

AVANGUARDIA GIURIDICA collana a cura di Marco Antoniol
urbanistica ed edilizia MA46

MARCO ANTONIOL

CONFISCA EDILIZIA

l'acquisizione gratuita
degli abusi edilizi
ex art. 31 d.P.R.
380/2001

analisi operativa con casistica
giurisprudenziale e formulario tecnico

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

ISBN ebook formato pdf : 978-88-6907-252-9

professionisti

pubblica amministrazione

MARCO ANTONIOL

CONFISCA EDILIZIA

**l'acquisizione gratuita
degli abusi edilizi
ex art. 31 d.P.R. 380/2001**

**analisi operativa
con casistica giurisprudenziale
e formulario tecnico**

L'opera analizza, sulla base della casistica giurisprudenziale, i presupposti, il procedimento e gli effetti della confisca edilizia, ossia dell'acquisizione gratuita degli abusi edilizi oggi prevista dall'art. 31 d.P.R. 380/2001. L'analisi è condotta alla luce della chiave di lettura offerta dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, senza tralasciare le tutele processuali né le problematiche successive all'acquisizione, ed offrendo in appendice anche un formulario tecnico illustrativo.

© 2018 Exeo S.r.l.: tutti i diritti riservati. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica, e comunque mai ad uso commerciale: ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata senza il consenso scritto dell'editore. Quanto alla riproduzione dei contenuti, sono consentite esclusivamente citazioni di brevi brani in virgolettato a titolo di cronaca, studio, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dal nome dell'autore, dell'editore, e dal titolo e anno della pubblicazione. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-*bis*, 171-*ter*, 174-*bis* e 174-*ter* della legge 633/1941.

edizione: luglio 2018

autore: MARCO ANTONIOL, avvocato del Foro di Venezia

collana: AVANGUARDIA GIURIDICA, a cura di Marco Antoniol - numero in collana: 46

materia: urbanistica ed edilizia

tipologia: studio applicato | formato: digitale pdf

codice prodotto: MA46 | ISBN: 978-88-6907-252-9

editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c.s.i.v.

€ 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova

CAPITOLO II PRESUPPOSTI ED AVVIO DELLA CONFISCA EDILIZIA

1. *Premessa*

La confisca *ex art. 31 t.u.ed.* può essere disposta solamente se ricorre un abuso edilizio.

Come subito si dirà, tuttavia, non può trattarsi di un abuso qualsiasi, dovendo ricorrere un abuso edilizio di massima gravità.

Ora, proprio in ragione di tale gravità, l'ordinamento fa fronte a questi abusi edilizi con una serie di reazioni "a cascata": le misure "di prima linea", infatti, trovano rinforzo in sanzioni ulteriori, finalizzate a punire chi, dopo l'abuso, sia rimasto colposamente indifferente alle prime.

La confisca edilizia, per l'appunto, è una di queste misure "di seconda linea"²¹⁹, che scatta laddove il trasgressore non solo abbia realizzato un abuso edilizio di massima gravità, ma abbia anche omesso di ripristinare la legalità violata nei termini di legge: è solo in presenza di questi presupposti, infatti, che prende avvio il procedimento confiscatorio, del quale si analizzano in questo capitolo, oltre ai presupposti, anche le prime battute, a cominciare dalle *vexatae quaestiones* della necessità o meno della comunicazione di avvio del procedimento, della esatta delimitazione dell'oggetto della confisca e della necessità di informarne i destinatari sin da queste battute procedurali iniziali.

2. *L'ambito applicativo: gli abusi edilizi di massima gravità*

Come si diceva, il primo ed essenziale presupposto della confisca edilizia, che ne segna e delimita l'ambito applicativo, è

²¹⁹ Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2016, n. 4400: «*La misura della avocazione alla mano pubblica del manufatto oggetto di intervento abusivo non rappresenta una reazione diretta dell'ordinamento contro l'abusivismo edilizio quanto piuttosto una sanzione conseguente all'inottemperanza dell'ordine demolitorio, in funzione di una maggiore efficacia del sistema sanzionatorio con effetti deterrenti sull'inerzia nell'esecuzione degli ordini di ripristino (ordini che costituiscono il necessario strumento per ristabilire l'ordinato sviluppo del territorio pregiudicato dagli interventi abusivi)*».

costituito dalla realizzazione di un abuso edilizio.

Si è anche detto, tuttavia, che non basta un abuso edilizio *qualsiasi*, perché deve trattarsi di un intervento ascrivibile ad una delle tre categorie di abuso contemplate dall'art. 31 d.P.R. 380/2001. Riprendendo e facendo proprio l'ambito applicativo del previgente art. 15 della l. 47/1985, infatti, la norma che prevede la confisca edilizia limita la propria applicazione agli interventi eseguiti «*in assenza di permesso di costruire*», oppure «*in totale difformità*», o ancora «*con variazioni essenziali*».

Si tratta all'evidenza di tre fattispecie distinte e distinguibili, che tuttavia il legislatore (nonostante le critiche della dottrina²²⁰) decide di assoggettare al medesimo trattamento giuridico: se non sul piano penale²²¹, quantomeno sul piano amministrativo²²².

Nel dettaglio, la “*assenza di permesso di costruire*” è un concetto che, almeno nel suo nucleo fondamentale, appare autoevidente: si verifica quando viene realizzato un intervento edilizio che richiede questo specifico titolo abilitativo, ma esso non sia stato previamente ottenuto, né sia presentata una valida SUPERSCIA²²³, nei casi in cui questo titolo può validamente sostituire il permesso di costruire²²⁴.

²²⁰ Cfr. DE ROBERTO A. - DE ROBERTO G., *Le sanzioni urbanistiche amministrative e penali*, cit., pag. 38.

²²¹ Cfr. *infra*, pag. 69.

²²² Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 28 marzo 2008, n. 1624: «*Il terzo comma dell'articolo 31 del D.P.R. n. 380/2001, nel prevedere l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale, quale sanzione da applicare nel caso di inottemperanza all'ordine di demolizione, non fa alcuna distinzione in merito al tipo di abuso edilizio per il quale è stata ordinata la demolizione*».

²²³ Cfr. art. 31, comm1 9-bis, d.P.R. 380/2001: «*Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01*».

