatto abusivo spetta al giudice penale ed all'Amministrazione comunale in maniera autonoma e concorrente, spettando in particolare al giudice dell'esecuzione penale i profili applicativi dell'ordine di demolizione impartito nella sentenza penale ed al giudice amministrativo la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori adottati dalla P.A.. Ne discende che la giurisdizione in relazione al provvedimento di demolizione (e, per quel che concerne la fattispecie in*

esame, in relazione a quello "propedeutico" di sgombero) adottato dalla P.A. spetta al giudice amministrativo, e ciò a prescindere dalle ragioni addotte in tale provvedimento - che saranno eventualmente sindacate dinanzi a quel giudice - onde ogni eventuale contestazione circa la spettanza del relativo potere in capo alla Amministrazione che ha adottato il provvedimento ovvero circa le modalità con cui esso è stato esercitato (anche in relazione ai presupposti del medesimo ed alla motivazione con riguardo ad una eventuale concessione in sanatoria, profilo quest'ultimo espressamente sottolineato dai ricorrenti e in ogni caso non costituente doglianza proponibile in relazione all'ordine di demolizione disposto dal giudice penale) configura questione devoluta al giudice amministrativo, peraltro concernente eminentemente il merito, perciò esorbitante le questioni proponibili col regolamento in esame. Deve essere pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo»;

- non sono, invero, mancate nella giurisprudenza amministrativa differenti opzioni interpretative, rimaste ancorate al rilievo dell'appartenenza o meno dell'immobile abusivo, acquisito dal comune, al patrimonio indisponibile o disponibile dell'ente stesso, con conseguente differente modulazione della forma di invalidità dell'ordinanza di sgombero, nonché del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e ordinario (C.g.a., sez. giur. 3 aprile 2018, n. 178);

- tale orientamento, muovendo dalla considerazione per cui l'art. 823 c.c. ammette il ricorso dell'amministrazione all'esercizio dei poteri amministrativi al solo fine di tutelare i beni del demanio pubblico e del patrimonio indisponibile, sicché il potere di autotutela esecutiva presuppone il previo accertamento della natura del compendio immobiliare oggetto di tutela recuperatoria, ha, in particolare, ritenuto che: «Secondo, infatti, l'art. 15 della legge 28 gennaio 1977 n. 10, sostituito dal Capo I della legge n. 47 del 1985 e poi dall'art. 31 del D.P.R. n. 380 del 2001, "qualora il responsabile dell'abuso non provveda alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive, sono acquisiti gratuitamente al patrimonio del comune". L'art. 15 cit. fa quindi riferimento al "patrimonio" del comune senza ulteriori aggettivi (disponibile/indisponibile) idonei ad identificare la natura del patrimonio. Nello stesso senso anche il comma quinto dell'art. 31, secondo cui l'opera abusiva, acquisita al "patrimonio" del comune a seguito dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, è demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'aspetto idrologico. Sicché è l'accertamento della vocazione dell'immobile acquisito al soddisfacimento di finalità pubbliche da parte del consiglio comunale che ne consente l'inclusione nel patrimonio indisponibile dell'ente. (...) Diversamente, in assenza di una deliberazione in tale senso, quale potrebbe essere la destinazione ad un pubblico servizio, il bene rientra nella categoria dei beni patrimoniali disponibili, con la conseguenza che l'Amministrazione può, ove richiesto, adottare solo i rimedi di carattere ordinario. Ipotesi che ricorre nella controversia oggetto dell'appello, non avendo l'immobile di cui si discute i requisiti che ne consentirebbero la qualificazione come bene appartenente al patrimonio indisponibile. Con la conseguenza che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia in ordine all'ordinanza di sgombero di un immobile che si colloca nell'alveo del patrimonio disponibile del comune, essendo stata tale ordinanza emessa in carenza assoluta di potere e, pertanto nulla, con conseguente lesione di diritti soggettivi tutelabili innanzi al giudice ordinario» (C.g.a., 3 aprile 2018, n. 178; anche Cons. Stato, sez. VII, 19 maggio 2023, n. 4987; Cons. Stato, sez. VI, 29 agosto 2019, n. 5934);

- non sembra dubitabile che ogni qualvolta in cui l'atto di sgombero costituisca *«nient'altro che il terminale esecutivo dei provvedimenti di demolizione e di acquisizione al patrimonio comunale dell'opera abusiva, di per sé dotati, in quanto estrinsecazioni dei poteri di vigilanza e di repressione urbanistico-edilizia sul territorio (cfr. art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001), del connotato dell'esecutorietà, ossia della possibilità di essere portati ad esecuzione coattivamente ad opera della stessa amministrazione e senza l'intermediazione dell'autorità giudiziaria»* (Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015 n. 316), esso viene a configurarsi a guisa di vero e proprio provvedimento amministrativo, esecutivo di precedenti misure repressive di opere abusive, attratto, come tale, al sistema tipizzato delle sanzioni in materia edilizia, vertendosi in un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti in materia urbanistica ed edilizia ai sensi dell' art. 133, lett. f), c.p.a. (C.g.a., n. 194 del 2020 cit.);

- sempre in linea generale giova anche precisare che il testo unico per l'edilizia ha espressamente individuato la natura da attribuire ai terreni oggetto di lottizzazione abusiva avendo per tale ipotesi previsto, all'art. 30 (e già al previgente art. 18 legge n. 47 del 1985), che l'amministrazione dispone la sospensione dei lavori con conseguente acquisizione, trascorsi novanta giorni, delle aree lottizzate al "patrimonio disponibile del comune" e conseguente demolizione delle opere realizzate.

Ciò posto, la sentenza ha confermato la decisione del T.a.r. attraverso i seguenti snodi argomentativi:

- sebbene, come detto, l'amministrazione possa legittimamente agire seguendo le regole proprie dell'esercizio dei poteri autoritativi di sgombero nell'ambito del procedimento repressivo-ripristinatore degli abusi edilizi così come tratteggiato dalla disciplina del d.P.R. n. 380 del 2001 al fine di ottenere il rilascio dell'immobile occupato da soggetti privati (il più delle volte gli ex proprietari), onde eseguire concretamente l'immissione in possesso finalizzata alla successiva demolizione dello stesso oppure, a determinate condizioni, al suo utilizzo per fini pubblici, di tanto, però, non vi è alcuna evidenza nell'ordinanza di sgombero impugnata;

- se è vero che l'atto di sgombero è certamente strumento idoneo a perseguire il mancato rilascio dei beni, spesso occupati, anche dopo l'acquisizione, dagli stessi soggetti che hanno perpetrato l'illecito edilizio, deve, tuttavia, rilevarsi come il provvedimento impugnato non contenga alcun riferimento all'esercizio dei poteri repressivi in materia edilizia ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. 380 del 2001, né cenno alcuno all'abusività dei manufatti o a eventuali ordinanze di demolizione che non risultano nel frattempo neanche adottate (né la difesa dell'amministrazione ha dato prova contraria), avendo il comune soltanto disposto che l'ufficio tecnico avesse cura di provvedere alla loro adozione;

- l'ordinanza di sgombero si limita, infatti, a enunciare che sui lotti occupati senza titolo dei ricorrenti in cui è suddiviso il terreno "vi sono dei manufatti edili diversi tra loro per tipologia, forma e utilizzo di materiali costruttivi con annessa strada interpoderale delimitata da due cancelli metallici, uno posizionato in corrispondenza della complanare, l'altra a delimitazione della spiaggia" e a richiamare succintamente alcune risalenti ordinanze con le quali, rispettivamente, si vietò di disporre con atto tra vivi dell'immobile, se ne dispose l'acquisizione di diritto al patrimonio del comune e si ordinò, a suo tempo, lo sgombero dell'area già occupata; ma non contiene il benché minimo riferimento alla commissione di abusi edilizi o indicazione sulla loro concreta consistenza;

- solo in sede di giudizio, con le deduzioni processuali contenute negli atti di causa, il comune ha sostenuto che l'impugnata ordinanza di sgombero sia riconducibile ad attività esecutiva del procedimento repressivo e sanzionatorio di illeciti edilizi avviato nel 1992 con l'acquisizione del bene al patrimonio disponibile a seguito del contestato frazionamento per finalità edificatorie, viceversa il provvedimento non contiene alcun riferimento che consenta di ricondurlo all'esercizio dei poteri pubblicistici afferenti alle funzioni di controllo e sanzione in materia edilizia, avendo soltanto ordinato il rilascio del bene disponibile di sua proprietà occupato *sine titulo*, dichiarando espressamente di agire con lo strumento in parola per far fronte alla "occupazione di immobile di proprietà comunale";

- in assenza di elementi che consentano di configurare l'ordinanza in questione come il terminale esecutivo dei provvedimenti di demolizione e di acquisizione al patrimonio comunale dell'opera abusiva, di per sé dotati, in quanto estrinsecazioni dei poteri di vigilanza e di repressione urbanistico-edilizia sul territorio (cfr. art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001), del connotato dell'esecutorietà, non resta che ricondurre l'azione intrapresa dal comune, per come concretamente esercitata, ai poteri di autotutela disciplinati dall'art. 823 comma 2 del codice civile;

- in tal caso, tuttavia, al cospetto di un bene al patrimonio disponibile del comune - quale pacificamente è il terreno oggetto della presente controversia acquisito gratuitamente al patrimonio dell'ente a seguito dell'illegittimo frazionamento per pretese finalità edificatorie contestato ai ricorrenti - il comune non avrebbe potuto esercitare l'autotutela amministrativa per le ragioni correttamente indicate dal primo giudice ma il recupero del bene avrebbe dovuto seguire, invece, le vie contrassegnate dagli strumenti giurisdizionali ordinari, a mezzo delle azioni possessorie o della *rei vindicatio* civilistica (Cons. Stato, sez. VI, 29 agosto 2019, n. 5934);

- i poteri di tutela esecutoria dell'amministrazione in presenza di occupazioni da terzi sono da ritenersi *sine titulo* quando la pubblica amministrazione agisca in area appartenente al patrimonio disponibile, dove l'esercizio di tale potere autoritativo non trova fondamento: l'autotutela demaniale si collega, infatti, al regime dominicale del bene pubblico, in coerenza con le funzioni amministrative di disciplina, ordinata gestione e uso del bene medesimo e con l'esigenza di "reagire" rispetto a condotte appropriative o usurpative di carattere privato;

- sussiste, dunque, una effettiva e comprovata divergenza, nei sensi sopra indicati, fra l'atto di sgombero e la sua funzione tipica, essendo stato il potere esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dalla norma attributiva dello stesso.

6. Fiscalizzazione dell'abuso.

6.1. Inquadramento normativo.

L'art. 33 del testo unico dell'edilizia, che disciplina le ipotesi di interventi di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza di permesso di costruire o in totale difformità, al comma 2 dispone: «*Qualora, sulla base di motivato accertamento dell'ufficio tecnico comunale, il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile, il dirigente o il responsabile dell'ufficio irroga una sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento di valore dell'immobile, conseguente alla realizzazione delle opere,*

determinato, con riferimento alla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri previsti dalla legge 27 luglio 1978, n. 392, e con riferimento all'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione, con la esclusione, per i comuni non tenuti all'applicazione della legge medesima, del parametro relativo all'ubicazione e con l'equiparazione alla categoria A/1 delle categorie non comprese nell'articolo 16 della medesima legge. Per gli edifici adibiti ad uso diverso da quello di abitazione la sanzione è pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile, determinato a cura dell'agenzia del territorio».

Analoga disposizione è rinvenibile nell'art. 34, che disciplina gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, il quale al comma 2, dispone: «Quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale», precisando, al comma 2 bis, che «le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 1, eseguiti in parziale difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività».

Parimenti, l'art. 38, rubricato “Interventi eseguiti in base a permesso annullato” al comma 1 dispone: «In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa» precisando al comma 2 che «L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36» e, al comma 2 bis che «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 1, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo».

6.2. La giurisprudenza amministrativa.

Le riportate disposizioni, relative a fattispecie diverse, sono accomunate dalla previsione della possibilità di applicare sanzioni alternative alla demolizione nonché dalla non necessarietà della notifica dell'accertamento di inottemperanza «per l'evidente ragione che ad essa non consegue la perdita della proprietà. L'iter si ricongiunge in tratti omogenei con riferimento alla demolizione, che nei casi più gravi è successiva all'acquisizione dell'opera, ma grava pur sempre sul comune, seppure a spese dei responsabili dell'abuso» (Cons. Stato, n. 806 del 2024 cit.).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ripetutamente affrontato sia il tema dei presupposti per l'applicazione delle sanzioni alternative sia la collocazione temporale, all'interno della sequenza procedimentale relativa alla repressione dell'abuso edilizio, del provvedimento di applicazione delle suddette sanzioni, con esiti non sempre univoci.

6.2.1. Ipotesi di permesso di costruire annullato.

Si sono registrati nel tempo almeno tre orientamenti:

- a) un primo orientamento, secondo il quale la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile per ogni tipologia dell'abuso stesso, ossia a prescindere dal tipo, formale ovvero sostanziale, dei vizi che hanno portato all'annullamento dell'originario titolo, secondo una logica che considera l'istituto come un caso particolare di condono di una costruzione nella sostanza abusiva (sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2419; sez. VI 19 luglio 2019, n. 5089; sez. VI, 28 novembre 2018, n. 6753; sez. VI, 12 maggio 2014, n. 2398);
- b) un secondo orientamento, più risalente, formatosi sotto il vigore dell'art. 11 della legge n. 47 del 1985 (recante un testo normativo identico), di carattere più restrittivo, secondo il quale la fiscalizzazione dell'abuso sarebbe possibile soltanto nel caso di vizi formali o procedurali emendabili, mentre in ogni altro caso l'amministrazione dovrebbe senz'altro procedere a ordinare la rimessione in pristino, con esclusione della logica del condono (sez. VI, 9 maggio 2016, n. 1861; sez. VI, 11 febbraio 2013, n.753; sez. IV 16 marzo 2010, n.1535; sez. V, 22 maggio 2006, n. 2960; sez. V, 12 ottobre 2001, n. 5407; in tal senso anche Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209);
- c) un terzo orientamento, intermedio, che si discosta da quello restrittivo per ritenere possibile la fiscalizzazione, oltre che nei casi di vizio formale, anche nei casi di vizio sostanziale emendabile: anche in tal caso, non vi sarebbe la sanatoria di un abuso, perché esso verrebbe in concreto eliminato con le opportune modifiche del progetto prima del rilascio della sanatoria stessa, la quale si distinguerebbe dall'accertamento di conformità di cui all'art. 36 dello stesso testo unico n. 380 del 2001 per il fatto che, in questo caso, non sarebbe richiesta la "doppia conformità" (sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4221; sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2355; sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4923).

Si affermava che il fondamento del regime sanzionatorio più mite riservato dal legislatore agli interventi edilizi realizzati in presenza di un titolo abilitativo che solo successivamente sia stato dichiarato illegittimo, rispetto al trattamento ordinariamente previsto per le ipotesi di interventi realizzati in originaria assenza del titolo, va rinvenuto nella specifica considerazione dell'affidamento riposto dall'autore dell'intervento sulla presunzione di legittimità e comunque sull'efficacia del titolo assentito. A tal fine, all'amministrazione si impone di verificare se i vizi formali o sostanziali (accertati in sede giurisdizionale) siano emendabili, ovvero se la demolizione sia effettivamente possibile senza recare pregiudizio ad altri beni o opere del tutto regolari. In presenza degli anzidetti presupposti per convalidare l'atto, ai sensi dell'art. 38, comma 2, del d.P.R. 380 del 2001, l'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36 del testo unico. Una volta identificato nella tutela del legittimo affidamento l'elemento normativo che differenzia sensibilmente la posizione di colui che abbia realizzato in buona fede l'opera abusiva sulla base di titolo annullato rispetto a quanti abbiano realizzato opere parimenti abusive senza alcun titolo, ne consegue che il citato art. 38 può trovare applicazione solo in presenza di

manufatti realizzati conformemente al titolo edilizio assentito e che diventino abusivi a seguito del sopravvenuto annullamento di quest'ultimo. Per le ipotesi di abusi formali realizzati in assenza *ab initio* di valido titolo abilitativo, trova infatti applicazione il diverso istituto dell'accertamento di conformità, subordinato al riscontro delle stringenti condizioni di cui all'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 (sez. VI, 10 maggio 2017, n. 2160).

Ancora si sosteneva che l'irrogazione della sanzione pecuniaria in luogo della demolizione è consentita dalla legge solo quando la demolizione sia impossibile, s'intende tecnicamente, e non quando sia costosa (tutte le demolizioni essendo costose), ditalchè una motivazione che si fondi sulla costosità della demolizione, peraltro sopravvalutata, è illogica, sia perché essa vanifica la sanzione della demolizione prevista dalla legge, sia perché la demolizione è a spese del contravventore e non già del comune, nonché perché pone sullo stesso piano i due interessi, tra loro incomparabili, di evitare al comune l'anticipazione delle spese di demolizione e di proteggere il territorio comunale dall'abusivismo (sez. V, 20 marzo 2007, n. 1325).

Il rilevato contrasto è stato risolto dall'Adunanza plenaria (con la sentenza 7 settembre 2020, n. 17), la quale ha chiarito che, in tale ipotesi, l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38 t.u. edilizia, qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure o la restituzione in pristino, può trovare applicazione unicamente a fronte di vizi che riguardino la forma e la procedura e che, alla luce di una valutazione in concreto effettuata dall'amministrazione, risultino non rimovibili, con esclusione dei vizi sostanziali. A fronte dell'annullamento in sede giurisdizionale del permesso di costruire, a causa della sussistenza di un vizio sostanziale non emendabile, l'art. 38 del 2001 fa riferimento ai soli vizi che riguardano forma e procedura, i quali, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione.

In particolare la decisione in rassegna ha evidenziato che il predetto art. 38 contiene un'eccezionale deroga al principio di necessaria repressione a mezzo demolizione degli abusi edilizi, connotata da due condizioni: i) la prima consistente nella motivata valutazione circa l'impossibilità della rimozione dei vizi delle procedure amministrative; ii) la seconda identificata nella motivata valutazione circa l'impossibilità di restituzione in pristino. Dette condizioni – oltre che declinate in modo generico dal legislatore, non avendo quest'ultimo chiarito cosa debba intendersi per “vizi delle procedure amministrative” e per “impossibilità” di riduzione in pristino – si rivelano eterogenee poiché: la prima attiene alla sfera dell'amministrazione e presuppone che l'attività di convalida del provvedimento amministrativo (*sub specie* del permesso di costruire), ex art. 21 *nonies* comma 2, legge n. 241 del 1990, mediante rimozione del vizio della relativa procedura, non sia oggettivamente possibile; la seconda attiene alla sfera del privato e concerne la concreta possibilità di procedere al ripristino dello stato dei luoghi.

In coerenza con le statuizioni dell'Adunanza plenaria si segnalano le successive pronunce che hanno elaborato i principi di seguito sintetizzati:

- d) l'art. 38 d.P.R. 380 del 2001 si applica non solo ai casi di annullamento in via amministrativa dei titoli edilizi ma anche ai casi di annullamento in sede giurisdizionale, in coerenza con la finalità della previsione, consistente nella tutela dell'affidamento del titolare del permesso di costruire circa la legittimità della progettata e compiuta edificazione

conseguente al rilascio del titolo, come precisato dall'Adunanza plenaria n. 17 del 2020. Quest'ultima, pur pronunciandosi (peraltro, proprio con riferimento ad un caso di annullamento giurisdizionale del titolo edilizio) sulla diversa questione relativa all'applicabilità della "fiscalizzazione" ai vizi delle procedure amministrative - ha avuto cura di rimarcare che «l'art. 38 non si sofferma sulla natura giurisdizionale o amministrativa dell'annullamento». L'equiparazione della fattispecie in esame al permesso di costruire in sanatoria- in forza del rinvio contenuto nel comma 2 del citato art. 38 all'art. 36 del medesimo decreto - è solo *quoad effectum*, costituendo un eccezionale temperamento al generale principio secondo il quale la costruzione abusiva deve essere sempre demolita;

- e) non è necessaria la doppia conformità urbanistica prevista per il permesso di costruire in sanatoria anche ai fini dell'irrogazione della sanzione alternativa alla demolizione, non potendosi ampliare oltre i confini letterali l'equiparazione tra le due fattispecie sancita dal comma 2 dell'art. 38 (secondo cui "l'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36") né introdurre in via interpretativa una condizione ulteriore-quella della doppia conformità urbanistica- non contemplata dal comma 1 del citato articolo;
- f) la giurisprudenza, pur riconducendo la fiscalizzazione in esame all'ampio *genus* delle sanatorie, ha rimarcato la profonda differenza tra le due fattispecie sopra citate. Esse infatti, si diversificano completamente nei presupposti e nella finalità, potendo coincidere (esclusivamente) per gli effetti nel solo caso in cui l'amministrazione non convalidi il titolo edilizio viziato e non sia possibile addivenire alla demolizione dell'opera. Le differenze ontologiche tra i due istituti sono ravvisabili perfino nella diversità delle relative conseguenze economiche, stante che nel primo caso (l'accertamento di conformità) è previsto il pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella predeterminata dalla medesima normativa; nel secondo, invece, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale;
- g) il principio di *one shot* temperato, volto ad evitare che l'amministrazione possa riprovedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale, comportando che la stessa pubblica amministrazione debba riesaminare una seconda volta l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato, non si

attaglia alle ipotesi in cui non si verte in tema di "rinnovazione" dello stesso provvedimento annullato in sede giurisdizionale, bensì dell'ottemperanza al giudicato di annullamento del titolo edilizio mediante l'adozione del diverso e succedaneo provvedimento di irrogazione della sanzione pecuniaria in alternativa all'ordine di demolizione (sez. II, 25 ottobre 2023, n. 9243);

- h) in esito all'annullamento di un titolo edilizio l'amministrazione comunale non può adottare, direttamente, un ordine di ripristino, piuttosto che la sanzione pecuniaria sostitutiva, dovendo prima pronunciarsi sulla possibilità di esitare, con il rilascio di un permesso di costruire postumo, l'originaria istanza presentata dal privato: solo all'esito di tale valutazione, e se e nella misura in cui il rilascio del permesso di costruire postumo non sia ritenuto possibile, l'amministrazione comunale può sanzionare con l'ordine di ripristino, o con la sanzione pecuniaria sostitutiva, le opere edilizie nel frattempo realizzate sulla base del titolo annullato (sez. VI, 11 ottobre 2023, n. 8869);
- i) la riduzione in pristino deve risultare impraticabile alla luce di una valutazione tecnica e non di una ponderazione dei vari interessi in gioco, fra cui l'affidamento del privato nella legittimità delle opere (sez. VI, 4 gennaio 2023, n. 136);
- j) la tutela dell'affidamento del privato circa la legittimità del titolo edilizio costituisce un limite rispetto al potere di riduzione in pristino dell'amministrazione solo nel caso in cui l'opera non presenti profili di abusività dal punto di vista sostanziale (sez. VI, 28 ottobre 2022, n. 9304);
- k) qualora il permesso di costruire sia stato annullato per vizi sostanziali, la fiscalizzazione dell'abuso è consentita solo nel caso in cui la restituzione in pristino risulti impossibile. Nell'ambito delle conseguenze agli illeciti edilizi, l'impossibilità di riduzione in pristino non possa che essere di ordine squisitamente tecnico costruttivo; diversamente opinando, l'art. 38 d.P.R. 380 del 2001 si presterebbe a letture strumentali, consentendo sanatorie *ex officio* di abusi attraverso lo strumento dell'annullamento in autotutela del titolo edilizio originario (sez. IV, 19 aprile 2022, n. 2919);
- l) una volta identificato nella tutela del legittimo affidamento l'elemento normativo che differenzia sensibilmente la posizione di colui che abbia realizzato in buona fede l'opera abusiva sulla base di titolo annullato rispetto a quanti abbiano realizzato opere parimenti abusive senza alcun titolo, ne consegue che l'art. 38 t.u. edilizia può trovare applicazione in presenza di manufatti realizzati conformemente al titolo edilizio assentito e che diventino abusivi solo a seguito del sopravvenuto annullamento di quest'ultimo (sez. IV, 28 gennaio 2020, n. 690);

- m) l'art. 38 introduce infatti un regime sanzionatorio più mite in relazione alle opere edilizie conformi ad un titolo abilitativo successivamente rimosso, rispetto ad altri interventi abusivi eseguiti sin dall'origine in assenza di titolo, per tutelare un certo affidamento del privato, al fine di ottenere la conservazione di un bene che è pur sempre sanzionato (sez. VI, 9 aprile 2018, n. 2155);
- n) esiste un'ontologica diversità - non sul piano oggettivo ma sul piano soggettivo - tra la condizione del privato che costruisce senza alcun titolo abilitativo, o in difformità rispetto a quest'ultimo, e quella del privato che edifica un manufatto in conformità ad un titolo che, poi, venga riconosciuto illegittimo (sez. IV, 5 novembre 2018, n. 6246).

Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, vanno altresì segnalate:

- o) Corte cost., 9 gennaio 2019, n. 2 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 22, comma 2, lettera a), della legge della Regione Lazio 11 agosto 2008, n. 15 (Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia), nella parte in cui, nel disciplinare il rilascio della sanatoria edilizia, previo accertamento di conformità, per interventi edilizi realizzati in assenza di titolo abilitativo, in totale difformità dallo stesso o con variazioni essenziali, subordina l'operatività del meccanismo – una volta verificata la sussistenza della cosiddetta “doppia conformità” dell'opera realizzata – al pagamento, a titolo di oblazione, di un importo (pari al valore di mercato dell'intervento eseguito, determinato con riferimento alla data di applicazione dell'oblazione) che irragionevolmente coincide con quello della sanzione pecuniaria prevista per la diversa ipotesi, disciplinata dall'art. 20, del titolo abilitativo annullato d'ufficio o in via giurisdizionale. La vicenda dedotta in giudizio riguardava un immobile abusivo la cui edificazione era avvenuta in base a un permesso di costruire falsificato da un tecnico al quale la ricorrente si era in buona fede affidata per la gestione della ‘pratica. La proprietaria dell'opera aveva domandato la sanatoria edilizia, sussistendo, nella specie, il requisito della c.d. doppia conformità, ma il comune l'aveva negata a causa del mancato pagamento dell'oblazione. La proprietaria si era infatti rifiutata di pagarla, sostenendo che la norma che la prevede (art. 22 della legge regionale n. 15 del 2008 che, al comma 2, lett. a), la quantifica in “un importo pari al valore di mercato dell'intervento eseguito, determinato con riferimento alla data di applicazione dell'oblazione”) non fosse nella specie applicabile per mancanza dell'elemento soggettivo (essendo ella del tutto estranea, ed anzi vittima, dell'abuso commesso da altri), ovvero, in subordine, che tale disposizione non fosse stata correttamente applicata dall'amministrazione. Secondo la Corte, l'identità di conseguenze, sul piano dei costi, a carico di chi si sia reso responsabile dell'abuso consistente in interventi edilizi realizzati in

assenza di titolo abilitativo, in totale difformità dallo stesso o con variazioni essenziali e a carico di chi abbia realizzato un immobile in base a permesso di costruire poi annullato, comporta un'evidente irragionevolezza di trattamento perché, mentre nel caso di cui all'art. 20 della legge regionale "l'annullamento del titolo è indicativo dell'illegittimità sostanziale dell'intervento edilizio, rispetto al quale si renderebbe necessario il ricorso all'ordinario iter repressivo con la demolizione del manufatto, cui l'amministrazione decide invece di soprassedere per ragioni di materiale impossibilità", nel caso invece di cui all'art. 22 "è sufficiente disporre la regolarizzazione dell'aspetto formale dell'intervento realizzato, una volta accertato che lo stesso è comunque pienamente conforme alla normativa urbanistico-edilizia vigente ed a quella pregressa";

- p) Corte cost., 1 luglio 2022, n. 165 che, in linea con la precedente pronuncia del 2019, ha dichiarato incostituzionale la norma, ormai abrogata (ma rilevante nel giudizio a quo) della regione Lazio - art. 22, comma 2, lettera b, l.r. 11 agosto 2008, n. 15, nel testo in vigore anteriormente alle modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lettera c, n.2), della l.r. Lazio 27 febbraio 2020, n. 1 – relativa al *quantum* dell'oblazione da versarsi a carico di chi abbia realizzato interventi in difformità dal titolo edilizio posseduto, ma doppiamente rispettosi della disciplina urbanistico-edilizia (sia al momento dell'abuso che al momento della sanatoria), e come tali sanabili ("abuso formale"). La norma tratterebbe in maniera uguale situazioni diverse: il costo dell'oblazione per abuso sanabile, in quanto conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia, è stabilito in misura pari alla sanzione pecuniaria ("pari al doppio dell'incremento del valore di mercato dell'immobile conseguente alla esecuzione delle opere" abusive) prevista dall'art. 18 della l.r. Lazio n. 15 del 2008 per lo stesso intervento edilizio, ma non sanabile e non tecnicamente demolibile.

