



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 72 del 30 maggio 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

La sesta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria il compito di dirimere il contrasto interpretativo sulle conseguenze sanzionatorie dell'inottemperanza all'ordine di demolizione e della realizzazione di fabbricati abusivi.

Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 19 aprile 2023, n. 3974 – Pres. Simonetti, Est. Ravasio.

Vanno sottoposti all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato i seguenti quesiti:

Edilizia e urbanistica – Abuso edilizio – Ordine di demolizione – Inottemperanza – Effetto traslativo – Automaticità – Deferimento all'Adunanza plenaria.

1) se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentate in materia edilizia abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione. (1)

Edilizia e urbanistica – Abuso edilizio – Sanzione amministrativa pecuniaria – Presupposti – Deferimento all'Adunanza plenaria.

2) se l'art. 31, comma 4 bis, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentate in materia edilizia, sanzioni l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, id est, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione. (2)

Edilizia e urbanistica – Abuso edilizio – Ordine di demolizione – Inottemperanza – Illecito amministrativo – Natura – Deferimento all'Adunanza plenaria.

3) se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti. (3)

Edilizia e urbanistica – Abuso edilizio – Ordine di demolizione – Inottemperanza – Acquisizione gratuita – Ipso iure – Deferimento all'Adunanza plenaria.

4) Se la sanzione di cui all'art 31 comma 4 bis del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della legge 11 novembre 2014, n. 164, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del comune costituisca un effetto del tutto automatico. (4)

(1 - 4) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la sesta sezione del Consiglio di Stato sollecita l'intervento nomofilattico dell'Adunanza plenaria per risolvere tre tradizionali questioni – che da quasi cinquant'anni dividono la dottrina e la giurisprudenza – e una più recente, in ordine alle conseguenze dell'inottemperanza dell'ordinanza di demolizione emessa a fronte della doverosa attività di vigilanza sulla regolarità dell'edificato attribuita ai comuni ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001. L'intervento dell'Adunanza plenaria, anche in ragione della serialità e della rilevanza numerica dei giudizi incentrati su tali questioni, appare funzionale alla rapida e prevedibile definizione di tale tipologia di contenzioso.

II. – La controversia sulla quale si innestano le suesposte questioni interpretative – per quanto necessario (anche sotto il profilo delle coordinate temporali) all'ordinata esposizione delle argomentazioni spese dall'ordinanza di deferimento – può così riassumersi:

- a) nel giudizio di primo grado proposto dinanzi al T.a.r. per la Campania avverso un provvedimento emesso (il 18 novembre 2015) a seguito dell'accertata inottemperanza di un'ordinanza di demolizione di opere abusive (notificata il 4 aprile 2014) e portante sia l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale di tali opere e dell'area di sedime sia l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001:

- a1) parte ricorrente ha lamentato l'illegittimità della sanzione amministrativa pecuniaria applicata stante: i) la violazione del principio di irretroattività, giacché il termine di novanta giorni per ottemperare all'ordine di demolizione previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001 era spirato, il 3 luglio 2014, ossia precedentemente all'entrata in vigore all'art. 31, comma 4-bis, del medesimo d.P.R., introdotto, in sede di conversione, all'art. 17, comma 6, lett. q-bis) del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito (con modificazioni), dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 entrata in vigore il 12 novembre 2014 (ossia – come previsto dall'art. 1, comma 2,

della legge di conversione – il giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, 11 novembre 2014, n. 262); *ii*) la sua totale estraneità agli abusi edilizi oggetto dell'ordinanza di demolizione;

- a2) il T.a.r. adito ha rigettato il ricorso in ragione: *i*) della natura di illecito permanente della condotta omissiva di inottemperanza all'ordinanza di demolizione, in quanto allo scadere del termine di novanta giorni non si estingue l'obbligo di rimuovere le opere, potendo il destinatario dell'ingiunzione procedere anche successivamente a tale scadenza, sicché la condotta omissiva sanzionata si protrae fino alla rimozione della situazione di illiceità, con conseguente applicabilità di tutte le norme entrate in vigore nel periodo di sua permanenza; *ii*) della valenza oggettiva e reale dell'ordine demolitorio con conseguente obbligo in capo al proprietario – anche incolpevole – di eseguirlo e di sottostare – in caso di accertata inottemperanza – alla sanzione amministrativa pecuniaria;
- b) avverso la sentenza del giudice di primo grado, è stato interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato in relazione al quale:
- b1) l'appellante (originaria parte ricorrente nel giudizio di primo grado) ha rilevato: *i*) l'erronea qualificazione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione come illecito avente natura permanente, in ragione dell'orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. VI, 12 maggio 2022, n. 3760) secondo cui, allo scadere del termine di novanta giorni, le opere abusive (e l'area di sedime) vengono acquisite gratuitamente ed automaticamente al patrimonio comunale, con conseguente perdita della disponibilità del bene da parte del privato e impossibilità di procedere alla demolizione di opere ormai di proprietà comunale; *ii*) la conseguente inapplicabilità di una sanzione amministrativa pecuniaria legislativamente introdotta dopo la definitiva consumazione dell'illecito amministrativo omissivo sopraindicato;
- b2) la VI sezione, rinvenendo l'esistenza di contrasti giurisprudenziale su una pluralità di questioni preliminari per la decisione sul primo motivo di appello così come riportate nelle anzidette massime, ne ha deferito l'esame alla Plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.

III. Nel rimettere le questioni all'Adunanza plenaria, il Consiglio di Stato:

- c) ha preliminarmente osservato come la soluzione della questione sulla natura dell'illecito – la cui condotta omissiva è integrata dalla mancata ottemperanza all'ordine di demolizione – contemplato dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001:
- c1) incida sul regime sanzionatorio, in particolare sul punto dell'applicabilità della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 380

del 2001 alle ordinanze di demolizione emesse prima della entrata in vigore della norma;

c2) presupponga una riflessione sulla natura, a sua volta, dell'atto di acquisizione gratuita al patrimonio del comune;

d) ha richiamato il già citato d.l. n. 133 del 2014, conv., con mod., dalla l. n. 164 del 2014 che ha modificato l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 inserendovi i commi 4-bis, ter e quater, che così recitano: *"4-bis. L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti. La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima. La mancata o tardiva emanazione del provvedimento sanzionatorio, fatte salve le responsabilità penali, costituisce elemento di valutazione della performance individuale nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.*

4-ter. I proventi delle sanzioni di cui al comma 4-bis spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico.