²²⁴ Cfr. art. 23, comma 01, d.P.R. 380/2001: «*In alternativa al permesso di costruire, possono essere realizzati mediante segnalazione certificata di inizio di attività: a) gli interventi di ristrutturazione di cui all'articolo 10, comma 1, lettera c); b) gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani o di ricognizione di quelli vigenti; qualora i piani attuativi risultino approvati anteriormente all'entrata in vigore della legge 21 dicembre 2001, n. 443, il relativo atto di ricognizione deve avvenire entro trenta giorni dalla richiesta degli interessati; in mancanza si prescinde dall'atto di ricognizione, purché il progetto di costruzione venga accompagnato da apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi con le caratteristiche*

A questa ipotesi di assenza *ab origine* del titolo edilizio si devono però accostare alcune ipotesi di titolo venuto meno in seguito²²⁵, la cui esatta estensione risulta dibattuta.

L'ipotesi più limpida di "assenza sopravvenuta" si verifica laddove il titolo diventi inefficace (in particolare per scadenza dei termini²²⁶) ma i lavori vengano comunque proseguiti: tali lavori *ulteriori* (diversamente da quelli effettuati durante il periodo di efficacia del titolo) richiedono per legge un nuovo titolo²²⁷ in mancanza del quale si applicherà anche ad essi (ma non a quelli antecedenti) il nostro art. 31 t.u.ed..

Meno chiara è l'ipotesi in cui il permesso di costruire, sebbene ottenuto, sia stato successivamente annullato in sede amministrativa o giurisdizionale. Muovendo dalla retroattività dell'annullamento, la giurisprudenza più rigorosa ritiene in questo caso che il titolo non sussistesse al momento dell'esecuzione dei lavori, con conseguente applicabilità della misura confiscatoria²²⁸. Non si può sottacere, però,

sopra menzionate; c) gli interventi di nuova costruzione qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche. Gli interventi di cui alle lettere precedenti sono soggetti al contributo di costruzione ai sensi dell'articolo 16. Le regioni possono individuare con legge gli altri interventi soggetti a segnalazione certificata di inizio attività, diversi da quelli di cui alle lettere precedenti, assoggettati al contributo di costruzione definendo criteri e parametri per la relativa determinazione».

²²⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 2017, n. 1484: «Accanto al caso del permesso mai rilasciato, vi sono i casi nei quali il titolo è stato rilasciato, ma è privo (o è divenuto privo) di effetti giuridici».

²²⁶ Cfr. art. 15, comma 2, d.P.R. 380/2001: «Il termine per l'inizio dei lavori non può essere superiore ad un anno dal rilascio del titolo; quello di ultimazione, entro il quale l'opera deve essere completata, non può superare tre anni dall'inizio dei lavori. Decorso tali termini il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga. La proroga può essere accordata, con provvedimento motivato, per fatti sopravvenuti, estranei alla volontà del titolare del permesso, oppure in considerazione della mole dell'opera da realizzare, delle sue particolari caratteristiche tecnico-costruttive, o di difficoltà tecnico-esecutive emerse successivamente all'inizio dei lavori, ovvero quando si tratti di opere pubbliche il cui finanziamento sia previsto in più esercizi finanziari».

²²⁷ Cfr. art. 15, comma 3, primo periodo, d.P.R. 380/2001: «La realizzazione della parte dell'intervento non ultimata nel termine stabilito è subordinata al rilascio di nuovo permesso per le opere ancora da eseguire, salvo che le stesse non rientrino tra quelle realizzabili mediante segnalazione certificata di inizio attività ai sensi dell'articolo 22».

²²⁸ Cfr. ad es. TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 30 marzo 2012, n. 3062: «L'ordinanza di acquisizione, secondo parte ricorrente, sarebbe illegittima perché avrebbe quale presupposto l'art. 31 del DPR n. 380 del 2001, con la previsione conseguente dell'ordine di demolizione delle opere, anziché il

che un'altra parte della giurisprudenza ritiene che in tal caso l'espressa applicabilità dell'art. 38 t.u.ed.²²⁹ (che può essere considerato norma speciale e che non contempla alcuna acquisizione) metta fuori gioco la misura confiscatoria²³⁰. E questo orientamento, sebbene minoritario, si deve ritenere preferibile, in quanto maggiormente rispettoso della Convenzione EDU, che non a caso viene espressamente richiamata²³¹: una diversa soluzione, anzi, si dovrebbe ritenere priva di base normativa e dunque

successivo art.38 che disciplina gli interventi eseguiti in base a permessi edilizi poi annullati, con la previsione invece dell'applicazione di una sanzione pecuniaria [...]. La censura non è fondata in quanto [...] l'art.38 del DPR n. 380 del 2001, che secondo parte ricorrente sarebbe applicabile, prevede l'applicazione di sanzione pecuniaria rispetto a quella più grave della demolizione di cui all'art.31 in caso di annullamento del permesso di costruire ove però sia accertata con motivata valutazione l'impossibilità di rimuovere i vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino dell'opera edilizia». Cfr. poi TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 28 novembre 2011, n. 1772: «Si osserva, inoltre, che, nella fattispecie, l'annullamento dei titoli edilizi è stato disposto, ai sensi dell'art. 38 del D.P.R. n. 380 del 2001, non già per vizi meramente formali bensì sostanziali, conseguiti, peraltro, ad una falsa rappresentazione dello stato di fatto preesistente al rilascio del permesso di costruire. [...] Il primo motivo di ricorso è, dunque, infondato, avendo l'amministrazione legittimamente irrogato la sanzione demolitoria in relazione alle caratteristiche ed alla consistenza degli interventi eseguiti, alla quale è da riconnettere, nell'ipotesi di inottemperanza, l'acquisizione al patrimonio indisponibile del Comune delle opere abusive, che costituisce, infatti, atto consequenziale, connesso e collegato al provvedimento demolitorio». Cfr. anche TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 2 aprile 2013, n. 312.

²²⁹ Cfr. art. 38, comma 1, primo periodo, d.P.R. 380/2001: «In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale».