6.2.2. Ipotesi di opere eseguite in parziale difformità.

Sull'argomento si segnalano le seguenti pronunce e massime:

- a) l'art. 34 d.P.R. n. 380 del 2001 ha valore eccezionale e derogatorio e non compete all'amministrazione procedente valutare, prima che venga emesso l'ordine di demolizione dell'abuso, se possa essere applicata la sanzione sostitutiva, piuttosto incombendo sul privato interessato la dimostrazione, in modo rigoroso e nella fase esecutiva, della obiettiva impossibilità di ottemperare all'ordine stesso senza pregiudizio per la parte conforme (sez. VII, 18 agosto 2023, n. 7822);
- b) le disposizioni dell'art. 34 devono essere interpretate nel senso che la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria debba

- essere valutata dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione (sez. VI, 5 gennaio 2023, n. 199);
- c) nell'ipotesi di interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, la sanzione pecuniaria prevista dal comma 2 dell'art. 34, costituisce una deroga alla regola generale della demolizione negli illeciti edilizi prevista dal primo comma, dovendo l'amministrazione competente valutare, nella fase esecutiva del procedimento, la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria (sez. VI, 24 novembre 2022, n. 10358);
 - d) con riferimento agli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, la possibilità di irrogare la sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 34 non determina, e nemmeno può implicare, l'illegittimità dell'ordine demolitorio (sez. VI, 17 ottobre 2022, n. 8808);
 - e) la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione. In quella sede, le parti ben potranno dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato asseritamente derivante dall'esecuzione della demolizione del muro di contenimento del terrapieno su cui poggia la relativa fabbrica (sez. VI, 12 dicembre 2019, n. 8458);
 - f) in caso di interventi eseguiti in parziale difformità, la sanzione pecuniaria prevista dal secondo comma dell'art. 34, costituisce una deroga alla regola generale della demolizione negli illeciti edilizi prevista dal primo comma e, dunque, può essere applicata solo qualora sia oggettivamente impossibile effettuare la demolizione delle parti difformi senza incidere sulla stabilità dell'intero edificio (sez. VI, 23 novembre 2018, n. 6658);
 - g) la conversione della demolizione in sanzione pecuniaria è consentita, a mente dell'art. 34, comma 2, solo in ipotesi di parziale difformità delle opere dal permesso di costruire. Tale ipotesi non è configurabile nel caso in cui l'opera realizzata costituisca una nuova unità abitativa, articolata su tre livelli e, come tale, di rilevante consistenza urbanistico-edilizia e sia realizzata (in relazione all'uso residenziale) in contrasto con la tipologia originaria (mero deposito) presentandosi come un intervento eseguito in "totale difformità" ai sensi dell'art. 31 dello stesso d.P.R. Nel caso in cui la rimozione delle opere oggetto della sanzione demolitoria comporti problemi statici per altri manufatti legittimi, la rimessione in pristino va comunque eseguita e ben può essere realizzata mediante lavori che ripristinino lo stato originario dei luoghi pur senza incidere su elementi strutturali rilevanti, di tal che non può ritenersi un difetto di motivazione dell'acquisizione gratuita il mancato riferimento, nel relativo provvedimento, alla proposta richiesta di conversione della demolizione in sanzione pecuniaria ex art. 34 d.P.R. n. 380 del 2001, avendo l'amministrazione a fronte di tale richiesta ritenuto insussistente la volontà dei privati di dare comunque luogo alla eliminazione delle opere abusive, e rimesso alla fase di esecuzione di ufficio le concrete modalità di attuazione

- della demolizione rigettando così la loro richiesta (sez. VI, 20 luglio 2018, n. 4418);
- h) con riguardo agli interventi e alle opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire, la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria, disciplinata dall'art. 34, del d.P.R. n. 380 del 2001, deve essere valutata dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva e autonoma rispetto all'ordine di demolizione. In quella sede, le parti ben possono dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato asseritamente derivante dall'esecuzione della demolizione del muro di contenimento del terrapieno (sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4169);
 - i) la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione: il dato testuale della legge è univoco ed insuperabile, in coerenza col principio per il quale, accertato l'abuso, l'ordine di demolizione va senz'altro emesso. La norma, inoltre, è chiara nel riferirsi soltanto al caso in cui si sia in presenza di opere realizzate in parziale difformità dal permesso di costruire (sez. VI, 23 novembre 2017, n. 5472);
 - j) la violazione sostanziale (e non meramente formale procedimentale del titolo edilizio) dell'ordinato assetto del territorio, non consente di sostituire la sanzione ripristinatoria con quella pecuniaria, salvo il caso della impossibilità materiale della demolizione, qualora si dimostri la pericolosità statica del manufatto residuo (sez. IV, 16 giugno 2017, n. 2948);
 - k) in assenza di indicazioni testuali o sistematiche in senso contrario, i soggetti tenuti alla corresponsione della sanzione pecuniaria alternativa di cui al comma 2 dell'art. 34, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 devono coincidere con quelli che sarebbero tenuti *principaliter* all'adozione delle misure di carattere demolitivo/restitutorio di cui al precedente comma 1 (sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5550).

6.2.3. Ipotesi di ristrutturazione edilizia.

Sull'argomento si segnalano le seguenti pronunce e massime:

- a) l'applicabilità della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, in deroga alla regola generale della demolizione, propria degli illeciti edilizi, presuppone la dimostrazione della oggettiva impossibilità di procedere alla demolizione delle parti difformi senza incidere, sul piano delle conseguenze materiali, sulla stabilità dell'intero edificio. Inoltre, 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. La valutazione, cioè, circa la

possibilità di dare corso alla applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla 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. In sintesi, la verifica ex art. 33, comma 2, va compiuta su segnalazione della parte privata durante la fase esecutiva, e non dall'amministrazione procedente all'atto dell'adozione del provvedimento sanzionatorio (sez. VI, 10 gennaio 2020, n. 254);

- b) qualora la sanzione della riduzione in pristino non possa essere eseguita per il pericolo di danno alla parte della costruzione non abusiva, deve trovare applicazione, ai sensi dell'art. 33, la sanzione pecuniaria. Pertanto, è illegittima l'ordinanza di demolizione e ripristino irrogata dal comune allorché sia stata pretermessa la valutazione sulla reale fattibilità pratica e giuridica della demolizione (sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5867);
- c) l'applicazione della sanzione pecuniaria ha carattere residuale e, ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione, che è finalizzato a ripristinare la legalità violata, l'amministrazione è tenuta al solo accertamento dell'abusività dell'opera, senza essere onerata di propedeutiche e complesse verifiche tecniche sulle eventuali difficoltà che possano sopravvenire durante la fase esecutiva della demolizione (sez. IV, 3 febbraio 2017, n. 463);
- d) l'ordine di distruzione del manufatto abusivo, a cura e a spese dell'imputato, impartito dal giudice penale quale conseguenza obbligata derivante dalla sentenza di condanna è diverso dall'ordine di rimozione, ovvero di demolizione, emanato dal dirigente comunale competente ai sensi del più volte menzionato art. 33 (Cons. Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283).

6.2.4. Tipologia dell'immobile.

Per il caso di immobili o aree vincolate si segnalano le seguenti pronunce e massime:

- a) in caso di opere eseguite su immobili vincolati non è ammessa alcuna fiscalizzazione, dovendo l'amministrazione competente a vigilare sull'osservanza del vincolo ordinare sempre la restituzione in pristino, indicando criteri e modalità per la relativa effettuazione. Nel caso, invece, di opere eseguite su immobili, anche non vincolati, ubicati nei centri storici, la individuazione della tipologia di sanzione da applicare,

reale o pecuniaria, spetta all'amministrazione preposta alla tutela dei beni culturali ed ambientali, che si esprime mediante un parere vincolante. Tale tipologia di atto, per il suo contenuto, ha valenza sostanzialmente decisoria, il che implica che il comune deve attenersi a quanto stabilito dalla suddetta amministrazione. Esclusivamente nel caso in cui il parere non venga reso entro il termine previsto, la competenza si trasferisce all'amministrazione comunale (Cons. Stato, sez. II, n. 806 del 2024 cit.);

- b) la sanzione alternativa pecuniaria, ai sensi dell'art. 33 d.P.R. 380 del 2001 è applicabile agli interventi di ristrutturazione edilizia in assenza o difformità dal titolo. Non è preclusa l'applicazione della sanzione pecuniaria in presenza di collocazione dell'immobile in zona A centro storico poiché, in caso di immobili ricadenti in zona A, anche se non vincolati, l'amministrazione deve richiedere il parere della competente autorità per la tutela dei beni culturali e ambientali sulla restituzione in pristino o l'irrogazione della sanzione pecuniaria (sez. VI, 23 febbraio 2023, n. 1849).

6.2.5. Rapporto tra le diverse fattispecie di fiscalizzazione.

L'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 può essere applicato: i) nel caso di impossibilità di rimozione dei vizi formali o procedurali inerenti al rilascio del permesso di costruire; ii) nel caso di impossibilità di riduzione in pristino del bene, laddove il titolo edilizio sia stato annullato non per vizi formali o procedurali, bensì sostanziali.

Si tratta di due condizioni eterogenee poiché: iii) la prima attiene alla sfera dell'amministrazione e presuppone l'oggettiva impossibilità giuridica di attivare la convalida del provvedimento amministrativo (*sub* specie del permesso di costruire), ex art. 21 *nonies*, comma 2, della l. 7 agosto 1990, n. 241: unica ed esclusiva fattispecie di cui si occupata la sentenza Cons. Stato, 7 settembre 2020, n. 17; iv) la seconda attiene alla sfera del privato e concerne la concreta possibilità di procedere alla restituzione in pristino dello stato dei luoghi.

I presupposti (normativi ed ermeneutici) dell'istituto della fiscalizzazione dell'illecito edilizio si pongono su un piano ontologicamente diverso da quelli della sanatoria sia perché esso trova il proprio fondamento nella impossibilità di rimuovere le conseguenze dell'illecito senza creare danni irreparabili alla parte di edificio eseguita in conformità al permesso a costruire sia perché il pagamento della sanzioni pecuniarie, se esclude che opere edilizie abusive possano essere legittimamente demolite, non ne rimuove, però, il carattere antiggiuridico (Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2799; sez. IV 29 settembre 2011, n. 5412).

6.3. Gli approdi dell'Adunanza plenaria.

Con tre sentenze gemelle l'Adunanza plenaria ha chiarito i criteri di calcolo della sanzione pecuniaria ex art. 33, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 per la

ristrutturazione edilizia ripercorrendo la funzione storica di tale istituto (8 marzo 2024, n. 1, n. 2 e n. 3).

La sentenza ha enunciato i seguenti principi:

- a) con l'espressione "data di esecuzione dell'abuso", deve intendersi il momento di realizzazione delle opere abusive;
- b) ai fini della quantificazione della sanzione pecuniaria da determinare ex art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, deve procedersi alla individuazione della superficie convenzionale ai sensi dell'art. 13 della legge n. 392 del 1978 ed alla determinazione del costo unitario di produzione, sulla base del decreto aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso. Il costo complessivo di produzione, dato dalla moltiplicazione della superficie convenzionale con il costo unitario di produzione, va attualizzato secondo l'indice Istat del costo di costruzione.

L'Adunanza plenaria ricostruisce la *ratio* della disciplina (non particolarmente chiara) ripercorrendo l'evoluzione storica della disposizione di legge così contribuendo a delineare – a fronte del dato normativo frammentario – uno statuto unico e omogeneo della c.d. "fiscalizzazione dell'abuso".

Dopo aver ricostruito i fatti di causa, l'Adunanza plenaria:

- a) ha evidenziato come, dal tenore dell'art. 33, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, la determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria sia ancorata ad un duplice riferimento temporale:
 - a1) alla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri della legge 27 luglio 1978, n. 392;
 - a2) all'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di costruzione;
- b) ha circoscritto il dubbio interpretativo al termine sub a2), con riferimento:
 - b1) alle modalità di individuazione "*dell'ultimo costo di produzione determinato con decreto ministeriale, aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso, sulla base dell'indice ISTAT del costo di produzione*", stante l'abrogazione dell'art. 22 della legge 27 luglio 1978, n. 392, disposta dall'art. 14 della legge 9 dicembre 1998, n. 431, con la conseguente interruzione dell'emanazione dei decreti ministeriali (l'ultimo emanato il 18 dicembre 1998) che ogni anno determinavano il costo base di produzione per la realizzazione degli immobili adibiti ad uso di abitazione;
 - b2) al significato da attribuire all'espressione "alla data di esecuzione dell'abuso", potenzialmente declinabile: i) alla luce del dato letterale, alla data di ultimazione dei lavori abusivi; ii) alla luce della natura permanente dell'abuso: al momento della scoperta dell'abuso o dell'accertamento dell'illecito; al momento in cui l'abuso è autodichiarato da parte dell'interessato; iii) al momento dell'irrogazione della sanzione;
- c) rispondendo al primo quesito, ha così argomentato:

- c1) l'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 dispone che vadano effettuate due distinte operazioni: i) individuare il costo di produzione, determinato con il decreto ministeriale aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso; ii) aggiornare l'importo della sanzione, individuato sulla base del costo di costruzione, applicando l'indice Istat;
- c2) deve pertanto indicizzarsi non l'importo indicato nel decreto ministeriale, ma quello aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso, giacché tale soluzione appare funzionale: i) a specificare quale debba essere il decreto ministeriale da utilizzare; ii) a spiegare la presenza della virgola dopo il termine "abuso";
- d) nel risolvere il secondo quesito sull'interpretazione della locuzione "data di esecuzione dell'abuso", ha valorizzato il dato testuale evidenziando:
- d1) come l'aumento di valore dell'immobile va individuato sulla base dei criteri contenuti nella legge n. 392 del 1978, calcolando la superficie convenzionale e considerando il costo unitario di produzione secondo il decreto ministeriale aggiornato alla data di esecuzione dell'abuso: la moltiplicazione tra i due termini indica il costo di produzione complessivo, ossia l'*aestimatio*, che va aggiornato (*taxatio*) sulla base dell'indice Istat del costo di costruzione;
- d2) come il legislatore ha ribadito che va esercitato il potere sanzionatorio anche quando vi siano obiettive difficoltà tecniche per eseguire la demolizione, derogando alla regola generale per cui gli abusi edilizi vanno materialmente rimossi;
- d3) che il relativo potere può essere esercitato su richiesta del responsabile dell'abuso, qualora risulti l'oggettiva impossibilità di procedere alla riduzione in pristino delle parti difformi senza incidere sulla stabilità dell'intero edificio;
- d4) che, nel contemperare gli interessi in conflitto, il legislatore ha disposto che la sanzione pecuniaria in concreto erogata tenga conto dell'effettivo valore delle opere abusive, l'unico significativo per la definizione del caso concreto, e non di quello inferiore e risalente al passato, non più ancorato all'effettivo valore del bene;
- d5) come l'abrogato art. 9, comma 2 della l. 28 febbraio 1985, n. 47 – secondo il quale: «*Qualora, sulla base di motivato accertamento dell'Ufficio tecnico comunale, il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile, il sindaco irroga una sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento di valore dell'immobile, conseguente alla realizzazione delle opere, determinato, con riferimento alla data di ultimazione dei lavori, in base ai criteri previsti della legge 27 luglio 1978, n. 392*» – non prevedesse alcun meccanismo di adeguamento, ma il mero rinvio alla legge n. 392 del 1978, il cui art. 22, comma 1, ora abrogato nei sensi di cui all'art. 14, della legge n. 431 del 1998 ossia limitatamente alle locazioni abitative, stabiliva che: «*Per gli immobili adibiti ad uso di abitazione che sono stati ultimati dopo il 31 dicembre 1975, il costo base di produzione a metro quadrato è fissato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con quello di grazia e giustizia, sentito il Consiglio dei Ministri, da emanare entro il 31 marzo di ogni anno e da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica*»;

d6) come per le ipotesi meno gravi di cui all'art. 34, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 – secondo cui: *«Quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della Agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale»*– è stato previsto un meccanismo di adeguamento analogo a quello previsto dall'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 che – sia per gli immobili ad uso abitativo sia ad uso diverso – che tiene però espressamente conto del valore del bene al tempo della determinazione sanzione, sicché l'interpretazione dell'art. 33, comma 2 del d.P.R. n. 380 del 2001, secondo la quale rileverebbe il valore del bene al momento di realizzazione delle opere: i) integrerebbe un'irragionevole disparità poiché ingiustificatamente meno afflittiva rispetto alle ipotesi di cui all'art. 34 comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001; ii) incrinerebbe l'omogeneità e l'effettività della risposta sanzionatoria prevista dal testo unico dell'edilizia in alternativa alla materiale demolizione.

6.4. La giurisprudenza penale.

Anche la Cassazione penale ha avuto modo di pronunciarsi sul tema, in modo peraltro conforme alla posizione assunta dalla giurisprudenza amministrativa:

- a) in tema di reati edilizi, la possibilità di non eseguire la demolizione qualora possa derivarne pregiudizio per la porzione di fabbricato non abusiva, secondo la procedura di cosiddetta “fiscalizzazione” di cui all'articolo 34 del d.P.R. n. 380 del 2001, riguarda le sole ipotesi di parziale difformità (al netto del limite di tolleranza individuato dall'ultimo comma dell'articolo citato) fra quanto oggetto del permesso a costruire e quanto invece realizzato, rimanendo invece esclusa nel caso in cui le opere eseguite siano del tutto sprovviste del necessario assenso amministrativo (Cass. pen., sez. III, 16 dicembre 2020, n. 11638);
- b) la revoca o la sospensione dell'ordine di demolizione, e anche di rimessione in pristino, può essere disposta dal giudice dell'esecuzione previo accertamento di una situazione, come la presentazione di istanza di condono o provvedimento stesso, che la renderebbero incompatibile. Inoltre, in tema di reati edilizi, la valutazione sulla possibilità di non eseguire la demolizione, qualora possa derivarne pregiudizio per la porzione di fabbricato non abusiva, secondo la procedura cosiddetta di fiscalizzazione di cui al d.P.R. n. 380 del 2001, art. 34, compete al giudice dell'esecuzione e può essere sindacata in sede di legittimità solo attraverso il vizio motivazionale (Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2020, n. 19105);

- c) in tema di violazioni edilizie, la cd. procedura di “fiscalizzazione” dell’abuso di cui all’art. 34, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 – secondo la quale, per le opere eseguite in parziale difformità, quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente dell’ufficio preposto dispone, in luogo della demolizione, una sanzione amministrativa più elevata – non è mai applicabile alle opere realizzate in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, perché queste non possono essere mai essere ritenute “in parziale difformità”, atteso che tutti gli interventi realizzati in tale zona eseguiti in difformità dal titolo abilitativo si considerano in variazione essenziale e, quindi, in difformità totale rispetto all’intervento autorizzato (Cass. pen. sez. III, 18 novembre 2019, n. 1443);
- d) la disciplina prevista dall’art. 34, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (cosiddetta procedura di fiscalizzazione dell’illecito edilizio) trova applicazione, in via esclusiva, per gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, e non equivale ad una “sanatoria” dell’abuso edilizio, in quanto non integra una regolarizzazione dell’illecito e non autorizza il completamento delle opere realizzate. Le opere abusive vengono tollerate, nello stato in cui si trovano, solo in funzione di conservazione di quelle realizzate legittimamente (Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2018, n. 28747);
- e) in tema di reati edilizi, la possibilità di non eseguire la demolizione qualora possa derivarne pregiudizio per la porzione di fabbricato non abusiva, secondo la procedura di cd. "fiscalizzazione" di cui all’art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001, riguarda le sole ipotesi di parziale difformità (al netto del limite di tolleranza individuato dall’ultimo comma dell’articolo citato) fra quanto oggetto del permesso a costruire e quanto invece realizzato, rimanendo invece esclusa nel caso in cui le opere eseguite siano del tutto sprovviste del necessario assenso amministrativo. È illegittima la revoca dell’ingiunzione a demolire un manufatto completamente abusivo e del tutto nuovo, ancorché innestato su una preesistente struttura di per sé conforme agli strumenti ed alle prescrizioni urbanistiche (Cass. pen., sez. III, 16 giugno 2016, n. 16548).

7. Accertamento di conformità.

L’ordinamento, per porre rimedio all’abusività di un manufatto, contempla uno strumento diverso dalla demolizione, ma avente finalità conservativa: si tratta dell’accertamento di conformità, previsto, per la prima volta, dall’art. 13 della legge n. 47 del 1985 e, successivamente, recepito dal t.u. edilizia.

Dispone l’art. 36 del testo unico dell’edilizia:

«1. In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 1, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

2. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. Nell'ipotesi di intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso.

3. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata».

7.1. La doppia conformità.

Requisito di ammissibilità della sanatoria prevista dall'art. 36 è che l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda (c.d. doppia conformità).

Il provvedimento che concede la sanatoria deve limitarsi a “fotografare” la situazione esistente nei due citati momenti storici e verificarne la conformità agli strumenti vigenti *ratione temporis*, ma non può imporre prescrizioni che rendano conforme il manufatto a seguito di interventi futuri né possono essere considerati, ai fini del rilascio del titolo, strumenti urbanistici o normative edilizie in corso di approvazione.

Sull'argomento sono stati affermati, dalla giurisprudenza penale ed amministrativa, i seguenti principi cardine:

- a) l'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, che richiede la conformità del manufatto sia alla normativa urbanistica ed edilizia vigente al momento della realizzazione delle opere abusive, sia a quella vigente al momento della domanda, non tiene in considerazione l'interesse economico del proprietario, o dell'utilizzatore, del bene che deve essere altrimenti demolito, ove non ricorra la c.d. doppia conformità (Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2024, n. 1912);
- b) la realizzazione di un intervento edilizio, prima del rilascio del titolo prescritto dalla legge, ne comporta irrimediabilmente l'abusività (quantomeno quella c.d. formale), alla quale può ovviarsi con il diverso procedimento di accertamento di compatibilità urbanistica, di cui all'art. 36, sempreché ne ricorrano i presupposti (della c.d. doppia conformità sostanziale); pertanto, perché si possa produrre la sospensione dell'effetto della ordinanza di demolizione, è necessario presentare una formale istanza di condono o di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 (Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2023, n. 4200);

- c) il titolo in sanatoria non può contenere alcuna prescrizione, in particolare *sub specie* di previsione di interventi modificativi dello stato di fatto rilevato al momento dell'accertamento degli abusi, poiché un simile titolo "condizionato" postulerebbe, in contrasto con l'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, non già la "doppia conformità" delle opere abusive, ma una sorta di conformità *ex post*, condizionata all'esecuzione delle prescrizioni e, quindi, non esistente né al momento della realizzazione delle opere, né al tempo della presentazione della domanda di sanatoria, bensì eventualmente solo alla data futura e incerta in cui il ricorrente abbia ottemperato a tali prescrizioni (Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2022, n. 10317);
- d) posto che un fabbricato realizzato in assenza di titolo edilizio è un'opera abusiva, la successiva presentazione di una richiesta di permesso di costruire per tale fabbricato non produce alcun effetto (neppure ai fini della formazione del silenzio-assenso), dato che ad un'opera abusiva può avviarsi soltanto con il procedimento per l'accertamento della conformità urbanistica previsto dall'art. 36 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746);
- e) l'istituto della c.d. "sanatoria giurisprudenziale" deve considerarsi normativamente superato, nonché recessivo rispetto al chiaro disposto normativo vigente e ai principi connessi al perseguimento dell'abusiva trasformazione del territorio, essendo il permesso in sanatoria ottenibile soltanto in presenza dei presupposti espressamente delineati dall'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, ossia a condizione che l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento sia della realizzazione del manufatto sia della presentazione della domanda (Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2022, n. 3704; sez. VI, 9 settembre 2019, n. 6107);
- f) è inammissibile in sede penale la c.d. sanatoria giurisprudenziale (o impropria), che consiste nel riconoscimento della legittimità di opere originariamente abusive che, solo dopo la loro realizzazione, siano divenute conformi alle norme edilizie ovvero agli strumenti di pianificazione urbanistica (fattispecie relativa a domanda di sanatoria proposta da persona condannata per abusi edilizi, con sentenza irrevocabile, e non ancora definitiva, in cui si invocava una delibera di giunta che aveva dato un indirizzo specifico in ordine alla variante del piano regolatore in relazione all'area di ubicazione dell'immobile, che rendeva prevedibile che, proprio in forza della suddetta delibera, la domanda sarebbe stata accolta) (Cass. pen., sez. III, 29 agosto 2023, n. 36026);
- g) le disposizioni dello strumento urbanistico che circoscrivono l'efficacia ai nuovi interventi costruttivi non possono essere interpretate come applicabili anche alle richieste di sanatoria. Se è evidente che i limiti e i vincoli fissati dal piano non possono che riferirsi alle opere successive alla sua entrata in vigore, ciò non può

valere per quegli interventi realizzati senza titolo sui quali gli interessati richiedono l'accertamento di conformità. Tali richieste sono infatti avanzate ai sensi dell'articolo 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 e, pertanto, per esse non può non valere anche il requisito della doppia conformità alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della realizzazione che al momento della presentazione dell'istanza (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2021, n. 2038);

- h) in tema di reati urbanistici, la sanatoria degli abusi edilizi idonea ad estinguere il reato di cui all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, a precludere l'irrogazione dell'ordine di demolizione dell'opera abusiva previsto dall'art. 31, comma 9, del medesimo d.P.R. e a determinare, se eventualmente emanata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, la revoca di detto ordine, può essere solo quella rispondente alle condizioni espressamente indicate dall'art. 36 del decreto stesso citato, che richiede la doppia conformità delle opere alla disciplina urbanistica vigente, sia al momento della realizzazione del manufatto, sia al momento della presentazione della domanda di permesso in sanatoria, dovendo escludersi la possibilità che tali effetti possano essere attribuiti alla cd. "sanatoria giurisprudenziale" o "impropria", che consiste nel riconoscimento della legittimità di opere originariamente abusive che, solo dopo la loro realizzazione, siano divenute conformi alle norme edilizie ovvero agli strumenti di pianificazione urbanistica (Cass. pen., sez. III, 19 settembre 2019, n. 45845);
- i) l'intervenuta presentazione della domanda di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 non determina alcuna inefficacia sopravvenuta o invalidità di sorta dell'ingiunzione di demolizione, comportando che l'esecuzione della sanzione è da considerarsi solo temporaneamente sospesa (Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 775; 5 dicembre 2019, n. 8319; sez. II, 24 giugno 2019, n. 4304; sez. VI, 5 novembre 2018, n. 6233);
- j) il procedimento per la verifica di conformità ex art. 36 sfocia in un provvedimento di carattere assolutamente vincolato, il quale non necessita di altra motivazione oltre a quella relativa alla corrispondenza (o meno) dell'opera abusiva alle prescrizioni urbanistico - edilizie (e a quelle recate da normative speciali in ambito sanitario, paesaggistico) sia all'epoca di realizzazione dell'abuso sia a quella di presentazione dell'istanza pertanto, in sede di accertamento di conformità, è interamente a carico della parte l'onere di dimostrare la c.d. doppia conformità necessaria per l'ottenimento della sanatoria edilizia ordinaria ai sensi dell'art. 36, attesa la finalità dell'istituto in parola, per cui presupposto indefettibile per il rilascio del permesso in sanatoria è la c.d. doppia conformità, vale a dire la non contrarietà del manufatto abusivo alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione sia al momento della presentazione dell'istanza di

- sanatoria (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2022, n. 3437; 9 marzo 2016, n. 936);
- k) è esclusa l'ammissibilità di un'istanza di permesso di costruire in sanatoria condizionata, siccome elusiva del requisito della c.d. "doppia conformità" che è indispensabile per il conseguimento del titolo, come affermato dalla giurisprudenza penale (Cass. pen., sez. III, 5 novembre 2015, n. 51013; 13 novembre 2003, n. 48499; 25 ottobre 2001, n. 41669), pertanto non può attribuirsi alcun rilievo all'impegno al ripristino dello *status quo ante* assunto contestualmente all'istanza di sanatoria; tale condizione, in sostanziale applicazione del canone per cui la condizione illecita *vitiatur sed non vitiat*, comporta che il comune debba provvedere sull'istanza tenendo conto delle opere abusive così come realizzate (Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2016, n. 2691);
 - l) il requisito della doppia conformità costituisce principio consolidato in giurisprudenza e pertanto dall'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi art. 36 t.u. edilizia), non è ricavabile alcun diritto ad ottenere la concessione in sanatoria di opere che, realizzate senza concessione o in difformità dalla concessione, siano conformi alla normativa urbanistica vigente al momento in cui l'autorità comunale provvede sulla domanda di sanatoria. Tale orientamento ha, dunque superato quello definito "sanatoria giurisprudenziale" che ha ammesso la sanatoria edilizia a seguito di conformità sopraggiunta dell'intervento al momento della proposizione della nuova istanza. Ciò nella considerazione che il nostro ordinamento è caratterizzato dal principio di legalità dell'azione amministrativa e dal carattere tipico dei poteri esercitati dall'amministrazione, che non possono essere surrogati dal giudice, pena la violazione del principio di separazione dei poteri e pena l'invasione nelle sfere di attribuzioni riservate all'amministrazione (C.g.a., sez. riun., parere 3 settembre 2014, n. 899; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3220);

7.2. I principi espressi dalla Corte costituzionale.

La Corte costituzionale si è (ripetutamente ed omogeneamente) pronunciata sul tema della doppia conformità, delineandone il contenuto e perimetrandone i confini.

Si segnalano le seguenti pronunce:

- a) 12 maggio 2023, n. 93 secondo cui l'art. 36 t.u. edilizia, nel disciplinare l'accertamento di conformità, prescrive il requisito della doppia conformità - principio fondamentale nella materia del governo del territorio e norma fondamentale di riforma economico-sociale - per cui, ai fini del rilascio del permesso in sanatoria, è richiesta la rispondenza delle opere alla disciplina urbanistico-edilizia vigente tanto al momento della loro realizzazione quanto al momento della

presentazione della relativa istanza. Ai fini della «regolarizzazione» è, dunque, necessario l'assoluto rispetto delle relative prescrizioni durante tutto l'arco temporale compreso tra la realizzazione dell'opera e la presentazione dell'istanza con la conseguenza che risultano sanabili i soli abusi formali (opere realizzate in difetto di, o in difformità dal, titolo edilizio), che non arrecano danno urbanistico-edilizio. Un intervento normativo dispone un condono edilizio straordinario quando consente la sanatoria di opere non solo prive del necessario titolo edilizio (abusi formali) ma anche contrarie alle previsioni urbanistico-edilizie (abusi sostanziali). La previsione regionale di una sanatoria *extra ordinem* viola i criteri di riparto della potestà legislativa in tema di condono edilizio e si traduce nella lesione di un principio fondamentale nella materia di governo del territorio, con conseguente violazione dell'art. 117, comma 3, cost.; spettano, infatti, alla legislazione statale le scelte di principio e, in particolare, quelle relative all'*an* del condono, con la conseguenza che esula dalla potestà legislativa regionale il potere di disporre autonomamente una sanatoria straordinaria per il solo territorio regionale. (Nel caso di specie, è dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, comma 3, cost., in relazione all'art. 36 t.u. edilizia, l'art. 66 della legge regionale Umbria n. 11 del 2005 che esonera le strutture non conformi, in tutto o in parte, agli strumenti urbanistici — realizzate per sostituire edifici abitativi e produttivi sgomberati per effetto del terremoto del 1997 — dalla conformità agli strumenti urbanistici vigenti al momento della edificazione. Così facendo, la norma è contraria al requisito della doppia conformità e si discosta dall'istituto dell'accertamento di conformità introducendo, invero, un condono edilizio straordinario, in quanto consente la sanatoria di opere non solo prive del necessario titolo edilizio ma anche contrarie alle previsioni urbanistico-edilizie);

- b) 13 gennaio 2021, n. 2, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 46, comma 1, l. reg. Toscana 22 novembre 2019 n. 69, nella parte in cui, sostituendo il comma 2 dell'art. 182 l. reg. Toscana 10 novembre 2014 n. 65, disciplina la procedura per l'accertamento di conformità alla normativa tecnica degli interventi, eseguiti in zone sismiche, oggetto di segnalazione certificata di inizio attività in sanatoria, senza espressamente stabilire l'obbligo della c.d. “doppia conformità” alla stessa normativa (tanto al momento della realizzazione degli interventi, quanto a quello della presentazione della domanda di sanatoria), previsto dalla legislazione statale;
- c) 11 maggio 2017, n. 107, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4 *bis*, della l. r. Campania n. 19 del 2009, come sostituito dall'art. 8, comma 1, lett. l), della successiva legge regionale n. 6 del 2016, là dove, ai fini della concessione di permessi in sanatoria, richiama la conformità dell'opera “alla stessa legge” (ossia alle

- disposizioni della legge regionale n. 19 del 2009), in luogo della prescrizione, dettata dall'art. 36 del t.u. edilizia, secondo la quale l'opera deve essere conforme “alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente [...] sia al momento della realizzazione degli stessi interventi, sia al momento della presentazione della domanda”; la mancata espressa precisazione, che deve comunque farsi riferimento alla disciplina “vigente” alla data di realizzazione dell'intervento è stata giudicata, dalla Corte, potenzialmente in grado di indurre l'interprete a ritenere che siano sanabili opere conformi alla disciplina regionale nella sua attuale formulazione e non a quella vigente all'epoca della loro esecuzione: di qui la declaratoria di illegittimità costituzionale;
- d) 29 maggio 2013, n. 101, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, commi 1, 2 e 3, della l.r. Toscana 31 gennaio 2012, n. 4, nella parte in cui prevedeva la possibilità di ottenere, in quella Regione, l'accertamento di conformità in sanatoria con modalità difformi da quelle previste dalla legge statale, ha avuto occasione di affermare che il principio della c.d. doppia conformità risulta finalizzato a garantire l'assoluto rispetto della ‘disciplina urbanistica ed edilizia’ durante tutto l'arco temporale compreso tra la realizzazione dell'opera e la presentazione dell'istanza volta ad ottenere l'accertamento di conformità e, nel richiamare gli approdi della giurisprudenza amministrativa, ha affermato che la sanatoria edilizia che ne deriva - in ciò distinguendosi da un vero e proprio condono - è stata deliberatamente circoscritta dal legislatore ai soli abusi “formali”, ossia dovuti alla carenza del titolo abilitativo, rendendo così palese la *ratio* ispiratrice della previsione della sanatoria in esame, anche di natura preventiva e deterrente, finalizzata a frenare l'abusivismo edilizio, in modo da escludere letture “sostanzialiste” della norma che consentano la possibilità di regolarizzare opere in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione, ma con essa conformi solo al momento della presentazione dell'istanza per l'accertamento di conformità.