4-quater. Ferme restando le competenze delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano, le regioni a statuto ordinario possono aumentare l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione";

e) ha ricordato come – relativamente alla natura e finalità dell'illecito introdotto dalla normativa appena richiamata – si siano formati due orientamenti:

e1) un primo indirizzo secondo cui l'illecito in esame è volto a sanzionare il mancato ripristino della conformità urbanistico-edilizia violata dall'opera abusiva (*id est*: l'abuso edilizio – fino al ripristino dello *"status quo ante"* – costituirebbe l'illecito permanente che la norma mira a sanzionare), e, quindi, sia applicabile anche agli abusi antecedenti e (ancora) persistenti alla entrata in vigore della normativa: i) Cons. Stato, sez. II, 14 febbraio 2023, n. 1537, secondo cui *«Gli abusi edilizi hanno natura di illeciti permanenti in quanto la lesione dell'interesse pubblico all'ordinato e programmato assetto urbanistico del territorio si protrae nel tempo sino al ripristino della legittimità violata. Da ciò consegue che la mancata esecuzione dell'ordinanza di demolizione proseguita dopo l'entrata in vigore del comma 4-bis dell'art. 31, D.P.R. 380/2001, imponeva l'applicazione della sanzione pecuniaria da quest'ultimo prevista, senza che ciò implicasse violazione dell'invocato principio di irretroattività delle norme che introducono misure sanzionatorie»*; ii) Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2019, n. 2484, secondo cui: *"Per pacifica giurisprudenza gli abusi edilizi hanno natura*

di illeciti permanenti in quanto la lesione dell'interesse pubblico all'ordinato e programmato assetto urbanistico del territorio si protrae nel tempo sino al ripristino della legittimità violata [...] Da ciò consegue che la mancata esecuzione dell'ordinanza [di demolizione] proseguita dopo l'entrata in vigore del menzionato comma 4-bis, imponeva l'applicazione della sanzione da quest'ultimo prevista, senza che ciò implicasse violazione dell'invocato principio di irretroattività delle norme che introducono misure sanzionatorie.”;

- e2) per diverso orientamento (indicato dall'ordinanza come prevalente), invece, l'art. art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 sanziona una specifica condotta omissiva, consistente nel non ottemperare alla rimessione in pristino dopo aver ricevuto il relativo ordine (*id est*: la mancata e persistente inottemperanza all'ordine di demolizione sarebbe l'illecito permanente che la norma mira a sanzionare): i) Cons. Stato, sez. VI, 25 luglio 2022, n. 6519, secondo cui: «*la norma sanziona non tanto l'abuso edilizio ma l'inottemperanza dell'ordinanza di demolizione, che integra un illecito permanente*»; ii) Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5242, ove si afferma che il citato art. 31, comma 4-bis, «*non [sanziona] la realizzazione della costruzione abusiva, bensì la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione*»;
- f) ha constatato l'esistenza di un'ulteriore contrasto giurisprudenziale con riguardo all'applicabilità della sanzione in esame per situazioni concernenti a ordinanze di demolizione che – seppure adottate e portanti un termine di adempimento spirato prima della entrata in vigore dell'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 – siano rimaste non ottemperate anche successivamente a tale momento, giacché:
- f1) secondo un orientamento giurisprudenziale (che si afferma quasi unanime e a cui l'ordinanza in rassegna aderisce) favorevole all'applicabilità – in tali casi – della sanzione amministrativa pecuniaria: i) l'inottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un illecito avente natura permanente che si protrae fino alla cessazione della situazione di illiceità, in quanto lo scadere del termine di novanta giorni dalla notifica dell'ordine di demolizione non determina il venir meno dell'obbligo di rimuovere le opere abusive (Cons. Stato, sez. VII, 28 dicembre 2022, n. 11397, sez. VI, 25 luglio 2022, n. 6519, 24 luglio 2019 n. 5242); ii) l'interesse tutelato dalle previsioni sanzionatorie in questione non viene meno per il decorso del termine per procedere alla demolizione (subendo anzi un *vulnus* crescente dal protrarsi nel tempo dell'inottemperanza) che non preclude la possibilità, per il soggetto responsabile, di procedere, seppur tardivamente, alla demolizione (Cass. civ., sez. II, 19 luglio 2022, n. 22646); iii) la natura permanente dell'obbligo di ripristino emergerebbe da quanto enunciato nell'art. 31, comma 4-quater, del d.P.R. n. 380 del 2001, il quale, nel prevedere il potere delle regioni a statuto ordinario di “*aumentare l'importo delle*

sanzioni amministrative pecuniarie previste dal comma 4-bis e stabilire che siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione", presuppone la permanenza di l'obbligo di ripristino, a carico del privato, anche allo scadere del termine indicato nell'ordine di demolizione;

f2) per un orientamento (minoritario), invece, si è ritenuta la natura istantanea dell'illecito, facendone conseguire la non applicabilità della norma alle ordinanze per le quali il termine di adempimento fosse già scaduto alla data di entrata in vigore dell'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 (T.a.r. per il Piemonte, sez. II, 4 maggio 2021, n. 458, T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 22 gennaio 2020, n. 189, Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 19 gennaio 2018, n. 178)

g) dichiara di nutrire, invece, perplessità, quanto alla qualificazione della condotta in esame come illecito permanente, anziché istantaneo con effetti permanenti, poiché:

g1) la condotta di inottemperanza sanzionata dall'art. 31, comma 4-bis, si riferisce all'ingiunzione di demolizione di cui al precedente comma 2, emergendo la sua natura omissiva legata alla scadenza di un termine, il quale deve considerarsi perentorio in considerazione degli effetti, di natura sostanziale, assai gravi che scaturiscono dalla violazione di esso e che (secondo l'orientamento di gran lunga prevalente, sul quale si tornerà) sono stabiliti al comma 3, ovvero l'automatica acquisizione del bene e dell'area di sedime al patrimonio del comune;