²³⁰ Cfr. TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 390: «In via preliminare, va esaminata l'opzione "demo-ripristinatoria", esercitata dall'Amministrazione, ponendo nell'atto l'avvertenza acquisitiva del manufatto e del terreno, a seguito della demolizione e della remissione in pristino; essa è una determinazione illegittima, poiché normativamente è possibile la sola "restituzione in pristino" e nessuna acquisizione. L'art. 38 Dpr. n. 380/2001, anche in ipotesi di demolizione integrale del manufatto abusivo, non prevede alcuna appropriazione dell'area di sedime ed è principio costituzionale e Cedu che le acquisizioni coattive a favore della P.A. sono tutte su tassativa previsione normativa. La "restituzione in pristino", nella fattispecie significa ristabilimento della situazione "quo ante", che non implica alcuna demolizione integrale, anche perché vi è già la preesistenza di un manufatto del tutto legittimo, che richiederebbe istruzioni sul "quomodo" pratico della demolizione. Nell'ipotesi in considerazione, invero, non può essere fatta un'applicazione mista degli artt. 31 e 38 del Dpr 380/01, ma è univoca la necessaria applicazione dell'art. 38 citato».

²³¹ Cfr. ancora TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 390, nella parte in cui rileva giustamente che «è principio costituzionale e Cedu che le acquisizioni coattive a favore della P.A. sono tutte su tassativa previsione normativa».

tecnicamente arbitraria, con aperta violazione delle fonti sovranazionali e costituzionali.

È pacifico, invece, non può essere parificata all'assenza di permesso di costruire l'ipotesi in cui il titolo edilizio sia meramente illegittimo, perché esso, se non annullato, sussiste e produce effetti²³².

Venendo quindi al concetto di "totale difformità", esso dipende con tutta evidenza dalla soglia di "difformità" oltre la quale la stessa si può definire "totale".

Per prevenire eventuali incertezze operative, il testo unico (come già la legge sul primo condono²³³, prendendo le distanze dal silenzio della legge Bucalossi) apre la nostra disciplina proprio definendo questa sotto-categoria di abusi edilizi. Ai sensi dell'art. 31, comma 1, d.P.R. 380/2001, pertanto, *«sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile»*²³⁴.

In terza battuta, anche il concetto di "variazioni essenziali", che dipende dal significato del vago termine "essenziali", richiede qualche chiarimento.

Come già accennato²³⁵, di ciò non si occupa l'art. 31, perché nel testo unico c'è una disposizione appositamente dedicata alle variazioni essenziali. E si tratta a sua volta di una disposizione di rinvio, perché l'art. 32 d.P.R. 380/2001 prescrive che *«le regioni stabiliscono quali siano le variazioni essenziali al progetto approvato»*²³⁶. Il

²³² Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 19 maggio 2017, n. 24981: *«Ai fini della configurabilità delle ipotesi di reato previste nel D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. b) e c), non possono ritenersi realizzate in "assenza" di permesso di costruire le opere eseguite sulla base di un provvedimento abilitativo meramente illegittimo, ma non illecito o viziato da illegittimità macroscopica tale da potersi ritenere sostanzialmente mancante»*.

²³³ Cfr. art. 7, primo comma, l. 47/1985.

²³⁴ Così art. 31, comma 1, d.P.R. 380/2001.

²³⁵ Cfr. *supra*, pag. 30.

²³⁶ Così art. 32, comma 1, primo alinea, d.P.R. 380/2001.

legislatore rimette dunque l'esatta determinazione delle variazioni essenziali agli enti politici di livello inferiore. Considerando anche il proprio compito di «*determinazione dei principi fondamentali*»²³⁷ nella materia del «*governo del territorio*»²³⁸, tuttavia, il legislatore nazionale determina le condizioni minime affinché le variazioni si possano ritenere essenziali²³⁹, le variazioni che comunque non si possono ritenere essenziali²⁴⁰, nonché la diversa qualificazione dell'intervento se si tratta di immobili vincolati²⁴¹. Nel rispetto di questi principi, le regioni possono esprimere la propria autonomia legislativa in materia di variazioni essenziali; e in effetti quasi tutte le regioni risultano aver dettato una definizione più o meno autonoma²⁴².

²³⁷ Così art. 117, terzo comma, ultimo periodo, Cost. (testo vigente): «*Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato*». Per il periodo antecedente all'entrata in vigore della l. Cost. n. 3/2001 cfr. art. 117, primo comma, primo alinea, Cost. (testo originario): «*La Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, sempreché le norme stesse non siano in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni*».

²³⁸ Così art. 117, terzo comma, Cost. (testo vigente). Per il periodo antecedente all'entrata in vigore della l. Cost. n. 3/2001 cfr. art. 117, primo comma, Cost. (testo originario), nella parte in cui assoggettava l'«*urbanistica*» alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni.

²³⁹ Cfr. art. 32, comma 1, d.P.R. 380/2001, nella parte in cui dispone che le variazioni essenziali vanno determinate «*tenuto conto che l'essenzialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più delle seguenti condizioni: a) mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli standards previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968; b) aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato; c) modifiche sostanziali di parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza; d) mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito; e) violazione delle norme vigenti in materia di edilizia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali*».

²⁴⁰ Cfr. art. 32, comma 2, d.P.R. 380/2001: «*Non possono ritenersi comunque variazioni essenziali quelle che incidono sulla entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative*».

²⁴¹ Cfr. art. 32, comma 3, d.P.R. 380/2001: «*Gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali*».

²⁴² Cfr. ad es. art. 5 l.r. Sardegna n. 23/1985; art. 2 l.r. Puglia 26/1985; art. 5 l.r. Abruzzo 52/1989; art. 3 l.r. Basilicata 28/1991; art. 82 l.p. Bolzano 13/1997; art. 78 l.r. Valle d'Aosta 11/1998; art. 6 l.r. Piemonte 19/1999; art. 14-bis l.r. Emilia-Romagna 23/2004; art. 54 l.r. Lombardia 12/2005; art. 128 l.p. Trento 1/2008; art. 17 l.r. Lazio 15/2008; art.

conveniente mettersi in contatto con l'amministrazione procedente, esercitando quei diritti partecipativi che la l. 241/1990 attribuisce in via generale ad ogni cittadino coinvolto nell'azione della pubblica amministrazione.