7.3. Termine entro il quale si può proporre istanza.

Sul tema si registrano orientamenti contrastanti, segnatamente con riferimento alla legittimazione a richiedere l'accertamento di conformità di colui al quale è stato ingiunto il ripristino, una volta spirato il termine per demolire.

Si è visto che il più volte menzionato art. 36 prevede che - in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 1, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative - il

responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria.

Il C.g.a., sez. giur., con sentenza n. 569 del 15 settembre 2023, ha affermato che, in mancanza di un formale atto di accertamento, non può considerarsi già prodotto l'effetto traslativo, con il corollario che il destinatario dell'ingiunzione è ancora legittimato a presentare istanza di sanatoria, così come ad impugnarne il diniego di fronte al giudice amministrativo.

Merita di essere riportata la sequenza argomentativa sulla cui base la pronuncia giunge alla riportata conclusione:

- a) l'origine delle difficoltà è primariamente rintracciabile nella lettera della legge. Da un lato, ai sensi, dell'art. 31, comma 3, t.u. edilizia, se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive “sono acquisiti di diritto” gratuitamente al patrimonio del comune. D'altro lato, ai sensi del successivo art. 36, comma 1, in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 1, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria. La prima previsione sembra configurare una produzione *ex lege* dell'effetto traslativo in ragione della sola ricorrenza dell'inottemperanza nei termini. Mentre la seconda previsione prefigura la possibilità di una sanatoria, anche oltre la scadenza di tali termini, e cioè “comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative”, lasciando quindi intendere che, oltre tali termini, vi sia un *quid pluris* nel cui arco temporale la sanatoria è ancora esperibile, come se la produzione dell'effetto traslativo per la sola scadenza dei termini non si sia in realtà determinata (o, quantomeno, non si sia determinata a tutti gli effetti giuridici);
- b) vi è anche una difficoltà di natura sistematica. L'utilizzo di meccanismi di produzione *ex lege* dell'effetto, che risponde più pianamente alla logica del sistema privatistico, si adatta meno ai caratteri e ai principi del sistema giuspubblicistico, che normalmente presuppone un'attività amministrativa di cura dell'interesse pubblico e individua nell'atto amministrativo, discrezionale o vincolato che sia, il titolo costitutivo dell'effetto e il punto di attacco delle ragioni della tutela, secondo il tradizionale principio francese della *décision préalable*, di cui è da sempre debitore il nostro sistema di giustizia amministrativa e che oggi è stato pure codificato nel divieto per il giudice di pronunciarsi “con

- riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” (art. 34, comma 2, c.p.a.);
- c) non è privo di significato il rilievo che la legge finisca pur sempre per prevedere, come necessario, lo svolgimento di un’attività amministrativa, poiché occorre un atto di “accertamento dell’inottemperanza” (art. 31, comma 4), così come occorre accertare la precisa estensione dell’area “acquisita”, atteso che essa “non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita” (art. 31, comma 3). Tale area, nondimeno, ben può essere inferiore – come di norma accade – a detta estensione massima: sicché, appunto, quella effettivamente da acquisirsi nel singolo caso deve sempre essere discrezionalmente (e, dunque, ragionevolmente e motivatamente, nonché con conseguente sindacabilità giurisdizionale dell’esercizio di tali poteri) determinata dall’amministrazione con propri atti. Tutto questo appare scarsamente conciliabile con un puro automatismo degli effetti, sembrando poco congruente postulare la verifica di un effetto acquisitivo automatico immediato, ma con riguardo a una misura dell’entità dell’acquisizione destinata a essere determinata autoritativamente solo in un momento necessariamente successivo. Queste disarmonie lasciano così all’interprete, a seconda della opzione prescelta, la sensazione di dover sacrificare l’una o l’altra parte della lettera del dettato normativo: finendosi così per privilegiare l’una o l’altra opzione secondo un apprezzamento soggettivo (e, come tale, comunque opinabile) di quale dato normativo si voglia considerare preminente rispetto all’altro;
- d) secondo un rigoroso orientamento (Cons. Stato, sez.VI, 9 febbraio 2023, n. 1434), è il primo dei riferimenti normativi ad essere privilegiato, cioè l’acquisto di diritto per il solo fatto dell’inottemperanza nei termini all’ordinanza di demolizione, con conseguente svalutazione del rilievo dell’attività procedimentale successiva e della possibilità di un’istanza sanatoria postuma;
- e) a ciò si è aggiunto un ulteriore irrigidimento sul versante della efficacia dell’ordinanza di demolizione, la cui inottemperanza costituisce il presupposto primo, sufficiente o meno che lo si ritenga, perché possa predicarsi la produzione dell’effetto traslativo. Secondo una prima giurisprudenza, a seguito della presentazione di un’istanza di accertamento di doppia conformità, l’ordinanza di demolizione verrebbe in sostanza meno, sicché, a seguito di un eventuale rigetto dell’istanza di sanatoria, l’amministrazione dovrebbe adottare una nuova ordinanza di demolizione. Negli anni recenti, ha preso tuttavia sempre più campo un diverso orientamento, mosso dalla preoccupazione di una strumentale reiterazione di istanze di accertamento, secondo il quale l’ordinanza di demolizione non verrebbe meno, ma ne verrebbe temporaneamente sospesa l’efficacia,

sicch , a seguito dell'eventuale rigetto dell'istanza di sanatoria, tale ordinanza tornerebbe naturalmente a produrre i suoi effetti, senza bisogno di essere rinnovata (sulle due tesi: Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 2023, n. 714);

- f) il governo di tale quadro normativo, al di l  dello scomposto e dunque insufficiente dato letterale, deve essere ormai decisamente influenzato dai principi della CEDU e dalla correlativa necessit  di recuperare maggiori margini di tutela per il cittadino, il che induce peraltro a ritrovare, rispetto all'eccentricit  di affrettate formule legislative privatistiche, interpretazioni conformi ai principi del sistema pubblicistico essendo *«ineludibile un'interpretazione delle norme relative all'acquisizione al patrimonio che tenga conto dei principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»* (C.g.a., sez. giur., 25 marzo 2022, n. 373 che richiama Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380). Di tutto questo si hanno gi  inequivocabili indici giurisprudenziali, la cui premessa maggiore   costituita – appunto alla luce dei vincolanti principi della CEDU: la cui violazione ridonderebbe, ex art. 117 cost., in un'esegesi incostituzionale della normativa nazionale che, proprio perch  tale, non merita seguirsi – dalla necessit  di farsi carico delle ineludibili conseguenze, a cominciare dalla rilevanza del profilo soggettivo, della qualificazione dell'acquisizione al patrimonio comunale nel novero delle sanzioni in senso stretto, anche con inevitabili riflessi retrospettivi sulle vicende dell'ordinanza di demolizione, che dell'atto di acquisizione costituisce un presupposto, essendo pacifica la natura sanzionatoria dell'acquisizione, e non meramente ripristinatoria, come nel caso dell'ordinanza di demolizione, sia alla luce dell'insegnamento del giudice delle leggi (Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345 secondo cui *«l'acquisizione gratuita dell'area non   dunque una misura strumentale, per consentire al comune di eseguire la demolizione, n  una sanzione accessoria di questa, ma costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione»*, sia alla luce del dato legislativo, non fosse altro perch  l'acquisizione non conduce necessariamente alla demolizione (art. 31, comma 5: *«L'opera acquisita   demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiarino l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico»*);
- g) le concatenazioni interpretative presentano cos , rispetto al citato orientamento (che, come si   visto, si rivela rigoroso solo apparentemente, non essendo in grado di conciliare il tenore letterale delle diverse disposizioni legislative; n , soprattutto, queste ultime con i prevalenti parametri sovranazionali e costituzionali), un decisivo capovolgimento. Anche qualora si mantenga lo schema della temporanea sospensione dell'efficacia dell'ordinanza di demolizione,

si è affermato che, in caso di inottemperanza incolpevole che consegue a un sequestro penale, «*il Comune, una volta acquisita notizia della cessazione del sequestro, dovrà notificare nuovamente l'ordinanza di demolizione già in precedenza adottata all'interessato, a questi concedendo un nuovo termine per l'eventuale ottemperanza*» (C.g.a., sez. riun., parere 13 ottobre 2020, n. 277); giungendosi fino a generalizzare siffatto schema, sicché a partire dalla considerazione che, in pendenza del subprocedimento volto al c.d. accertamento di conformità, la temporanea inottemperanza all'ordinanza di demolizione (ovvero – ove il fenomeno venga analizzato sotto altro profilo – la temporanea sospensione della sua efficacia e dunque dei termini per eseguirla), costituisca una condotta perfettamente giustificabile, dunque senza colpa, si è poi affermata in termini più ampi la *ratio* di “rimettere in termini” il cittadino che si sia visto respingere la domanda di concessione in sanatoria, al fine di consentirgli di eseguire “spontaneamente” l'ordinanza di demolizione e di evitare così gli effetti sanzionatori ulteriori (confisca del fabbricato e dell'area di sedime e sanzione pecuniaria) (C.g.a., sez. riun., parere 28 settembre 2022, n. 477). Con il che si finisce in sostanza per tornare all'originaria giurisprudenza, non sussistendo un'apprezzabile differenza (se non eventualmente per i riflessi processuali) tra il notificare una nuova ordinanza e il rinotificare la vecchia ordinanza con rimessione in termini;

- h) in ogni caso, e anche ove si volesse prescindere da quest'ultima conclusione, risulta evidente come – alla stregua di quell'interpretazione sistematica che sembra imporre all'interprete la sostituzione del preteso rigorismo con l'ineludibile coerenza sistematica dell'ordinamento nel suo complesso – il dettato dell'inciso “sono acquisiti di diritto” subisca un inevitabile depotenziamento alla luce dei riportati principi, rimanendo soltanto, ad orpello ormai di carattere più che altro formale, quella persistente affermazione del carattere dichiarativo degli atti. In sostanza, la suddetta formula non può più essere intesa in senso meramente letterale, ma deve essere ambientata e piegata alla logica del sistema pubblicistico e del giusto procedimento sanzionatorio di matrice anche sovranazionale. Decisiva è in tal senso la valorizzazione delle vicende successive allo spirare dei termini assegnati per demolire come naturale conseguenza appunto dell'intrinseca natura sanzionatoria dell'acquisizione. Quanto più tali vicende si procedimentalizzano e si arricchiscono doverosamente di contenuti e di esiti differenziati, tanto più ci si allontana da quella servente funzione dichiarativa e ci si avvicina invece alla produzione provvedimentoale dell'effetto;
- i) è stato affermato che «*il mero trascorrere dei 90 giorni non conclude il procedimento amministrativo volto a tutelare l'integrità del territorio violata dalla costruzione abusiva. La necessità di individuare e rispettare tutte le fasi ulteriori*

del procedimento risponde ai principi più volte ribaditi anche in sede multilivello di certezza dei rapporti giuridici, di corretto agire della pubblica amministrazione alla stregua del principio di "buona amministrazione" che è di diretta applicazione nel nostro ordinamento ... La pubblica amministrazione deve pertanto accertare l'ottemperanza, che deve essere ritualmente notificata all'interessato ... In questo interstizio tra il decorso dei 90 giorni e l'adozione degli ulteriori provvedimenti si radica la previsione di chiusura dell'art. 36 del testo unico dell'edilizia dovendosi ritenere questa la sola interpretazione che possa rendere conciliabili le due disposizioni. La celere definizione del procedimento di reintegra del territorio violato impedisce la proposizione dell'istanza di sanatoria, il suo dilatarsi nel tempo consente al cittadino di proporre la verifica della doppia legittimità delle opere abusive» (C.g.a., sez. giur., 24 dicembre 2021, n. 1075); è «conforme, pertanto, ai principi nazionali e multilivello il rafforzarsi un orientamento giurisprudenziale che ancora gli effetti compiuti dell'acquisizione gratuita al rispetto delle fasi procedurali che l'articolo 31 del testo unico sull'edilizia disciplina. Non sarebbe conforme ai principi sopra richiamati una lettura dell'articolo che finisse per considerare legittima l'applicazione di una sanzione amministrativa particolarmente afflittiva prescindendo dal suo accertamento oltre che dalla sua formale irrogazione»; sicché «è conforme, pertanto, ai principi nazionali e multilivello il rafforzarsi di un orientamento giurisprudenziale che ancora gli effetti compiuti dell'acquisizione gratuita al rispetto delle fasi procedurali che l'articolo 31 del testo unico sull'edilizia disciplina» (C.g.a., sez. giur., 25 marzo 2022, n. 373); «l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, laddove prevede che in caso di omessa demolizione il bene abusivamente realizzato e l'area di sedime «sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune» deve essere, pertanto, interpretato alla stregua dei detti principi nazionali e multilivello...La scansione procedimentale prevista dal citato art. 31 è, dunque, costituita: i) dal provvedimento di ingiunzione a demolire, con il quale viene assegnato il termine di novanta giorni per adempiere spontaneamente alla demolizione ed evitare le ulteriori conseguenze pregiudizievoli; ii) dall'accertamento della inottemperanza all'ordine di demolizione tramite un verbale che accerti la mancata riduzione in pristino; iii) dall'atto di acquisizione al patrimonio comunale, che costituisce il titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione gratuita dell'acquisto della proprietà in capo al Comune ...Può, pertanto, ragionevolmente concludersi che l'effetto traslativo della proprietà a favore del Comune, secondo la sequenza procedimentale prevista dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, avviene solo a seguito del provvedimento di accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire» (C.g.a., sez. riun., parere 16 febbraio 2023, n. 81). Precedenti non meno significativi sono ravvisabili anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur se a volte con graduazioni diverse (sez. IV, 14 aprile 2023, n. 3800), ma sempre complessivamente riconducibili a questo stesso indirizzo (sul rilievo del profilo soggettivo e sul diritto al contraddittorio sez. VI, 9 agosto 2022, n. 7023 e 13 giugno 2023, n. 5770; sulla necessità di un atto formale di accertamento sez. VII, 3 aprile 2023, n. 341);

- j) merita di essere segnalata anche una recente pronuncia che ha messo in campo il rilievo dei principi della legge n. 689 del 1981: *«Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata impone l'estensione applicativa dei principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. 689 del 1981 anche a tali tipologie di illecito, così come affermato in generale per ogni sanzione amministrativa in senso stretto ... Il completo perfezionamento della fattispecie acquisitiva è subordinato all'adozione di un atto avente valore provvedimento, ma per addivenire allo stesso vanno rispettati i passaggi procedurali a garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti e pure per esigenze di economia, stante che l'avvenuta demolizione spontanea soddisfa pienamente le esigenze di buon governo del territorio dell'Amministrazione vigilante. Il rispetto di tali scansioni procedurali, lungi dal costituire baluardo meramente formale strumentalmente invocato per procrastinare, ovvero scongiurare, la demolizione dell'abuso, costituisce il giusto punto di incontro fra i contrapposti interessi tutelati dal legislatore, da un lato il rispetto dell'ordinato sviluppo del territorio, di cui il previo titolo edilizio costituisce garanzia primaria, dall'altro la tutela della proprietà, destinata comunque a recedere laddove il titolare non sacrifichi al suo mantenimento il doveroso ripristino spontaneo dello stato dei luoghi, sicuramente da preferire per intuibili ragioni di risparmio, anche economico. Il che poi, sotto altro concorrente profilo, conduce a non svalutare il valore del verbale del sopralluogo, in genere demandato alla Polizia municipale»* cui *«deve essere attribuito il valore corrispondente, mutatis mutandis, al verbale di contestazione dell'illecito ex art. 14 della l. n. 689 del 1981 ... l'avvenuta adozione dell'ingiunzione a demolire non era affatto preclusiva della presentazione di ridetta istanza di sanatoria, proprio in ragione della mancata definizione del procedimento di accertamento dell'inottemperanza. Il tenore letterale dell'art. 36 del T.u.e. infatti consente di accedere all'accertamento di conformità fino allo spirare del termine per la demolizione spontanea (nella fattispecie sospeso giudizialmente fino al 3 febbraio 2021,) ovvero «comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative»* (tra le quali rientrano, ovviamente, sia l'acquisizione al patrimonio indisponibile, sia la somma di danaro prevista dal comma 4 bis, che egualmente presuppongono la decorrenza di 90 giorni dalla notifica dell'ingiunzione a demolire pienamente efficace)» (Cons. Stato sez. II, 20 gennaio 2023, n. 714). Rimane, invero, un punto ancora non del tutto chiarito in relazione alla sopravvenuta sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4 bis del testo unico dell'edilizia. Come si è visto, la giurisprudenza, privilegiando la dizione dell'art. 36 e i suoi corollari rispetto all'acquisto di diritto affermato dall'art. 31, sembrerebbe comunque aver trovato il punto di equilibrio nella necessità che l'effetto acquisitivo sia sancito da un formale atto di accertamento, che finisce per costituire il punto di chiusura della formula dell'art. 36 («comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative»);
- k) resta da chiedersi se, ai sensi dell'art. 36, l'istanza di sanatoria, nonostante vi sia stato un atto formale di accertamento, sarebbe ancora possibile in quanto rimarrebbe pur sempre in campo la nuova

sanzione pecuniaria. Ed infatti delle due l'una: o si ritiene che la formula dell'art. 36 non possa ritenersi comprensiva anche della suddetta sanzione, in quanto la previsione di quest'ultima è sopravvenuta; ove, invece e più correttamente, la si reputi comprensiva anche della nuova sanzione pecuniaria – secondo i principi di autointegrazione dell'ordinamento giuridico, in cui la sopravvenienza di ogni nuova disposizione continuamente plasma il significato esegetico di quelle preesistenti – dovrà giocoforza ritenersi che la sanzione dell'effetto acquisitivo presupponga non solo l'atto formale di accertamento, ma anche la definizione del procedimento relativo alla suddetta sanzione pecuniaria, atteso che altrimenti riemergerebbe sempre l'aporia di un soggetto non più proprietario che può ancora presentare un'istanza di sanatoria.

Di diverso avviso rispetto al riportato approdo si segnala Cons. Stato, sez. sez.VI, 9 febbraio 2023, n. 1434, citata dalla riportata pronuncia del C.g.a., secondo cui:

- l) in merito alla individuazione del termine ultimo entro cui presentare una istanza di sanatoria ex art. 36, l'orientamento dominante nella giurisprudenza individua il suddetto termine in quello di novanta giorni previsto dalla norma citata (Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2021, n. 8631; sez. VI, 4 dicembre 2017, n. 5654; sez. V, 27 maggio 2014, n. 2713);
- m) il diverso orientamento (C.g.a., 24 dicembre 2021, n. 1075) si scontra con l'insuperabile rilievo per cui, decorso inutilmente il termine previsto per la demolizione, il manufatto abusivo è acquisito di diritto gratuitamente al patrimonio del comune, sicché colui che presenta la domanda di accertamento in conformità non è più proprietario del bene che intende sanare, con conseguente carenza di legittimazione all'avvio dell'iter procedimentale;
- n) al riguardo, giova ricordare che l'acquisizione gratuita costituisce un'autonoma sanzione (cfr. Corte cost. n. 82 del 1991 e n. 345 del 1991) che segue l'inottemperanza all'ingiunzione a demolire;
- o) presupposto essenziale affinché possa configurarsi l'acquisizione gratuita è la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione dell'immobile abusivo entro il termine di novanta giorni fissato dalla legge;
- p) la giurisprudenza ha chiarito che l'effetto traslativo della proprietà avviene ipso iure e costituisce l'effetto automatico della mancata ottemperanza all'ingiunzione a demolire (Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2014, n. 3415);
- q) laddove sia pacifica l'inottemperanza all'ordine di demolizione, tenuto conto dei principi innanzi espressi a proposito della natura dell'atto di acquisizione, deve ritenersi ininfluenza la sussistenza (o meno) di un atto di accertamento di inottemperanza all'ordinanza di demolizione,

- proprio in forza della natura automatica dell'acquisto da parte dell'amministrazione, a fronte dell'inadempimento del privato;
- r) la soluzione che precede risulta in sintonia con la giurisprudenza, secondo la quale l'atto dichiarativo dell'accertamento dell'inottemperanza è necessario ai fini dell'immissione in possesso e della trascrizione nei registri immobiliari e non è costitutivo dell'effetto acquisitivo (Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 5914; sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2368);
 - s) la giurisprudenza ha altresì precisato che il verbale di accertamento dell'inottemperanza non assume portata lesiva degli interessi del privato, ne consegue la non impugnabilità di tale verbale e la sostanziale irrilevanza della sua notificazione (Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3097).

La questione pare essere, allo stato, definitivamente risolta in senso conforme alla pronuncia da ultimo riportata, alla stregua dei principi espressi dall'Adunanza plenaria, con la sentenza 11 ottobre 2023, n. 16 (pubblicata, dunque, a distanza di pochi giorni dal riportato pronunciamento del C.g.a.), in cui si afferma:

- t) entro il termine perentorio di 90 giorni, il destinatario dell'ordine di demolizione può formulare l'istanza di accertamento di conformità prevista dall'art. 36, comma 1, del testo unico n. 380 del 2001;
- u) l'art. 36, comma 1, infatti, consente la presentazione di tale istanza *«fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative»* e dunque prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino ovvero - nel caso in cui ciò non sia possibile - prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli articoli 33 e 34 del d.P.R. n. 380 del 2001;
- v) va, altresì, precisato che l'art. 36 è entrato in vigore prima dell'introduzione del comma 4 *bis* dell'art. 31 e, ovviamente, non poteva far riferimento anche a quest'ultimo. Pertanto, la disposizione non può che essere interpretata nel senso che l'accertamento di conformità può essere richiesto prima della scadenza del termine indicato per demolire o ridurre in pristino ovvero - nel caso in cui ciò non sia possibile - prima dell'irrogazione delle sanzioni previste in alternativa dagli artt. 33 e 34 d.P.R. n. 380 del 2001;
- w) *«Non può invece ritenersi che l'istanza ex art. 36 comma 1, possa essere presentata fino all'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4 bis dell'art. 31, facendo leva sul riferimento generico contenuto nell'art. 36 alla locuzione "fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative". Infatti, la situazione del proprietario, che lascia trascorrere inutilmente il termine per demolire, è quella del soggetto non più legittimato a presentare l'istanza di accertamento di conformità, avendo perduto ogni titolo di legittimazione rispetto al bene»;*

- x) pertanto «*Alla scadenza del termine di 90 giorni, l'Amministrazione è dunque ipso iure proprietaria del bene abusivo ed il responsabile non è più legittimato a proporre l'istanza di accertamento di conformità*».

7.4. Soggetti legittimati a presentare l'istanza.

L'art. 36 del testo unico dell'edilizia individua, quali legittimati a proporre l'istanza, “il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile”.

Vi sono fattispecie particolari delle quali si è occupata la giurisprudenza del Consiglio di Stato al fine di declinare nel dettaglio le due categorie di soggetti individuati dalla norma.

Sul tema si segnalano le seguenti pronunce:

- a) Cons. Stato, sez. II, 21 luglio 2023, n. 7158 secondo cui:
- a1) è essenziale l'esatta lettura da dare al combinato disposto tra l'art. 11, recante le caratteristiche del permesso di costruire, e l'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, laddove individua i soggetti legittimati a richiedere la c.d. sanatoria ordinaria o accertamento di conformità. La prima di tali norme, infatti, al comma 1, stabilisce che «*il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo*»; l'altra finisce per individuare “chi abbia titolo” nel «*responsabile dell'abuso*» oltre che nell'«*attuale proprietario dell'immobile*», con ciò volendo evidentemente abbracciare sia la posizione dell'autore dell'illecito non proprietario, sia quella del subentrante nella titolarità dell'immobile, per tale ragione presumibilmente incolpevole, ma interessato a difendere il valore del proprio bene anche in forza della sua regolarizzazione;
 - a2) in giurisprudenza è pacifico che, nell'ottica della ricercata conformità degli interventi edilizi alla disciplina urbanistica, nell'esclusivo interesse pubblico ad una programmata e disciplinata trasformazione del territorio, l'impulso ad effettuare tale trasformazione debba provenire da un soggetto, che si trovi in posizione di detenzione qualificata del bene, anche nell'ambito di un rapporto di locazione (Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 316);
 - a3) la relativamente maggiore ampiezza della legittimazione a richiedere la sanatoria, rispetto a quanto dettato per il preventivo permesso di costruire, trova d'altra parte giustificazione nella possibilità da accordare al predetto responsabile, coincidente con l'esecutore materiale delle opere abusive, di fruizione di uno strumento giudiziario utile ad evitare le conseguenze penali dell'illecito commesso, ferma restando la salvezza dei diritti di terzi (sulla sussistenza della legittimazione a presentare la domanda di sanatoria in capo all'autore dell'abuso (Cons. Stato, sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4176);
 - a4) l'intero procedimento sanzionatorio in materia edilizia sconta la necessità di coinvolgere tanto il proprietario quanto l'autore dell'abuso, sebbene l'art. 31 del medesimo testo unico indichi quali soggetti destinatari dell'ingiunzione a demolire, salvo precisare poi (comma 3) che la titolarità dell'obbligo demolitorio e di ripristino grava esclusivamente in capo al primo;

a5) la ricostruzione non è aliena da conseguenze, se si considera che laddove venga per errore omessa la notifica dell'ingiunzione a demolire al proprietario del bene, l'atto resta pur sempre efficace, salvo per quanto attiene alla decorrenza nei suoi confronti del termine previsto dalla legge per l'ottemperanza volontaria, finalizzata a scongiurare l'acquisizione al patrimonio del comune (Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 2023, n. 714);

a6) quanto detto non può non valere nell'ipotesi in cui l'autore dell'abuso non è il proprietario esclusivo del bene, vuoi che l'intervento abbia ad oggetto parti comuni di un condominio, vuoi che si tratti di un fabbricato indiviso;

a7) in linea di massima, la giurisprudenza, adattando i principi di cui sopra alle situazioni *lato sensu* di contitolarità, ha da tempo affermato che il soggetto legittimato alla richiesta del titolo abilitativo deve essere colui che ha la totale disponibilità del bene, non essendo sufficiente la proprietà di una sola sua parte o quota. Il comproprietario, quindi, non può essere legittimato, per l'evidente ragione che diversamente opinando il suo contegno autonomo finirebbe per pregiudicare i diritti e gli interessi qualificati dei soggetti con cui condivide la posizione giuridica sul bene oggetto di provvedimento. In caso di pluralità di proprietari del medesimo immobile, di conseguenza, la domanda di rilascio di titolo edilizio - sia esso o meno titolo in sanatoria di interventi già realizzati - dovrebbe dunque provenire congiuntamente da tutti i soggetti vantanti un diritto di proprietà sull'immobile, potendosi ritenere d'altra parte legittimato alla presentazione della domanda il singolo comproprietario solo ed esclusivamente nel caso in cui la situazione di fatto esistente sul bene consenta di supporre l'esistenza di una sorta di cd. *pactum fiduciae* intercorrente tra i vari comproprietari (Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2016, n. 3823);

a8) *«deve ritenersi illegittimo il titolo abilitativo rilasciato in base alla richiesta di un solo comproprietario, dovendo l'amministrazione verificare la sussistenza, in capo al richiedente stesso, di un titolo idoneo di godimento sull'immobile ed accertare, altresì, la legittimazione soggettiva di quest'ultimo, la quale presuppone il consenso, anche tacito, dell'altro proprietario in regime di comunione»* (Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1766. Costituisce un'eccezione il regime di comunione legale dei beni tra coniugi, con riferimento al quale la giurisprudenza ha ritenuto non trovi applicazione il principio del c.d. consenso necessitato, anche allo scopo di salvaguardare il coniuge ignaro dell'abuso dalle conseguenze penali dello stesso);

a9) a diverse conclusioni sembrerebbero giungere più recenti arresti della giustizia amministrativa, alla stregua dei quali l'amministrazione è *«tenuta a rilasciare il titolo abilitativo edilizio avendo esclusivo riguardo alla compatibilità urbanistica dell'opera richiesta – il che non implica affatto che essa non sia lesiva di diritti soggettivi altrui – lasciando ogni questione afferente a diritti soggettivi alla sua unica sede competente, che è il giudizio civile»*. Ciò in quanto non le compete di valutare, neanche incidentalmente, *«se l'opera integri un'alterazione della destinazione della cosa comune (di cui un singolo comunista voglia servirsi in modo esclusivo); né se tale utilizzo sia compatibile con l'uso paritario altrui; né, infine, se l'opera sia o meno lesiva del decoro architettonico dell'edificio (ciò potendo evidentemente spettare, ma solo nei congrui casi, all'amministrazione dei beni culturali)»* (C.g.a., 5 giugno 2023, n. 392);

a10) tali assunti necessitano di alcune precisazioni. È del tutto evidente che l'abusività di un'opera non può essere in alcun modo ricondotta all'assenso o dissenso degli altri comproprietari, dovendo dipendere esclusivamente dal rispetto delle regole sulla edificabilità dei suoli e di buon governo del territorio. I diritti dei comproprietari, infatti, ivi inclusi quelli connessi all'eventuale travalicamento dei limiti imposti a ogni comunista dall'art. 1102 cod. civ., non sono giammai pregiudicati dal rilascio del titolo edilizio (che, come detto, è sempre legittimamente rilasciato, senza neanche bisogno di esplicitazione, con salvezza dei diritti dei terzi). Al che consegue quale immediato corollario che i diritti dei terzi sono tutelabili (esclusivamente) mediante azioni civili innanzi al giudice ordinario;

a11) ciò vale quanto dire, tuttavia, che la legittimità dell'intervento edilizio che "ciascun partecipante" alla comunione chieda alla p.a. di essere autorizzato a eseguire in forza della norma che gli consente di «*servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto*» (come testualmente recita l'articolo 1102 del codice civile), deve essere valutata dall'amministrazione competente ad autorizzarlo solo per i profili amministrativi senza riguardo ai profili civilistici e ai connessi limiti posti dalla norma, in quanto entrambi azionabili (dai titolari della specifica *facultas agendi*) soltanto davanti al giudice civile. Le decisioni del quale, tuttavia, operano (e dunque si eseguono) su piani diversi (in primo luogo, quello che facoltizza, ma non obbliga, all'esercizio dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare) e per nulla interferenti con le valutazioni amministrative di competenza comunale. Pertanto, è *ex se* viziato l'esercizio del potere amministrativo come mero "braccio esecutivo" delle sentenze del giudice civile;

a12) tale affermazione, pur condivisibile in punto di diritto, va conciliata proprio con l'esatta accezione da attribuire alla previsione della clausola di salvaguardia dei diritti dei terzi. Essa, cioè, se per regola esime l'amministrazione procedente da qualsivoglia approfondimento circa l'effettiva titolarità della pienezza del proprio diritto proprietario, sicché l'emergenza di future problematiche in tal senso non incidono sulla legittimità dell'atto adottato, non consente di prescindere laddove la carenza di legittimazione piena emerga *per tabulas* e non richieda né indagini suppletive, né, men che meno, prese di posizione a favore dell'una o dell'altra tesi di parte. Il comproprietario, infatti, diviene "terzo" solo nel momento in cui se ne è ignorata la presenza, laddove configura una sorta di litisconsorte necessario in caso di oggettiva conoscenza della contitolarità di un bene e del contrasto tra aventi diritto, a maggior ragione ove espresso, come nel caso di specie, sotto forma di denuncia dell'abuso dell'uno a carico dell'altro. In tali ipotesi, cioè, si ritiene che l'Ente abbia il dovere di compiere quel minimo di indagini necessarie per verificare se le contestazioni sono fondate sul piano quanto meno della legittimità formale e denegare il rilascio del titolo se il richiedente non sia in grado di fornire elementi seri a fondamento dell'esclusività, in fatto o in diritto, della sua posizione (Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2020, n. 4745; sez. IV, 23 dicembre 2019, n. 6394; 14 gennaio 2019, n. 310; sez. V, 8 novembre 2011, n. 5894);

