

La repressione degli abusi edilizi: i più recenti orientamenti del C.G.A.R.S.¹
Solveig Cogliani

Premessa

Il contenzioso attinente alla repressione degli abusi edilizi costituisce di certo una parte predominante del lavoro che occupa la giustizia amministrativa in Sicilia (oltre che nazionale). Esso, infatti, sconta una complessità di problematiche concernenti l'aggiornamento degli strumenti urbanistici comunali, l'identificazione di strategie e programmi a lungo termine, la razionalizzazione del consumo di suolo, la salvaguardia della sicurezza degli ambienti urbani da fattori di rischio idrogeologico e sismico, l'introduzione di strumenti di flessibilità in grado di adeguare tempestivamente la pianificazione ai mutamenti socio-economici del territorio e, dunque, le tematiche di efficienza amministrativa, l'adeguatezza delle risorse e dei controlli, della programmazione e di coordinamento tra le istituzioni, il diffuso fabbisogno abitativo, e non da ultimo è sintomo di una 'crepa' di collaborazione tra privato e Autorità della percezione del disvalore dell'illiceità.

Per quanto riguarda la sfera più personale dei soggetti interessati e delle famiglie, aspetto che rende siffatto contenzioso come quello che forse è sentito di maggior impatto a livello sociale, non è un caso che la sanzione della demolizione ha formato – come è noto – oggetto della giurisprudenza sovranazionale [Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza *Ivanova and Cherkezov c. Bulgaria*, 21 aprile 2016 di condanna del Governo bulgaro per la violazione dell'art. 8 CEDU], che ha dato ragione ai ricorrenti, in quanto *“nessun giudice aveva esaminato, valutato e ponderato la circostanza che nella casa da demolire i signori vivevano; tutti piuttosto si erano soltanto limitati ad accertare che l'edificio era stato realizzato abusivamente”*, richiamando *“gli Stati contraenti”* *“ad assicurare un esame giudiziale della complessiva proporzionalità di misure così invasive, come la demolizione della propria abitazione, e a riconsiderare l'ordine di demolizione della casa abitata dai ricorrenti alla luce delle condizioni personali degli stessi, che vi vivevano da anni e avevano risorse economiche limitate”*.

Del resto la stessa Corte Europea ha avuto modo anche di puntualizzare che *“l'ordine di demolizione per un abuso edilizio costituisce sanzione penale allorché la sua esecuzione intervenga a distanza di numerosi anni a far data dall'accertamento del fatto e non sia stata acquisita alcuna prova per dimostrare che in ogni fase del procedimento il richiedente abbia ostacolato il regolare svolgimento delle indagini”* (*Hamer c. Belgio*, 2007, n. 21861/03)².

Per questo ringrazio l'Ufficio studi della Giustizia amministrativa e l'Assemblea Regionale Siciliana per avermi assegnato questo tema nel presente incontro, denso di spunti di riflessione di approfondimenti.

¹ Relazione dell'intervento svolto al Convegno “La semplificazione edilizia e urbanistica tra oneri amministrativi ed esigenze di tutela del territorio”, Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa, Palermo – Palazzo dei Normanni, 28 – 29 novembre 2024.

² Di seguito la Corte di Cassazione, III Sez. pen., 2 ottobre 2019, n. 40396 ha fatto chiarezza sull'insieme dei presupposti richiesti perché il diritto di abitazione possa fungere da ostacolo alla esecuzione dell'ordine giudiziale di demolizione, in considerazione della necessità di tenere in considerazione le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo ed i principi sovranazionali (anche alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 14 ottobre 2007, in base alle quali *“le norme della convenzione europea nell'ordinamento italiano hanno valore di norme interposte (fra le leggi e la Costituzione) che devono essere rispettate, in quanto integrano il contenuto degli obblighi internazionali che, in applicazione dell'art. 117 della Costituzione, si impongono all'attività normativa dello Stato e delle Regioni, sempre che esse non siano in contrasto con altre norme costituzionali”*) (sul punto, cfr. L.B. Molinaro, Dopo la Corte europea anche la Cassazione “apre” all’“abuso di necessità”, in www.ildirittoamministrativo.it - Anno XVI - n. 11 - Novembre 2024.