In effetti, è anche per consentire l'esercizio di questi diritti che l'art. 31 t.u.ed. (distanziandosi sul punto sia dalla l. 10/1977 che dalla l. 47/1985) prescrive che l'ordinanza di demolizione contenga un'espressa menzione del procedimento di acquisizione così avviato⁴³⁹, mettendo in guardia il destinatario dell'ordinanza e di fatto invitandolo a partecipare a questo secondo procedimento amministrativo. Mantenere un atteggiamento di ostinato silenzio, viceversa, è estremamente pericoloso per i soggetti passivi del nostro gravoso procedimento sanzionatorio, specie considerando che si tratta di soggetti già responsabili di una duplice trasgressione (alla normativa urbanistico-edilizia prima ed all'obbligo di demolire poi), con i quali la giurisprudenza amministrativa non si mostra affatto indulgente.

Per vero, tale partecipazione è notevolmente ostacolata dal fatto che la giurisprudenza maggioritaria (ma non condivisibile) tende a ritenere superflue le comunicazioni imposte dalla legge⁴⁴⁰, anche a costo di disapplicare la normativa vigente e di esporre l'istituto a contrasti sempre più probabili con la tutela sovranazionale del diritto di proprietà. Ciò che è importante considerare, però, è che l'omessa previsione della futura acquisizione, sia essa legittima o meno, non impedisce ai destinatari pretermessi di partecipare egualmente al procedimento. Infatti l'art. 9 della l. 241/1990 consente di intervenire nel procedimento anche agli interessati che non siano stati notiziati dall'amministrazione procedente⁴⁴¹, e l'articolo successivo ci rammenta che la partecipazione al procedimento comporta per tutti i partecipanti, oltre al diritto di

⁴³⁹ Cfr. art. 31, comma 2, d.P.R. 380/2001, nella parte in cui impone che la demolizione sia ordinata «indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3».

⁴⁴⁰ Cfr. *supra*, pag. 79.

⁴⁴¹ Cfr. art. 9 l. 241/1990: «Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento».

accesso ai documenti amministrativi⁴⁴², anche la possibilità «*di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*»⁴⁴³. Ne deriva che l'omessa menzione dell'acquisizione nell'ordinanza di rimessione in pristino costituisce per l'interessato un impedimento *di fatto* ma non *di diritto*, nel senso che ostacola la sua conoscenza del procedimento in corso, ma non gli impedisce, se viene altrimenti a sapere dell'esistenza di questo secondo procedimento (ad esempio perché già conosce il contenuto prescrittivo dell'art. 31 d.P.R. 380/2001, o perché si è diligentemente rivolto ad un legale), di esprimere le proprie ragioni in ordine all'imminente confisca, così come riconosciuto anche dalla dottrina⁴⁴⁴

E si è già accennato che una simile partecipazione è normalmente conveniente per l'interessato, a prescindere dal fatto che egli decida di impugnare, di ottemperare o di rimanere completamente inerte: in tutti questi casi, infatti, dialogare con l'amministrazione non può che sortire effetti benefici, anche considerando che l'amministrazione è costretta per legge a considerare le memorie del privato e a valutarle nell'ambito del futuro provvedimento acquisitivo⁴⁴⁵.

Senza pretesa di esaustività, si ritiene opportuno soffermarsi brevemente sui principali contenuti che una simile partecipazione può assumere nei più svariati contesti.

3. *L'istanza di riesame dell'ordinanza di demolizione*

È tutt'altro che infrequente che il destinatario dell'ordinanza di rimessione in pristino dissenta su tutta la linea dall'amministrazione

⁴⁴² Cfr. art. 10, lett. a), l. 241/1990: «*I soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto [...] di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24*»

⁴⁴³ Così art. 10, lett. b), l. 241/1990.

⁴⁴⁴ Cfr. CENTOFANTI N., *Diritto a costruire pianificazione urbanistica espropriazione*, I, Milano, 2005, pag. 664, laddove l'Autore, premesso che «*il d.p.r. 6.6.2001, n. 380, non prevede alcun contraddittorio con chi ha realizzato le opere*», osserva che «*il soggetto passivo ha la possibilità teorica di partecipare al procedimento sanzionatorio, ai sensi della l. 241/1990*».

⁴⁴⁵ Cfr. ancora art. 10, lett. b), l. 241/1990.

precedente, ritenendo ad esempio che l'intervento non sia abusivo, o che comunque non sia soggetto a misura demolitoria.

In simili casi, naturalmente, la via maestra è data dall'impugnazione dell'atto. Per espresso disposto costituzionale, infatti, «*contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*»⁴⁴⁶.

A tal fine, l'interessato può chiedere a due diverse autorità di annullare l'ordinanza di demolizione. Anzitutto può chiederlo al TAR competente per territorio entro 60 giorni⁴⁴⁷ dalla notifica⁴⁴⁸ dell'ordinanza, che può essere di qualche giorno successiva rispetto all'invio, e può essere anche di parecchie settimane successiva rispetto all'emanazione: di questo processo amministrativo, che è di gran lunga la tutela più importante e frequente, ci occuperemo diffusamente in seguito⁴⁴⁹. In alternativa (di solito perché il termine per il ricorso al TAR è già decorso) l'annullamento può essere richiesto al Consiglio di Stato, in sede consultiva, con atto notificato e depositato⁴⁵⁰ entro 120 giorni⁴⁵¹ dalla ricezione dell'ordinanza demolitoria. In entrambe queste ipotesi, l'eventuale accoglimento delle ragioni dell'interessato eliminerà dal mondo del diritto l'ordinanza di demolizione, che cesserà di produrre effetti, con ogni

⁴⁴⁶ Così art. 113, primo comma, Cost..

⁴⁴⁷ Cfr. art. 29 c.p.a.: «*L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni*».

⁴⁴⁸ Cfr. art. 41, comma 2, c.p.a.: «*Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza, ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge*».

⁴⁴⁹ Cfr. *infra*, pag. 235.

⁴⁵⁰ Cfr. art. 9, secondo comma, primo periodo, d.P.R. 1199/1971: «*Nel detto termine, il ricorso deve essere notificato nei modi e con le forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali ad uno almeno dei controinteressati e presentato con la prova dell'eseguita notificazione all'organo che ha emanato l'atto o al Ministero competente, direttamente o mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento*».