- a13) specularmente con la maggior ampiezza della possibilità di richiesta, quanto detto deve valere a maggior ragione nel caso essa si riferisca ad un titolo di legittimazione postumo. Il contraltare, cioè, della più ampia possibilità di accedere ad una potenziale causa estintiva di reato, non può che essere la valorizzazione del potere di “sbarramento” da parte del comproprietario, diversamente costretto a subire non solo un cambiamento dello stato dei luoghi realizzato (illegittimamente) a sua insaputa, ma pure il suo consolidarsi, a tutela (anche) della incensuratezza di controparte. La prevista notifica dell’ingiunzione a demolire anche al proprietario, infatti, ne salvaguarda la scelta di adesione volontaria al precetto, anche in disaccordo con la diversa opzione del responsabile dell’abuso, che casualmente sia anche lui (com)proprietario;
- a14) al contrario, l’impossibilità di interferire nel rapporto che quest’ultimo instaura autonomamente con la p.a. finirebbe per lederne gravemente le garanzie partecipative a un procedimento di cui è parte necessaria, vanificando tutte le indicazioni a tutela che il legislatore ha viceversa inteso fornire, allo scopo di preservarlo dalla sanzione più grave della perdita del bene (Cons. Stato, n. 714 del 2023, cit.);
- b) Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2016, n. 2693 che, in riferimento all’istanza di condono edilizio, ex art. 31 della legge n. 47 del 1985 (laddove, con formula generica “di chiusura”, fra i soggetti legittimati è ricompreso anche “ogni altro soggetto interessato al conseguimento della sanatoria medesima”), ha analizzato il tema della estensibilità della legittimazione anche ai portatori di interessi di mero fatto, osservando:
- b1) della disposizione testé richiamata occorre dare una lettura improntata a canoni di ragionevolezza: in particolare, in giurisprudenza è ormai pacifico che la facoltà di instare per la sanatoria non può essere più attribuita esclusivamente al titolare del diritto dominicale, ma deve essere estesa anche a soggetti portatori di interessi qualificati e tutelati dalla legge (titolari di diritti reali minori e/o personali di godimento, creditori, soci), e, secondo una lettura più largheggiante, anche ai titolari di un interesse di mero fatto (per un quadro panoramico delle tesi esistenti in giurisprudenza in *subiecta materia*, Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2011, n. 5894);
- b2) però anche nella più ampia e “liberale” delle prospettive, l’interesse legittimante la richiesta di condono deve pur sempre essere oggettivamente apprezzabile alla stregua di una situazione di collegamento con l’abuso oggetto di condono, e non essere semplicemente affermato da chi propone l’istanza sulla base di una propria visione soggettiva;
- b3) l’orientamento estensivo della giurisprudenza, in definitiva, mira a garantire e rafforzare la posizione di individui che siano comunque titolari di una posizione giuridica “qualificata”, e non anche solamente apprezzabile dal punto di vista familiare-affettivo come nel caso in cui l’abuso sia stato realizzato solo dal promissario acquirente dell’immobile, mentre gli altri due richiedenti siano interessati soltanto in virtù di un “programma di convivenza”, elaborato dagli stessi ed evidentemente modificabile *ad nutum*;

b4) non può prescindersi dalle qualità giuridiche che debbono essere necessariamente possedute dal richiedente la sanatoria se non ammettendo un'incontrollata e indeterminata potestà di domanda;

b5) nè può avere rilevanza, al riguardo, il fatto che sia stato destinatario di un ordine di demolizione emesso dal comune anche un soggetto non titolare di una posizione qualificata, tale circostanza potendo dipendere da svariati fattori anche casuali (p.es. la presenza in loco al momento del sopralluogo della Polizia municipale) e non essendo ex se idonea a fondare la legittimazione alla richiesta di sanatoria;

c) Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2016, n. 3823 secondo cui:

c1) tra i requisiti indefettibili per il rilascio del titolo, va annoverata anche la circostanza che l'istanza di sanatoria provenga da un soggetto qualificabile come proprietario dell'edificio oggetto degli interventi della cui sanatoria giuridica si tratti;

c2) la regola sopra esposta deve essere ulteriormente precisata nel senso che il soggetto legittimato alla richiesta del titolo abilitativo deve essere colui che abbia la totale disponibilità del bene, pertanto l'intera proprietà dello stesso e non solo una parte o quota di esso;

c3) non può invece riconoscersi legittimazione, al contrario, al semplice proprietario *pro quota* ovvero al comproprietario di un immobile, e ciò per l'evidente ragione che diversamente considerando il contegno tenuto da quest'ultimo potrebbe pregiudicare i diritti e gli interessi qualificati dei soggetti con cui condivide la propria posizione giuridica sul bene oggetto di provvedimento;

c4) in caso di pluralità di proprietari del medesimo immobile, di conseguenza, la domanda di rilascio di titolo edilizio - sia esso o meno titolo in sanatoria di interventi già realizzati - dovrà necessariamente provenire congiuntamente da tutti i soggetti vantanti un diritto di proprietà sull'immobile, potendosi ritenere d'altra parte legittimato alla presentazione della domanda il singolo comproprietario solo ed esclusivamente nel caso in cui la situazione di fatto esistente sul bene consenta di supporre l'esistenza di una sorta di cd. *pactum fiduciae* intercorrente tra i vari comproprietari;

c5) in carenza della situazione da ultimo descritta, il titolo edilizio, volto alla realizzazione o al consolidamento dello stato realizzativo di operazioni (incidenti su parti non rientranti nell'esclusiva disponibilità del richiedente) non potrà essere né richiesto - non avendo il soggetto titolo per proporre tale istanza - né, ovviamente, rilasciato - non sussistendo i presupposti per l'emissione dello stesso - in modo legittimo dalla P.A. (Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2006, n. 6017; sez. V, 24 settembre 2003, n. 5445; sez. V, 5 giugno 1991, n. 883);

d) Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4818 che, in una fattispecie riguardante il rilascio di una concessione in sanatoria, ha richiamato integralmente i principi espressi da Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2011, n. 5894 di cui si riferisce a seguire.

e) Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2011, n. 5894 che, in fattispecie di condono straordinario, ha dato risposta negativa al quesito se sia possibile che un soggetto, a qualunque titolo interessato alla sanatoria, sia abilitato a richiederla (e ottenerla), anche contro la volontà espressa dal proprietario delle aree su cui insistono i manufatti abusivi, sulla base del quadro delle norme e dei principi che presiedono al rilascio dei titoli edilizi avuto particolare riguardo all'aspetto della legittimazione del richiedente e degli impedimenti di carattere negoziale:

e1) tra le limitazioni al diritto a costruire, da prendere in considerazione ai fini del rilascio del relativo permesso o di un titolo edilizio in sanatoria, la giurisprudenza ha operato un'accurata distinzione tra limiti legali e limiti negoziali. I primi, pure in caso di istanza di condono, sono destinati ad investire anche il rapporto pubblicistico. Per gli altri si prospetta una diversa incidenza, considerato che il comune non è tenuto a ricercarli;

e2) l'art. 11, ultimo comma, t.u. edilizia, secondo cui «*il rilascio del permesso di costruire non comporta limitazione dei diritti dei terzi*», ha cristallizzato a livello positivo una prassi amministrativa e giurisprudenziale assolutamente pacifica che aveva ricevuto un primo riconoscimento legale nell'art. 2, comma 37, lett. c), l. n. 662 del 1996 (che ha novellato l'art. 39 l. n. 724 del 1994, successivamente si veda l'art. 32, comma 31, d.l. n. 269 cit. in materia di condono straordinario);

e3) l'ordinamento giuridico ammette, in via generale, limitazioni di varia natura al diritto di costruire a presidio dei diritti dei terzi controinteressati. Nell'ambito del diritto civile si distinguono limiti legali dell'attività edificatoria (sempre concernenti i rapporti tra proprietari di fondi finitimi), essenzialmente rivenienti nella disciplina contenuta nel libro terzo, capo II, c.c. (si tratta delle prescrizioni in materia di distanze, luci e vedute); e limiti che discendono non direttamente dalla legge ma dall'esercizio dell'autonomia negoziale: fra questi spiccano gli *iura in re aliena* di godimento (usufrutto, servitù, ecc.) cui corrispondono altrettante restrizioni del diritto di proprietà riguardanti lo *ius aedificandi* dei confinanti, che può risultare semplicemente inciso o del tutto sottratto;

e4) i su menzionati limiti operano diversamente sul piano dei controlli esercitabili dall'amministrazione in sede di rilascio del permesso di costruire. I limiti legali, trovando applicazione generalizzata e conservando sempre il medesimo contenuto, concorrono a formare lo statuto generale dell'attività edilizia e non pongono problemi di conoscibilità all'amministrazione che è tenuta a considerarli sempre. Diversamente per le limitazioni negoziali del diritto di costruire, cui possono ricondursi anche quelle scaturenti dall'art. 1117 c.c. (Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6332, secondo cui è legittimo il provvedimento con cui il comune rilascia un condono straordinario ex art. 32 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, avente ad oggetto la costruzione di un terrazzo coperto e disimpegno, di pertinenza di un appartamento ubicato in uno stabile condominiale, non potendosi accogliere le censure riguardanti la violazione delle distanze legali minime rispetto alla costruzione di terzi e al difetto di autorizzazione del condominio all'esecuzione dei lavori su parti comuni dello stabile (nella specie, al momento del rilascio del permesso in sanatoria, era assolutamente controversa, fra le parti confinanti, la questione concernente la reintegra delle distanze violate, pendendo la relativa

controversia in sede civile, e non constava alcuna opposizione da parte del condominio);

e5) circa l'ambito di operatività di tali limiti la giurisprudenza oscilla fra due soluzioni che costituiscono un corollario della clausola di salvezza dei diritti dei terzi ed hanno in comune l'inesistenza, in capo all'amministrazione, di un autentico obbligo di ricerca di tali limiti, prodromico al diniego di permesso. La prima ne esclude ogni rilevanza nel presupposto che all'amministrazione sia inibito qualsiasi sindacato anche indiretto sulla validità ed efficacia dei rapporti giuridici dei privati (Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1993, n. 1341); la seconda ammette che il comune verifichi il rispetto dei limiti privatistici, purché siano immediatamente conoscibili, effettivamente e legittimamente conosciuti nonché del tutto incontestati, di guisa che il controllo si traduca in una semplice presa d'atto (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1206);

e6) coerenti sono le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in ordine agli oneri del comune di verificare la legittimazione dei singoli condomini ad eseguire opere su parti comuni (Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2005, n. 4744, che ritiene in contrasto con l'art. 11 t.u. cit., il titolo edilizio rilasciato in mancanza dell'assenso condominiale); anche in tali casi il comune si limita a verificare, puramente e semplicemente, la presenza di un'autorizzazione senza ovviamente poterne vagliare la validità;

e7) le conclusioni rimangono immutate quando il comune sia chiamato a rilasciare un titolo edilizio in sanatoria ordinaria (ex art. 36 t.u. edilizia) o straordinaria (da ultimo, ex art. 32 d.l. n. 269 del 2003). Nel primo caso si richiede, specie in presenza di contrasto conclamato fra condomini, che l'istruttoria del comune sia particolarmente accurata (Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2010, n. 1537; sez. V 21 ottobre 2003, n. 6529, fattispecie relativa all'art. 13 l. n. 47 del 1985 oggi trasfuso con modificazioni nell'art. 36 t.u. edilizia; 20); in tal caso doverosamente si acquisisce la delibera di autorizzazione condominiale che esonera il comune da ogni altro tipo di accertamento non potendo essere disapplicata da quest'ultimo (Cons. Stato, sez. IV, n. 1537 del 2010 cit.);

e8) nel caso di condono straordinario la giurisprudenza registra una maggiore varietà di posizioni. Secondo una minoritaria tesi la concessione del condono straordinario è impedita qualora l'abuso consista non già nella inosservanza di prescrizioni dirette principalmente a soddisfare finalità di interesse pubblico, ma nella violazione delle norme che tutelano in modo diretto ed immediato lo specifico interesse dei proprietari confinanti (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 1997, n. 1487 relativa a fattispecie di condono governata dall'art. 39 l. n. 724 del 1994). Di contro, ed in linea con quanto illustrato circa il controllo esigibile da parte del comune in sede di rilascio del permesso di costruire ex art. 11 t.u. edilizia, si ritiene che la rilevanza giuridica del condono straordinario si esaurisca nell'ambito del rapporto pubblicistico, senza estendersi ai rapporti fra privati, essendo il condono rilasciato con salvezza espressa dei diritti dei terzi (Cass., sez. un., 12 gennaio 2007, n. 417); ne discende che la presentazione di istanza di sanatoria, con riguardo a costruzione realizzata in violazione della disciplina urbanistica, non implica la sospensione della

contesa promossa dal proprietario confinante, per far valere, nel rapporto di vicinato, gli effetti di detta violazione (Cass. civ., s.u., 7 febbraio 1991, n. 1276);

e9) il compendio delle regole fin qui esaminate consente: all'autore dell'abuso di fruirne anche se l'illecito consista nella violazione delle distanze legali; al comune di disinteressarsi delle relative vicende, fermo restando che il terzo leso potrà ottenere soddisfacente tutela davanti al giudice civile non subendo alcun pregiudizio dal rilascio del titolo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8626);

e10) coerentemente si ritiene possibile accogliere le istanze di sanatoria di opere edilizie che creano limitazioni di tipo urbanistico alle proprietà finitime qualora le eventuali limitazioni di tipo urbanistico o regolamentare possano essere rimosse attraverso la disponibilità del vicino o del condominio a cedere in uso o in vendita porzioni di terreno (o di parti comuni di edificio), oppure mediante stipula da parte degli stessi proprietari confinanti di atti di asservimento di dette aree al lotto contiguo, o ancora attraverso la creazione di servitù permanente; non vi sono dubbi, infatti, che il nostro ordinamento giuridico riconosce un potere dispositivo alle parti in ordine alle norme in materia di distanze tra edificazioni e fra queste ed i confini, potendo i privati rinunciare al diritto di pretendere l'osservanza delle norme in materia (C.g.a., parere del 16 luglio 1996, n. 467);

e11) in definitiva, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, superando l'indirizzo precedente che affermava la totale indifferenza delle ragioni privatistiche rispetto alla legittimità dei provvedimenti edilizi, è oggi allineata nel senso che l'amministrazione, quando venga a conoscenza dell'esistenza di contestazioni sul diritto del richiedente il titolo abilitativo, debba compiere le indagini necessarie per verificare la fondatezza delle contestazioni, precisando anche che, se il richiedente non sia in grado di fornire elementi seri a fondamento del suo diritto, l'amministrazione non deve rilasciare il provvedimento abilitativo (Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3027; sez. V, 7 luglio 2005, n. 3730);

e12) così ricostruito il quadro generale in ordine all'individuazione dei soggetti legittimati a chiedere il rilascio di un titolo edilizio ordinario ovvero di un accertamento di conformità, è necessario stabilire se siano rinvenibili regole peculiari, in punto di legittimazione attiva, all'interno della speciale normativa che, nel tempo, ha disciplinato il c.d. condono edilizio straordinario;

e13) la norma base è quella sancita dall'art. 31, comma 3, l. n. 47 del 1985 (sostanzialmente richiamata dalla successiva legislazione in materia di condoni edilizi straordinari), secondo cui: «*Alla richiesta di sanatoria ed agli adempimenti relativi possono altresì provvedere coloro che hanno titolo, ai sensi della L. 28 gennaio 1977, n. 10, a richiedere la concessione edilizia o l'autorizzazione nonché, salvo rivalsa nei confronti del proprietario, ogni altro soggetto interessato al conseguimento della sanatoria medesima*»;

e14) secondo un primo, più rigoroso indirizzo, che svaluta la portata letterale del riferimento normativo a “ogni altro soggetto interessato al conseguimento della sanatoria medesima”, la legittimazione a chiedere il condono spetterebbe esclusivamente a chi abbia diritto al rilascio di un ordinario titolo edilizio (Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2011, n. 1842, fattispecie relativa ad occupante di fatto di area demaniale, privo di qualsivoglia titolo abilitativo, che è stato ritenuto privo della

legittimazione a chiedere il condono dell'immobile realizzato abusivamente; sez. IV, 27 ottobre 2009, n. 6545);

e15) secondo la tesi diametralmente opposta (sostenuta da buona parte della dottrina e dalla giurisprudenza di primo grado), che fa leva sul tenore letterale della norma e sulla indisponibilità degli effetti penali favorevoli del condono da parte del proprietario dell'immobile, è possibile procedere al condono senza il consenso ed anche contro la volontà del proprietario del bene oggetto del procedimento di sanatoria;

e16) una tesi intermedia, invece, ritiene che alla richiesta di sanatoria e agli adempimenti relativi possono provvedere, non solo «*coloro che hanno titolo, ai sensi della l. 28 gennaio 1977 n. 10, a richiedere la concessione edilizia o l'autorizzazione*» (oggi i soggetti indicati dall'art. 11 t.u. edilizia), ma anche, «*salvo rivalsa nei confronti del proprietario, ogni altro soggetto interessato al conseguimento della sanatoria medesima*», la sanatoria, quindi, sarebbe fungibile *ratione personarum*, ma a condizione che sia acquisito in modo univoco il consenso comunque manifestato dal proprietario (Cons. Stato, sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 437; sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3520, secondo la quale, però, la riduzione della misura dell'oblazione prevista dall'art. 34 l. n. 47 cit., essendo calcolata in base al solo criterio funzionale della destinazione economica delle opere, opererebbe esclusivamente *ratione rei*);

e17) in quest'ottica:

i) è stata considerata sufficiente l'avvenuta sottoscrizione, da parte di un soggetto, di un atto di impegno ad acquistare il locale interessato alla sanatoria (Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2008, n. 3282);

ii) è stato ritenuto indispensabile, in caso di dissidio fra proprietari perché le opere di cui si chiede il condono incidono sul diritto di alcuni di essi, che l'istruttoria della pratica ed il provvedimento finale diano conto della verifica della legittimazione del soggetto richiedente (C.g.a., parere del 3 giugno 2009, n. 84);

iii) è stato considerato inapplicabile l'istituto del condono, laddove l'abuso sia realizzato dal singolo condomino su aree comuni, in assenza di ogni elemento di prova circa la volontà degli altri comproprietari, atteso che, diversamente opinando, l'amministrazione finirebbe per legittimare una sostanziale appropriazione di spazi condominiali da parte del singolo condomino, in presenza di una possibile volontà contraria degli altri, i quali potrebbero essere interessati all'eliminazione dell'abuso anche in via amministrativa e non solo con azioni privatistiche (Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2008, n. 3282);

e18) tale tesi intermedia appare preferibile perché:

iv) non è incompatibile col dato testuale della norma;

v) dal punto di vista sistematico appare in maggior sintonia con il quadro generale dei principi che governano il micro ordinamento di settore;

vi) la disponibilità degli effetti penali del condono non è rimessa all'arbitrio del proprietario in quanto, a mente dell'art. 39, l. n. 47 del 1985, l'effettuazione dell'oblazione, qualora le opere non possano conseguire la sanatoria, estingue comunque i reati; invero, il perfezionamento della fattispecie estintiva del reato non è condizionato dagli accertamenti di merito dell'autorità amministrativa relativi alla sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi del condono, ma a diversi parametri del cui vaglio è investito il giudice penale (Cass. pen., sez. III, 8 marzo 2000, n. 5031).

Merita, infine di essere segnalata Cass. civ., sez. II, sent., 25 settembre 2013, n. 21947 che - in relazione ad una controversia tra proprietari di fondi confinanti, uno dei quali si doleva del fatto che le costruzioni realizzate dai vicini non fossero rispettose delle prescrizioni imposte dalla normativa antisismica e dal piano regolatore generale - ha evidenziato come la pretesa attorea non possa ritenersi preclusa per effetto dei provvedimenti amministrativi di concessione edilizia e di sanatoria rilasciati in favore dei convenuti (nella specie, in virtù della legislazione del Friuli-Venezia Giulia finalizzata al recupero delle costruzioni lesionate dal sisma del 1976).

La pronuncia è in linea con il *trend* che confina sul solo versante pubblicistico gli effetti dei menzionati provvedimenti, i quali non interferiscono sui rapporti di natura privatistica (come esplicitamente sancito, per quanto riguarda il permesso a costruire, dall'art. 11, comma 3, d.P.R. 380 del 2001; del resto, se è pur vero che, in sede di rilascio del titolo abilitativo edilizio, sussiste l'obbligo per il comune di verificare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici, ciò presuppone che tali limiti siano effettivamente conosciuti o immediatamente conoscibili e/o non contestati, di modo che il controllo da parte dell'ente locale si traduca in una semplice presa d'atto dei limiti medesimi, senza necessità di procedere a un'accurata e approfondita disamina dei rapporti tra privati: Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 6731; 4 maggio 2010, n. 2546).

7.5. L'onere della prova.

In punto di onere della prova la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato quanto segue:

- a) in sede di disamina della domanda di sanatoria, va posto in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) assoggettato a ingiunzione di demolizione l'onere di provare il carattere risalente del manufatto, collocandone la realizzazione in epoca anteriore alla c.d. legge ponte n. 761 del 1967 che con l'art. 10, novellando l'art. 31, legge n. 1150 del 1942, ha esteso l'obbligo di previa licenza edilizia alle costruzioni realizzate al di fuori del perimetro del centro urbano; tale conclusione vale non solo per l'ipotesi in cui si chiede di fruire del beneficio del condono edilizio, ma anche - in generale - per potere escludere la necessità del previo rilascio del titolo abilitativo, ove si faccia questione, appunto, di opera risalente ad epoca anteriore

- all'introduzione del regime amministrativo autorizzatorio dello *ius aedificandi* (sez. II, 3 marzo 2024, n. 2457);
- b) il procedimento per la verifica di conformità ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 sfocia in un provvedimento di carattere assolutamente vincolato, il quale non necessita di altra motivazione oltre a quella relativa alla corrispondenza (o meno) dell'opera abusiva alle prescrizioni urbanistico-edilizie (e a quelle recate da normative speciali in ambito sanitario e/o paesaggistico) sia all'epoca di realizzazione dell'abuso sia a quella di presentazione dell'istanza ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001. Ciò determina che, in sede di accertamento di conformità, è interamente a carico della parte l'onere di dimostrare la c.d. doppia conformità necessaria per l'ottenimento della sanatoria edilizia ordinaria ai sensi dell' art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 (già art. 13 l. n. 47 del 1985), attesa la finalità dell'istituto, secondo il quale il rilascio del permesso in sanatoria presuppone indefettibilmente la c.d. doppia conformità, vale a dire la non contrarietà del manufatto abusivo alla disciplina urbanistica vigente sia al momento della sua realizzazione sia al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria (sez. VI, 2 febbraio 2024, n. 1085);
- c) è a carico esclusivamente del privato l'onere della prova in ordine alla data della realizzazione dell'opera edilizia al fine di poter escludere al riguardo la necessità di rilascio del titolo edilizio; tale onere discende attualmente dagli articoli 63, comma 1, e 64, comma 1, c.p.a. in forza dei quali spetta al ricorrente l'onere della prova in ordine a circostanze che rientrano nella sua disponibilità. Detto onere, prima ancora che di carattere processuale, vale nei rapporti tra l'interessato e l'amministrazione, la quale in termini generali, in presenza di un manufatto non assistito da un titolo abilitativo che lo legittimi, ha solo il potere dovere di sanzionarlo ai sensi di legge (sez. II, 1 febbraio 2024, n. 1016 che richiama sez. VI, 2 luglio 2020, n. 4267; 7 gennaio 2020, n. 106; 18 ottobre 2019, n. 7072 e 6 febbraio 2019, n. 903);
- d) tale criterio di riparto dell'onere probatorio tra privato e amministrazione discende dall'applicazione alla specifica materia della repressione degli abusi edilizi del principio di vicinanza della prova poiché solo il privato può fornire, in quanto ordinariamente ne dispone, inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto, mentre l'amministrazione non può, di solito, materialmente accertare quale fosse la situazione all'interno dell'intero suo territorio (sez. II, 26 gennaio 2024, n. 858 e n. 853; sez. VII, 29 settembre 2023, n. 8594);
- e) l'onere della prova dell'ultimazione entro una certa data di un'opera edilizia abusiva, allo scopo di dimostrare che essa rientra fra quelle per le quali si può ottenere una sanatoria speciale ovvero fra quelle per cui non era richiesto un titolo *ratione temporis*, perché realizzate

- legittimamente senza titolo, incombe in linea generale sul privato a ciò interessato, unico soggetto ad essere nella disponibilità di documenti e di elementi di prova, in grado di dimostrare con ragionevole certezza l'epoca di realizzazione del manufatto (sez. VII, 24 marzo 2023, n. 3011; sez. VI, 12 ottobre 2020, n. 6112);
- f) in sede di accertamento di conformità è interamente a carico della parte l'onere di dimostrare la c.d. doppia conformità necessaria per l'ottenimento della sanatoria edilizia ordinaria ai sensi dell'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 (già, art. 13 l. n. 47 del 1985) (sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2660);
 - g) è il richiedente che versa in una situazione di illecito e che, se intende riportare alla “liceità” quanto abusivamente realizzato per il tramite dell'adozione da parte della pubblica amministrazione di una concessione edilizia in sanatoria, ha l'onere di provare la sussistenza dei presupposti e requisiti normativamente previsti (sez. IV, 24 agosto 2017, n. 4060);
 - h) è il proprietario (o il responsabile dell'abuso) assoggettato a ingiunzione di demolizione che deve provare il carattere risalente del manufatto, collocandone la realizzazione in epoca anteriore alla c.d. legge ponte n. 761 del 1967 che, con l'art. 10, novellando l'art. 31 della l. n. 1150 del 1942, ha esteso l'obbligo di previa licenza edilizia alle costruzioni realizzate al di fuori del perimetro del centro urbano. Tale criterio di riparto dell'onere probatorio tra privato e amministrazione discende dall'applicazione alla specifica materia della repressione degli abusi edilizi del principio di vicinanza della prova, in forza del quale spetta al ricorrente l'onere della prova in ordine a circostanze che rientrano nella sua disponibilità (Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2017, n. 463).

7.6. Immobili situati in area vincolata.

Il rilascio di un permesso di costruire in zona vincolata richiede, necessariamente, il preventivo rilascio del parere favorevole dell'autorità preposta al vincolo.

Sull'argomento del rilascio di un titolo postumo, si segnalano alcuni significativi arresti giurisprudenziali.