L'assetto ordinamentale delle sanzioni edilizie non è suscettibile di essere ricostruito in termini univoci in ragione della già evidenziata complessità che esiste in relazione ai requisiti di operatività e ai relativi scopi: in esso si inseriscono il delicato rapporto tra potere-dovere dell'Amministrazione pubblica locale nell'esercizio dei poteri di vigilanza e di irrogazione di sanzioni su tutta l'attività edilizia ed urbanistica e delle conseguenze imputabili alla sua inerzia nella repressione degli illeciti urbanistici, ma anche gli eventuali profili di incidenza del decorso temporale sulla parte motiva del provvedimento amministrativo e segnatamente sulle conseguenze della spesso consistente distanza cronologica tra l'intervento abusivo e l'esercizio del potere della pubblica Amministrazione.

Peraltro, vale sottolineare che le fattispecie di illecito edilizio sono per lo più quelle sottoposte al regime di controllo preventivo connesso al necessario previo rilascio del titolo abilitativo.

Oltre all'ipotesi della lottizzazione abusiva, che rappresenta l'illecito urbanistico più grave tra quelli previsti dall'attuale ordinamento, il d.P.R. n. 380/2001 distingue diverse categorie di illecito, individuandone le specifiche caratteristiche e le conseguenti sanzioni.

Una prima categoria, di cui all'art. 31 del predetto decreto, comporta che - accertata la sussistenza dell'illecito - la pubblica Amministrazione emetta un provvedimento col quale ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione.

L'ingiunzione a demolire è sanzione orientata alla *restitutio in integrum* e, segnatamente, all'obiettivo di ristabilire il menomato ordine urbanistico.

La seconda modalità di realizzazione, di carattere residuale, consiste, invece, in un intervento edilizio soltanto parzialmente difforme dal permesso a costruire (art. 34).

Margini di potenziale sovrapposibilità si profilano con riguardo alla fattispecie intermedia dell'intervento realizzato con variazioni essenziali.

Gli interventi soggetti a segnalazione certificata di inizio attività, invece, sono regolati dall'art. 37 T.U.E. che prevede la sola "sanzione pecuniaria".

Come sanzione all'inottemperanza del predetto obbligo di demolizione, oltre che l'irrogazione di una pena pecuniaria, opera un meccanismo analogo a quello previsto per la lottizzazione abusiva: *"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"*.

È prevista poi, ferma restando la rimozione o la demolizione delle opere abusive a spese dei responsabili e a cura di questi ultimi - ovvero a cura del Comune in caso di inerzia dei responsabili - una speciale ipotesi di conversione della sanzione demolitoria con una pena pecuniaria - la c.d. 'fiscalizzazione dell'abuso'.

Secondo la consolidata giurisprudenza la prospettiva funzionale prevalente del complesso sanzionatorio è quello orientato alla restituzione in integro dell'ordine urbanistico violato, riaffermata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 17 ottobre 2017, n. 9, che - aderendo alla tesi meno favorevole per il privato - ha sostanzialmente affermato l'irrilevanza del tempo in cui l'amministrazione adotta il provvedimento di demolizione di un immobile abusivo.

Cercherò, dunque, di riportare gli orientamenti assunti in materia dal C.G.A.R.S. negli ultimi anni, ponendo in evidenza la complessità dei contrastanti interessi secondo due linee direttrici:

- la natura di illecito permanente dell'abuso edilizio in relazione al principio di buona amministrazione;
- l'incidenza sul diritto di proprietà e domicilio delle sanzioni edilizie e la necessaria procedimentalizzazione dell'attività repressiva.

1 - Autotutela speciale e la necessità della motivazione

Con sentenza n. 325 del 26 maggio 2020 il C.G.A.R.S. si è pronunciato su una fattispecie relativa all'esercizio del potere ex art. 39 t.u.e. (annullamento regionale dei permessi di costruire entro 10 anni dal rilascio del titolo e entro 18 mesi dalla notizia della violazione) ed in particolare sulla qualificazione come potere di controllo-vigilanza o di autotutela.

Il Consiglio ha concluso per la definizione di tale potere quale *“autotutela speciale, riconducibile al paradigma dell'art. 21 novies l. n. 241/1990, salva la specialità dei termini di esercizio, che sono di perdurante vigenza”*.

A sostegno di tale conclusione, la sentenza richiama i seguenti fattori:

- l'annullamento dell'atto non è dovuto in presenza di illegittimità, in quanto l'art. 39 cit. configura il potere in termini di discrezionalità (*“possono essere annullati”*);
- l'annullamento non è coercibile da parte del privato o da altro organo dell'Amministrazione.