⁴⁵¹ Cfr. art. 9, primo comma, d.P.R. 1199/1971: «*Il ricorso deve essere proposto nel termine di centoventi giorni dalla data della notificazione o della comunicazione dell'atto impugnato o da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza*».

conseguenza di legge.

Non è infrequente, tuttavia, che l'interessato, anziché impugnare *de plano* il provvedimento di rimessione in pristino, richieda all'autorità comunale di riesaminare la questione che lo riguarda, se del caso con riserva di formulare l'impugnativa giurisdizionale soltanto in un secondo momento. In questo modo, l'interessato sollecita da parte del comune (non potendo verosimilmente rivolgersi alla regione, non trattandosi di provvedimenti che «*autorizzano interventi*»⁴⁵²) l'esercizio di un tipico potere amministrativo e segnatamente del potere di autotutela. Quest'ultimo potere si può normalmente esprimere in due modi: con la revoca *ex art. 21-quinquies* l. 241/1990 ovvero con l'annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies* l. 241/1990, rispettivamente per ragioni di opportunità⁴⁵³ e per motivi di invalidità⁴⁵⁴. Nella specie, stante la natura tendenzialmente vincolata dell'ordinanza di demolizione⁴⁵⁵, una revoca è difficilmente configurabile e presterebbe il fianco a censure da parti di terzi⁴⁵⁶, che ovviamente l'amministrazione farebbe meglio ad evitare nell'esercizio di poteri delicati come quello

⁴⁵² Cfr. art. 39, comma 1, d.P.R. 380/2001: «*Entro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione*».

⁴⁵³ Cfr. art. 21-quinquies, comma 1, primo periodo, l. 241/1990: «*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge*».

⁴⁵⁴ Cfr. art. 21-nonies, comma 1, primo periodo, l. 241/1990: «*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*».

⁴⁵⁵ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2017, n. 1267; Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2017, n. 1058 e Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 694.

⁴⁵⁶ Cfr. ad es. TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 31 ottobre 2006, n. 3598, laddove si rileva che in caso di «*atti vincolati [...] difetta all'Amministrazione che ebbe ad emettere tale tipologia di atti lo spazio per rinnovare la valutazione dei presupposti di fatto e di diritto precedentemente considerati ai fini dell'adozione degli atti medesimi*».

di autotutela. Di conseguenza, l'istanza di riesame formulata dall'interessato andrà verosimilmente incontro a favorevole riscontro solamente laddove l'autorità comunale ravvisi delle ragioni di invalidità del provvedimento contestato, e ritenga altresì sussistenti tutte le condizioni di cui al citato art. 21-*novies* l. 241/1990.

Le *chance* di successo di una simile iniziativa sono intuitivamente assai modeste. Invero, la fattispecie di cui stiamo parlando è quella in cui un'amministrazione comunale, pochi giorni dopo aver emanato un provvedimento amministrativo, riconosce di aver commesso un errore e decide di rimediare con un altro provvedimento di segno opposto. Ora, in disparte il censurabile puntiglio che caratterizza molte amministrazioni italiane, è chiaro che sarà assai improbabile (anche solo dal punto di vista statistico) che l'autorità procedente abbia commesso un errore tale da convincere quegli stessi uffici, a distanza di pochi giorni, della illegittimità dell'atto adottato. Sebbene improbabile, ad ogni modo, simili errori sono comunque *possibili*, specie se si considera la diffusa prassi giurisprudenziale di ritenere che anche per l'ordinanza di demolizione la comunicazione di avvio del procedimento, sebbene prevista dalla legge⁴⁵⁷, costituisca un'inutile formalità: un simile atteggiamento pretorio, infatti, autorizza le amministrazioni ad ordinare la rimessione in pristino in modo totalmente improvviso, magari senza avvedersi di una circostanza macroscopica e dirimente (come quelle esemplificate in precedenza⁴⁵⁸). E in simili circostanze il cittadino interessato, prima di convenire l'amministrazione dinnanzi al TAR, può tentare di "farla ragionare", richiedendo in particolare un provvedimento di autotutela.

Dal punto di vista economico, del resto, l'istanza di riesame è decisamente più conveniente di un ricorso al TAR: infatti, a parte il fatto che l'assistenza di un legale, in sede procedimentale, è solo *opportuna* (ma non strettamente necessaria, come è invece dinnanzi al

⁴⁵⁷ Cfr. art. 31, comma 2, d.P.R. 380/2001, nella parte in cui prescrive che l'ingiunzione demolitoria avvenga «*indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3*».

⁴⁵⁸ Cfr. *supra*, pag. 82.

TAR⁴⁵⁹), l'istanza di riesame non richiede l'anticipazione di € 650,00 a titolo di contributo unificato⁴⁶⁰ e non espone l'interessato al rischio di dover rifondere all'amministrazione intimata, in caso di soccombenza, le spese del giudizio dinnanzi al giudice specializzato⁴⁶¹.

E in ogni caso, come già accennato, l'istanza di riesame non preclude una successiva impugnazione giurisdizionale, cosicché può essere conveniente anche laddove vi sia già la volontà di reagire altresì in sede giurisdizionale. In questo caso sarà utile agire con debito anticipo e soprattutto intimare all'amministrazione di rispondere entro un certo termine (ad esempio 10, 15 o 30 giorni, a seconda dei casi), preavvisandola che l'inutile decorso di quel termine comporterà senz'altro l'impugnazione giurisdizionale. Un simile contegno, oltre a massimizzare le *chance* di veder annullato il provvedimento senza adire le vie legali, comporta anche un certo vantaggio (seppur modesto) in sede processuale, perché l'aver richiesto l'annullamento in autotutela costituisce un tipico tentativo di evitare i pregiudizi riferibili all'autorità amministrativa⁴⁶², rilevante quantomeno sul piano del riparto delle spese di lite, se non addirittura sul piano risarcitorio.