g2) la giurisprudenza penale, in tema di reato omissivo "proprio", ne ha individuato la definitiva consumazione (rilevante ai fini della decorrenza della prescrizione, ecc.) con il superamento del termine perentorio entro il quale va compiuta la condotta doverosa, risultando irrilevante, se non per l'eventuale aggravamento degli effetti del reato, il successivo perdurare della omissione (Cass. pen., sez. III, 14 dicembre 2010, n. 615, sez. V, 14 febbraio 2020, n. 12929, sez. III, 12 giugno 2019, n. 36387, 28 febbraio 2019, n. 25541);

g3) con riferimento all'inottemperanza di ordini dell'autorità – art. 650 c.p. – la giurisprudenza penale ha distinto le ipotesi nelle sia stato quali «*fissato un termine perentorio all'adempimento dell'ordine, da quelle nelle quali non ne ha fissato, nè direttamente, nè indirettamente, alcuno, ovvero il termine, quantunque fissato, non è perentorio. Nel primo caso l'agente deve ottemperare all'ordine entro il termine perentorio, scaduto il quale la situazione antigiuridica prevista dalla norma incriminatrice si è irrimediabilmente verificata, sicché l'eventuale adempimento successivo non ha alcuna rilevanza al fine di escludere la sussistenza del reato, che ha natura istantanea e la cui prescrizione comincia a decorrere dal*

termine fissato. In tutti gli altri casi nei quali l'agente, anche dopo la scadenza del termine, ove fissato dall'Autorità, può validamente far cessare la situazione anti giuridica sanzionata dalla norma incriminatrice, dando esecuzione, con un comportamento attivo, all'ordine ricevuto, il reato ha natura permanente che cessa allorché, appunto, l'agente dà esecuzione all'ordine» (Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 2022, n. 30805);

- g4) il termine di novanta giorni entro il quale deve essere ottemperata l'ingiunzione di demolizione deve considerarsi perentorio per la ragione che (sempre secondo l'orientamento di gran lunga prevalente) la sua scadenza – nel sistema delineato dell'art. 31, commi 2, 3 e 4 del d.P.R. n. 380 del 2001 – comporta l'automatico (“di diritto” afferma il comma 2) trasferimento della proprietà del bene abusivo e dell'area di sedime al patrimonio comunale (Cons. Stato, sez. VI, 12 maggio 2022, n. 3760), sicché il verbale di accertamento dell'inottemperanza – in mancanza di un diversa indicazione normativa – è utile solo ai fini di costituire il Comune nel possesso dei beni e per trascrivere il passaggio di proprietà nei pubblici registri, adempimento, quest'ultimo, che notoriamente (fuori dai territori in cui vige il sistema tavolare,) non ha efficacia costitutiva e che presuppone il già avvenuto trasferimento;
- g5) a conferma di tale impostazione, il Consiglio di Stato ha in passato affermato la natura meramente dichiarativa del provvedimento che dispone l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale, nonché l'irrilevanza dell'eventuale adempimento tardivo al fine di evitare il trasferimento della proprietà a favore del Comune: v. Cons. Stato sez. V, 11 luglio 2014, n. 3565 secondo cui «qualora l'ordinanza di demolizione sia eseguita tardivamente, l'Amministrazione deve emanare il provvedimento dichiarativo di acquisizione (di un bene ormai suo), anche se risulti che l'ordinanza sia stata eseguita dopo la scadenza del termine di novanta giorni»;
- g6) è stata altresì sancita l'illiceità della demolizione eseguita dal privato successivamente a tale passaggio di proprietà, in quanto il Comune potrebbe decidere di non demolire l'opera esercitando le prerogative attribuitegli dal comma 5 dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, in base al quale l'opera acquisita è demolita salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici: v. Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2002, n. 7030 (in *Foro amm.* CDS, 2003, 1947, con nota di CREPALDI, *Il carattere sanzionatorio dell'ordine di demolizione.*), secondo cui «La demolizione eseguita dall'autore dell'abuso successivamente al decorso del termini di novanta giorni per ottemperare alla demolizione stessa, è illegittima, poiché interviene su un bene non più nella disponibilità dell'autore dell'abuso, ma

impedisce anche all'amministrazione, che è il nuovo titolare del bene, di utilizzarlo in modo conforme ai suoi fini.»;

- g7) quanto fin qui esposto, depotenzia l'argomento, portato a dimostrazione della natura permanente dell'illecito in esame, secondo cui lo scadere del termine per l'ottemperanza non comporterebbe il venir meno, per il soggetto responsabile, della concreta possibilità di procedere, seppur tardivamente, alla demolizione;
- g8) coerente con l'effetto traslativo automatico fin qui descritto, è ritenuta anche la previsione dell'art. 36, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 la quale consente la presentazione della istanza di accertamento di conformità *"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"* che – stante la preesistenza della disposizione rispetto all'introduzione del più volte citato comma 4-bis – non può che riferirsi alle previgenti forme di sanzione amministrativa pecuniaria previste all'art. 34 o all'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, regolanti fattispecie differenti rispetto a quella contemplata all'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001;
- g9) predicata l'automatica acquisizione gratuita in capo al Comune alla scadenza del termine per ottemperare all'ordinanza di demolizione relativamente agli abusi contemplati dal citato art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, non dovrebbe risultare più nemmeno possibile, per il privato, presentare l'istanza per l'accertamento di conformità ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, in coerenza con la perdita di legittimazione conseguente alla perdita di proprietà del bene immobile;
- g10) al cospetto delle disposizioni in esame – in particolare alla luce anche della previsione di cui al comma 2 dell'art. 31 secondo cui *"nel provvedimento (si indica) l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3"*, previsione che non era presente nel previgente art. 7 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 – che non possa essere messa in dubbio l'acquisizione automatica per quanto riguarda il manufatto e l'area di sedime, sebbene il successivo accertamento dell'inottemperanza richieda pur sempre la verifica della *"volontarietà"* dell'inadempimento;
- g11) dell'automaticità dell'effetto acquisitivo può dubitarsi solo con riferimento concernente l'ulteriore area (la cui individuazione implica una valutazione tecnica e discrezionale) *"necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive"* e la cui estensione *"non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita"*, ipotizzandosi in tali casi: i) comunque l'automaticità dell'effetto traslativo in quanto il richiamo alla natura pertinenziale dell'area rispetto al manufatto oggetto di demolizione e limite quantitativo della stessa