Da ciò la decisione declina i seguenti principi:

- si tratta nella specie, dunque, di un potere di amministrazione attiva di secondo grado;
- a prescindere, *“È da ritenere quindi che l'art. 21-novies l. n. 241/1990 si debba applicare a tutti i casi in cui la legge attribuisca ad un organo di amministrazione attiva il potere di annullamento di atti amministrativi, a prescindere dalla qualificazione della natura del potere esercitato”*;
- *“Quanto, tuttavia, ai termini per l'esercizio del potere, l'art. 39 t.u.... si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 21-novies l. n. 241/1990, ad esso sopravvenuto, e pertanto di prevalenza: non risulta espressamente abrogato; né sussistono i presupposti esegetici per ravvisare una abrogazione tacita, posto che la legge generale successiva non può abrogare tacitamente la legge speciale anteriore”*;

Infine, ritiene *“fondate...le censure relative al difetto di motivazione, per mancata valutazione comparativa dell'interesse pubblico e privato e mancata enunciazione dell'interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento”*, ribadendo le conclusioni già raggiunte dal parere del medesimo Consiglio n. 67/2017.

Del resto anche il Consiglio di stato, Sez. VI, con la sentenza n. 4822 del 2018 ha statuito che *“Seppure la norma del t.u. edilizia che attribuisce alla Regioni il potere di annullamento straordinario dei titoli edilizi illegittimi non presenta il grado di puntualità, con riferimento ai presupposti che debbono sussistere per l'esercizio corretto del relativo potere, che si riscontra nella lettura della disposizione dell'art. 21-novies l. 241/1990, che contiene i principi generali in materia di atti amministrativi di ritiro di precedenti provvedimenti, appare inevitabile affermare che, comunque, tali prescrizioni debbono essere osservate anche in caso di esercizio del potere di annullamento straordinario dei titoli edilizi, ex art. 39 d.P.R. n. 380/2001, per effetto di una doverosa lettura costituzionalmente orientata della relativa disposizione e quindi rispettosa del principio generale di cui all'art. 97 Cost.”*.

Ed ancora nella stessa motivazione: *“l'eccezionalità del potere in questione non può che essere inteso, in conformità ai canoni costituzionali di cui all'art. 97 Cost. e di ragionevolezza, sulla scorta dei medesimi presupposti che disciplinano l'autotutela della pubblica amministrazione titolare del potere ordinario: sia in termini di interesse pubblico specifico, sia di doverosa valutazione degli interessi e degli eventuali affidamenti, con conseguente necessaria valutazione della situazione di fatto che si viene ad incidere in via straordinaria”*.

È solo mediante un'articolata e completa motivazione che il provvedimento rispetta i requisiti della legittimità.

La motivazione deve essere tanto più congrua quanto più giustificato è il legittimo affidamento dei privati nella stabilità di provvedimenti amministrativi anche in materia di titolo edilizi.

La stabilità dei provvedimenti amministrativi costituisce un valore che acquista una rilevanza sempre maggiore in un sistema che vuole l'agere della pubblica Amministrazione ispirato al principio di correttezza e buon andamento di matrice costituzionale.

Il principio costituzionale dell'art. 97 Cost. fissa un limite al potere discrezionale autoritativo di ritiro.

Tale limite trova fondamento anche nell'art. 3 Cost., su cui si fonda il principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'agire pubblico.

Non si tratta di una preclusione del potere ma di un limite all'esercizio del medesimo, di tipo motivazionale e procedurale che si collega al principio di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, in quanto vieta l'uso scorretto, irragionevole, sproporzionato, del potere pubblico.

Tanto maggiore è l'affidamento dei privati tanto più esaustiva deve essere la motivazione da cui possa desumersi la sussistenza del pubblico interesse che non sia il mero richiamo alla violazione delle regole urbanistiche e l'avvenuta ponderazione e comparazione con i contrastanti interessi di cui sono portatori gli stessi.

L'obbligo di motivazione è ancora più stringente quando le primigenie scelte che hanno ampliato la sfera giuridica dei privati non sono frutto di comportamenti fraudolenti da parte degli stessi ma maturano in un rapporto con la pubblica amministrazione caratterizzato, apparentemente, dalla reciproca buona fede³.

Va da sé che nel caso richiamato ne risultavano travolti anche tutti gli atti conseguenti emanati dal Comune (demolizione e acquisizione).