In sintesi, allora, l'istanza di riesame del provvedimento demolitorio è un utile strumento sia per chi si riserva di reagire anche in sede giurisdizionale, sia per chi invece (magari per ragioni economiche) non voglia in nessun caso impugnare l'ordinanza (e tenti questa via come ultimo baluardo prima di eseguire la demolizione). Per trovare un positivo riscontro, naturalmente, è essenziale che vengano addotte ragioni di invalidità dell'atto, che anzi devono essere particolarmente stringenti e quasi *lampanti*: come

⁴⁵⁹ Cfr. art. 22, comma 1, secondo inciso, c.p.a.: «*Nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali è obbligatorio il patrocinio di avvocato*».

⁴⁶⁰ Cfr. art. 13, comma 6-bis, lett. e), d.P.R. 115/2002: «*Il contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali [...] è dovuto nei seguenti importi: [...] in tutti gli altri casi non previsti dalle lettere precedenti e per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nei casi ammessi dalla normativa vigente, il contributo dovuto è di euro 650*».

⁴⁶¹ Cfr. d.M. 55/2014, tabella 21.

⁴⁶² Cfr. art. 1227 c.c.: «*Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*».

anticipato, infatti, l'istanza è rivolta alla stessa amministrazione emanante, la quale sarà comprensibilmente restia, in mancanza di gravissime ragioni, ad annullare l'atto da poco emanato. È dunque assai opportuno che l'istanza venga formulata in modo articolato e circostanziato, invitando l'amministrazione a riflettere su circostanze non ancora valutate e teoricamente in grado di condurre all'annullamento dell'atto anche in sede giurisdizionale.

Questo tipo di partecipazione procedimentale, all'evidenza, è particolarmente intenso e potenzialmente risolutivo: se l'istanza di riesame viene accolta, infatti, l'ordinanza demolitoria viene travolta in modo retroattivo, ponendo nel nulla (in particolare) anche la minacciata acquisizione gratuita al patrimonio comunale. Se invece l'istanza non viene accolta, l'interessato potrà optare per l'impugnazione giurisdizionale (se ancora in termini) oppure, a sua scelta, per un'ottemperanza "spontanea" all'ordinanza di demolizione (nel qual caso perderà il fabbricato abusivo, ma conserverà la proprietà dell'area di sedime e delle relative pertinenze).

E nulla esclude che l'istanza si limiti a richiedere un riesame parziale dell'ordinanza di demolizione, ad esempio per quanto riguarda l'estensione della confisca minacciata, che l'amministrazione deve indicare (almeno per la tesi preferibile) già nell'ordinanza di demolizione⁴⁶³, e che l'interessato può chiedere di rivedere in senso a sé favorevole, così come attestato anche dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁶⁴.

4. L'istanza di sanatoria edilizia: effetti sulla demolizione e sulla confisca edilizia

Il nostro ordinamento conosce due tipi di istanze di sanatoria edilizia.

⁴⁶³ Cfr. *supra*, pag. 99.

⁴⁶⁴ Cfr. ad es. TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 27 ottobre 2016, n. 1351: «Non si può escludere che, se gli interessati fossero stati preavvisati della superficie che l'amministrazione intendeva acquisire, non avrebbero potuto far valere in sede procedimentale ragioni in grado di influire, in senso a loro più favorevole, sulla decisione finale».

Una prima istanza, che potremmo definire *ordinaria*, è nota come accertamento di conformità ed è prevista oggi dall'art. 36 t.u.ed.⁴⁶⁵. Tale forma di sanatoria è *ordinaria*, perché l'istanza può essere presentata in ogni tempo, ma richiede la doppia conformità dell'intervento, ossia che esso risulti conforme tanto alla normativa del momento di realizzazione dell'abuso quanto a quella vigente al momento della presentazione dell'istanza⁴⁶⁶.

Una seconda tipologia di sanatoria, che ha natura *straordinaria*, è nota invece come condono edilizio⁴⁶⁷. Questa istanza non richiede la doppia conformità, bensì il solo rispetto dei limiti dettati dalle singole leggi che l'hanno ammessa. Per converso, essa è ammissibile solo se presentata all'interno di tre finestre temporali ben precise,

⁴⁶⁵ Cfr. art. 36, comma 1, d.P.R. 380/2001: «In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 01, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda».

⁴⁶⁶ Cfr. ancora art. 36, comma 1, d.P.R. 380/2001, nella parte in cui richiede che «l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda». In giurisprudenza cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, Sez. III, 28 novembre 2017, n. 5593: «L'accertamento di conformità, come evidenziato da costante giurisprudenza, è diretto a sanare le opere solo formalmente abusive, in quanto eseguite senza il previo rilascio del titolo ma conformi nella sostanza alla disciplina urbanistica applicabile per l'area su cui sorgono, vigente sia al momento della loro realizzazione sia al momento della presentazione dell'istanza di conformità (c.d. "doppia conformità")».

⁴⁶⁷ Cfr. art. 31, primo comma, l. 47/1985: «Possono, su loro richiesta, conseguire la concessione o la autorizzazione in sanatoria i proprietari di costruzioni e di altre opere che risultino essere state ultimate entro la data del 1° ottobre 1983 ed eseguite: a) senza licenza o concessione edilizia o autorizzazione a costruire prescritte da norme di legge o di regolamento, ovvero in difformità dalle stesse; b) in base a licenza o concessione edilizia o autorizzazione annullata, decaduta o comunque divenuta inefficace, ovvero nei cui confronti sia in corso procedimento di annullamento o di declaratoria di decadenza in sede giudiziaria o amministrativa». Cfr. art. 39, comma 1, primo periodo, l. 724/1994: «Le disposizioni di cui ai capi IV e V della legge 28 febbraio 1985, n. 47 e successive modificazioni e integrazioni, come ulteriormente modificate dal presente articolo, si applicano alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31 dicembre 1993, e che non abbiano comportato ampliamento del manufatto superiore al 30 per cento della volumetria della costruzione originaria ovvero, indipendentemente dalla volumetria iniziale o assentita, un ampliamento superiore a 750 metri cubi». Cfr. infine art. 32, comma 1, d.l. 269/2003: «Al fine di pervenire alla regolarizzazione del settore è consentito, in conseguenza del condono di cui al presente articolo, il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria delle opere esistenti non conformi alla disciplina vigente».

che si sono chiuse rispettivamente il 30 novembre 1985⁴⁶⁸, il 31 marzo 1995⁴⁶⁹ e il 10 dicembre 2004⁴⁷⁰. Ciò nondimeno non si tratta di un istituto obsoleto: sebbene siano trascorsi alcuni decenni dalla presentazione delle istanze, infatti, non sono pochi i comuni italiani laddove tali pratiche sono ancora in attesa di definizione, cosicché anche questa tipologia di istanza, al pari di quella ordinaria, deve essere tenuta presente in sede di analisi delle sanatorie edilizie.