circoscrivono e individuano sufficientemente l'oggetto dell'atto, similmente a quanto previsto per considerare valida la vendita di cosa rimessa alla determinazione del terzo (cfr. Cass. civ., sez. II, 2 dicembre 2013, n. 26988); ii) l'automaticità dell'effetto *ex post*, ossia decorrente dalla notifica del verbale di accertamento dell'inottemperanza, limitatamente all'acquisizione facoltativa; iii) la possibilità di inquadrare (per tenere insieme l'uno e l'altro aspetto, e per fugare una possibile contraddittorietà di fondo che in parte discende dallo stesso dato normativo) l'acquisizione gratuita nei termini di una fattispecie a formazione progressiva, ovvero di una sequenza di fatti e di atti, non tutti ad effetti dichiarativi, attraverso i quali dall'inottemperanza si giunge per gradi all'acquisizione al patrimonio comunale e un bene in origine privato diventa (può diventare) di proprietà pubblica;

- g12) in un simile contesto, un eventuale intervento del privato finalizzato alla rimozione del manufatto abusivo, anche prima della formalizzazione del possesso in capo all'amministrazione comunale (ma comunque dopo la scadenza dei 90 giorni), non potrebbe prescindere da preventivi contatti con questa ultima, che, in qualità di proprietaria del bene, potrebbe decidere di mantenerlo e di darvi una diversa destinazione, ai sensi dell'art. 31, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001; questa ultima previsione, inoltre, assegna il potere di demolizione, dopo l'acquisizione, al dirigente del competente ufficio comunale;
- g13) quindi, il potere del privato di intervenire, dopo la scadenza dei 90 giorni, per demolire spontaneamente il manufatto abusivo, sarebbe giuridicamente cessato, poiché si tratterebbe semmai dell'esercizio mediato di un potere che inequivocabilmente l'art. 31, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001 attribuisce a quel punto all'amministrazione, non venendo meno un interesse residuale del privato a farsi parte diligente, o comunque a collaborare con l'amministrazione, nella misura in cui l'adempimento, ancorché tardivo, all'ordine di demolizione varrebbe ad evitare per il privato conseguenze più gravi, quali la perdita anche dell'area ulteriore rispetto a quella di sedime;
- g14) in senso contrario alla tesi per cui il privato non avrebbe più un potere di demolire in via unilaterale non sembra militare l'argomento che fa leva sul persistente interesse del comune, e più in generale della collettività, ad ottenere – senza costi anticipati dall'ente locale – l'ottemperanza della ingiunzione di demolizione, tenuto conto che: i) il suddetto interesse è tutelato dalla possibilità, per il comune, di procedere direttamente alla esecuzione in danno una volta divenuto proprietario del bene e dell'area di sedime; ii) la sostenibilità degli oneri economici è stata resa concreta dalla

previsione, pure introdotta nel corpo dell'art. 31 dal d.l. n. 133 del 2014, conv. con mod., dalla l. n. 164 del 2014, secondo cui *"I proventi delle sanzioni di cui al comma 4-bis spettano al comune e sono destinati esclusivamente alla demolizione e rimessione in pristino delle opere abusive e all'acquisizione e attrezzatura di aree destinate a verde pubblico."*;

- g15) appare ininfluenza, ai fini interpretativi, la possibilità prevista dal legislatore statale, per le regioni a statuto ordinario, di stabilire che le sanzioni di cui al comma 4-bis siano periodicamente reiterabili qualora permanga l'inottemperanza all'ordine di demolizione, trattandosi di una possibilità: i) meramente eventuale, che in teoria può essere declinata in vari modi, ii) comunque conciliabile con l'efficacia permanente dell'illecito in funzione di rafforzamento della valenza dissuasiva della norma sanzionatoria, essendo numerosi nell'ordinamento gli illeciti per i quali è previsto un trattamento sanzionatorio che si aggrava automaticamente col passare del tempo, nonostante sia incontestabile il carattere istantaneo dell'illecito o la già avvenuta cessazione della permanenza; si vedano le sanzioni previste agli artt. 1, 2 e 5 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, connesse alla violazione di alcuni dei maggiori adempimenti fiscali, in relazione alle quali il ritardo nell'adempimento sino a una certa data fa scattare una sanzione di minor entità, mentre oltre tale data scatta automaticamente il trattamento sanzionatorio più grave;
- g16) l'ulteriore argomento a favore della natura istantanea, con effetti permanenti, dell'illecito di cui all'art. 31, comma 4-bis del d.P.R. n. 380 del 2001, risiede nel fatto che alla relativa sanzione si riconosce natura afflittiva e non ripristinatoria, con conseguente applicazione del regime previsto per le sanzioni pecuniarie dalla l. 24 novembre 1981, n. 689: v. in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2022 n. 7023 secondo cui *«Alla luce di tali rilievi, la sanzione ex art. 31, comma 4 bis, DPR n. 380/01, in quanto indipendente dal valore del bene abusivo da demolire (in funzione ripristinatoria dell'ordine giuridico violato), ma discrezionalmente determinata dall'Amministrazione tra un importo minimo e massimo definito dal legislatore (rispettivamente pari a 2.000,00 e 20.000,00, salvo il caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27 [del d.P.R. n. 380 del 2001], per i quali la sanzione è applicata nella misura massima), si traduce nell'infrazione di un sacrificio economico non correlato al profitto ricavato dall'illecito; il che manifesta la sua funzione accentuatamente dissuasiva, tale da ricondurla al novero delle sanzioni afflittive.»*;
- g17) la natura quasi-penale dell'illecito in esame dovrebbe costituire, allora, un ulteriore argomento per qualificarlo in maniera coerente ed omogenea rispetto alle condotte omissive, sanzionate con la scadenza di un termine, che il legislatore ha qualificato quali fatti di reato, di cui sopra si è detto, e

che la giurisprudenza penale qualifica quali reati istantanei, con effetti permanenti.