Innanzitutto rilevano due pronunce del giudice delle leggi:

- a) Corte cost., 9 dicembre 2022, n. 248 che ha ritenuto conforme a costituzione l'art. 13, comma 60 della legge della regione Sardegna 22 novembre 2021, n. 17, che aggiunge il comma 8 *bis* all'art. 37 della legge reg. Sardegna n. 23 del 1985, prevedendo che, nelle more dell'approvazione dei piani di risanamento urbanistico e dell'adeguamento del piano urbanistico comunale al piano paesaggistico regionale, i comuni possano rilasciare, a fronte di specifica istanza e del rispetto di condizioni procedurali ed economiche stabilite nello

stesso comma 60, il permesso di costruire o l'autorizzazione in sanatoria. Afferma la Corte:

- a1) la possibilità, oggi riconosciuta ai comuni, di concedere permessi e autorizzazioni in sanatoria, anche ove non abbiano ancora adottato un piano di risanamento urbanistico, non ha quale effetto la deroga ai termini per l'adeguamento dei piani urbanistici a quello paesaggistico, definiti nel codice dei beni culturali e del paesaggio e nelle NTA del piano paesaggistico;
 - a2) lo scopo dell'intervento censurato è quello di rimuovere un vincolo urbanistico posto dalla legislazione precedente, che non riguarda l'attuazione del PPR. La legge reg. Sardegna n. 23 del 1985 aveva, infatti, previsto che l'autorizzazione in sanatoria potesse essere concessa solamente a seguito dell'approvazione, da parte del comune, di un piano di risanamento urbanistico: un piano attuativo, che si può adottare anche in variante allo strumento urbanistico generale, regolato in particolare negli artt. 32, 37 e 38 della citata legge regionale. Essa prevedeva, dunque, che non potesse ottenersi il condono dell'insediamento edilizio realizzato abusivamente, se non dopo che il comune si fosse dotato del piano di risanamento;
 - a3) con le disposizioni impugnate, la legge regionale ha modificato taluni delicati aspetti della disciplina, rendendo possibile il rilascio dei titoli anche in assenza del piano attuativo in parola ed eliminando, così, il rapporto di subordinazione tra piano e sanatorie edilizie. Tale scelta, tuttavia, non incide negativamente sui tempi di adeguamento degli strumenti urbanistici comunali al PPR, che rimangono fermi. Questa Corte ha in precedenti occasioni affermato che, in mancanza di deroghe espresse a obblighi o prescrizioni di tutela paesaggistica, le norme del codice dei beni culturali e del paesaggio si applicano direttamente e integrano il tessuto normativo regionale (sentenza n. 101 del 2021). Esse sono infatti «*dotate di immediata forza cogente, in difetto di esplicite indicazioni di segno contrario*» (sentenza n. 24 del 2022);
 - a4) la circostanza che privati e imprese possano oggi ottenere permessi e autorizzazioni in sanatoria «nelle more dell'adeguamento del Piano urbanistico comunale al Piano paesaggistico regionale» non influisce, perciò, sul dovere di rispettare i termini che la legge stabilisce per l'armonizzazione della pianificazione urbanistica e paesaggistica. È peraltro lo stesso art. 13, comma 60, a subordinare la possibilità di concedere i suddetti titoli edilizi alla sussistenza di «tutti gli altri presupposti di legge»; precisazione che vale a confortare ulteriormente la conclusione che la normativa impugnata sia compatibile con i parametri evocati.
- b) Corte cost. 28 gennaio 2022, n. 24 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 11, comma 1, lettera a), della l. reg. Sardegna n. 1 del 2021, che modifica l'art. 36 della l. reg. Sardegna n. 8 del 2015, il quale, nel sopprimere la parola «non», fa sì che anche i volumi oggetto di condono edilizio siano computati nella determinazione del volume urbanistico al quale commisurare l'incremento volumetrico. Con la pronuncia in rassegna la Corte ha rimarcato anche la differenza fra accertamento di conformità e condono edilizio. La previsione era stata impugnata in quanto ritenuta idonea

a sovvertire il caposaldo della legislazione sul "Piano casa", che vieta di considerare gli abusi edilizi ai fini del godimento delle premialità volumetriche, in violazione delle norme fondamentali di riforma economico-sociale contenute nell'art. 41 *quinquies*, commi ottavo e nono, della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (legge urbanistica), negli artt. 2 *bis* e 14 t.u. edilizia, nell'intesa sul "Piano casa" del 2009, fondata sulle previsioni dell'art. 11 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133, e nell'art. 5, commi 9 e seguenti, del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 (Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106. Tali previsioni sarebbero perentorie nel vietare l'applicazione della normativa di favore agli immobili condonati. Osserva la Corte:

b1) il 31 marzo 2009, Governo, regioni ed enti locali hanno stipulato un'intesa volta a favorire iniziative per il rilancio dell'economia e a introdurre incisive misure di semplificazione dell'attività edilizia. Le regioni si sono impegnate a regolamentare interventi di demolizione e ricostruzione con ampliamento per edifici a destinazione residenziale entro il limite del 35 per cento della volumetria esistente, con finalità di miglioramento della qualità architettonica e dell'efficienza energetica. L'intesa puntualizza che gli interventi edilizi non possono riferirsi a edifici abusivi ovvero ubicati nei centri storici o in aree di inedificabilità assoluta;

b2) l'art. 5, comma 9, del d.l. n. 70 del 2011, nel tradurre in legge dello Stato l'intesa raggiunta, affida alle regioni il compito di approvare leggi finalizzate a incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente, a promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti e di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione o da rilocalizzare, anche alla luce dell'esigenza di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili;

b3) tali finalità possono essere perseguite anche mediante l'approvazione di leggi che prevedano interventi di demolizione e ricostruzione con il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva come misura premiale, con la delocalizzazione delle volumetrie in aree diverse, con le modifiche di destinazione d'uso (sempre che si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari) e con le modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi edilizi esistenti. Tali interventi - precisa l'art. 5, comma 10, del d.l. n. 70 del 2011 - non possono riferirsi a edifici abusivi o siti nei centri storici o in aree di inedificabilità assoluta, *«con esclusione degli edifici per i quali sia stato rilasciato il titolo abilitativo edilizio in sanatoria»*;

b4) è la stessa previsione della legge statale a chiarire la portata del divieto di beneficiare delle premialità volumetriche con riguardo agli immobili abusivi. Questo divieto non opera solo quando sia stato rilasciato il titolo edilizio in

sanatoria. Tale nozione si deve interpretare in senso restrittivo, in coerenza con la terminologia adoperata dal legislatore e con la *ratio* della normativa in esame;

b5) il titolo in sanatoria, che rileva agli effetti della concessione di premialità volumetrica, differisce dal condono valorizzato dal legislatore regionale;

b6) mentre il condono ha per effetto la sanatoria non solo formale ma anche sostanziale dell'abuso, a prescindere dalla conformità delle opere realizzate alla disciplina urbanistica ed edilizia (sentenza n. 50 del 2017, punto 5 del Considerato in diritto), il titolo in sanatoria presuppone la conformità alla disciplina urbanistica e edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'immobile sia al momento della presentazione della domanda (sentenza n. 107 del 2017, punto 7.2. del Considerato in diritto);

b7) a favore dell'interpretazione restrittiva milita il carattere generale del divieto di concessione di premialità volumetriche per gli immobili abusivi, espressivo della scelta fondamentale del legislatore statale di disconoscere vantaggi in caso di abuso e di derogare a tale principio in ipotesi tassative;

b8) la disciplina ricordata configura una norma fondamentale di riforma economico-sociale, come confermano l'ampiezza degli obiettivi perseguiti, l'incidenza su aspetti qualificanti della normativa edilizia e urbanistica e la stessa scelta di coinvolgere anche Regioni ed enti locali nel definire i tratti essenziali dell'intervento riformatore;

b9) il legislatore regionale, nell'annettere rilievo anche ai volumi condonati, ha infranto il divieto contenuto in una prescrizione della legge statale, idonea a vincolare la potestà legislativa primaria della regione autonoma Sardegna nella materia dell'urbanistica e dell'edilizia.

Di seguito una sintesi dei principi elaborati dal Consiglio di Stato:

c) in tema di condono edilizio va escluso il meccanismo di formazione tacita del permesso in sanatoria riguardo alle opere realizzate in area sottoposta a vincolo paesaggistico; in questi casi occorre il previo rilascio del parere dell'autorità preposta alla gestione del vincolo (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2022, n. 4685);

d) Cons. Stato, sez. IV, 22 agosto 2018, n. 5007 in cui si osserva:

d1) l'art. 13 della legge n. 47 del 1985 (ora art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001) non trova applicazione con riguardo ad aree assoggettate a regime vincolistico stante l'impossibilità, già sotto il vigore della legge 47 del 1985, di sanare *ex post* l'assenza di autorizzazione paesaggistica. Dall'esame della domanda di sanatoria è emersa la non conformità sostanziale delle opere con la disciplina urbanistica e paesaggistica e ciò è sufficiente a suffragare il contestato diniego, senza necessità di particolare motivazione, come da insegnamento del giudice delle leggi che, nell'esaminare la questione di legittimità costituzionale della l.r. Campania 5 aprile 2016, n. 6, ha ribadito *«il principio fondamentale in forza del quale è possibile ottenere un permesso in sanatoria solo se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento*

- della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda»* (Corte cost., 11 maggio 2017, n. 107);
- d2) l'art. 36 del citato d.P.R. non è suscettibile di applicazione in caso di opere in violazione di un vincolo paesaggistico, in quanto tale norma disciplina una *«modalità di regolarizzazione formale dell'abuso (mediante rilascio di permesso di costruire in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda) è espressamente limitata alle sole violazioni della disciplina urbanistica ed edilizia»* (Cons. Stato, sez. II, parere del 31 ottobre 2012, n. 4562);
- d3) inoltre ben può il diniego essere motivato attraverso il semplice richiamo *per relationem* ai pareri sfavorevoli delle commissioni edilizie essendo del tutto idoneo a dare ragione del contrasto delle opere con gli strumenti urbanistici (Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, 2864; 17 giugno 2016, n. 2691);
- e) Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6827 secondo cui è legittimo il diniego di condono in assenza di un parere procedimentale dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, in quanto la legge regionale, letta in conformità alla l. n. 326 del 2003, esclude in via generale la sanabilità delle opere abusive oggetto del terzo condono nelle zone vincolate, con la sola eccezione delle ipotesi che il vincolo sopravvenuto consenta l'accertamento di conformità ed in tali limiti;
- f) Cons. Stato, sez. VI, 1 settembre 2021, n. 6140 secondo cui le opere soggette a vincolo idrogeologico non sono condonabili ove siano in contrasto con il suddetto vincolo, anche se questo sia stato apposto successivamente alla presentazione dell'istanza di condono, senza che residui alcun diaframma di discrezionalità in capo all'Amministrazione interessata dalla domanda di condono ai fini del suo accoglimento, dovendosi anzi provvedere alla demolizione delle opere abusive;
- g) Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2020, n. 2369 secondo cui, qualora il procedimento di condono abbia ad oggetto opere abusive realizzate in zone vincolate, l'amministrazione comunale non può statuire sull'istanza di sanatoria avendo riguardo alla sola destinazione urbanistica dell'area, come ricavabile dalle pertinenti previsioni del p.r.g., essendo tenuta ad acquisire il parere espresso dall'amministrazione preposta alla gestione del vincolo, avente, peraltro, natura vincolante ai fini della sanatoria;
- h) Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4991 secondo cui in materia di sanatoria edilizia su area vincolata, ai fini della motivazione di un parere favorevole, non possono essere adottati interventi precedentemente assentiti, verificatisi nella medesima zona, ciò in quanto tale circostanza non elide la portata del vincolo, né può condizionare la valutazione sugli effetti che deriverebbero da un'ulteriore compromissione del territorio.
- i) Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2016, n. 5162 la quale afferma che il rilascio del titolo abitativo edilizio in sanatoria, per le opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo paesaggistico, è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso, ex art. 32 l. 28 febbraio 1985, n. 47, con un rinvio mobile alla disciplina del procedimento

di gestione del vincolo paesaggistico, costituente una fase indispensabile per la positiva conclusione del procedimento di condono, inteso quale strumento riservato allo Stato, ad estrema difesa del paesaggio, valore costituzionale primario da tutelare.

Per completezza si segnala anche la giurisprudenza penale che si è esercitata sul tema:

- j) Cass. pen., sez. III, 4 settembre 2023, n. 36580 secondo cui in tema di condono edilizio relativo ad interventi abusivi in zona vincolata, l'art. 146 d.lgs. 42 del 2004 regola il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica preventiva rispetto ad interventi sui beni oggetto della speciale protezione. L'*iter* ivi delineato può semmai estendersi al rilascio delle autorizzazioni in sanatoria previste dallo stesso d.lgs. 42 del 2004 e, in via analogica e soltanto in quanto applicabile, agli altri casi di sanatoria previsti da diverse disposizioni di legge. Tale disciplina, però, certamente non vale *in toto* laddove esista una disciplina speciale di maggior rigore, quale quella prevista dalla legge sul condono edilizio, ossia la legge 23 dicembre 1994, n. 724;
- k) Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2023, n. 5750 secondo cui per la sanatoria ex art. 36 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 di opere realizzate in area vincolata, il rilascio postumo del permesso di costruire, in assenza di autorizzazione paesaggistica, non ha efficacia sanante neanche in relazione al solo profilo urbanistico dell'intervento già realizzato;
- l) Cass. pen., sez. III, 13 gennaio 2023, n. 5457 secondo cui in tema di condono edilizio, dalla disciplina dettata dall'art. 32, commi 26 e 27, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv., con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, in combinato disposto con gli artt. 32 e 33 l. 28 febbraio 1985, n. 47, discende che le opere realizzate senza permesso di costruire in zona successivamente sottoposta a vincolo sono sanabili anche se diverse da quelle di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'allegato 1 al d.l. n. 269 del 2003, a condizione che sia stato rilasciato parere favorevole dall'autorità preposta alla tutela del vincolo e che siano sostanzialmente conformi agli strumenti urbanistici, potendo le difformità consistere soltanto in quelle analiticamente indicate nell'art. 32 l. n. 47 del 1985 (fattispecie relativa a manufatto ad uso abitativo realizzato, senza permesso di costruire, in zona successivamente sottoposta a vincolo idrogeologico). Gli abusi previsti come sanabili successivamente all'apposizione di un vincolo di inedificabilità e quindi di fatto privi della dovuta autorizzazione sono di norma quelli che sono consistiti in manutenzioni straordinarie, opere di recupero e interventi di restauro. Per gli altri casi di manufatto abusivo in area che sia stata vincolata dopo la loro realizzazione, i presupposti per la sanatoria sono *in primis* l'ottenimento del parere favorevole dell'autorità che ha apposto il vincolo e la conformità dell'immobile agli strumenti urbanistici. Inoltre, devono ricorrere 3 presupposti, cioè sono sanabili unicamente le difformità: dalla disciplina antisismica, con possibilità di provvedere al collaudo del manufatto; da

norme urbanistiche di destinazione a spazi o edifici pubblici, ma che rientrino nella variante di recupero; da norme che fissano distanze minime di rispetto stradale in materia di edificazioni al di fuori di centri urbani, ma che non siano di pericolo al traffico dei mezzi;

- m) Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2019, n. 44957 la quale afferma che in tema di reati edilizi, l'art. 23 della legge reg. Sicilia 10 agosto 1985, n. 37, che prevede la sanabilità delle opere abusive edificate nel Parco nazionale dell'Etna, previo rilascio del nulla osta dell'autorità competente per il vincolo, non può essere interpretata in senso confliggente con la normativa statale sul condono edilizio di cui al d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni in l. 24 novembre 2003, n. 326, ed in particolare con quanto stabilito all'art. 32 di tale decreto legge, che prevede la condonabilità dei soli interventi di minore rilevanza indicati ai numeri 4, 5 e 6 dell'allegato 1 del citato d.l. (restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria), per i quali vi sia stato il previo parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo (fattispecie in cui è stato ritenuto immune da censure il rigetto da parte del giudice dell'esecuzione dell'istanza di sospensione o di revoca dell'ingiunzione alla demolizione della costruzione abusiva, a seguito di condanna per il reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), d.P.R. n. 380 del 2001, ritenendo non sanabile un intervento edilizio qualificabile come "nuova costruzione");
- n) Cass. pen., sez. III, 22 maggio 2019, n. 37470 secondo cui ai fini della revoca dell'ordine di demolizione di un immobile oggetto di condono edilizio, il giudice dell'esecuzione deve verificare la legittimità del sopravvenuto atto concessorio, sotto il profilo della sussistenza dei presupposti per la sua emanazione, dovendo in particolare verificare la disciplina normativa applicabile, la legittimazione di colui che abbia ottenuto il titolo in sanatoria, la tempestività della domanda, il rispetto dei requisiti strutturali e temporali per la sanabilità dell'opera e, ove l'immobile edificato ricada in zona vincolata, il tipo di vincolo esistente nonché la sussistenza dei requisiti volumetrici o di destinazione assenti;
- o) Cass. pen., sez. III, 20 maggio 2016, n. 40676 secondo cui in tema di abusi edilizi commessi in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, il condono previsto dall'art. 32 d.l. n. 269 del 2003 (conv., con modif., in l. n. 326 del 2003) è applicabile esclusivamente agli interventi di minore rilevanza indicati ai numeri 4, 5 e 6 dell'allegato 1 del citato d.l. (restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria) e previo parere favorevole dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo, mentre non sono in alcun modo suscettibili di sanatoria le opere abusive di cui ai precedenti numeri 1, 2 e 3 del medesimo allegato, anche se l'area è sottoposta a vincolo di inedificabilità relativa e gli interventi risultano conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti.

7.7. Le sorti del bene abusivo oggetto di procedura esecutiva.

Sul tema si segnalano le seguenti pronunce:

- a) Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2017, n. 1996 la quale afferma che nel nostro ordinamento non si rinviene alcun dato normativo positivo da cui inferire che la vendita all'asta nell'ambito di una procedura espropriativa importerebbe effetto sanante degli eventuali illeciti edilizi realizzati. Tale conclusione, peraltro, non può trarsi nemmeno facendo applicazione del principio generale del cd. effetto purgativo derivante dalla natura di acquisto a titolo originario del bene, effetto che riguarda più propriamente i diritti, i pesi e le limitazioni legali gravanti sul bene, e non già lo stato di fatto materiale e antiggiuridico in cui in ipotesi si trovi il bene. L'unico aspetto espressamente preso in considerazione dal legislatore per l'ipotesi che il bene acquistato sia affetto da illeciti edilizi riguarda la scansione dei tempi per attivare la procedura di sanabilità delle opere. Ai sensi dell'articolo 40, ultimo comma, della legge numero 47 del 1985, infatti, *«nell'ipotesi in cui l'immobile rientri nelle previsioni di sanabilità di cui al capo IV della presente legge e sia oggetto di trasferimento derivante da procedure esecutive, la domanda di sanatoria può essere presentata entro centoventi giorni dall'atto di trasferimento dell'immobile purché le ragioni di credito per cui si interviene o procede siano di data anteriore all'entrata in vigore della presente legge»*. Da ciò consegue che gli immobili sottoposti ad esecuzione possono essere sanati in un termine diverso dalle normali scadenze per le richieste di condono edilizio e tale termine decorre solo dalla emissione del decreto di trasferimento, ma non già che essi possono ritenersi *sic et simpliciter* sanati per effetto della sola conclusione della procedura esecutiva immobiliare;
- b) Cass. civ., sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 23453 che si è occupata del tema riguardante l'opponibilità al creditore procedente, che abbia regolarmente trascritto il pignoramento immobiliare, dell'acquisizione a titolo originario in favore del comune, prevista dalla legislazione urbanistica per le costruzioni realizzate in carenza di concessione edilizia o difformemente da essa. La corte ha ribadito che l'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del comune della costruzione eseguita in totale difformità o assenza della concessione, emessa dal sindaco ai sensi dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985, che si connota per la duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti e di prevenire perduranti effetti dannosi di essi, dà luogo ad acquisto a titolo originario, con la conseguenza che l'ipoteca e gli altri eventuali pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione e/o iscrizione. La fattispecie è assimilabile al perimento del bene, ipotesi nella quale si estingue l'ipoteca, giacché l'immobile abusivo è destinato al "perimento giuridico", normalmente conseguente alla demolizione, salva la eccezionale acquisizione al patrimonio comunale, che lo trasforma irreversibilmente in *res extra commercium* sotto il profilo dei diritti

del debitore e dei terzi che vantino diritti reali limitati sul bene (Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1693);

- c) Cass. civ., sez. un., 8 gennaio 2024, n. 583 ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, 42 e 117, primo comma, cost., nonché all'art.1 del Protocollo addizionale della CEDU (ratificata con la legge 4 agosto 1955, n. 848), questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, terzo comma, della legge n. 47 del 1985 e dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, nella parte in cui non prevedono - in caso di iscrizione di ipoteca giudiziale su di un terreno sul quale sia stato costruito un immobile abusivo, immobile gratuitamente acquisito al patrimonio del comune - la permanenza dell'ipoteca sul terreno a garanzia del creditore ipotecario. Questi gli snodi principali del ragionamento:

c1) l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere eseguite in totale difformità o in assenza di concessione fu prevista per la prima volta dall'art. 15 della legge 28 gennaio 1977, n. 10. Quella norma prevedeva (al terzo comma) che tali opere, se non demolite, a cura e spese del proprietario, entro il termine fissato dal sindaco con propria ordinanza, fossero "gratuitamente acquisite, con l'area su cui insistono, al patrimonio indisponibile del comune che le utilizza a fini pubblici, compresi quelli di edilizia residenziale pubblica". Si tratta di una norma che, rendendo obbligatoria la demolizione delle opere in contrasto con rilevanti interessi urbanistici o ambientali o comunque non utilizzabili per fini pubblici, si inseriva nel contesto della legge n. 10 del 1977 che contestualmente aveva introdotto una serie di intensi poteri pubblici di vigilanza sull'attività urbanistico - edilizia. La disposizione dell'art. 15 cit. venne ripresa dal successivo art. 7 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, in base al quale il sindaco, accertata l'esecuzione delle opere in assenza o in totale difformità dalla concessione, ne doveva ingiungere la demolizione, con l'espressa previsione, contenuta nel terzo comma, per cui, in caso di mancata ottemperanza all'ordine di demolizione da parte del responsabile dell'abuso nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime fossero "acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune"; con il limite, peraltro, secondo cui l'acquisizione non poteva "essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita". Il successivo quarto comma dell'art. 7 disponeva che l'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione nel termine previsto costituisse "titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente";

c2) nel passaggio dalla norma del 1977 a quella del 1985 è scomparso il riferimento testuale dell'acquisizione al patrimonio indisponibile del comune. La previsione dell'ora citato art. 7 è trasmigrata, in sostanza senza modifiche, nell'art. 31, commi 3 e 4, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 380 (Testo unico sull'edilizia). All'interno di tale art. 31, poi, sono stati successivamente interpolati - ad opera dell'art. 17, comma 1, lettera q-bis, del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modifiche, nella legge 11 novembre 2014, n.

164 - i commi 4 *bis*, 4 *ter* e 4 *quater*, i quali consentono all'autorità competente, una volta accertata l'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria a carico del trasgressore;

c3) il complesso normativo ora richiamato rappresenta un capovolgimento di alcuni principi in materia di accessione e di ipoteca. Mentre, infatti, l'art. 934 c.c. dispone che, di regola, ogni "costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario", e l'art. 2811 c.c., in armonia col principio dell'accessione, stabilisce che l'ipoteca "si estende ai miglioramenti, nonché alle costruzioni e alle altre accessioni dell'immobile ipotecato, salve le eccezioni stabilite dalla legge", l'art. 7 della legge n. 47 del 1985 e l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 dettano criteri di segno contrario. Nell'ordito di tali disposizioni, infatti, è il soggetto che acquista d'imperio la proprietà dell'immobile abusivamente costruito (il comune) ad acquisire anche quella dell'area di sedime, salvo il già visto limite del decuplo della superficie complessiva abusivamente costruita; e ciò anche se, come nel caso di specie, sul terreno sia stata precedentemente iscritta un'ipoteca giudiziale;

c4) la Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la legittimità dell'art. 7, terzo comma, della legge n. 47 del 1985, ebbe modo di chiarire già molti anni fa che l'acquisizione gratuita dell'area non è «*una misura strumentale, per consentire al comune di eseguire la demolizione, né una sanzione accessoria di questa, ma costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione, abilitando poi il sindaco ad una scelta fra la demolizione d'ufficio e la conservazione del bene, definitivamente già acquisito, in presenza di "prevalenti interessi pubblici"*» (sentenza n. 345 del 1991). L'acquisizione gratuita, in altri termini, rappresenta la reazione dell'ordinamento alla duplice inottemperanza del privato il quale, dopo aver costruito in assenza o in totale difformità dalla concessione, si rifiuta poi anche di eseguire l'ordine di demolizione a lui impartito;

c5) il percorso della giurisprudenza:

- la prima pronuncia di riferimento in materia è la sentenza sez. III civ., 26 gennaio 2006, n. 1693, la quale ha orientato tutta la successiva giurisprudenza; la motivazione di quella pronuncia passa attraverso i seguenti snodi fondamentali. L'acquisizione gratuita dell'immobile abusivo in capo all'ente pubblico si connota «*per la natura originaria del relativo titolo d'acquisto, essendo inconfigurabile, nella specie, una qualsivoglia vicenda di trasferimento dal precedente titolare del bene (ciò che caratterizza invece gli acquisti a titolo derivativo del diritto dominicale o di altro diritto reale limitato): questo, e non altro, risulta il significato da attribuire al sintagma normativo che predica l'acquisizione "di diritto", di talché eventuali pesi o vincoli preesistenti sono destinati a caducarsi in uno con il caducarsi del precedente diritto dominicale, al di là ed a prescindere dall'eventuale anteriorità della relativa trascrizione e/o iscrizione*». La previsione in esame è, secondo la citata sentenza, «*del tutto assimilabile, quo ad effecta, al "perimento del bene", vicenda della quale l'art. 2878 cod. civ. predica, come conseguenza, l'estinzione del diritto reale di garanzia. E che di "perimento giuridico" nella specie si tratti è confermato da quella che si caratterizza come l'evoluzione "normale" della vicenda ablativa, destinata, difatti, a concludersi con la demolizione dell'immobile abusivo, salva la "eccezionale" acquisizione*

al patrimonio comunale per preminenti e motivati interessi pubblici»; l'affermazione principale sulla quale ruota l'intera motivazione della sentenza citata non costituisce un novum in assoluto; ed infatti la stessa sezione terza ha avuto modo di richiamare, nel corpo della motivazione, la precedente sentenza 12 giugno 1999, n. 322, delle Sezioni unite, nella quale - benché il ricorso avesse ad oggetto principale una questione di riparto di giurisdizione - era stato incidentalmente già affermato che l'ordinanza di acquisizione al patrimonio comunale determina un "acquisto a titolo originario";

- la sentenza n. 1693 del 2006, ricapitolando, ha fissato i seguenti passaggi: l'acquisizione gratuita è un acquisto a titolo originario che, in quanto tale, determina una cesura irreversibile con la posizione dei precedenti titolari, che rimane del tutto ininfluyente; trattandosi, appunto, di un tal genere di acquisto, esso determina una sorta di tabula rasa di tutto quanto preesisteva, dando origine ad un fenomeno assimilabile al perimento giuridico del bene, con conseguente annessa estinzione dei diritti reali di garanzia eventualmente gravanti sull'immobile o sull'area acquisita, anche se iscritti in data precedente all'acquisizione;

- siffatta impostazione è stata costantemente ribadita dalla giurisprudenza successiva di tutte le sezioni civili della cassazione;

- anche la giurisprudenza amministrativa si è, in sostanza, allineata sull'affermazione fondamentale secondo cui l'acquisizione gratuita al patrimonio del comune determina un acquisto a titolo originario (senza pretese di completezza, si veda Cons. Stato, 9 giugno 2020, n. 3697; 16 gennaio 2019, n. 398). La sentenza n. 398 del 2019, in particolare, ha affermato, richiamando esplicitamente la suindicata sentenza della cassazione n. 1693 del 2006, che *«l'acquisto della proprietà ai sensi dell'art. 31 del TU edilizia avviene, per giurisprudenza consolidata, a titolo originario con cancellazione di tutti i diritti reali minori e di garanzia eventualmente gravanti bene. L'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune dell'immobile costruito in totale difformità o assenza della concessione si connota, infatti, per la duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti e di prevenire perduranti effetti dannosi di essi e dunque dà luogo ad acquisto a titolo originario, con la conseguenza che l'ipoteca e gli altri eventuali pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione. La fattispecie è assimilabile al perimento del bene, ipotesi nella quale si estingue l'ipoteca, giacché l'immobile abusivo è destinato al "perimento giuridico", normalmente conseguente alla demolizione, salva la eccezionale acquisizione al patrimonio comunale, che lo trasforma irreversibilmente in res extra commercium sotto il profilo dei diritti del debitore e dei terzi che vantano diritti reali limitati sul bene»;*

- infine, la posizione adesiva della giurisprudenza amministrativa nei termini richiamati ha ricevuto il recentissimo autorevole avallo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha ribadito che *«il bene si intende acquisito a titolo originario al patrimonio pubblico» e che "eventuali ipoteche, pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi*

l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione» (sentenza 11 ottobre 2023, n. 16);

c6) secondo autorevole e consolidata dottrina civilistica, mentre nell'acquisto a titolo derivativo l'attribuzione dei diritti all'acquirente avviene sul presupposto e in correlazione col riconoscimento dello stesso in capo al precedente titolare, nell'acquisto a titolo originario si prescinde integralmente da ogni precedente riconoscimento o attribuzione. E ciò per una molteplicità di ragioni, fra le quali rientrano sia il venir meno della pregressa attribuzione sia il fatto che questa diventi giuridicamente irrilevante o sia totalmente sconosciuta, di modo che la nuova titolarità estingue automaticamente quella precedente. In termini più immediati, sempre seguendo la citata dottrina, l'acquisto a titolo derivativo è dipendente, mentre quello a titolo originario è indipendente;

c7) la vicenda delineata dalla normativa in esame identifica in modo palese un acquisto a titolo originario, dal momento che l'amministrazione acquisisce d'imperio il bene immobile abusivo, in presenza delle condizioni di legge, senza che il privato possa opporvisi e senza che a lui venga riconosciuta alcuna contropartita in denaro, come avviene invece nelle vicende espropriative. L'acquisizione, quindi, determina un taglio netto con la situazione preesistente, anche in considerazione della sua natura in senso lato sanzionatoria. E se così è, devono anche confermarsi le ulteriori conseguenti conclusioni di cui alla suindicata giurisprudenza, e cioè che una simile vicenda determina il venir meno anche dei diritti di garanzia che esistevano sul bene, a prescindere dal momento, anteriore o posteriore all'acquisizione, in cui quei diritti sono insorti e sono stati resi opponibili mediante iscrizione o trascrizione;

c8) la posizione del creditore ipotecario:

- muovendo dalle premesse su illustrate, l'unica logica conseguenza è che, facendo applicazione di questi principi, al creditore ipotecario non restano se non due residue possibilità: o quella di far valere il proprio diritto reale di garanzia sulla sola parte del terreno che eccede il decuplo dell'area di sedime acquisibile insieme all'immobile, o quella di chiedere il risarcimento del danno conseguente al fatto che l'acquisizione al patrimonio del comune ha determinato il venir meno della garanzia della quale egli disponeva;

- entrambe queste soluzioni appaiono alle sezioni unite non prive di criticità, per diverse ragioni:

- la prima, infatti, potrebbe essere non praticabile, essendo ben possibile che l'acquisizione dell'immobile con l'area di sedime coincida con l'acquisizione dell'intero terreno sul quale grava la costruzione; senza contare che, anche ammettendo che residui una quantità di terreno significativa - come, a quanto pare, si è verificato nel caso di specie - il creditore ipotecario vedrebbe comunque fortemente ridimensionata la sua garanzia, dal momento che l'espropriazione di una parte di un terreno sul quale è stato costruito un immobile abusivo, la cui demolizione può essere disposta solo dal comune che ne è proprietario, rende quel terreno di valore assai minore;