Orbene, la presentazione dell'istanza di sanatoria, dell'uno o dell'altro tipo, spiega rilevantissimi effetti sul procedimento di repressione dell'abuso edilizio.

La domanda di condono, in primo luogo, sospende il procedimento sanzionatorio⁴⁷¹ e, laddove sia accolta, determina la definitiva inapplicabilità delle sanzioni⁴⁷². Di conseguenza le eventuali ordinanze demolitorie già emanate, pur non essendo illegittime, perdono la propria efficacia e non possono essere portate in esecuzione.

Questa soluzione è pacifica per la sanatoria straordinaria, perché le leggi di condono sono chiare in questo senso. Ciò si riverbera anche sull'eventuale provvedimento acquisitivo, il quale, se assunto prima della definizione dell'istanza di condono, è illegittimo e suscettibile di annullamento⁴⁷³.

⁴⁶⁸ Cfr. art. 35, primo comma, primo periodo, l. 47/1985: «La domanda di concessione o di autorizzazione in sanatoria deve essere presentata al comune interessato entro il termine perentorio del 30 novembre 1985».

⁴⁶⁹ Cfr. art. 39, comma 4, primo periodo, l. 724/1994: «La domanda di concessione o di autorizzazione in sanatoria, con la prova del pagamento dell'oblazione, deve essere presentata al comune competente, a pena di decadenza, entro il 31 marzo 1995».

⁴⁷⁰ Cfr. art. 32, comma 32, d.l. 269/2003: «La domanda relativa alla definizione dell'illecito edilizio, con l'attestazione del pagamento dell'oblazione e dell'anticipazione degli oneri concessori, è presentata al comune competente, a pena di decadenza, tra l'11 novembre 2004 e il 10 dicembre 2004 unitamente alla dichiarazione di cui al modello allegato e alla documentazione di cui al comma 35».

⁴⁷¹ Cfr. art. 38, primo comma, l. 47/1985: «La presentazione entro il termine perentorio della domanda di cui all'articolo 31, accompagnata dalla attestazione del versamento della somma di cui al primo comma dell'articolo 35, sospende il procedimento penale e quello per le sanzioni amministrative».

⁴⁷² Cfr. art. 38, quarto comma, primo periodo, primo inciso, l. 47/1985: «Concessa la sanatoria, non si applicano le sanzioni amministrative».

⁴⁷³ Cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 12 ottobre 2015: «Il provvedimento impugnato è illegittimo [...] perché non dà conto del fatto che l'eventuale inottemperanza si deve configurare solo relativamente alle opere non indicate nella domanda di condono ancora pendente, essendo per quelle ricomprese nell'istanza di sanatoria sospesi i poteri sanzionatori ex lege n. 47/1985».

Viceversa, la disciplina dell'istanza accertamento di conformità (che peraltro è l'unica presentabile ancora oggi) non è precisa come la normativa condonistica, limitandosi a disporre che, nei casi considerati, è possibile «ottenere il permesso in sanatoria»⁴⁷⁴, senza specificarne con precisione gli effetti.

Ora, come spessissimo accade, il disinteresse del legislatore per un determinato istituto dà luogo ad indirizzi giurisprudenziali contrastanti. E così, con riguardo ai rapporti tra sanatoria edilizia e sanzioni *ex art. 31 t.u.ed.*, la giurisprudenza appare profondamente divisa su molte questioni, e ciò è verosimilmente da addebitarsi proprio all'estrema laconicità del nostro legislatore.

In primo luogo non è pacifico, ad esempio, se i suddetti effetti che la legge ricollega all'istanza di condono ed al relativo accoglimento si possano estendere anche al semplice accertamento di conformità.

Una parte della giurisprudenza lo nega seccamente, proprio alla luce del diverso tenore delle normative che prevedono i due istituti⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Così art. 36, comma 1, d.P.R. 380/2001: «In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 22, comma 3, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda».

⁴⁷⁵ Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 175: «Appare preferibile infatti, ad avviso del Collegio, l'indirizzo giurisprudenziale che riconduce detta inefficacia solo alle prime domande di condono edilizio, presentate a norma della legge 28 febbraio 1985, n. 47 (per il nuovo quadro sanzionatorio introdotto da tale legge e da applicare in caso di diniego del titolo abilitativo), mentre si deve ritenere che le istanze di sanatoria ordinaria, proponibili in base alla citata norma del 2001, implicino soltanto la priorità logico-giuridica del relativo esame, rispetto all'esecutorietà del provvedimento repressivo, con conseguente arresto di efficacia dell'ordine di demolizione, fino a pronuncia espressa o tacita dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, IV, 19 febbraio 2008, n. 849 e VI, 5 aprile 2013, n. 5706)». Nello stesso senso cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 466: «Alla fattispecie dell'accertamento di conformità non può applicarsi la sospensione dei procedimenti sanzionatori prevista per i condoni a partire dall'art. 44 della legge n. 47 del 1985, come richiamato dalle successive disposizioni di cui all'art. 39 della legge n. 724 del 1994 e dell'art. 32 della legge n. 326 del 2003.» (Tar Lazio, sezione prima quater, 2 marzo 2012, n. 2165), poiché, come anche precisato, «A seguito della presentazione della domanda di sanatoria *ex art. 13 l. 28 febbraio 1985 n. 47* (attuale art. 36 del d.P. R. n. 380 del 2001) «...non perde efficacia l'ingiunzione di demolizione precedentemente emanata, poiché a tal fine occorrerebbe una specifica previsione normativa, come quella

A prescindere dal dato testuale, però, è evidente che in tal modo si finisce per consentire ed anzi *imporre* che siano demoliti anche quei manufatti che l'interessato potrebbe liberamente ripristinare.