IV. – Per completezza, si segnala:

- h) con riferimento all'evoluzione normativa e la trasformazione da discrezionale a vincolato del potere amministrativo di ingiungere la demolizione di manufatti abusivi si segnalano i seguenti mutamenti della disciplina: i) ampiamente discrezionale (dal 31 ottobre 1942 al 30 agosto 1967) v: art. 32 della legge 17 agosto 1942, n. 1150 secondo cui *"Nel caso di lavori iniziati senza licenza o proseguiti dopo l'ordinanza di sospensione il podestà può, previa diffida e sentito il parere della sezione urbanistica compartimentale ordinare la demolizione a spese del contravventore senza pregiudizio delle sanzioni penali."*; ii) vincolato con clausola tecnica "elastica" in ordine alla concreta eseguibilità (dal 1° settembre 1967 al 29 gennaio 1977) v. art. 13 della legge 6 agosto 1967, n. 765 secondo cui: *"Qualora non sia possibile procedere alla restituzione in pristino ovvero alla demolizione delle opere eseguite senza la licenza di costruzione o in contrasto con questa, si applica in via amministrativa una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'Ufficio tecnico erariale."*; iii) totalmente vincolato (dal 30 gennaio 1977 sino ad oggi), in ragione della formulazione dell'art. 15, comma 3, della legge 28 gennaio 1977, n. 10 – secondo cui *"Le opere eseguite in totale difformità o in assenza della concessione debbono essere demolite, a cura e spese del proprietario, entro il termine fissato dal sindaco con ordinanza."* – del successivo art. 7 della l. n. 47 del 1985 – secondo cui *"il sindaco, accertata l'esecuzione di opere in assenza di concessione, in totale difformità dalla medesima ovvero con variazioni essenziali, [...] ingiunge la demolizione"* – e, (dell'attualmente in vigore), art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 – secondo cui *"Il 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, [...] ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione"*;
- i) sulla natura dell'ordinanza di demolizione della P.A.:
- i1) nella giurisprudenza amministrativa: v. Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9, (in *Foro it.*, 2018, III, 5, con nota di TRAVI, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 67, con nota di TRIMARCHI, in *Riv. giur. edilizia*, 2018 113, con nota di DROGHINI-STRAZZA, *L'ordinanza di demolizione degli abusi edilizi tra tempo, legittimo affidamento e obbligo di motivazione*, in *Foro amm.*, 2018, 790, con nota di LO CURTO, *La ritrosia della giurisprudenza amministrativa nell'applicazione del binomio tempo-motivazione alla luce dei principi di legittimo affidamento e certezza del diritto*, nonché oggetto della relativa News US del 27 ottobre 2017);
- i2) nella giurisprudenza sovranazionale con riguardo al principio di proporzionalità: cfr. Corte europea diritti dell'uomo, sez. III, 11 aprile 2023,

n. 30782/16, *Simonova*, sez. V, 21 aprile 2016, n. 46577/15, *Ivanova*, in *Urb. app.*, 2016, 1317, con nota di A. SCARCELLA, *compatibile con la C.E.D.U. l'ordine di demolizione?*;

i3) in dottrina: G. MARI, *L'acquisizione di diritto ex art. 31 t.u. edilizia nei confronti dell'attuale proprietario del bene erede del responsabile dell'abuso*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, n. 419 evidenzia come all'ordinanza di demolizione venga riconosciuta natura ripristinatoria (e non affittiva) in quanto rivolta al ricostituzione dell'assetto urbanistico e territoriale violato, in una prospettiva di restaurazione dell'interesse pubblico compromesso dall'abuso, così potendosi applicare: i) in conformità al principio generale *tempus regit actum*, il regime normativo vigente al momento dell'irrogazione della sanzione, non già quello in vigore all'epoca di realizzazione dell'opera abusiva: Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2000 n. 2544; ii) senza l'accertamento dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) del soggetto cui si imputa la realizzazione dell'abuso e, dall'altro lato; iii) anche al proprietario non responsabile della condotta illecita; TANDA, *L'Adunanza Plenaria n. 9/2017 si pronuncia sul ruolo del fattore tempo nell'esercizio del potere repressivo della p.a. in materia urbanistico-edilizia*, in www.federalismi.it, 3 gennaio 2018, che – nel ricostruire l'evoluzione del potere repressivo in tema urbanistico-edilizia – ricorda la sentenza del Cons. Stato, Ad. plen., 19 maggio 1983, n. 12, (in *Foro it.*, 1983, III, 374) vertente sull'interpretazione dell'art. 13 della legge 6 agosto 1967, n. 765 e in base alla quale – nel sostenere la rilevanza del tempo trascorso e per attenuare la doverosità della misura ripristinatoria – si sottolineava che la valutazione dell'interesse pubblico interveniva, di regola, «in un momento tutt'affatto diverso da quello che condiziona l'azione amministrativa in presenza di abusi perpetrati da privati. Essa, mentre si esplica in ampia dimensione nella fase di programmazione dell'assetto territoriale, nella fase che qui si considera, in ossequio all'esigenza di conformarsi alle scelte in precedenza operate e di realizzarle, non è di regola tenuta a riproporsi con particolari valutazioni per la repressione degli illeciti edilizi accertati»; P. PROVENZANO, *Note minime in tema di sanzioni amministrativa e "materia penale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 1073, A. SCARCELLA, *Ricorso pendente davanti alla Corte EDU: possibile sospendere l'ordine di demolizione?*, in *Urb. app.*, 2022, 119, M.A. SANDULLI, *Edilizia*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, 171;

j) sulla natura dell'ordinanza di demolizione del giudice penale:

j1) per la tesi che la riconduce ad una sanzione amministrativa accessoria e autonoma rispetto a quella applicabile dalla P.A. (Cass. pen., sez. III, 20 maggio 2016, n. 40675) di matrice ablatoria con funzione ripristinatoria

eseguibile nelle forme e nei modi del codice di procedura penale: v. Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2016 n. 5735, 10 novembre 2015 n. 49331, 6 dicembre 2006, n. 40188,

j2) in dottrina V. POLI, *Art. 44*, in *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2015, III ed., 766; R. PEPE, *Riflessioni sul potere sanzionatorio di ripristino del giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, 35 che evidenzia le perplessità sulla competenza del giudice penale ad impartire tale ordine in via autonoma o alternativa e non meramente residuale rispetto alla P.A.; A. LONGO, *La motivazione dei provvedimenti repressivi in materia edilizia*, in www.giustamm.it, 18 aprile 2023;

k) sui requisiti dell'ordinanza di demolizione:

k1) sulla motivazione e sulla sufficienza della descrizione delle opere abusive e nella constatazione dell'abusività (Cons. Stato, sez. VI, 18 novembre 2022, n. 10184);

k2) sull'esclusione della necessità di indicare l'area da acquisire eventualmente al patrimonio comunale che può comunque colmata nel successivo provvedimento di acquisizione (Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2020, n. 3330);

k3) sull'insussistenza di un obbligo della P.A. di verificare la sanabilità dell'abuso prima di emanare l'ordine di demolizione (Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2021, n. 5457);

k4) sull'irrelevanza dell'omessa e/o errata indicazione delle norme in forza delle quali la P.A. ha adottato il provvedimento: T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 3 settembre 2021, n. 2499;

l) sulla natura dell'acquisizione gratuita del fabbricato abusivo e dell'area di sedime da parte della P.A.:

l1) per la valenza affittiva nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 5 luglio 2018, n. 140 (in *Foro it.*, 2018, I, 3363 e richiamata da Corte cost., 15 aprile 2019, n. 86, in *Foro it.*, 2019, I, 2241) secondo cui:

- la demolizione dell'immobile abusivo acquisito al patrimonio comunale – con le sole deroghe previste dal comma 5 dello stesso articolo – costituisce principio fondamentale della materia «governo del territorio»;
- l'acquisizione «*dell'immobile abusivo e dell'area di sedime al patrimonio comunale, [...] costituisce una sanzione in senso stretto, distinta dalla demolizione, [...] rappresenta[ndo] 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*» (così Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345, in *Foro it.*, 1992, I, 3, e nello stesso senso, Corte cost., 12 settembre 1995, n. 427); Corte cost., ordinanza 15 febbraio 1991, n. 82 che – con riferimento all'omologa disposizione dell'art. 15, comma 3, della n. 10 del 1977 – osserva: «*l'acquisizione gratuita*

dell'area, ove non si sia adempiuto l'obbligo di demolizione, ha certamente natura sanzionatoria e [...] tale natura non muta solo perché il legislatore predetermina l'utilizzazione del bene acquisito a fini pubblici, compresi quelli di edilizia residenziale»;

- 12) per la natura affittiva nella giurisprudenza amministrativa: v. [Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2023, n. 3800](#);
 - 13) per la valenza ripristinatoria: v. Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2019, n. 4336;
 - 14) in dottrina: E. RINALDI, *La Corte costituzionale e la conservazione degli immobili abusivi come misura alternativa alla demolizione*, in *Giur. costit.*, 2018, 1604; F. SAITTA; *La "redenzione dalla colpa". Ovvero della conservazione dell'immobile abusivo, tra giudice amministrativo e giudice penale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, n. 309 che evidenzia la fisiologica funzionalizzazione dell'acquisizione alla demolizione dell'opera – stante utilizzo nell'art. 31, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001 del verbo all'indicativo "L'opera acquisita è demolita") – consentendosi un'eccezione a tale regola solo con deliberazione consiliare "l'esistenza di prevalenti interessi pubblici" che giustifichino la conservazione dell'opera, sempre che la stessa "non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico" e ciò ribaltando la precedente regola contemplata dall'art. 15, comma 8, della l. n. 10 del 1977 che prevedeva il ricorso alla demolizione soltanto qualora l'opera abusiva "contrast[asse] con rilevanti interessi urbanistici o ambientali ovvero non pot[esse] essere utilizzata per fini pubblici";
- m) sull'acquisizione gratuita da parte del Comune a seguito dell'inottemperanza – nel prescritto termine – all'ordinanza di demolizione:
- m1) per l'effetto automatico e *ipso iure*: v. [Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2021, n. 4469](#), Cass. pen., sez. III, 8 febbraio 2017, n. 15874;
 - m2) per l'effetto automatico e *ipso iure*, salvo che il proprietario nella fase del contraddittorio, procedimentale o processuale, dimostri l'assenza di colpa ([Cons. Stato, sez. VI, 2022, n. 7023](#));
 - m3) per la necessità, in ragione della natura affittiva della sanzione, della formale adozione di un espresso provvedimento, avente natura dichiarativa: v. [Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 2023, n. 714](#); [C.g.a., sez. riun., 10 gennaio 2023, n. 70](#); in particolare, con riferimento alla funzione di tale provvedimento (avente natura dichiarativa e ricognitiva) volto a «verificare e accertare la sussistenza di tutti i presupposti che legittimano – in tali ipotesi – l'agere licere della P.A. tra i quali occorre richiamare: [segnatamente] a) l'esatta qualificazione dell'intervento edilizio privo di titolo, giacché, in caso di interventi di ristrutturazione – nelle ipotesi di inottemperanza all'ordinanza di demolizione – non è applicabile l'art. 31, d.P.R. n. 380 del 2001; b) l'intervenuto decorso del termine previsto dall'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001 per la spontanea esecuzione

dell'ordinanza di demolizione; c) l'assenza o il corretto computo di atti o fatti incidenti su tale termine (es. sospensione in via amministrativa degli effetti dell'ordinanza di demolizione, sospensione degli effetti discendenti da norme speciali e generali, forza maggiore, ecc.); d) l'assenza di titoli abilitativi postumi tempestivamente intervenuti; e) le eventuali contestazioni da parte del proprietario o comproprietario incolpevole.» T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 23 febbraio 2023, n. 590;

m4) anche nell'ipotesi di irrogazione di sanzione pecuniaria sostitutiva di quella demolitoria: v. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2018, n. 2799;

m5) e la conseguente trasformazione del bene coattivamente acquisito in *res extra commercium* sotto il profilo dei diritti del debitore e dei terzi che vantino diritti reali limitati sul bene (Cass. civ., sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 23453);

m6) e sulla sua inidoneità a "legittimare" (fatta salva l'ipotesi di cui all'art. 31, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001) l'immobile abusivo legittimo sotto il profilo urbanistico-edilizio: v. Corte cost., 5 luglio 2018, n. 140, cit. e Cons. Stato, sez. VI, 17 agosto 2021, n. 5901;

n) sull'atto di accertamento di inottemperanza e di acquisizione gratuita:

n1) per la natura costitutiva (indirizzo minoritario) v. Cons. di Stato, Sez. V, 9 novembre 1998, n. 1595; T.a.r. per il Friuli-Venezia Giulia, 30 settembre 1992, n. 406; cfr., altresì, Cass. pen., sez. III, 20 giugno 2008, n. 25196, 18 novembre 2004, n. 44695; Id., 28 ottobre 2004, n. 42192.