Tali principi risultano confermati di recente dalla sentenza del C.G.A.R.S. 19 dicembre 2023 n. 890, che, peraltro, richiama l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 18 del 1980 sulla necessità che l'annullamento d'ufficio dell'atto invalido comportando un'alterazione discrezionale del precedente assetto di rapporti stabilito tra l'Amministrazione e i soggetti privati deve contenere una motivazione esauriente, nonché l'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017 che – seppure in modo attenuato non esclude l'onere motivazionale.

2 - Presupposti dei provvedimenti repressivi e oneri procedurali

Ciò non di meno il C.G.A.R.S. ha avuto modo di ribadire il carattere reale della misura ripristinatoria della demolizione e la sua finalizzazione al ripristino dei valori primari, come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2017.

Con sentenza 13 marzo 2024, n. 193, tra molte, il C.G.A.R.S. ha ribadito che l'emissione dell'ordine di demolizione nei confronti anche del proprietario, oltre che nei confronti dell'autore dell'illecito, radica un dovere in capo al primo, consentendogli di attivarsi per ripristinare l'ordine giuridico violato dal responsabile dell'abuso e per evitare di perdere il proprio diritto reale a causa dell'illecito comportamento altrui; ne discende, pertanto, che solo dalla notifica al proprietario, che costituisce il momento certo della avvenuta conoscenza del provvedimento – indipendentemente dalla eventuale relazione parentale tra questo e l'autore dell'abuso – deriva il decorso del termine per adempiere all'ordine demolitorio; è solo dalla medesima notifica devono farsi discendere i termini per l'impugnazione dell'ordinanza.

Ed ancora che in capo all'autore dell'abuso non si consolida alcun legittimo affidamento, giuridicamente tutelabile, idoneo ad inficiare la legittimità dell'ingiunzione a demolire, sicché qualora sia ordinata la demolizione di un immobile abusivo, non è necessaria una particolare motivazione in ordine al tempo trascorso dalla sua realizzazione; inoltre, in materia di repressione degli abusi edilizi vengono in rilievo atti vincolati che non richiedono una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati.

Tuttavia il C.G.A.R.S. ha ancora sottolineato l'importanza del procedimento amministrativo come sede per la comparazione dei diversi interessi, pubblici e privati, coinvolti dall'azione amministrativa.

³ Sito della Giustizia amministrativa - EDILIZIA e urbanistica, PERMESSO di costruire – 2020.

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.

L'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001 stabilisce:

i) al comma 2 che *«[i]l dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata 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, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3.»*;

ii) al comma 3 *«[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, 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.»*;

iii) al comma 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.»*.

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.

Con la sentenza 20 febbraio 2023, n. 148, il C.G.A.R.S. ha evidenziato che: *“dall'estraneità del proprietario agli abusi edilizi commessi sul bene da un soggetto che ne abbia la piena ed esclusiva disponibilità non discende l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione o di riduzione in pristino dello stato dei luoghi, ma soltanto la potenziale inidoneità del provvedimento repressivo a costituire titolo per l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime, sempre che sia accertata la totale estraneità del proprietario e questi si sia attivato al fine di evitare o rimediare all'abuso commesso”*.

E' utile distinguere, dunque, le due ipotesi di ingiunzione, al proprietario e al responsabile dell'abuso⁴. Infatti, la citata disposizione individua, innanzitutto, come legittimo destinatario dell'ordinanza di demolizione il proprietario; 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.

⁴ Sul punto Rassegna monotematica di giurisprudenza a cura di Laura Marzano – 10 maggio 2024 abusi edilizi: tipologie, conseguenze e rimedi.

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; peraltro la norma risponde alla necessità di identificare, con certezza, il soggetto incaricato di rimuovere l'abuso.

Ne discende che, 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 sia o meno responsabile di tale illecito.

Si è 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: sicché sia il soggetto che abbia la titolarità a eseguire l'ordine ripristinatorio, ossia in virtù del diritto dominicale il proprietario, che il responsabile dell'abuso sono destinatari della sanzione reale del ripristino dei luoghi; il soggetto passivo dell'ordine di demolizione viene, quindi, individuato nel soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso, potere 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 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”* (cfr. Cons. Stato, sez. II, 12 settembre 2019, n. 6147).