- la seconda non appare soddisfacente, posto che è di immediata comprensione la diversità esistente tra un diritto reale di garanzia come l'ipoteca e la necessità di intraprendere un giudizio risarcitorio, nel quale potrebbe, tra l'altro, non essere pacifica l'identificazione del soggetto responsabile. D'altra parte, se è indubbio che il proprietario, non ottemperando all'ordine di demolizione, sia stato causa dell'acquisizione dell'immobile abusivo al patrimonio del comune, è altrettanto vero che i comuni sono, a loro volta, tenuti a compiere una scelta, o nel senso della demolizione o in quello della diversa destinazione dell'immobile (ove possibile). Ed è pacifico che, se i comuni operassero la dovuta scelta in tempi ragionevoli, i problemi che si pongono nel presente giudizio non avrebbero ragion d'essere;

c9) il profondo cambiamento sopravvenuto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel tempo intercorso tra la sentenza n. 1693 del 2006 della cassazione e l'attualità:

- la terza sezione con ordinanza interlocutoria del 30 dicembre 2022, n. 38143 ha osservato che, in base alla giurisprudenza di quella Corte: i) costituiscono "beni", tutelati dall'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla CEDU, non solo i diritti di proprietà, ma anche i diritti patrimoniali in relazione ai quali si possa vantare una aspettativa legittima; ii) la confisca urbanistica è una sanzione assimilabile a quella penale, sicché la sua adozione non può prescindere da idonee garanzie a tutela del diritto di difesa sia dell'espropriato che dei terzi; - la confisca non può colpire soggetti che non siano stati parte del procedimento che la infligge, né potevano esserlo; d) la confisca deve essere "proporzionata allo scopo";

- la giurisprudenza della Corte europea - attraverso alcune fondamentali pronunce indicate nell'ordinanza interlocutoria (sentenza 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri contro Italia*, sentenza 29 ottobre 2013, *Va. contro Italia*, grande camera 28 giugno 2018, *G.I.E.M. contro Italia*) - ha segnato un percorso interpretativo che, grazie anche alla mediazione della Corte costituzionale, ha trovato integrale recepimento nella giurisprudenza delle sezioni unite penali della Cassazione;

- seguito della sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, infatti, la Corte di Strasburgo è tornata sulla questione della compatibilità tra confisca penale e prescrizione del reato e, sostanzialmente avallando le indicazioni della Corte costituzionale, con la citata sentenza *G.I.E.M.* ha modificato l'orientamento espresso con la sentenza *Va.*, ritenendo compatibile con l'art. 7 CEDU l'applicazione della confisca in seguito ad un accertamento di tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva, ancorché contenuto in una sentenza di proscioglimento per prescrizione. Tale orientamento, poi, è stato recepito dalla sentenza 30 gennaio 2020, n. 13539 (imp. Perroni), delle sezioni unite penali della cassazione. La Corte costituzionale, ritornando sull'argomento dopo la sentenza *G.I.E.M.* della Grande Camera, ha posto in luce come della «*necessità di un adeguamento delle modalità applicative della confisca per lottizzazione abusiva ai contenuti della sentenza G.I.E.M.*» si fosse nel frattempo

"fatta carico la giurisprudenza di legittimità", anche allo scopo "di verificare il rispetto del principio di proporzionalità della sua applicazione» (sentenza n. 146 del 2021);

- è ormai patrimonio acquisito, nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale, il principio in base al quale la confisca non può aver luogo in danno del proprietario incolpevole, o del terzo che vanti diritti sul bene (se la misura è sproporzionata), senza che questi siano stati messi in condizione di difendersi, partecipando al procedimento;

- nel caso esaminato è pacifico che il creditore ipotecario abbia perduto un diritto, quello di garanzia, che rientra nella nozione allargata di bene di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, dato che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo considera "bene" anche un debito accertato mediante sentenza e la cui esigibilità è stabilita in modo sufficiente. Altrettanto pacifico è che la perdita di quel bene sia avvenuta senza alcuna prova di una cooperazione del creditore ipotecario nell'attività illecita di costruzione del bene immobile abusivo e che al procedimento amministrativo concluso dal provvedimento di acquisizione del bene al patrimonio del comune il creditore ipotecario non sia stato messo in condizione di partecipare; dunque, il recepimento puro e semplice dell'orientamento consolidato offre il fianco a dubbi sulla sua compatibilità con i principi CEDU enunciati dalla Corte di Strasburgo;

- la Corte costituzionale e la Corte CEDU hanno in più occasioni affermato, in riferimento all'art. 24 Cost. e all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, che la tutela esecutiva costituisce una componente fondamentale del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva:

- il giudice delle leggi ha insegnato che l'azione esecutiva è un fattore complementare e necessario dell'effettività della tutela giurisdizionale, perché consente al creditore di soddisfare la propria pretesa anche in mancanza di adempimento spontaneo da parte del debitore. La fase di esecuzione forzata delle decisioni giudiziarie, in quanto intrinseco ed essenziale connotato della funzione giurisdizionale, è quindi costituzionalmente necessaria, mentre eccezionali sono le deroghe al principio, espresso dall'art. 2740 c.c., per cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Ne deriva che le limitazioni al diritto del creditore di agire in sede esecutiva sono ammissibili solo se fondate su circostanze eccezionali e se circoscritte nel tempo (sentenza n. 198 del 2010). E la Corte costituzionale ha anche ricordato che *«uno svuotamento legislativo degli effetti di un titolo esecutivo giudiziale non è compatibile con l'art. 24 Cost. se non è limitato ad un ristretto periodo temporale ovvero controbilanciato da disposizioni di carattere sostanziale che garantiscano per altra via l'effettiva realizzazione del diritto di credito. In difetto di queste cautele, la disposizione legislativa vulnera il diritto di azione»* (così la sentenza n. 236 del 2021, che si è richiamata alla sentenza n. 186 del 2013). Né può essere dimenticata la sentenza n. 26 del 2019 in tema di tutela dei terzi creditori in ipotesi di confisca di beni alla criminalità organizzata, nella quale si è affermato, tra l'altro, che *«il radicale sacrificio dell'interesse di un creditore che abbia acquisito il proprio diritto confidando, in buona fede, nel futuro adempimento da*

parte del debitore, pur in presenza delle condizioni ritenute idonee a evitare condotte collusive dall'art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011, si risolve ... in una restrizione sproporzionata - in quanto eccessiva rispetto al pur legittimo scopo antielusivo perseguito - del diritto patrimoniale del creditore medesimo, in violazione dell'art. 3 Cost.»; ancora più di recente, poi, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 5 del 2023 ha ribadito che ogni confisca impone una puntuale verifica del suo carattere proporzionato, rispetto alla finalità legittima perseguita, alla luce dei parametri costituzionali e sovranazionali che tutelano il diritto di proprietà (art. 42 cost., nonché art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, e artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 17 CEDU); mentre la sentenza n. 8 del 2023 ha posto in risalto come la giurisprudenza della Corte EDU abbia costantemente stigmatizzato, nell'interpretazione dell'art. 1 del citato Protocollo, anche le interferenze sproporzionate rispetto alle situazioni di affidamento incolpevole, e perciò legittimo;

- l'importanza del diritto del creditore al soddisfacimento in via esecutiva dei crediti giudizialmente riconosciuti, intesa come modalità di esplicazione dell'art. 24 cost., costituisce, del resto, patrimonio anche della giurisprudenza della cassazione (s.u., 14 dicembre 2020, n. 28387);

c10) l'impossibilità di elaborare una esegesi adeguatrice delle norme in contestazione:

- non si può recepire una tale esegesi perché la natura di acquisto a titolo originario che caratterizza l'acquisizione regolata dalla legge non consente di affermare che l'ipoteca possa sopravvivere, sebbene iscritta sul solo terreno e non anche sull'immobile abusivo. Ma, anche al di là dell'ostacolo concettuale, non sarebbe concepibile una vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'obbligo di demolire da parte dell'acquirente, dal momento che la scelta della demolizione e la possibilità di eseguirla rimangono una prerogativa esclusiva del comune. È appena il caso di rilevare che il problema che si pone in tante vicende non è generato solo dal fenomeno dell'abusivismo edilizio, ma anche dalla abitudine di alcuni comuni di non prendere le dovute decisioni circa la destinazione dell'immobile, secondo quanto la legge stessa indica;

c11) sulla base di tali argomentazioni è stata sollevata q.l.c. delle norme richiamate osservandosi:

- che la questione è rilevante dovendo il collegio necessariamente fare applicazione, nel giudizio sottoposto al suo esame, di una norma della cui legittimità costituzionale dubita, senza intravedere la possibilità di un'interpretazione adeguatrice;

- che la questione è anche non manifestamente infondata in relazione ai seguenti parametri costituzionali: i) l'art. 3 Cost., inteso come principio di ragionevolezza. È paradossale che il creditore che abbia iscritto ipoteca sul fondo, senza avere alcuna responsabilità nell'abuso edilizio e nel conseguente rifiuto di procedere alla demolizione dell'immobile, veda di fatto cancellato il suo diritto di ipoteca; il tutto senza poter partecipare al procedimento, cioè

senza potersi opporre né all'edificazione abusiva né all'ordine di demolizione; ii) l'art. 24 Cost., per le ragioni che si sono dette in precedenza in ordine al rilievo costituzionale della tutela esecutiva. È indubbio, infatti, che il creditore ipotecario sia titolare di una garanzia che gli consente, attraverso il diritto di sequela e la conseguente possibilità di procedere ad espropriazione del bene, di avere una concreta prospettiva di soddisfacimento delle proprie ragioni; o, almeno, una potenzialità ben maggiore rispetto a quella che può derivare dal diritto al risarcimento dei danni (misura che la cassazione ritiene non soddisfacente, per le ragioni indicate); iii) l'art. 117, primo comma, Cost., collegato con l'art. 42 cost., in considerazione del contrasto tra la norma in esame e l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU. È pacifica e ormai consolidata, infatti, la giurisprudenza costituzionale secondo cui gli eventuali contrasti tra la norma interna e la CEDU non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale, sicché il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, presentandosi l'asserita incompatibilità tra le due come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, cost., di esclusiva competenza della Corte costituzionale (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, nonché, più di recente, le sentenze n. 182 del 2021 e n. 131 del 2022).

7.8. Interventi ulteriori su immobili abusivi.

Sul tema sono stati affermati i seguenti principi.

- a) non può ammettersi la prosecuzione dei lavori abusivi a completamento di opere che, fino al momento di eventuali sanatorie, devono ritenersi comunque abusive (fattispecie relativa a un manufatto di cui non è stato chiesto il condono ma di cui è stata già ingiunta la demolizione con provvedimento divenuto inoppugnabile: opera che il proprietario, anziché demolire ottemperando all'ingiunzione, ha completato realizzando ulteriori opere abusive;
- b) si tratta dunque, dello stesso immobile abusivo che, in quanto già oggetto di ordine di demolizione rimasto inottemperato, correttamente va acquisito al patrimonio comunale nello stato di fatto e di diritto in cui si trova allo scadere del termine di 90 giorni per procedere alla demolizione.
- c) diversamente opinando si finirebbe col sostenere che l'autore dell'abuso; possa “paralizzare” il procedimento di acquisizione addirittura aggravando l'abuso, mediante completamento del manufatto di cui è stata già ingiunta la demolizione: si tratta di prospettazione che, con tutta evidenza, è del tutto contraria alla *ratio* della disciplina sanzionatoria degli abusi edilizi (Cons. Stato, sez. VII, 18 agosto 2023, n. 7826);

- d) di norma, è impossibile realizzare ulteriori opere sul medesimo bene abusivamente edificato pur se oggetto di condono straordinario (Cons. Stato, sez. IV, 26 aprile 2023, n. 4200);
- e) sussiste un generale divieto di intervenire su un'opera abusiva oggetto di richiesta di condono, fatta salva la possibilità di attivare il procedimento di cui all'art. 35 della legge 47 del 1985, a tenore del quale l'autore dell'abuso può completare, sotto la propria responsabilità, le opere sanabili previa notifica al comune del proprio intendimento, allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi, ed iniziando i lavori non prima di trenta giorni dalla data della notificazione;
- f) a maggior ragione un'opera inizialmente non sanabile (non essendo possibile effettuare interventi di adeguamento antisismico), perde definitivamente la possibilità di essere sanata essendo stata successivamente trasformata, in assenza di titolo, con opere che mutano la loro abusività da quella del manufatto originario;
- g) la presentazione della domanda di condono non autorizza l'interessato a completare né tantomeno a trasformare o ampliare i manufatti oggetto della richiesta, i quali, fino al momento dell'eventuale concessione della sanatoria, restano comunque abusivi. Qualora ciò dovesse accadere, il comune non può pronunciarsi sulla domanda di condono ma è tenuto a sanzionare le opere con l'ordinanza di demolizione (Cons. Stato, sez. VII, 29 marzo 2023, n. 3273);
- h) è fatto assoluto divieto di modificare un manufatto abusivo, in pendenza dell'istanza di condono;
- i) una simile possibilità (di mero "completamento") è possibile soltanto con la speciale procedura disciplinata dall'art. 35, comma 13, della legge n. 47 del 1985 il quale dispone: *«Decorsi centoventi giorni dalla presentazione della domanda e, comunque dopo il versamento della seconda rata dell'oblazione, il presentatore dell'istanza di concessione o autorizzazione in sanatoria può completare sotto la propria responsabilità le opere di cui all'articolo 31 non comprese tra quelle indicate dall'articolo 33. A tal fine l'interessato notifica al comune il proprio intendimento, allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi, ed inizia i lavori non prima di trenta giorni dalla data della notificazione»*;
- j) ai sensi della norma citata, dunque, il responsabile dell'abuso si assume la responsabilità di completare un manufatto abusivo subordinando l'intervento di completamento ad una speciale procedura finalizzata appunto a "cristallizzare", per evidenti ragioni istruttorie, lo stato di fatto antecedente l'esecuzione di tale intervento, attraverso l'allegazione di una perizia giurata ovvero di altra documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi. Quindi, in assenza di tale documentazione, è preclusa in radice la possibilità di individuare con certezza lo stato di fatto antecedente l'esecuzione dell'intervento stesso (Cons. Stato, sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2463);

- k) la realizzazione di un intervento edilizio prima del rilascio del titolo prescritto dalla legge, ne comporta irrimediabilmente l'abusività (quantomeno quella c.d. formale), alla quale può ovviarsi con il diverso procedimento di accertamento di compatibilità urbanistica, di cui all'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, sempreché ne ricorrano i presupposti (della c.d. doppia conformità sostanziale): solo la presentazione di tale istanza può produrre la sospensione dell'effetto della ordinanza di demolizione (Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746);
- l) sul punto sostanziale dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 43, comma 5, della legge n. 47 del 1985, secondo cui *«Possono ottenere la sanatoria le opere non ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori che siano strettamente necessari alla loro funzionalità. Il tempo di commissione dell'abuso e di riferimento per la determinazione dell'oblazione sarà individuato nella data del primo provvedimento amministrativo o giurisdizionale»*, va rilevato:
- 11) che tale disposizione si riferisce chiaramente all'ipotesi in cui, contestualmente alla richiesta di sanatoria degli abusi commessi, l'interessato abbia necessità di completare funzionalmente le opere interrotte a causa di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali (p.es. un sequestro o un ordine di sospensione), per tale evenienza legittimando una nozione di "ultimazione" degli abusi - per così dire - più elastica di quella adottata in via ordinaria, ma esclude la possibilità che, dopo il rilascio della concessione in sanatoria, il beneficiario di quest'ultima possa vantare una pretesa al rilascio di un ulteriore titolo abilitativo per eseguire ulteriori lavori sul manufatto condonato;
- 12) che l'art. 43, ultimo comma della legge n. 47 del 1985 (richiamato dall'art. 32, comma 28 della legge n. 326 del 2003) può essere applicato ai soli lavori necessari per assicurare la funzionalità di quanto già costruito e non consente, invece, di integrare le opere con interventi edilizi che diano luogo di per sé a nuove strutture;
- 13) che, pertanto, una volta ottenuta una concessione in sanatoria sul chiaro presupposto che le opere abusive fossero state ultimate a una certa data utile per fruire del condono, e soprattutto senza avvalersi in alcun modo del beneficio di eseguire le opere di completamento di cui all'art. 43, comma 5, non può successivamente essere presentata nuova domanda di concessione per eseguire ulteriori lavori definiti di "completamento" del manufatto condonato, intesi chiaramente come nuovi interventi e non come interventi funzionali e accessori ai pregressi abusi (ai sensi del comma 5 dell'art. 43);
- 14) che, conseguentemente, in tal caso il comune deve valutare l'ammissibilità di tale nuova domanda secondo le norme vigenti all'epoca in cui è stata presentata essendo impossibile "recuperare" l'assentibilità degli interventi attraverso l'invocazione *ex post* del meccanismo di cui all'art. 43, comma 5, della legge n. 47 del 1985, a causa di scelte pregresse imputabili alla parte stessa istante, il che rende del tutto recessiva ogni

questione di fatto circa la natura degli interventi oggetto dell'ultima richiesta di concessione e, cioè, se questi consistessero o meno in opere strettamente funzionali al completamento degli abusi sanati con la concessione in sanatoria del 1994 (Cons. Stato, sez. II, 13 novembre 2020, n. 7006);

- m) in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori (quand'anche riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria del restauro e/o del risanamento conservativo, della ristrutturazione, della realizzazione di opere costituenti pertinenze urbanistiche), ripetono le caratteristiche di illegittimità dell'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente, sicché non può ammettersi la prosecuzione dei lavori abusivi a completamento di opere che, fino al momento di eventuali sanatorie, devono ritenersi comunque abusive, con conseguente obbligo del comune di ordinarne la demolizione; ciò non significa negare in assoluto la possibilità di intervenire su immobili rispetto ai quali pende istanza di condono, ma solo affermare che, a pena di assoggettamento alla medesima sanzione prevista per l'immobile abusivo cui ineriscono, ciò deve avvenire nel rispetto delle procedure di legge, ovvero segnatamente dell'art. 35, legge n. 47 del 1985, ancora applicabile per effetto dei rinvii operati dalla successiva legislazione condonistica (Cons. Stato, sez. II, 5 dicembre 2019, n. 8314);
- n) non è possibile eseguire ulteriori lavori su opere abusive prive di condono, ancora *in itinere* (Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5595);
- o) l'istituto del condono edilizio mira, infatti, ad adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, con il rilascio di un titolo che consenta l'ulteriore utilizzazione di un edificio realizzato in tutto o in parte in modo abusivo, ma non può *ex se* legittimare ulteriori lavori o attività eccedenti la situazione in atto (Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2017, n. 1326);
- p) il rilascio della sanatoria edilizia, ai sensi degli artt. 31 ss. l. 28 febbraio 1985, n. 47 e leggi sopravvenute, se da un lato rende legittimo l'edificio che era, strutturalmente e funzionalmente, abusivo, dall'altro non conferisce nessun ulteriore automatico beneficio o vantaggio, attuale e potenziale; l'istituto del condono edilizio mira, infatti, ad adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, con il rilascio di un titolo che consenta l'ulteriore utilizzazione di un edificio realizzato in tutto o in parte *sine titulo* ovvero di un edificio avente la destinazione difforme da quella consentita, ma non può *ex se* legittimare lo svolgimento di ulteriori lavori o attività eccedenti la situazione in atto e, dunque, non riconducibili all'ambito oggettivo del condono; conseguentemente, successivamente al condono, non può essere variata automaticamente la destinazione urbanistica del terreno ove insiste l'edificio condonato, né può ritenersi mutata la relativa normativa urbanistica e non può consentirsi *ex novo* il mutamento di una destinazione difforme da quella in atto ovvero lo

svolgimento di qualsivoglia attività economica o imprenditoriale diversa da quella a suo tempo cristallizzata dal provvedimento di condono (Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 673);

- q) in tema di condono edilizio, ammettere lavori - sia pur di demolizione - che modifichino il manufatto abusivo, alterandone significativamente la struttura e riducendone la volumetria, al fine di rendere sanabile, dopo la scadenza del termine finale stabilito dalla legge per la condonabilità delle opere, costituisce un indebito aggiramento della disciplina legale, poiché spostata arbitrariamente in avanti nel tempo il termine finale previsto dalla legge per ottenere il condono edilizio, addirittura legittimando ulteriori interventi abusivi (Cass. pen., sez. III, 4 settembre 2023, n. 36580).

8. Il rilascio del titolo in sanatoria.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il procedimento per la verifica di conformità ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 sfocia in un provvedimento di carattere assolutamente vincolato, il quale non necessita di altra motivazione oltre a quella relativa alla corrispondenza (o meno) dell'opera abusiva alle prescrizioni urbanistico - edilizie (e a quelle recate da normative speciali in ambito sanitario e/o paesaggistico) sia all'epoca di realizzazione dell'abuso sia a quella di presentazione dell'istanza ex art. 36 (sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2660; 2 maggio 2022, n. 3437).

Il diniego di sanatoria deve indicare le disposizioni che si assumano ostative al rilascio del titolo e le previsioni contenute negli strumenti urbanistici, in modo da consentire all'interessato di rendersi conto degli impedimenti che si frappongono alla regolarizzazione e al mantenimento dell'opera abusiva e di confutare in giudizio, in maniera pienamente consapevole ed esaustiva, la legittimità del provvedimento impugnato (Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 541).

Il diniego di sanatoria, infatti, implicando una verifica di carattere vincolato circa la conformità della richiesta con la normativa urbanistico-edilizia, non necessita di altra motivazione oltre quella relativa alla rispondenza della istanza alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie vigenti al momento dell'esame della domanda e al momento di realizzazione delle opere (Cons. Stato, sez. II, 13 giugno 2019, n. 3972; sez. IV, 23 ottobre 2017, n. 4864).

8.1. Il silenzio sulla domanda di accertamento di conformità.

Di norma il procedimento avviato con l'istanza di sanatoria è definito con un provvedimento espresso.

La legge, tuttavia, attribuisce un preciso significato anche all'inerzia dell'amministrazione nel provvedere.

Dispone, infatti, il comma 3 dell'art. 36 del testo unico che «*Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata*».

Si segnala in argomento Corte cost., 16 marzo 2023, n. 42 che, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 113 della costituzione, ricostruisce l'istituto dell'accertamento di conformità quale permesso in sanatoria ottenibile per interventi realizzati in difetto del, o in difformità dal, titolo edilizio, alla condizione che le opere siano rispondenti alla disciplina urbanistico-edilizia vigente tanto al momento di realizzazione dell'opera, quanto al momento dell'istanza.

Osserva la consulta:

- a) il legislatore consente in via generale la regolarizzazione postuma di abusi difettosi nella forma, ma non nella sostanza, in quanto privi di danno urbanistico;
- b) l'istituto si distingue nettamente dalle ipotesi del condono edilizio in cui la legge, in via straordinaria e con regole *ad hoc*, consente di sanare situazioni di abuso, perpetrate sino ad una certa data, di natura sostanziale, in quanto difformi dalla disciplina urbanistico-edilizia (Corte cost., 5 aprile 2018, n. 68; Corte cost. 8 novembre 2017, n. 232; Corte cost., 10 marzo 2017, n. 50);
- c) secondo la giurisprudenza amministrativa prevalente (Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2022, n. 7993) il relativo provvedimento ha natura vincolata: con esso l'amministrazione comunale non compie apprezzamenti discrezionali, ma si limita a riscontrare la doppia conformità dell'opera alle prescrizioni urbanistico-edilizie;
- d) secondo un orientamento minore, il potere sanante ha natura “solo tendenzialmente vincolata” o natura tecnico-discrezionale, in ragione delle valutazioni richieste nell'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto previsti dalla legge e dagli atti di pianificazione urbanistica (in relazione al permesso di costruire: Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 2022, n. 9664;
- e) il legislatore prevede un procedimento a iniziativa di parte in cui l'onere di dimostrare la cosiddetta doppia conformità delle opere è a carico del richiedente (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2022, n. 3437; 9 marzo 2016, n. 936). L'amministrazione è tenuta a pronunciarsi con adeguata motivazione entro sessanta giorni, decorsi i quali la richiesta “si intende rifiutata”;
- f) la formula normativa è interpretata dalla giurisprudenza amministrativa -nel tempo divenuta sostanzialmente unanime e condivisa anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 232 del 2017 cit.) - come previsione di una fattispecie di silenzio con valore legale di diniego della proposta istanza (cosiddetto silenzio-rigetto) e non come mera inerzia nel provvedere (cosiddetto silenzio-inadempimento);
- g) la *ratio* del silenzio-rigetto si ricava dai seguenti elementi:
 - g1) la necessità di difendere il corretto assetto del territorio dagli abusi edilizi, la cui repressione costituisce attività doverosa per l'amministrazione (artt. 27 e 31 del d.P.R. n. 380 del 2001);
 - g2) il legislatore impone all'autorità comunale di ordinare la demolizione delle opere abusive, senza gravarla della previa verifica della loro sanabilità (Cons. Stato, sez. VII, 12 dicembre 2022, n. 10897), e, piuttosto, pone in

capo al privato - che, violando la legge, ha omesso di chiedere preventivamente il necessario titolo edilizio e si è, così, sottratto al previo controllo di conformità alla pianificazione urbanistica - l'onere di proporre l'istanza di sanatoria e quello di impugnare il suo eventuale diniego, anche tacito;

g3) la domanda di conformità è presentata a seguito dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione nella quale l'amministrazione ha già esplicitato i caratteri dell'abuso (Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2006, n. 1710);

g4) la definizione del procedimento di sanatoria con i tempi certi del silenzio-rigetto si coordina con la disposizione dell'art. 45 t.u. edilizia relativa alla persecuzione penale degli abusi edilizi: questa prevede la sospensione del procedimento penale sino alla decisione amministrativa sull'istanza di titolo in sanatoria, in ragione dell'effetto estintivo dei reati contravvenzionali derivante dal suo accoglimento; ma, al contempo, tale sospensione richiede un contenimento temporale non potendo il processo penale arrestarsi *sine die* (Cass. pen., sez. III, 25 maggio 2020, n. 15752; 16 marzo 2020, n. 10083 e 23 marzo 2006, n. 10205);

g5) la previsione del silenzio significativo è anche nell'interesse del privato, cui è in tal modo consentita una sollecita tutela giurisdizionale (Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2017, n. 4574);

h) sul piano processuale, dalla qualificazione del silenzio sull'istanza di sanatoria in termini di rigetto discende che il privato - impugnando il provvedimento tacito - non può far valere difetti di motivazione o lacune nel procedimento, attesa l'incompatibilità logica di tali vizi con la fattispecie del silenzio significativo, dovendo, piuttosto, dolersi del suo contenuto sostanziale di rigetto (Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2018, n. 6506), vale a dire della tacita valutazione di insussistenza della conformità. In tal modo con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale;

i) secondo la giurisprudenza amministrativa, l'onere probatorio del privato è diversamente modulato a seconda del modo in cui si qualifichi il potere di sanatoria, in termini vincolati o tecnico-discrezionali:

i1) secondo la prima prevalente impostazione al ricorrente è richiesto di fornire prova piena della doppia conformità;

i2) in base al secondo indirizzo al ricorrente è richiesto di fornire la prova della non implausibilità della doppia conformità, in termini idonei a sconfiggere la negativa definizione del procedimento;

i3) dall'assolvimento del richiesto onere probatorio, discende l'annullamento del silenzio-rigetto, con il conseguente obbligo dell'amministrazione di provvedere in modo espresso sull'istanza, secondo quanto accertato in sentenza. Nella riedizione del potere, l'amministrazione sarà, quindi, o totalmente vincolata dal compiuto riscontro giudiziale della doppia

conformità o fortemente condizionata dalle indicazioni giudiziali sui necessari riscontri istruttori o, infine, continuerà a vantare margini di valutazione tecnico-discrezionali.

Sul regime del silenzio rigetto e suoi riflessi processuali, si segnalano anche:

- m) Cons. Stato, sez. II, 13 novembre 2023, n. 9696 afferma che la tesi secondo cui il decorso del termine di sessanta giorni contemplato dall'art. 36 d.P.R. 380 del 2001 rileverebbe ai soli fini dell'obbligo di motivazione del diniego, non solo è smentito dal dato letterale del citato art. 36 comma 3, ma priva di ogni utilità la previsione in esame laddove intesa nel senso che il silenzio serbato oltre il termine, lungi dall'integrare un provvedimento tacito di diniego, assolverebbe alla mera funzione di esonerare l'amministrazione dall'obbligo di motivare un provvedimento sfavorevole tardivamente adottato; al riguardo è sufficiente richiamare il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui il silenzio della p.a. sulla richiesta di concessione in sanatoria e sull'istanza di accertamento di conformità di cui all'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 ha un valore legale tipico di rigetto e costituisce pertanto un'ipotesi di silenzio significativo al quale vengono collegati gli effetti di un provvedimento esplicito di diniego (Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2023, n. 2704); la circostanza che l'amministrazione abbia attivato un'istruttoria sull'istanza di sanatoria non impedisce la formazione del silenzio-rigetto, che si perfeziona anche qualora il relativo procedimento sia pendente, per essere stato aperto e mai concluso da un provvedimento espresso che superi tale intervenuto espresso diniego, non potendosi attribuire alla mera pendenza del procedimento alcun valore di atto tacito di revoca del silenzio diniego che si verifica solo con la pronuncia (non intervenuta) di accoglimento della sanatoria (Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2022, n. 61); ne discende che, una volta formatosi *per silentium* il provvedimento di diniego, l'ordinanza di demolizione delle opere abusive precedentemente adottata riacquista efficacia e obbliga il destinatario all'esecuzione;
- n) Cons. Stato, sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545, secondo cui la presentazione di un'istanza di accertamento di conformità in costanza di un procedimento sanzionatorio sfociato nell'adozione di un'ingiunzione a demolire, ne comporta la perdita di efficacia temporanea, per il tempo strettamente necessario alla definizione, anche solo tacita, della sanatoria; per cui in caso di mancato accoglimento dell'istanza di accertamento di conformità, il procedimento sanzionatorio riacquista efficacia senza che l'atto demolitorio debba essere riadattato.

8.2. Il silenzio nel procedimento per il rilascio del permesso di costruire.

Nel procedimento per il rilascio del titolo edilizio in sanatoria il silenzio dell'amministrazione si atteggia in modo diverso da quanto accade nel procedimento per il rilascio del titolo ordinario.

Infatti, l'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001, stabilisce che: «*Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso [...]*».