n2) per la natura dichiarativa: Cons. Stato, sez. II, 20 gennaio 2023, n. 714; C.g.a., sez. riun., 10 gennaio 2023, n. 70, T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 23 febbraio 2023, n. 590, secondo cui: l'atto contemplato dall'art. 31, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001 – in cui confluisce il formale accertamento compiuto dall'organo dell'ente di tutti i presupposti per consolidare l'effetto acquisitivo – ha natura dichiarativa (*sub specie* rafforzativa) e perfeziona la fattispecie a formazione progressiva che sfocia nell'acquisizione al patrimonio comunale, costituendo così titolo per l'immissione in possesso del bene e per la sua trascrizione nei registri immobiliari da parte della P.A. concentrando in capo alla parte incisa, l'interesse diretto, concreto e attuale ad agire ex art. 100 c.p.c. dinanzi al giudice amministrativo per avversare la pretesa ablatoria della P.A.;

o) sulla previa notifica dell'ordinanza di demolizione al fine della legittimità dell'acquisizione gratuita: i) al proprietario del bene: T.a.r. per la Campania, sez. VIII, 14 novembre 2019, n. 5359; ii) a tutti i comproprietari: v. T.a.r. per la Campania, sez. VIII, 5 luglio 2021, n. 4616; iii) ad uno solo dei coniugi nel caso di comunione legale: C.g.a., sez. riun., 13 febbraio 2023, n. 71; iv) al dante causa (a

titolo universale o particolare) dell'attuale proprietario (C.g.a., sez. giur., 22 novembre 2022, n. 1208);

- p) sull'assetto giuridico del bene acquisito gratuitamente al patrimonio comunale:
- p1) in giurisprudenza: i) per la tesi dell'acquisizione al patrimonio disponibile (Cons. Stato, sez. VI, 7 aprile 2023, n. 3588; C.g.a., sez. giur., 3 aprile 2018, n. 178); ii) per la tesi dell'acquisizione al patrimonio indisponibile (Cass. civ., sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 23453);
- p2) in dottrina: v. G. LA GRECA, *Sgombero e demolizione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio comunale: natura del potere, giurisdizione e responsabilità*, in *Azienditalia*, 2020, 1234, che sottolinea come: i) l'art. 15, comma 3, della legge 28 gennaio 1977, n. 10 stabiliva che "*Le opere eseguite in totale difformità o in assenza della concessione debbono essere demolite, a cura e spese del proprietario, entro il termine fissato dal sindaco con ordinanza. In mancanza, le predette opere sono 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*"; ii) l'art. 7 della legge 28 febbraio 1985 n. 47 del 1985 (riprodotto nell'art. 3, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001) non ha indicato la configurazione giuridico-patrimoniale del bene acquisito limitandosi ad affermare che "[...] *il bene e l'area di sedime [...] sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune*"; iii) il testo unico dell'edilizia sia rimasto sostanzialmente neutrale a tale qualificazione; iv) con riferimento agli immobili abusivi acquisiti al patrimonio comunale, ad eccezione dei terreni da lottizzazione abusiva, «*nelle more dell'eventuale decisione consiliare di escludere la demolizione, non è predicabile una nitida destinazione ex lege di bene appartenente al patrimonio disponibile ovvero a quello indisponibile: deve ritenersi, in realtà, sussistente una fattispecie configurata da un proprio assetto, distinto da quello dei beni patrimoniali pubblici generalmente intesi, che vede negli immobili abusivi acquisiti gratuitamente la presenza di caratteri dell'una e dell'altra tipologia di beni*»;
- q) sulla natura del giudizio proposto avverso il provvedimento di acquisizione gratuita:
- q1) in termini di domanda di accertamento negativo dei presupposti per l'acquisizione al patrimonio comunale e di condanna alla cancellazione trascrizione dei registri immobiliari rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. f) c.p.a. e con la possibilità di riqualificare in tali termini l'impugnazione proposta avverso il mero verbale di accertamento dell'inottemperanza (v. T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 12 gennaio 2022, n. 66);

- q2) in termini di azione impugnatoria avverso l'atto formale di accertamento ex art. 31, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001 con conseguente non lesività del mero verbale di accertamento di inottemperanza: v. Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9150;
- r) sull'incidenza del sequestro penale sulla validità e legittimità dell'ordinanza di demolizione e sull'adempimento dell'obbligo ivi contemplato:
- r1) per un primo orientamento, l'esistenza di un sequestro penale non è di ostacolo alla ottemperanza dell'ordine di demolizione, sussistendo la possibilità di ottenere il dissequestro dell'immobile, al fine di ottemperare allo stesso, proprio per evitare l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale (tra gli altri, Cons. Stato, sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 335);
- r2) per un secondo orientamento, l'ordine di demolizione avente ad oggetto un immobile sequestrato in sede penale è nullo (C.g.a. sez. riun., 12 giugno 2018, n. 301; Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2017, n. 2337, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 682, con nota di FUSCO, *Il problematico rapporto tra la demolizione delle opere abusive e il sequestro penale. Brevi note a margine della sentenza del Consiglio di Stato, 17 maggio 2017, n. 2337*, che evidenzia l'inapplicabilità della sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001);
- r3) per un terzo orientamento, il vincolo esterno del sequestro non incide sulla validità dell'atto, in quanto «*l'ingiunzione a demolire è un provvedimento perfetto e giuridicamente valido (...) avente un oggetto individuato e possibile*». Tale vincolo incide sull'efficacia dell'ordine di demolizione, che è sospeso fino a quando permane il vincolo esterno rappresentato dal provvedimento di sequestro. Quando tale vincolo viene meno riprende automaticamente l'efficacia dell'ordine di demolizione. (così Cons. Stato, sez. VI, 8 giugno 2021, n. 4393);
- s) sul rapporto tra ordinanza di demolizione già emessa e la successiva istanza di accertamento di conformità ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001:
- s1) per la tesi dell'inefficacia temporanea (con conseguente persistenza dell'interesse a contestarla giurisdizionalmente) senza la necessità della reiterazione dell'ordine di demolizione in caso di rigetto (espresso o tacito) dell'istanza ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001: v. Cons. Stato, sez. II, 3 novembre 2022, n. 9641, sez. VI, 8 aprile 2022, n. 2596, 12 luglio 2021, n. 5267;
- s2) per la tesi dell'inefficacia definitiva dell'ordinanza di demolizione adottata (con conseguente improcedibilità del giudizio proposto per sopravvenuta carenza d'interesse) con la necessità della sua reiterazione in caso di rigetto (espresso o tacito) dell'istanza ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 così