In aggiunta, la natura reale della sanzione demolitoria comporta che la legittimazione passiva non richieda la necessità di accertare alcun profilo di responsabilità personale in ordine all'accertato abuso ... L'interesse pubblico alla rimozione dell'illecito edilizio è in re ipsa e non può ammettersi nessun legittimo affidamento alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il tempo non può avere legittimato, con la conseguenza che, ove sussistano i presupposti per l'adozione del provvedimento di demolizione, la sanzione ripristinatoria costituisce atto dovuto (cfr. Cons. Stato, ad plen., n. 9 del 2017)” (Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 300).

Di particolare rilievo il parere delle Sez. riun. del C.G.A.R.S. 10 gennaio 2023, n. 81, che pronunciandosi sul caso di successione nella titolarità del bene abusivamente realizzato, nel quale l'attuale proprietario dell'immobile non sia, quindi, il responsabile dell'abuso, ha fatto il punto sulla specificità delle sanzioni edilizie.

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. 689/1981, 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”.

Ciò in quanto – come si è detto - l'ordine di demolizione segue la *res* e produce effetti 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.

La particolarità della fattispecie esaminata derivava dall'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 era stato notificato all'attuale proprietario, bensì al suo dante causa quando ancora era in vita.

Ricorda il parere che “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., ordinanza n. 82 del 15 febbraio 1991).

Al riguardo 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., sentenza 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”.

Tale conclusione ermeneutica risulta, peraltro, confermata dall’art. 17, comma 1, lett. q-bis della l. n. 164 del 2014 di conversione, con modificazione, del d.l. n. 133 del 2014, che ha inserito nell’art. 31 del d.P.R. n. 380/2001 tre nuovi commi che prevedono una sanzione pecuniaria accessoria da aggiungersi, in caso di mancata demolizione, all’acquisizione gratuita, che rimane la sanzione principale.

La questione esaminata, ancora, presupponeva la soluzione 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.

Il parere (antecedente alla sentenza dell’Adunanza Plenaria 11 ottobre 2023 n. 16) precisava che “In materia questo Consiglio 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 (cfr. Cons. St., sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380).» (Cgars, sentenza n. 876/2022, che richiama la precedente sentenza Cgars n. 373/2022).

Nelle citate sentenze n. 876 e 372 del 2022 è stato chiarito che «[a]nche 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. 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 (Corte di cassazione, sezione seconda civile, sentenza 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.

Infatti, in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità non solo, come evidenziato da questa Corte, impone 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 (sentenza n. 5 del 2021), ma deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo 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 PA di cui all'art. 97 Cost.” (Corte cost., 12 luglio 2021 n. 151)”.’.

Sulla scorta dei principi affermati dalla Corte costituzionale (sia pur in riferimento all'abrogato art. 7, comma 3, della l. n. 47 del 1985) (15 luglio 1991, n. 345) il parere faceva riferimento a quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa sulla necessità di un elemento soggettivo almeno di carattere colposo da parte del soggetto proprietario che subisce la sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale anche orientato ai 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 (*in terminis*, Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2021, n. 7380).

Corre l'obbligo di ricordare che - come è noto - interveniva la già evocata Adunanza Plenaria 11 ottobre 2023, n. 16, che ha affermato – tra l'altro, che:

- 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;

- 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);

- 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.

Non può neppure omettersi di sottolineare che tale decisione – nella parte motiva - precisa che: “*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.

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).

19.6. In considerazione di tale natura affittiva, ritiene l'Adunanza Plenaria che vada affermato in materia anche il principio per il quale deve esservi l'imputabilità dell'illecito omissivo della mancata ottemperanza.

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).

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”.

Nel richiamato parere inoltre, il C.G.A.R.S. ha avuto modo di precisare la sequenza procedimentale – di accertamento e di irrogazione - sottesa all'acquisizione al patrimonio comunale: l'atto 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.

Orbene, dunque, seppure 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 (come precisato dall'Adunanza Plenaria appena citata), la sanzione della perdita della proprietà per inottemperanza all'ordine di demolizione, non può prescindere da 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.

Al riguardo, giova ricordare che 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 necessita che in esso siano esattamente individuate ed elencate le opere e le relative pertinenze urbanistiche, che costituisce titolo per l'immissione in possesso dell'opera e per la trascrizione nei registri immobiliari.

Non può nascondersi, che sussistono, dunque, ancora di difficoltà nell'esatta perimetrazione dell'istituto quanto all'automaticità della traslazione della proprietà.

Particolare è la questione esaminata dalle Sezioni riunite del C.G.A.R.S. in occasione del parere n. 71 del 13 febbraio 2023 relativa all'ipotesi in cui l'ordine di demolizione sia notificato ad uno soltanto dei coniugi comproprietari, secondo cui: - 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.R.S., Sez. riun., 2 dicembre 2015, n. 1184);

- 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 che: *“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);

- 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.