Si segnala, per l'esautiva ricostruzione dell'istituto, Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746 che ha affermato i seguenti principi:

- a) il dispositivo tecnico denominato 'silenzio-assenso' risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia 'equivale' a provvedimento di accoglimento (tale ricostruzione teorica si lascia preferire rispetto alla tesi 'attizia' del silenzio, che appare una *factio* non necessaria). Tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo. Con il corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge;
- b) reputare, invece, che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla disciplina della annullabilità: tale trattamento differenziato, per l'altro, neppure discenderebbe da una scelta legislativa oggettiva, aprioristicamente legata al tipo di materia o di procedimento, bensì opererebbe (in modo del tutto eventuale) in dipendenza del comportamento attivo o inerte della p.a.;
- c) inoltre, l'impostazione di "convertire" i requisiti di validità della fattispecie 'silenziosa' in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto: nessun vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda;
- d) l'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore – rendere più spediti i rapporti tra amministrazione e cittadini, senza sottrarre l'attività al controllo dell'amministrazione – viene realizzato stabilendo che il potere (primario) di provvedere viene meno con il decorso del termine procedimentale, residuando successivamente la sola possibilità di intervenire in autotutela sull'assetto di interessi formatosi 'silenziosamente';
- e) l'ammissibilità di un provvedimento di diniego tardivo si porrebbe in contrasto con il principio di «collaborazione e buona fede» (e, quindi, di tutela del legittimo affidamento) cui sono informate le relazioni tra i cittadini e l'amministrazione (ai sensi dell'art. 1, comma 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990);
- f) resta fermo che il silenzio-assenso non costituisce una modalità 'ordinaria' di svolgimento dell'azione amministrativa, bensì costituisce uno specifico 'rimedio' messo a disposizione dei privati a fronte della inerzia dell'amministrazione, come confermato dall'art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990, secondo cui «*[l]a mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della*

performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente. Nello stesso senso depone anche l'obbligo di provvedere (sia pure redatto in forma semplificata) rispetto alle domande manifestamente irricevibili, inammissibili, improcedibili o infondate, sancito dall'art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990;

- g) che il silenzio-assenso si formi anche quando l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme – oltre che desumibile dalle considerazioni sistematiche sopra svolte – è confermato da puntuali ed univoci indici normativi con il quali il legislatore ha inteso chiaramente sconfessare la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legato, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo;
- h) segnatamente, deve tenersi conto delle seguenti disposizioni:

h1) l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il *«provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20»*, presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto;

h2) l'art. 2, comma 8 *bis*, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020) – nella parte in cui afferma che *«Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni»* – conferma che, decorso il termine, all'amministrazione residua soltanto il potere di autotutela;

h3) l'art. 2, comma 2 *bis* – prevedendo che *«Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo [...]»* (analoga, ma non identica, disposizione è contenuta all'ultimo periodo dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001) – stabilisce, al fine di ovviare alle perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un'attestazione che deve dare unicamente conto dell'inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti);

h4) l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, della legge n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso, *«in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente»*;

h5) l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 – secondo cui: *«Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi [...]»* – da cui si desume che, in caso di dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque (al riguardo,

sussiste una antinomia, che non rileva sciogliere in questa sede, con l'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990, il quale riconduce all'autotutela anche l'ipotesi di «*provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*», salva la possibilità di auto-annullamento anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi);

- i) dai requisiti di validità – il cui difetto non impedisce il perfezionarsi della fattispecie – va distinta l'ipotesi della radicale 'inconfigurabilità' giuridica dell'istanza: quest'ultima, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve essere quantomeno aderente al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore;
- j) tale modello normativo astratto non può ritenersi rispettato laddove l'intervento risulti già realizzato al momento della presentazione dell'istanza di permesso di costruire, che quindi è priva del necessario presupposto logico-normativo, ossia che l'intervento non sia stato ancora realizzato (in tale contesto è consentita soltanto la diversa istanza di accertamento di conformità).

Il silenzio-assenso su una domanda di permesso di costruire non si forma, nel caso in cui non ricorrano tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge; in particolare, in materia edilizia, non si forma se la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista (Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019 n. 113).

In occasione dell'introduzione del silenzio-assenso in materia edilizia, sia nelle procedure ordinarie per il rilascio della concessione (d.l. 22 gennaio 1982, n. 9, art. 8), che nelle procedure straordinarie di sanatoria degli abusi edilizi (l. 28 febbraio 1985 n. 47, art. 31), fu ampiamente dibattuto quali fossero le condizioni per la formazione del silenzio-assenso.

8.3. Il silenzio nei procedimenti di condono edilizio.

L'art. 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, al comma 18 dispone: «*Fermo il disposto del primo comma dell'art. 40 e con l'esclusione dei casi di cui all'art. 33, decorso il termine perentorio di ventiquattro mesi dalla presentazione della domanda, quest'ultima si intende accolta ove l'interessato provveda al pagamento di tutte le somme eventualmente dovute a congruaggio ed alla presentazione all'ufficio tecnico erariale della documentazione necessaria all'accatastamento*».

Tale disposizione si applica anche alla "Definizione agevolata delle violazioni edilizie" di cui all'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724.

La giurisprudenza si è soffermata sul significato del silenzio sulle domande di condono edilizio presentate ai sensi delle leggi n. 47 del 1985 e n. 724 del 1994, affermando i seguenti principi:

- a) in linea generale il tacito accoglimento della domanda di condono si differenzia dalla decisione esplicita solo per l'aspetto formale;
- b) conseguentemente il silenzio assenso non si perfeziona per il solo fatto dell'inutile decorso del termine perentorio a far data dalla presentazione della domanda di sanatoria e del pagamento dell'oblazione, se non sopravviene la

risposta del comune, occorrendo altresì l'acquisizione della prova, da parte del comune medesimo, della ricorrenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi stabiliti dalle specifiche disposizioni di settore, da verificarsi all'interno del relativo procedimento; in quest'ottica si ritiene inammissibile la domanda di accertamento della fondatezza della pretesa formulata in sede di giudizio avente ad oggetto l'inerzia del comune;

- c) la domanda di condono deve, pertanto, essere corredata dalla prescritta documentazione indicata dalla legge essendo la produzione di tale documentazione indispensabile proprio al fine del riscontro dei requisiti soggettivi ed oggettivi;
- d) in particolare, sul piano oggettivo, la formazione del silenzio-assenso richiede quale presupposto essenziale, oltre al completo pagamento delle somme dovute a titolo di oblazione, che siano stati integralmente dimostrati gli ulteriori requisiti sostanziali relativi al tempo di ultimazione dei lavori, all'ubicazione, alla consistenza delle opere e ad ogni altro elemento rilevante affinché possano essere utilmente esercitati i poteri di verifica dell'amministrazione comunale;
- e) del pari, sotto il profilo soggettivo, deve essere dimostrata la legittimazione attiva del richiedente il condono (Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2011, n. 5894 che richiama: sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 1005; sez. V, 3 novembre 2010, n. 7770; sez. IV, 30 giugno 2010, n. 4174; sez. II, 11 gennaio 2006, n. 7892; sez. V, 14 ottobre 1998, n. 1468).

Va segnalato che, successivamente al completamento dell'opera abusiva, non sono utilizzabili la DIA o la SCIA presentate ed utilizzate come strumento di sanatoria giacché gli illeciti edilizi, ad eccezione dei casi contemplati dall' art. 37 del d.P.R. n. 380 del 2001, possono essere sanati soltanto in forza di titolo edilizio per condono straordinario o per accertamento di conformità (Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746; 9 ottobre 2010, ord. n. 4573).

Infine si segnala Cass. pen., sez. III, 4 settembre 2023, n. 36580 secondo cui in tema di condono edilizio relativo ad interventi abusivi in zona vincolata, il parere della soprintendenza sull'istanza di condono *ex lege* 724 del 1994 non ha valore di assenso, ma di rifiuto, impugnabile in sede amministrativa.

8.4. Effetti della presentazione della domanda di sanatoria: differenze fra accertamento di conformità e condono.

Dispone l'art. 43, comma 1, della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (che ha disciplinato il c.d. "primo condono": «*L'esistenza di provvedimenti sanzionatori non ancora eseguiti, ovvero ancora impugnabili o nei cui confronti pende l'impugnazione, non impedisce il conseguimento della sanatoria*»).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato si è ripetutamente interessata degli effetti della presentazione della domanda di sanatoria, declinando i seguenti principi:

- a) mentre per il condono edilizio trova applicazione la tesi tradizionale della inefficacia della misura sanzionatoria e dell'obbligo di adozione di un nuovo provvedimento, la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità previsto dall'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 determina unicamente uno stato di temporanea quiescenza (sospensione temporanea degli effetti) del provvedimento sanzionatorio in precedenza emesso, il quale riprende vigore all'esito del diniego dell'istanza di regolarizzazione presentata dal privato (sez. III, 15 gennaio 2019, n. 386; sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393; sez. VI, 9 aprile 2013, n. 1909);
- b) alla base di tale conclusione è l'assunto secondo cui per i 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;
- c) in materia edilizia, la legge 28 febbraio 1985, n. 47 (per come richiamata dal decreto legge sul condono n. 269 del 2003, c.d. "terzo condono") ha disposto che la presentazione della domanda di condono - nei casi ivi previsti ed in presenza dei relativi presupposti - determina la cessazione degli effetti dei precedenti atti sanzionatori;
- d) viceversa, quando è proposta una domanda di accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36 del testo unico n. 380 del 2001, si verifica una sospensione dell'efficacia dell'ordine di demolizione (nel senso che questo non può essere portato ad esecuzione, finché non vi sia stata la definizione della domanda, con atto espresso o mediante il silenzio-rigetto), sicché nel caso di rigetto dell'istanza di accertamento di conformità l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia (sez. VI, 11 luglio 2018, n. 4228; 17 ottobre 2017, n. 4802);
- e) la *ratio* di tale orientamento è chiaramente individuabile e consiste nell'evitare di rimettere alla volontà del privato colpito dall'ordinanza di demolizione il potere di determinare *de facto* - mediante la mera presentazione dell'istanza di accertamento di conformità e la conseguente necessità per il comune, in caso di rigetto della stessa, di adottare un nuovo provvedimento - la paralisi del provvedimento di demolizione, equivalente ad un suo sostanziale annullamento;
- f) quindi a seguito della presentazione della domanda di sanatoria ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, il ricorso proposto avverso l'ordinanza di demolizione non diventa improcedibile atteso che, se sull'istanza si forma il silenzio rigetto ovvero viene adottato un provvedimento di diniego espresso, la detta ordinanza di demolizione riprende la propria efficacia e, di conseguenza, è astrattamente idonea a fungere da atto presupposto e da causa giustificativa dell'atto di acquisizione gratuita e dell'immissione in possesso (sez. IV, 26 giugno 2019, n. 4377);
- g) laddove le opere oggetto di ingiunzione di demolizione rientrano tra quelle per le quali è stata avanzata la domanda di condono edilizio, la presentazione di quest'ultima rende inefficace la sanzione urbanistica, dovendosi l'amministrazione pronunciare sulla domanda di condono edilizio, con la conseguenza che, ove l'istanza sia accolta, rimarrà definitivamente inoperante l'ingiunzione demolitoria e l'eventuale, successiva, acquisizione gratuita del bene al patrimonio del comune, mentre, per il caso di rigetto della domanda, il comune dovrà provvedere alla adozione di una nuova sanzione urbanistica (sez. III, 15 gennaio 2019, n. 386);

- h) invero, il principio per cui la presentazione della sanatoria determina unicamente uno stato di temporanea quiescenza (sospensione temporanea degli effetti) del provvedimento sanzionatorio in precedenza emesso, il quale riprende vigore all'esito del diniego dell'istanza di regolarizzazione presentata dal privato, si riferisce alla sanatoria "ordinaria", ossia alla richiesta di accertamento di conformità previsto dall'art. 36, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, mentre per il condono edilizio trova applicazione l'orientamento tradizionale della inefficacia della misura sanzionatoria e dell'obbligo di adozione di un nuovo provvedimento (la giurisprudenza del giudice di appello (sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393; 9 aprile 2013, n. 1909);
- i) per effetto degli artt. 38, 43 e 44, l. n. 47 del 1985, richiamati dalle successive normative di condono edilizio, la presentazione dell'istanza di sanatoria dell'abuso determina l'inefficacia delle pregresse ingiunzioni di demolizione. Tali disposizioni comportano la sospensione dei procedimenti in corso e dei procedimenti repressivi comunali fino alla definizione del procedimento di condono. Spetta, quindi, all'amministrazione definire la domanda di condono, con l'adozione del provvedimento conclusivo e, successivamente, ove all'esito siano dovuti, adottare i conseguenti provvedimenti repressivi (sez. VI, 2 ottobre 2018, n. 5663; sez. V, 23 giugno 2014, n. 3143);
- j) ne consegue che, quando viene presentata la domanda di sanatoria degli abusi edilizi, diventano inefficaci i precedenti atti sanzionatori, atteso che, sul piano procedimentale, il comune è tenuto innanzi tutto ad esaminare ed eventualmente a respingere la domanda di condono, effettuando, comunque, una nuova valutazione sulla situazione mentre, da un punto di vista processuale, la documentata presentazione di istanza di condono comporta l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse avverso i pregressi provvedimenti repressivi, stante la necessità di una riedizione del potere;
- k) il condono degli abusi edilizi ai sensi dell'art. 43, l. n. 47 del 1985, non è precluso dal provvedimento di acquisizione gratuita dell'immobile abusivo al patrimonio del comune, né sono preclusivi l'avvenuta trascrizione del provvedimento sanzionatorio e la semplice presa di possesso del bene senza modificazione della sua consistenza e destinazione da parte del comune, determinandosi invece una situazione incompatibile con la sanatoria solo quando all'immissione in possesso siano seguite la demolizione dell'immobile o la sua utilizzazione a fini pubblici (sez. VI, 2 ottobre 2018, n. 5663; sez. V, 23 maggio 2000, n. 2973);
- l) quindi, nell'ipotesi in cui siano rilevabili entrambe dette cause ostative, dalla affermata inefficacia dell'ingiunzione di demolizione deriva l'inefficacia dell'atto di acquisizione gratuita, costituendo la prima atto presupposto e causa giustificativa della seconda per l'ipotesi di inottemperanza. Venuta meno l'efficacia dell'ingiunzione di demolizione, perde la sua ragione di giustificazione anche l'acquisizione gratuita. Il comune, in caso di rigetto del condono, dovrà adottare un nuovo ordine di demolizione e, per l'ipotesi di inottemperanza, provvedere all'adozione di un nuovo atto di acquisizione gratuita (sez. III, 15 gennaio 2019, n. 386).

8.5. Il regime della sospensione legale.

Dispone l'art. 44 della legge n. 47 del 1985: «Dalla data di entrata in vigore della presente legge e fino alla scadenza dei termini fissati dall'articolo 35, sono sospesi i procedimenti amministrativi e giurisdizionali e la loro esecuzione, quelli penali nonché quelli connessi all'applicazione dell'articolo 15 della L. 6 agosto 1967, n. 765, attinenti al presente capo.

La sospensione di cui al comma precedente non si applica ai procedimenti cautelari avanti agli organi di giurisdizione amministrativa, previsti dall'articolo 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Decorso il termine del 30 settembre 1986 senza che sia stata presentata domanda di concessione o autorizzazione in sanatoria, la sospensione di cui al precedente primo comma perde efficacia.

I procedimenti sospesi possono essere ripresi a richiesta degli interessati».

Sul regime della sospensione legale previsto dalla norma riportata, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato:

- a) perché si possa produrre la sospensione dell'effetto della ordinanza di demolizione, è necessario presentare una formale istanza di condono o di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001 (sez. IV, 26 aprile 2023, n. 4200; sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746);
- b) l'omessa presentazione della domanda di condono edilizio per le opere comunque qualificate come abusive dall'ordinanza sanzionatoria edilizia, rimanendo preclusa la loro sanatoria, non consente di apprezzare alcun interesse all'annullamento in parte *qua* del provvedimento, quando pure emanato in periodo "coperto" dalla sospensione automatica, sicché non impedirebbe la sua rinnovazione; l'ordinanza di demolizione, proprio perché ha ad oggetto opere per le quali non è stato chiesto il condono, non è soggetta al regime della sospensione legale ex art. 32, d.l. n. 326 del 2003 e ex art. 44, l. n. 47 del 1985;
- c) l'ordinanza di demolizione che abbia ad oggetto opere per le quali non è stato chiesto il condono non può essere soggetta al regime della sospensione legale ai sensi degli artt. 32, del d.l. n. 326 del 2003 e 44, della legge n. 47 del 1985 (sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5595);
- d) in tali casi è il giudice amministrativo a potere verificare la estrinseca astratta possibilità di tale sospensione (sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5198);
- e) la sospensione non è predicabile per le opere già previste come non condonabili dalla legge, per quelle non contemplate dalla domanda di condono, ovvero realizzate successive alla data del 31 marzo 2003 (sez. V, 27 settembre 2004, n. 6324; 3 agosto 2004, n. 5412).

9. Aspetti processuali.

9.1. La tutela del terzo.

Sebbene riferita alla tematica del titolo edilizio illegittimo e non, nello specifico, alla repressione dell'abuso edilizio, merita di essere segnalata la posizione assunta dalla più

recente giurisprudenza, costituzionale e amministrativa, in punto di rimedi esperibili dal terzo in materia edilizia.

Va segnalata, in proposito, Corte cost. 13 marzo 2019, n. 45, la quale ha analizzato la disposizione di cui delle questioni di legittimità costituzionale al comma 6 *ter* dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, il quale, chiarito che la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, attribuisce al terzo interessato la facoltà di «*sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3*», del codice del processo amministrativo, nella parte in cui nulla dice circa il termine entro cui va fatta la sollecitazione e, quindi, entro cui vanno esercitati i poteri di verifica.

La pronuncia, ai fini della presente rassegna, rileva per i principi affermati, tenuto conto che l'istituto della SCIA, come noto, opera anche in ambito edilizio.

La Corte ha ricordato che il comma 6 *ter* è stato aggiunto all'art. 19 della legge n. 241 del 1990 dall'art. 6, comma 1, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011, n. 148, in aperta dialettica con la nota sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la finalità di escludere l'esistenza di atti amministrativi impugnabili (il cosiddetto silenzio-diniego) e quindi di limitare le possibilità di tutela del terzo all'azione contro il silenzio, inteso in modo tradizionale come inadempimento. Il riferimento alle «verifiche spettanti all'amministrazione», dunque, non è finalizzato ad introdurre nuovi poteri, ma è funzionale alla sollecitazione da parte del terzo.

Ciò posto la sentenza ha rilevato quanto segue:

- a) il dato di fondo è che si deve dare per acquisita la scelta del legislatore nel senso della liberalizzazione dell'attività oggetto di segnalazione, cosicché la fase amministrativa che ad essa accede costituisce una - sia pur importante - parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi. Una dilatazione temporale dei poteri di verifica, per di più con modalità indeterminate, comporterebbe, invece, quel recupero dell'istituto all'area amministrativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere;
- b) le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6 *ter* sono dunque quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6 *bis*), e poi entro i successivi diciotto mesi: comma 4, che rinvia all'art. 21 *nonies* (per inciso si ricorda che il termine è stato ulteriormente ridotto a dodici mesi dall'articolo 63, comma 1, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue;
- c) il problema dei termini esiste, ma trascende la norma impugnata: esso va affrontato in una prospettiva più ampia e sistemica che tenga conto dell'insieme degli strumenti

apprestati a tutela della situazione giuridica del terzo. In particolare, nella prospettiva dell'interesse legittimo, il terzo potrà attivare, oltre agli strumenti di tutela già richiamati, i poteri di verifica dell'amministrazione in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ai sensi dell'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (in questo caso «*non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge*»); potrà sollecitare i poteri di vigilanza e repressivi di settore, spettanti all'amministrazione, ai sensi dell'art. 21, comma 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990, come, ad esempio, quelli in materia di edilizia, regolati dagli artt. 27 e seguenti del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, ed espressamente richiamati anche dall'art. 19, comma 6 *bis*. Esso avrà inoltre la possibilità di agire in sede risarcitoria nei confronti della P.A. in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica (l'art. 21, comma 2 *ter*, della legge n. 241 del 1990 fa espressamente salva la connessa responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente, ove la segnalazione certificata non fosse conforme alle norme vigenti);

- d) al di là delle modalità di tutela dell'interesse legittimo, poi, rimane il fatto giuridico di un'attività che si assuma illecita, nei confronti della quale valgono le ordinarie regole di tutela civilistica del risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica. Tutto ciò, peraltro, non esclude l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere.

Parimenti rilevanti, sul tema della tutela del terzo, sono le statuizioni rese dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 9 dicembre 2021, n. 22, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla sufficienza del criterio della *vicinitas* per l'impugnazione dei titoli edilizi, ha formulato i seguenti principi di diritto:

- a) nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato;
- b) l'interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso;
- c) l'interesse al ricorso è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o la questione rilevata d'ufficio dal giudicante, nel rispetto dell'art. 73, comma 3, c.p.a.;
- d) nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l'immobile

confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell'accertamento dell'interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l'annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo.

9.2. Controinteressati e legittimazione.

Sul tema generale della legittimazione e dell'interesse a ricorrere, si segnalano:

a) Cons. Stato, sez. II, 25 gennaio 2024, n. 806 la quale premette che, in materia di impugnazione dei titoli edilizi, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia 9 dicembre 2021, n. 22, risolvendo un contrasto giurisprudenziale sulle condizioni dell'azione impugnatoria da parte di chi si ritenga leso da un titolo rilasciato a terzi, ha precisato che la mera c.d. *vicinitas*, intesa come vicinanza fisica della propria proprietà rispetto a quella oggetto dell'intervento edilizio contestato, non basta a dimostrare l'esistenza di un concreto ed attuale interesse a ricorrere, dovendosi affermare la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso. Il Giudice è tenuto dunque ad accertare anche d'ufficio la sussistenza di entrambe le condizioni dell'azione, verificando se esiste un vantaggio concreto ed attuale che il ricorrente potrebbe effettivamente trarre dalla caducazione del titolo edilizio contestato, tenuto conto delle specifiche censure articolate in atti e concedendogli la possibilità di precisarlo e provarlo in corso di causa, in modo da evitare il compimento di attività giurisdizionali inutili, in contrasto con l'interesse pubblico all'efficienza ed efficacia del processo ex artt. 111 Cost., 6 e 13 CEDU e 47 Carta UE.

a) Tale principio non subisce deroghe neppure laddove ad agire sia un condomino, in relazione ad interventi che non interessino, o non interessino direttamente, parti comuni dell'edificio, seppure evidentemente la peculiarità del contesto renda la *vicinitas* per così dire ontologicamente intrinseca alla relativa qualifica. Ad esempio, laddove le conseguenze dannose dell'intervento siano già state oggetto di pronuncia risarcitoria favorevole, l'interesse è venuto meno, al fine di evitare un'indebita *locupletatio* del terzo rispetto alla censurata attività edificatoria altrui (Cons. Stato, sez. II, 17 ottobre 2022, n. 8841).

b) Cons. Stato, sez. II, 13 novembre 2023, n. 9696 in cui si afferma:

c) la *vicinitas*, quale criterio di individuazione della legittimazione ad agire, esprime lo stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l'area sul quale sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato;

d) lo stabile collegamento deve quindi essere valutato-nella prospettiva della legittimazione-in considerazione degli effetti che il provvedimento (o anche la mera inerzia dell'amministrazione, come nel caso di specie) è suscettibile di produrre nella sfera giuridica del ricorrente e non può essere ristretto al mero confine tra fondi: per tale ragione la circostanza che tra il cantiere gestito dalla società e il terreno di proprietà dei ricorrenti si interponga il fondo di proprietà

- di un terzo non fa venir meno lo stabile collegamento quale presupposto della *vicinitas* e della conseguente legittimazione ad agire degli interessati;
- e) l'interesse ad agire, quale condizione dell'azione, deve essere declinato in termini di mera prospettazione della lesione, mentre l'effettiva prova della lesione lamentata attiene alla fase successiva del merito: come chiarito dall'Adunanza plenaria n. 22 del 2021 la verifica dell'interesse a ricorrere deve essere condotta "pur sempre sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, e al lume delle eventuali eccezioni di controparte o dei rilievi *ex officio*, prescindendo dall'accertamento effettivo della (sussistenza della situazione giuridica e della) lesione che il ricorrente afferma di aver subito. Nel senso che, come è stato osservato, va verificato che "la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione" ma non anche che "abbia subito" una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite";
- f) Cons. Stato, sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415 secondo cui l'amministrazione comunale ha l'obbligo di provvedere sull'istanza di repressione di abusi edilizi realizzati su area confinante formulata dal relativo proprietario; il proprietario confinante, in ragione dello stabile collegamento con il territorio che si esprime nel concetto di *vicinitas*, gode di una posizione differenziata e qualificata rispetto alla collettività, che lo legittima ad avanzare tale istanza, essendo direttamente inciso dagli effetti dannosi del mancato esercizio dei poteri ripristinatori e repressivi relativi ad abusi edilizi da parte dell'organo preposto; l'amministrazione pertanto è tenuta ad attivarsi con l'adozione delle misure rese necessarie dall'illegittima edificazione, ovvero adottando un provvedimento che spieghi esplicitamente le ragioni della scelta negativa inversa, che dia conto delle valutazioni effettuate in merito alla sussistenza o meno dell'abuso denunciato, con il risultato che il silenzio serbato sull'istanza integra gli estremi del silenzio-rifiuto, sindacabile in sede giurisdizionale quanto al mancato adempimento dell'obbligo di provvedere in modo espresso;
- g) Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2023, n. 8352 secondo cui nel caso in cui ad impugnare il titolo edilizio non sia il proprietario confinante (o un soggetto che si trovi in posizione analoga) il mero criterio della *vicinitas* riguardato in senso solo materiale non può di per sé radicare la legittimazione al ricorso giurisdizionale prescindendo dal generale principio dell'interesse ad agire in relazione alla lesione concreta, attuale e immediata della posizione sostanziale dell'interessato presupponendo altresì la detta legittimazione la specificazione, con riferimento alla situazione concreta e fattuale del come, del perché ed in quale misura il provvedimento impugnato si rifletta sulla propria posizione sostanziale, determinandone una lesione concreta, immediata e di carattere attuale (principi già espressi, nel solco dell'Adunanza plenaria n. 22 del 2021, tra le tante da: sez. VI, 27 luglio 2023, n. 7371; 4 luglio 2023, n. 6509; 21 aprile 2023, n. 4084; sez. II, 23 gennaio 2023, n. 738;
- h) Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2022, n. 7609 la quale afferma che, nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, una volta affermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la

sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, costituente elemento fisico-spaziale quale stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l'area sul quale sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato, valga da solo e in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato;

i) l'interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso ed è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo. Ne deriva che, nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell'accertamento dell'interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l'annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo (Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2022, n. 5916; Cons. Stato, Ad. plen. 9 dicembre 2021, n. 22). Come ha precisato la richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria, la *vicinitas* da sola non basta a fondare anche l'interesse, dovendo il ricorrente fornire la prova concreta di un pregiudizio sofferto (Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2021, n. 4650; sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 962; sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4830; C.g.a., 30 giugno 2020, n. 488; Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20869). Va dunque valutato caso per caso se l'eventuale annullamento del titolo edilizio possa comportare effetti di riduzione in pristino rispetto all'opera edilizia, che si rivelino concretamente utili per il ricorrente, e non meramente emulativi, non essendo sufficiente la mera finalità demolitoria: l'interesse a ricorrere consiste (deve consistere) in un'utilità ulteriore che il ricorrente mira a conseguire proponendo la sua azione. L'ordinamento non tutela infatti azioni meramente emulative. Si tratta di un principio espressamente enucleato per le azioni a tutela della proprietà immobiliare (art. 833 c.c.), che vale (a maggior ragione) per i ricorsi in materia edilizia. Pertanto, anche nel caso di ricorsi avverso singoli titoli edilizi, non è sufficiente lo stabile collegamento dell'immobile del terzo con quello interessato dai lavori a radicarne la legittimazione ad agire, dal momento che il pregiudizio della situazione soggettiva protetta non può essere considerato sussistente *in re ipsa* in ragione dell'abuso edilizio dedotto;

j) Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2022, n. 8830 secondo cui non sussiste il vizio di difetto di contraddittorio per mancata evocazione in giudizio di alcuni controinteressati per un duplice ordine di ragioni:

j1) in fatto, perché si tratta di soggetti che non erano stati indicati nei provvedimenti impugnati e che non erano facilmente individuabili;

j2) in diritto, perché secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, deve escludersi, salvo casi eccezionali, che siano individuabili

controinteressati quando si impugna un provvedimento che nega un permesso di costruire, che inibisce l'esecuzione di una SCIA, ovvero che ordina una demolizione (Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5198). Tale conclusione risulta rafforzata dai principi elaborati dalla Adunanza plenaria n. 3 del 2022 avuto riguardo ai giudizi impugnatori, secondo cui anche i soggetti controinteressati devono essere titolari di una relazione diretta (nella dimensione procedimentale) con il provvedimento impugnato;

k) Cons. Stato, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113 la quale, dopo aver premesso che, nel processo amministrativo, è ammissibile un'azione per l'accertamento della formazione del silenzio-assenso su una domanda di permesso di costruire, afferma che il relativo ricorso va notificato, a pena di inammissibilità, al proprietario vicino che abbia manifestato, con un precedente ricorso giurisdizionale, una inequivoca volontà contraria alla costruzione dell'edificio;

l) Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2021, n. 5507 che ha respinto l'eccezione di difetto di legittimazione ad impugnare, per carenza di interesse legittimo, basata sulla illegittimità del titolo edilizio concernente l'abitazione di proprietà del ricorrente richiamando la sentenza n. 1841 del 2021, secondo cui il diritto di edificare attribuito dalla legge al proprietario dell'area (ovvero a chi ne abbia titolo), qualora non sia legittimamente escluso od impedito dalla norma urbanistica, deve trovare attuazione immediata e piena, tenuto conto che la stessa legge fa salvi soltanto "i diritti" dei terzi, ma non certo le "illiceità edilizie" dei terzi (Cons. Stato, IV, 27 marzo 2009, n. 1874, richiamata da Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2015, n. 3968). Questa conclusione, del resto, è coerente con il diritto vivente secondo cui nel processo amministrativo non è data possibilità di tutela del c.d. interesse illegittimo o emulativo (Cons. Stato, Ad. plen. 27 aprile 2015, n. 5; 25 febbraio 2014, n. 9). Da tale principio generale deriva che, non potendo la costruzione *sine titulo* interferire sul diritto del confinante ad edificare, il proprietario di un'opera abusiva non può ritenersi legittimato ad agire in giudizio avverso il titolo edilizio rilasciato al proprietario del fondo finitimo. Tuttavia, nell'ipotesi in cui la legittimità del manufatto del ricorrente sia ancora *sub iudice*, non può essere allo stato negata la legittimazione del proprietario di tale manufatto ad agire in giudizio;

m) Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2021, n. 1841 secondo cui sussiste la legittimazione a contestare l'intervento edilizio assentito ad un terzo laddove, al momento del rilascio dei titoli edilizi e della proposizione del ricorso in primo grado, risultavano assentiti parte dei lavori eseguiti dal ricorrente, sicché potrebbe eventualmente escludersi la legittimazione all'impugnazione da parte del solo proprietario dell'unità immobiliare a quel momento ancora abusiva.

n) Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2017, n. 5616 secondo cui la generica qualità di proprietario di un immobile nello stesso edificio in cui sono state eseguite opere abusive non vale, in assenza dell'allegazione di uno specifico pregiudizio, quale potrebbe essere l'eventuale negativa incidenza sulla statica o sul decoro dell'edificio, a individuare una autonoma posizione sostanziale. Tale conclusione si pone nel solco della posizione assunta dalla giurisprudenza che ha infatti negato la legittimazione ad appellare (non potendosi qualificare come

- controinteressato in senso proprio) al condomino, relativamente ad un giudizio avente ad oggetto un diniego di permesso di costruire (Cons. Stato, sez. IV, 31 agosto 2010, n. 6444), ovvero al confinante, rispetto all'impugnativa di un ordine di demolizione (Cons. Stato, sez. V, 3 luglio 1995, n. 991);
- o) Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5198 secondo cui già nel vigore della previgente disciplina processuale, si negava la legittimazione all'appello all'interventore qualora non titolare di posizione sostanziale ma di mero interesse di fatto, salvo che per i capi della sentenza specificamente concernenti l'ammissibilità e il carico delle spese dell'intervento (Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2004 n. 1826; sez. V, 1 luglio 2002, n. 3599; sez. IV, 7 luglio 2000, n. 3801; sez. IV 15 ottobre 1996, n. 1104). Tale principio trova ora consacrazione espressa nell'art. 102 comma 2 c.p.a. (Cons. Stato, sez. III, 8 giugno 2016, n. 2451; sez. IV, 5 marzo 2015, n. 1116; sez. VI, 34 febbraio 2014, n. 867; sez. V, 15 novembre 2012, n. 5775). La legittimazione del terzo ad impugnare una sentenza resa a conclusione di un giudizio al quale non ha partecipato è eccezionale e si configura solo ove il terzo assuma la veste di controinteressato formale, sostanziale o successivo, ovvero sia titolato all'opposizione di terzo (cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 11 gennaio 2007, n. 2);
- p) il proprietario di un'area limitrofa a quella dove è stato commesso un abuso edilizio ha l'interesse legittimo a sollecitare l'intervento repressivo dell'amministrazione. Sussiste l'obbligo del comune di provvedere sull'istanza di repressione di abusi edilizi realizzati sul terreno confinante, formulatagli dal relativo proprietario, il quale, proprio per tal aspetto che s'invera nel concetto di *vicinitas*, gode di una legittimazione differenziata rispetto alla collettività subendo gli effetti (nocivi) immediati e diretti della commissione dell'eventuale illecito edilizio non represso nell'area limitrofa alla sua proprietà; onde egli è titolare d'un interesse legittimo all'esercizio di tali poteri di vigilanza e, quindi, può proporre l'azione a seguito del silenzio ai sensi dell'art. 31 c.p.a., che segue il rito di cui ai successivi artt. 112 e ss. c.p.a. (Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5087; 29 aprile 2014, n. 2228; 28 dicembre 2012, n. 6702; 11 dicembre 2013, n. 5943).