assimilata all'istanza di condono: v. Cons. Stato, sez. VI, 12 luglio 2021, n. 5267, 3 marzo 2020, n. 1540;

s3) per la tesi che distingue tra l'inefficacia definitiva nel caso di condoni edilizi e l'inefficacia temporanea in caso di accertamento di conformità: v. Cons. Stato, sez. II, 27 settembre 2019, n. 6464 secondo cui: soltanto per i condoni edilizi di cui alle speciali discipline contenute nell'art. 31 e ss. della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e ss., nell'art. 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 e nell'art. 32 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, con legge 24 novembre 2003, n. 326, *«l'interesse a contestare i pregressi provvedimenti repressivi viene meno, in quanto il sopraggiunto provvedimento di diniego del condono medesimo comporta il dovere per il Comune di emettere una nuova ordinanza di demolizione con fissazione di nuovi termini per ottemperarvi»* [...] *«in quanto per tali discipline speciali vige comunemente l'art. 28, comma 1, della l. 47 del 1985 che espressamente prescrive la sospensione delle sanzioni amministrative in caso di presentazione della domanda di condono, con la conseguenza che nell'ipotesi di reiezione della domanda di condono sussiste l'obbligo per il Comune di assumere al riguardo nuovi, e questa volta conclusivi, provvedimenti di repressione dell'abuso»*

t) sul termine per presentare l'istanza di accertamento di conformità:

t1) per l'orientamento più restrittivo: v. T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 5 novembre 2021, n. 3042 secondo cui ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 il *«legislatore ha dunque assegnato un duplice limite temporale per la proposizione dell'istanza di sanatoria»* questo, i) *nelle ipotesi in cui sia adottato l'ordine demolitorio, coincide con il termine assegnato per la demolizione, ossia,*

- *novanta giorni dalla ricezione dell'ordine di demolire, nei casi di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, secondo quanto disposto [dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001]»;*
- *il "congruo termine" stabilito dal dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale, nei casi di interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità, ai sensi dell'[art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001]; e nelle ipotesi di interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, ai sensi [dell'art. 34, comma 1 del d.P.R. n. 380 del 2001];*
ii) *nelle diverse ipotesi in cui sia irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria, invece, l'istanza di accertamento di conformità potrà essere avanzata sino al momento della stessa adozione della misura sanzionatoria: in questo senso deve intendersi l'inciso "e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative";*

t2) per l'orientamento di maggiore favor per il privato: v. Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2022, n. 7023 secondo cui *«la possibilità di ottenere l'accertamento di conformità fino all'irrogazione della sanzione amministrativa, ove successiva alla*

scadenza del termine di tempestiva ottemperanza dell'ordine demolitorio, è (...) maggiormente idonea [...]

- *«a realizzare la ratio sottesa alla previsione dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, data dalla conservazione di opere che risultino abusive soltanto sul piano formale, in quanto compatibili con la disciplina sostanziale edilizia e urbanistica di riferimento»;*
- *«a garantire il rispetto del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, che vieta di imporre sacrifici eccessivi a carico della parte incisa dall'esercizio del pubblico potere, non necessari per il conseguimento dell'obiettivo di pubblico interesse in concreto perseguito»;*
- *a tutelare «adeguatamente la proprietà privata in fattispecie in cui, da un lato, nessun giudizio di rimprovero potrebbe essere mosso nei confronti del soggetto obbligato, non destinatario di alcuna sanzione amministrativa; dall'altro, nessuno abuso sostanziale risulterebbe commesso, stante la conformità delle opere abusive alla disciplina urbanistica ed edilizia di riferimento vigente al momento della loro realizzazione e della presentazione dell'istanza ex art. 36 [del d.P.R. n. 380 del 2001]»;*
- *ad aderire al dato letterale del testo normativo che fa riferimento al momento sanzionatorio denotando la «volontà del legislatore di assicurare al responsabile dell'abuso e al proprietario la possibilità di scegliere se provvedere alla spontanea demolizione ovvero presentare un'istanza di accertamento di conformità»;* (conf. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2023, n. 1434);

- u) sulla applicazione delle sanzioni pecuniarie di cui agli artt. 33, 34 e 38 del d.P.R. n. 380 del 2001:
- u1) con riferimento alla *ratio* di tutela del legittimo affidamento fondante il regime di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001: v. Cons. Stato, Ad. plen., 7 settembre 2020, n. 17 (in *Foro it.*, 2021, III, 33 nota A. TRAVI nonché oggetto della News US n. 107 del 28 settembre 2020);
 - u2) sull'impossibilità oggettiva di procedere alla demolizione per applicare le sanzioni amministrative pecuniarie alternative di cui agli artt. 33 e 34 del d.P.R. n. 380 del 2001: v. Cons. Stato, sez. VI, 23 novembre 2018, n. 6658;
 - u3) con riferimento al riparto dell'onere della prova in ordine alla sussistenza dei presupposti di fiscalizzazione ex artt. 33 e 34, del d.P.R. n. 380 del 2001 (T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 26 febbraio 2020, n. 439);
 - u4) con riferimento all'inapplicabilità della procedura di fiscalizzazione ex artt. 33 e 24 del d.P.R. n. 380 del 2001 con riguardo ad abusi edilizi in zone sottoposte a vincolo (Cass. pen., sez. III, 18 novembre 2019, n. 1443);
- v) sulla funzione dissuasiva della sanzione di cui all'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 sui poteri regionali incrementali, e sulla impossibilità di ritenere che il pagamento della sanzione e la reiterazione della sanzione medesima

facciano venire meno l'obbligo della demolizione, v. F. VETRO, in *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2015, III ed., 769.