Va ancora ricordato che più di recente – in linea con i principi espressi dall'Adunanza Plenaria – la Sezione giurisdizionale del C.G.A.R.S., 16 gennaio 2024, n. 15 ha affermato che *“Decorso infruttuosamente il termine di 90 giorni, legislativamente previsto per la demolizione, il bene abusivo è ipso jure acquisito al patrimonio comunale con la conseguenza che 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; pertanto, la legittimazione attiva e il correlato interesse ad agire, del proprietario ablati, sono limitati alla richiesta di provvedere a propria cura e spese alla demolizione mentre ogni altra richiesta è priva di interesse”.*

Merita menzione il parere delle Sez. riun., 23 ottobre 2020, n. 277, con cui si è ribadito che l'ordinanza di demolizione che abbia per oggetto un immobile sequestrato in sede penale non è nulla, ma perfetta e valida, seppur temporaneamente priva di esecutività e, quindi, non suscettibile di esecuzione finché mantiene efficacia il sequestro.

Con riguardo all'individuazione dell'area di sedime il C.G.A.R.S., con sentenza 28 febbraio 2024, n. 158 ha sottolineato che l'esatta individuazione dell'area di sedime da acquisire in caso di mancata ottemperanza alla ingiunzione di demolizione, è necessaria solo ai fini dell'emanazione dell'atto di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e di acquisizione dell'area al patrimonio del comune; pertanto, l'art. 31, comma 2, d.P.R. n. 380/2001, a mente del quale nella ingiunzione di demolizione delle opere abusive il dirigente o il responsabile competente indica l'area oggetto di acquisizione gratuita a favore del Comune, deve dunque intendersi nel senso che con l'ingiunzione di demolizione si deve avvisare il responsabile dell'abuso circa il fatto che la mancata rimozione delle opere abusive entro il termine di novanta giorni comporta, a favore del Comune, il trasferimento della proprietà del sedime interessato dalle opere abusive nonché dell'ulteriore area necessaria per la realizzazione di opere analoghe; peraltro, la mancanza di detto avviso comporta non già l'illegittimità dell'ordine di demolizione quanto, piuttosto, il mancato passaggio del sedime al patrimonio del Comune nel caso di mancata rimozione delle opere abusive entro il termine di novanta giorni, dovendosi considerare l'avviso di che trattasi quale elemento costitutivo di questa particolare fattispecie acquisitiva a favore del patrimonio del Comune; la specifica indicazione dei confini dell'area oggetto di acquisizione gratuita a favore del Comune deve, quindi, essere effettuata nel successivo atto di accertamento della inottemperanza all'ordine di demolizione, atto avverso il quale l'interessato può ricorrere, sia per contestare i confini dell'area siccome non rispondenti ai criteri indicati all'art. 31, comma 3, d.P.R. n. 380/2001, sia per contestare, più in generale, il mancato inveroamento di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie traslativa in questione, in particolare in ragione dell'assenza, nella ingiunzione di demolizione, dell'avviso predetto.

Ancora con la sentenza 25 gennaio 2024, n. 70, si è precisato che la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'Amministrazione nella fase esecutiva del procedimento, successiva e autonoma rispetto all'ordine di demolizione, nella quale le parti possono dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato, presupposto per l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria, con la conseguenza che tale valutazione non rileva ai fini della legittimità dell'originario ordine di demolizione.

Quanto all'applicazione della sanzione pecuniaria in sostituzione di quella demolitoria, il C.G.A.R.S. ha evidenziato che essa costituisce una possibilità applicabile solo agli abusi meno gravi riferibili all'ipotesi della parziale difformità dal titolo abilitativo (in ragione del minor pregiudizio causato all'interesse urbanistico) e dell'annullamento del permesso di costruire; viceversa, con riferimento alle ipotesi di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, la sanzione della demolizione e della riduzione in pristino rimane l'unica applicabile, quale strumento per garantire l'equilibrio urbanistico violato; nel caso in cui il manufatto è stato interamente realizzato in mancanza del titolo abilitativo, esso non rientra quindi nell'ambito applicativo dell'art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001, anche in ragione del fatto che il concetto di parziale difformità presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio rilasciato dall'autorità amministrativa, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle previste e autorizzate a livello progettuale, come si desume in negativo dall'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001.