9.3. Rapporti fra vicende del giudizio penale e provvedimento amministrativo.

Sul tema si segnalano:

- a) Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2017, n. 03728 in cui si afferma che il procedimento amministrativo edilizio è indipendente dalle vicende del giudizio penale;
- a1) il giudice in quella sede non può, nel rispetto dell'art. 4 dell'allegato E della legge 20 marzo 1865, annullare, revocare o caducare anche indirettamente un provvedimento adottato da un'autorità amministrativa, salvo che una norma di legge non disponga diversamente;

a2) è doveroso per l'ente locale, trascrivere la sentenza penale che dispone la confisca di un sedime utilizzato per consumare il reato di lottizzazione abusiva ex art. 44, comma 2, t.u. edilizia, pur in presenza della permanente formale vigenza del titolo edilizio (Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2864; sez. V, 27 maggio 2014, n. 2711);

a3) in altri termini questa tesi evita che si creino collegamenti impropri fra procedimenti sanzionatori, titoli edilizi e giudicati penali. Ciò significa che il sequestro penale delle opere oggetto del provvedimento di demolizione non incide sulla validità o sull'efficacia dello stesso e conseguentemente sul provvedimento che accerta la sua inottemperanza (Cons. Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283; Cass. pen., sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9186);

a4) in sostanza, la pendenza del sequestro è irrilevante ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione e della sua eseguibilità e, quindi, della validità dei conseguenti provvedimenti sanzionatori emanati secondo la tassonomia stabilita dall'art. 31 t.u. edilizia: ordine di demolizione, accertamento dell'inottemperanza, acquisizione gratuita del sedime e delle opere (Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2016, n. 5008; 14 luglio 2014, n. 3415; sez. V, 26 maggio 2003, n. 2850);

a5) corollario processuale di tale impostazione è la non autonoma impugnabilità dei provvedimenti successivi all'ordine di demolizione in caso di mancata contestazione di quest'ultimo;

a6) a tali conclusioni si perviene in base alla non qualificabilità della misura cautelare reale penale quale impedimento assoluto (alla stregua del caso fortuito o della forza maggiore) all'attuazione dell'ingiunzione stante la possibilità, per il destinatario dell'ordine, di ottenere il dissequestro del bene ai sensi dell'art.85 disp. att. c.p.p. (anche, in caso di sequestro, sulla non sospensione dei termini per provvedere alla demolizione Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3626);

a7) tale tesi è suffragata dalla costante giurisprudenza di legittimità penale, costituente vero e proprio diritto vivente (Cass. pen., sez. III, 21 marzo 2017, n. 13653; sez. III, 26 settembre 2013, n. 42637; sez. III, 26 ottobre 2011, n. 45704) secondo cui:

- l'effetto ablatorio si verifica *ope legis* all'inutile scadenza del termine di novanta giorni fissato per permettere al soggetto di ottemperare all'ingiunzione. In tale prospettiva, l'ulteriore adempimento della notifica all'interessato dell'accertamento formale dell'inottemperanza permette all'ente l'immissione in possesso e la trascrizione nei registri immobiliari del titolo dell'acquisizione;
- l'art. 85 disp. att. c.p.p. deve essere interpretato nel senso che, quando sono sequestrate cose che possono essere restituite previa esecuzione di specifiche prescrizioni, l'autorità giudiziaria, se l'interessato consente, ordina la restituzione impartendo le prescrizioni del caso, il che sta a significare che è l'ordinamento stesso a consentire di superare il vincolo

rappresentato dal sequestro e di procedere, nonostante la presenza dello stesso, alla demolizione;

- b) Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2864 che esclude che il giudicato penale possa avere effetti vincolanti nella controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un ordine di demolizione di opere abusive:
- b1) questa esclusione discende dalla puntuale applicazione dell'art. 654 c.p.p. (Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3556), secondo il quale: sotto il profilo soggettivo, il giudicato è vincolante solo nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale; non, quindi, nei confronti di altri soggetti che siano rimasti estranei al processo penale, pur essendo in qualche misura collegati alla vicenda penale (come per esempio il comune);
- b2) sotto il profilo oggettivo, il vincolo copre solo l'accertamento dei "fatti materiali" e non anche la loro qualificazione o valutazione giuridica, che rimane circoscritta al processo penale e non può condizionare l'autonoma valutazione da parte del giudice amministrativo o civile. È quindi irrilevante che il giudice penale possa aver definito, con efficacia di giudicato, la tettoia come pertinenza e altre opere come interventi di manutenzione straordinaria, trattandosi in questo caso di qualificazioni giuridiche di esclusiva competenza del giudice titolare in concreto della giurisdizione di legittimità in ordine agli atti impugnati;
- b3) infine, non è seriamente contestabile che l'ordine di demolizione che il giudice penale d'appello ha ritenuto travolto fosse quello disposto dal medesimo giudice in primo grado, non potendo il giudice penale - proprio nel rispetto dell'art. 4 dell'allegato E della legge 20 marzo 1865, che la parte appellante richiama - annullare, revocare o caducare un provvedimento adottato da un'autorità amministrativa e ancora al vaglio del suo giudice naturale.

9.4. Contestazione in giudizio dell'abusività delle opere.

La giurisprudenza è univoca nel ritenere l'impossibilità di contestare il carattere abusivo delle opere in un giudizio impugnatorio del diniego di sanatoria o di condono, in quanto:

- a) l'istanza di sanatoria ha un preciso valore confessorio dell'abuso (Cons. Stato, sez. IV, 1 giugno 2022, n. 676);
- b) quanto dichiarato nell'istanza di condono ex art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2000 integra a tutti gli effetti la c.d. "*contra se pronuntiatio*" sull'entità effettiva delle opere realizzate, oggetto della sanatoria legale (Cons. Stato, sez. IV, 3 febbraio 2017, n. 463);

- c) la presentazione dell'istanza di condono assume valore confessorio degli abusi in essa descritti, sicché gli stessi non possono essere successivamente ritrattati (Cons. Stato, sez. IV, 19 dicembre 2016, n. 5366);
- d) nel processo di impugnazione del diniego di concessione edilizia in sanatoria sono inammissibili le censure che contestino il carattere abusivo del manufatto, atteso che il procedimento per condono, ai sensi della l. n. 47 del 1985, è ad istanza di parte e richiede una dichiarazione sostitutiva d'atto notorio relativa alla descrizione e collocazione temporale dell'abuso che s'intende sanare, la quale assume carattere e natura di atto confessorio per ciò che concerne la realizzazione dell'abuso e la sua collocazione temporale (Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5553; 4 aprile 2010, n. 2086).

10. Conclusioni.

Al termine della rassegna si possono enucleare, senza pretese di esaustività, alcuni indirizzi da intendersi consolidati, in relazione a questioni sia di natura sostanziale che di natura processuale.

10.1. Aspetti sostanziali.

Con riguardo ai profili sostanziali la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi:

- a) lo "stato legittimo dell'immobile", dunque, riguarda una sua condizione permanente, preesistente alla stessa entrata in vigore della disposizione, da riferire a opere realizzate prima del 1967, ovvero in epoca ancor più risalente, nei centri urbani poi dotatisi di un regolamento che richiedeva la licenza edilizia per l'edificazione, o per cui esiste solo un principio di prova di un titolo edilizio, il cui originale o la cui copia non è più rintracciabile;
- b) l'unica ipotesi in cui possono ritenersi regolari difformità esecutive rispetto a titoli abilitativi rilasciati in passato è quella delle cosiddette tolleranze costruttive, previste per la prima volta dall'art. 5, comma 2, lettera a), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, che aveva introdotto il comma 2 *ter* nell'art. 34 t.u. edilizia, e di seguito disciplinate dal nuovo art. 34 *bis* t.u. edilizia;
- c) il principio secondo cui l'attività di repressione degli abusi edilizi, mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, potrebbe conoscere un'attenuazione, se non un correttivo, nei casi di abuso (non per assenza del permesso ma) per totale difformità (dal medesimo) ovvero per variazione essenziale ove fosse controversa e controvertibile l'entità della variazione e fosse quindi necessario un accertamento specifico, in primo luogo nella sede amministrativa, meglio se in contraddittorio;
- d) le variazioni essenziali dal permesso di costruire sono quelle caratterizzate da incompatibilità quali-quantitativa con il progetto edificatorio originario rispetto ai parametri indicati dal d.P.R. n. 380 del 2001, art. 32, le quali sono

- perciò soggette al rilascio di un permesso a costruire nuovo e autonomo rispetto a quello originario in osservanza delle disposizioni vigenti al momento di realizzazione della variante;
- e) secondo il Consiglio di Stato il provvedimento di sospensione dei lavori, essendo finalizzato a mantenere la *res adhuc* integra nelle more dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione, ha natura cautelare ed efficacia temporalmente circoscritta e dunque, in quanto tale, non rappresenta un antecedente procedimentale necessario del provvedimento di demolizione, viceversa secondo parte della Cassazione penale l'ordine di sospensione dei lavori è espressione del potere di autotutela riconosciuto alla pubblica amministrazione nella materia *de qua*;
 - f) stante la natura ordinatoria, il termine di quarantacinque giorni, di cui all'art. 27, comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001, non è in grado di estinguere il potere dell'amministrazione di adottare provvedimenti repressivi una volta che sia inutilmente scaduto e neppure di far perdere efficacia all'ordinanza di sospensione dei lavori. Per tale ragione, il termine di quarantacinque giorni non rappresenta l'arco temporale di efficacia dell'ordinanza di sospensione che, dunque, vieta al privato di proseguire i lavori edilizi sino all'adozione dei provvedimenti definitivi (giur. ult. cit.); da ciò discende la rilevanza penale dell'attività edificatoria posta in essere dal privato dopo il decorso dei quarantacinque giorni;
 - g) 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;
 - h) nella vigenza dell'articolo 21 *nonies* della l. 241 del 1990 l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole;
 - i) l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo ha natura di atto dovuto e rigorosamente vincolato, con la conseguenza che non necessita di comunicazione di avvio del procedimento ed è dotata di un'adeguata e sufficiente motivazione se contiene la descrizione delle opere abusive e le ragioni della loro abusività;
 - j) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente illecito

- commesso con la realizzazione delle opere abusive e impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;
- k) l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);
 - l) a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'amministrazione, il proprietario o il responsabile dell'abuso non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato;
 - m) quella prevista dal comma 4 *bis* dell'art. 31 del testo unico e una sanzione irrogata a causa del mancato adempimento all'ordine di demolire, ossia in ragione di un illecito ad effetti permanenti, che si consuma con lo scadere del termine di 90 giorni assegnato dall'autorità amministrativa con l'ordine di demolizione: il suo presupposto è l'accertamento dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione;
 - n) la demolizione di un abuso edilizio va ingiunta all'attuale proprietario dell'immobile non a titolo di responsabilità effettiva, bensì per il suo rapporto materiale con il manufatto, essendo finalizzata a colpire una situazione di fatto obiettivamente antiggiuridica, nonché a ripristinare l'ordine urbanistico violato. L'abusività, infatti, configura una caratteristica di natura reale, che segue l'immobile anche nei suoi successivi trasferimenti, con la conseguenza che la demolizione è, di regola, atto dovuto e prescinde dall'attuale possesso del bene e dalla coincidenza del proprietario con il realizzatore dell'abuso edilizio;
 - o) l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, laddove prevede che nel caso in cui il bene abusivamente realizzato sia nella disponibilità di un soggetto diverso dal proprietario, anche colui il quale ha realizzato l'abuso edilizio deve essere destinatario, al pari del proprietario, dell'ordine di demolizione, può rilevare al fine di escludere l'applicazione della successiva sanzione dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene, nonché l'imposizione della sanzione pecuniaria, ex art. 31, comma 4 *bis*, del d.P.R. n. 380 del 2001; sempreché il proprietario, che non sia l'autore materiale dell'opera, una volta venuto a conoscenza dell'illecita attività edilizia svolta da terzi, si sia attivato contro il responsabile per obbligarlo a rimuovere l'opera abusiva;
 - p) la notifica del verbale di inottemperanza costituisce una parentesi informativa quando il procedimento sanzionatorio è destinato a sfociare

- nella perdita della proprietà perché da un lato consente all'amministrazione di verificare l'elemento materiale dell'illecito, dall'altro mette il suo autore in condizione di difendersi, potendo trattarsi del nudo proprietario, estraneo e finanche inconsapevole della prima fase del procedimento;
- q) secondo parte della giurisprudenza, se è vero che la pendenza del sequestro penale incide sull'esigibilità dell'adempimento dell'ordine demolitorio essa, tuttavia, non determina per il privato un'insuperabile impossibilità di eseguire l'ordinanza di demolizione; secondo un diverso orientamento sono inapplicabili le sanzioni previste per l'inottemperanza a ordini di demolizione di manufatti abusivi, nelle ipotesi in cui l'immobile sia sottoposto a sequestro penale;
 - r) il carattere reale della misura ripristinatoria della demolizione in materia di abusi edilizi e la finalità di ripristino della legalità, impongono che, affinché il proprietario non responsabile degli abusi commessi da persona diversa possa andare esente dalla misura consistente nell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene, risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone lo stesso venuto a conoscenza, si sia poi adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento, intraprendendo le iniziative idonee a ripristinare lo stato dei luoghi nei sensi e nei modi richiesti dall'autorità amministrativa;
 - s) l'omessa notificazione dell'ordine di demolizione agli eredi impedisce la successiva acquisizione al patrimonio comunale delle opere abusivamente realizzate;
 - t) determinazione dell'area di sedime da acquisire non pertiene all'ordine demolitorio, ma è demandata al successivo atto che appunto dispone l'acquisizione: la sanzione della perdita della proprietà per inottemperanza all'ordine di rimessione in pristino, pur se definita come una conseguenza di diritto richiede, in ogni caso, un provvedimento amministrativo che definisca l'oggetto dell'acquisizione al patrimonio comunale attraverso la quantificazione e la perimetrazione dell'area sottratta al privato;
 - u) se è vero che l'atto di sgombero è strumento idoneo a perseguire il mancato rilascio dei beni, spesso occupati, anche dopo l'acquisizione, dagli stessi soggetti che hanno perpetrato l'illecito edilizio, tuttavia la mancanza nell'ordinanza di alcun riferimento all'esercizio dei poteri repressivi in materia edilizia, ovvero all'abusività dei manufatti o a eventuali ordinanze di demolizione, non resta che ricondurre l'azione intrapresa dal comune, per come concretamente esercitata, ai poteri di autotutela disciplinati dall'art. 823 comma 2 del codice civile, che è tuttavia possibile soltanto per i beni appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile;
 - v) in caso di annullamento del titolo edilizio l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001 qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure o la restituzione in pristino, può trovare applicazione unicamente a fronte di vizi che riguardino la forma e la procedura e che, alla luce di una valutazione in concreto effettuata

- dall'amministrazione, risultino non rimovibili, con esclusione dei vizi sostanziali;
- w) nell'ipotesi di interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, la sanzione pecuniaria prevista dal comma 2 dell'art. 34 d.P.R. n. 380 del 2001, costituisce una deroga alla regola generale della demolizione negli illeciti edilizi prevista dal primo comma, dovendo l'amministrazione competente valutare, nella fase esecutiva del procedimento, la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria;
 - x) qualora la sanzione della riduzione in pristino non possa essere eseguita per il pericolo di danno alla parte della costruzione non abusiva, deve trovare applicazione, ai sensi dell'art. 33 d.P.R. n. 380 del 2001, la sanzione pecuniaria: pertanto, è illegittima l'ordinanza di demolizione e ripristino irrogata dal comune allorché sia stata pretermessa la valutazione sulla reale fattibilità pratica e giuridica della demolizione;
 - y) in caso di opere eseguite su immobili vincolati non è ammessa alcuna fiscalizzazione, dovendo l'amministrazione competente a vigilare sull'osservanza del vincolo ordinare sempre la restituzione in pristino, indicando criteri e modalità per la relativa effettuazione;
 - z) i presupposti (normativi ed ermeneutici) dell'istituto della fiscalizzazione dell'illecito edilizio si pongono su un piano ontologicamente diverso da quelli della sanatoria sia perché esso trova il proprio fondamento nella impossibilità di rimuovere le conseguenze dell'illecito senza creare danni irreparabili alla parte di edificio eseguita in conformità al permesso a costruire sia perché il pagamento della sanzioni pecuniarie, se esclude che opere edilizie abusive possano essere legittimamente demolite, non ne rimuove, però, il carattere antiggiuridico;
 - aa) in tema di reati edilizi, la possibilità di non eseguire la demolizione qualora possa derivarne pregiudizio per la porzione di fabbricato non abusiva, secondo la procedura di cosiddetta "fiscalizzazione" di cui all'articolo 34 del d.P.R. n. 380 del 2001, riguarda le sole ipotesi di parziale difformità (al netto del limite di tolleranza individuato dall'ultimo comma dell'articolo citato) fra quanto oggetto del permesso a costruire e quanto invece realizzato, rimanendo invece esclusa nel caso in cui le opere eseguite siano del tutto sprovviste del necessario assenso amministrativo;
 - bb) la realizzazione di un intervento edilizio, prima del rilascio del titolo prescritto dalla legge, ne comporta irrimediabilmente l'abusività (quantomeno quella c.d. formale), alla quale può ovviarsi con il diverso procedimento di accertamento di compatibilità urbanistica, di cui all'art. 36, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sempreché ne ricorrano i presupposti (della c.d. doppia conformità sostanziale); pertanto, perché si possa produrre la sospensione dell'effetto della ordinanza di demolizione, è necessario presentare una formale istanza di condono o di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001;
 - cc) un intervento normativo dispone un condono edilizio straordinario quando consente la sanatoria di opere non solo prive del necessario titolo edilizio

- (abusi formali) ma anche contrarie alle previsioni urbanistico-edilizie (abusi sostanziali): si tratta scelte di principio riservate alla competenza legislativa, con la conseguenza che esula dalla potestà legislativa regionale il potere di disporre autonomamente una sanatoria straordinaria per il solo territorio regionale;
- dd) in mancanza di un formale atto di accertamento, non può considerarsi già prodotto l'effetto traslativo, con il corollario che il destinatario dell'ingiunzione è ancora legittimato a presentare istanza di sanatoria, così come ad impugnarne il diniego di fronte al giudice amministrativo (primo orientamento); il termine ultimo entro cui presentare una istanza di sanatoria ex art. 36 è quello di novanta giorni previsto dalla norma citata (secondo orientamento);
- ee) la maggiore ampiezza della legittimazione a richiedere la sanatoria (proprietario o autore dell'abuso), rispetto a quanto dettato per il preventivo permesso di costruire (proprietario o detentore qualificato), trova giustificazione nella possibilità da accordare al predetto responsabile, coincidente con l'esecutore materiale delle opere abusive, di fruizione di uno strumento giudiziario utile ad evitare le conseguenze penali dell'illecito commesso, ferma restando la salvezza dei diritti di terzi;
- ff) il soggetto legittimato alla richiesta del titolo abilitativo deve essere colui che ha la totale disponibilità del bene, non essendo sufficiente la proprietà di una sola sua parte o quota;
- gg) in sede di istanza di condono è a carico esclusivamente del privato l'onere della prova in ordine alla data della realizzazione dell'opera edilizia al fine di poter escludere al riguardo la necessità di rilascio del titolo edilizio: tale criterio di riparto dell'onere probatorio tra privato e amministrazione discende dall'applicazione alla specifica materia della repressione degli abusi edilizi del principio di vicinanza della prova poiché solo il privato può fornire, in quanto ordinariamente ne dispone, inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto, mentre l'amministrazione non può, di solito, materialmente accertare quale fosse la situazione all'interno dell'intero suo territorio;
- hh) mentre il condono ha per effetto la sanatoria non solo formale ma anche sostanziale dell'abuso, a prescindere dalla conformità delle opere realizzate alla disciplina urbanistica ed edilizia, il titolo in sanatoria presuppone la conformità alla disciplina urbanistica e edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'immobile sia al momento della presentazione della domanda;
- ii) in tema di condono edilizio va escluso il meccanismo di formazione tacita del permesso in sanatoria riguardo alle opere realizzate in area sottoposta a vincolo paesaggistico; in questi casi occorre il previo rilascio del parere dell'autorità preposta alla gestione del vincolo;
- jj) gli immobili sottoposti ad esecuzione possono essere sanati in un termine diverso dalle normali scadenze per le richieste di condono edilizio e tale

termine decorre solo dalla emissione del decreto di trasferimento, non potendo gli stessi ritenersi *sic et simpliciter* sanati per effetto della sola conclusione della procedura esecutiva immobiliare;

- kk) l'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del comune della costruzione eseguita in totale difformità o assenza della concessione, emessa dal sindaco ai sensi dell'art. 7 della legge n. 47 del 1985, che si connota per la duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti e di prevenire perduranti effetti dannosi di essi, dà luogo ad acquisto a titolo originario, con la conseguenza che l'ipoteca e gli altri eventuali pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione e/o iscrizione;
- ll) non può ammettersi la prosecuzione dei lavori abusivi a completamento di opere che, fino al momento di eventuali sanatorie, devono ritenersi comunque abusive, sussistendo un generale divieto di intervenire su un'opera abusiva oggetto di richiesta di condono, fatta salva la possibilità di attivare il procedimento di cui all'art. 35 della legge 47 del 1985, a tenore del quale l'autore dell'abuso può completare, sotto la propria responsabilità, le opere sanabili previa notifica al comune del proprio intendimento, allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi, ed iniziando i lavori non prima di trenta giorni dalla data della notificazione;
- mm) il procedimento per la verifica di conformità ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 sfocia in un provvedimento di carattere assolutamente vincolato, il quale non necessita di altra motivazione oltre a quella relativa alla corrispondenza (o meno) dell'opera abusiva alle prescrizioni urbanistico - edilizie (e a quelle recate da normative speciali in ambito sanitario e/o paesaggistico) sia all'epoca di realizzazione dell'abuso sia a quella di presentazione dell'istanza ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001;
- nn) la disposizione di cui all'art. 36, comma 3, prevede una fattispecie di silenzio con valore legale di diniego della proposta istanza (cosiddetto silenzio-rigetto) e non come mera inerzia nel provvedere (cosiddetto silenzio-inadempimento);
- oo) la circostanza che l'amministrazione abbia attivato un'istruttoria sull'istanza di sanatoria non impedisce la formazione del silenzio-rigetto, che si perfeziona anche qualora il relativo procedimento sia pendente, per essere stato aperto e mai concluso da un provvedimento espresso che superi tale intervenuto espresso diniego, non potendosi attribuire alla mera pendenza del procedimento alcun valore di atto tacito di revoca del silenzio diniego che si verifica solo con la pronuncia (non intervenuta) di accoglimento della sanatoria;
- pp) il dispositivo tecnico denominato 'silenzio-assenso' previsto per il rilascio del permesso di costruire risponde ad una valutazione legale tipica in forza della quale l'inerzia 'equivale' a provvedimento di accoglimento: tale equivalenza non significa altro che gli effetti promananti dalla fattispecie sono sottoposti al medesimo regime dell'atto amministrativo, con il

- corollario che, ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge;
- qq) in caso di istanza di condono ai sensi dell'art. 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, la formazione del silenzio-assenso richiede quale presupposto essenziale, oltre decorso del tempo e al completo pagamento delle somme dovute a titolo di oblazione, che siano stati integralmente dimostrati gli ulteriori requisiti sostanziali relativi al tempo di ultimazione dei lavori, all'ubicazione, alla consistenza delle opere e ad ogni altro elemento rilevante affinché possano essere utilmente esercitati i poteri di verifica dell'amministrazione comunale;
- rr) mentre per il condono edilizio trova applicazione la tesi tradizionale della inefficacia della misura sanzionatoria e dell'obbligo di adozione di un nuovo provvedimento, la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità previsto dall'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001 determina unicamente uno stato di temporanea quiescenza (sospensione temporanea degli effetti) del provvedimento sanzionatorio in precedenza emesso, il quale riprende vigore all'esito del diniego dell'istanza di regolarizzazione presentata dal privato;
- ss) perché si possa produrre la sospensione dell'effetto della ordinanza di demolizione, è necessario presentare una formale istanza di condono o di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001.

10.2. Aspetti processuali.

Con riguardo ai profili processuali la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi:

- a) le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi dell'art. 19, comma 6 *ter*, della legge n. 241 del 1990 sono quelle da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6 *bis*), e poi entro i successivi diciotto mesi: (ora dodici mesi): decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue;
- b) nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato;

- c) l'amministrazione comunale ha l'obbligo di provvedere sull'istanza di repressione di abusi edilizi realizzati su area confinante formulata dal relativo proprietario; il proprietario confinante, in ragione dello stabile collegamento con il territorio che si esprime nel concetto di *vicinitas*, gode di una posizione differenziata e qualificata rispetto alla collettività, che lo legittima ad avanzare tale istanza, essendo direttamente inciso dagli effetti dannosi del mancato esercizio dei poteri ripristinatori e repressivi relativi ad abusi edilizi da parte dell'organo preposto;
- d) non potendo la costruzione *sine titulo* interferire sul diritto del confinante ad edificare, il proprietario di un'opera abusiva non può ritenersi legittimato ad agire in giudizio avverso il titolo edilizio rilasciato al proprietario del fondo finitimo;
- e) il procedimento amministrativo edilizio è indipendente dalle vicende del giudizio penale. Il giudice in quella sede non può, nel rispetto dell'art. 4 dell'allegato E della legge 20 marzo 1865, annullare, revocare o caducare anche indirettamente un provvedimento adottato da un'autorità amministrativa, salvo che una norma di legge non disponga diversamente: è pertanto doveroso per l'ente locale, trascrivere la sentenza penale che dispone la confisca di un sedime utilizzato per consumare il reato di lottizzazione abusiva ex art. 44, comma 2, t.u. edilizia, pur in presenza della permanente formale vigenza del titolo edilizio;
- f) il giudicato penale non può avere effetti vincolanti nella controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un ordine di demolizione di opere abusive: questa esclusione discende dalla puntuale applicazione dell'art. 654 c.p.p. secondo il quale: sotto il profilo soggettivo, il giudicato è vincolante solo nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale; non, quindi, nei confronti di altri soggetti che siano rimasti estranei al processo penale, pur essendo in qualche misura collegati alla vicenda penale (come per esempio il comune); sotto il profilo oggettivo, il vincolo copre solo l'accertamento dei "fatti materiali" e non anche la loro qualificazione o valutazione giuridica, che rimane circoscritta al processo penale e non può condizionare l'autonoma valutazione da parte del giudice amministrativo o civile. È quindi irrilevante che il giudice penale possa aver definito, con efficacia di giudicato, la tettoia come pertinenza e altre opere come interventi di manutenzione straordinaria, trattandosi in questo caso di qualificazioni giuridiche di esclusiva competenza del giudice titolare in concreto della giurisdizione di legittimità in ordine agli atti impugnati;
- g) nel processo di impugnazione del diniego di concessione edilizia in sanatoria sono inammissibili le censure che contestino il carattere abusivo del manufatto, atteso che il procedimento per condono, ai sensi della l. n. 47 del 1985, è ad istanza di parte e richiede una dichiarazione sostitutiva d'atto notorio relativa alla descrizione e collocazione temporale dell'abuso che s'intende sanare, la quale assume carattere e natura di atto confessorio per ciò che concerne la realizzazione dell'abuso e la sua collocazione temporale.