In applicazione dei principi di economicità e coerenza dell'azione amministrativa, pertanto, la giurisprudenza più numerosa e condivisibile (soprattutto di primo grado) ritiene che, così come l'istanza di condono, anche l'istanza di accertamento di conformità (almeno se non pretestuosa⁴⁷⁶) comporti una sospensione necessaria del procedimento sanzionatorio eventualmente intrapreso dall'autorità comunale, nonché l'inefficacia dell'ordinanza demolitoria eventualmente già spiccata⁴⁷⁷. E questa tesi si deve ritenere senz'altro condivisibile.

Ma che ne è dell'ordinanza inefficace se poi l'istanza non viene accolta? Sul punto si registra probabilmente il contrasto più acceso, in quanto entrambe le tesi che si contrappongono vantano il sostegno di precedenti numerosi e molto ben argomentati.

In particolare, secondo un primo orientamento, di matrice principalmente napoletana⁴⁷⁸, l'istanza di sanatoria determinerebbe

contenuta negli art. 38 e 44 l. n. 47 del 1985 con riferimento alle domande di condono edilizio; ...” (Tar Lazio, sezione prima quater, 24 gennaio 2011, n. 693)». In termini analoghi, infine, cfr. anche TAR Campania, Napoli, Sez. III, 18 novembre 2015, n. 5308 e TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 5 giugno 2012, n. 2644.

⁴⁷⁶ Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 335: «*Poiché non si è giunti neppure a un riesame in ordine al carattere abusivo, o meno, dell'opera, alla luce dell'istanza di accertamento di conformità, tale da comportare l'inefficacia del provvedimento repressivo originario e da rendere indispensabile l'adozione di un nuovo provvedimento sanzionatorio, in maniera legittima l'Amministrazione ha proceduto in via diretta a disporre l'acquisizione del manufatto al patrimonio comunale.*».

⁴⁷⁷ Tra le più recenti pronunce che si riferiscono espressamente all'accertamento di conformità cfr. ad es. TAR Liguria, Sez. I, 26 novembre 2015, n. 947; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 5 novembre 2015, n. 3167; TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, 14 settembre 2015, n. 564; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 11 settembre 2015, n. 4435; TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 agosto 2015, n. 858; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 24 aprile 2015, n. 2397; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 10 aprile 2015, n. 2409 e TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 26 marzo 2015, n. 1792, nonché, nella giurisprudenza amministrativa d'appello, Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 466.

⁴⁷⁸ Cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, Sez. II, 11 settembre 2015, n. 4435: «*All'esito del procedimento di sanatoria, in caso di accoglimento dell'istanza, l'ordine di demolizione rimarrà privo di effetti in ragione del sopravvenuto venir meno dell'originario carattere abusivo dell'opera realizzata. Di*

un'inefficacia soltanto *provvisoria* dell'ordinanza già emanata, la quale, dopo l'eventuale rigetto, tornerebbe immediatamente ed automaticamente a spiegare i propri effetti.

Questo incide notevolmente anche sulle concrete modalità applicative dell'acquisizione gratuita dell'abuso edilizio. In effetti, se l'inefficacia dell'ordinanza è solo temporanea, il termine di 90 giorni per l'esecuzione spontanea rimane "congelato" soltanto durante la pendenza della pratica di sanatoria, ma nel momento in cui quest'ultima viene rigettata esso riprende automaticamente a decorrere. Di conseguenza, se ad esempio l'interessato ha presentato la propria istanza di sanatoria nel cinquantesimo giorno dal ricevimento dell'ordinanza, qualora il comune dovesse rigettare l'istanza (magari, come spesso accade, a distanza di anni o decenni dalla relativa presentazione) gli rimarrebbero soltanto 40 giorni per eseguire l'intervento di rimessione in pristino, e questo termine residuo riprenderebbe a decorrere automaticamente, senza alcun bisogno di un'indicazione in questo senso da parte dell'amministrazione comunale precedente.

È dunque evidente che un simile orientamento lede apertamente le esigenze di tutela del cittadino, che in questo modo si trova ancora una volta esposto ad una misura acquisitiva della quale nessuno gli ha parlato (se non, forse, molti anni prima della sua istanza di sanatoria) e che ciò nondimeno si verifica automaticamente ed irrimediabilmente (salva solo la necessità di un successivo provvedimento acquisitivo). Ma la tutela sovranazionale della proprietà, che è la chiave di lettura dell'intero istituto, non consente affatto che il cittadino subisca un sacrificio sproporzionato

contro, in caso di rigetto dell'istanza, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia». Cfr. poi TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 24 aprile 2015, n. 2397: «In caso di rigetto della sanatoria, il provvedimento sanzionatorio riacquista la sua efficacia con la sola specificazione che il termine per l'esecuzione spontanea decorre dalla conoscenza del diniego di sanatoria». In questi termini cfr. infine TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 10 aprile 2014, n. 2049; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 11 novembre 2014, n. 5788; TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 5 novembre 2014, n. 5677; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 28 ottobre 2014, n. 5544; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 27 settembre 2014, n. 5111 e TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 5 settembre 2014, n. 4740. Nella giurisprudenza non napoletana cfr. anche TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, 14 settembre 2015, n. 564 nonché TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 27 novembre 2014, n. 11910.

e soprattutto arbitrario, ossia non chiaramente previsto dalla legge.

A questa criticità, una parte della giurisprudenza ha cercato di rimediare introducendo un meccanismo di “azzeramento” del termine: si conferma che l’inefficacia è solo temporanea, ma nel momento in cui riacquista efficacia la riacquista per interno, con nuova concessione integrale del termine di 90 giorni per demolire spontaneamente⁴⁷⁹.

Simili tentativi sono sicuramente apprezzabili, ma risulta ancor più corretto ritenere che l’istanza di sanatoria non determini soltanto una provvisoria inefficacia dell’ordinanza di demolizione, bensì la sua inefficacia *definitiva*. Così ragionando, laddove l’istanza di sanatoria dovesse essere un giorno respinta, i termini della prima ordinanza (ormai definitivamente travolta) non riprenderebbero a decorrere, essendo onere dell’amministrazione disporre nuovamente la demolizione dell’abuso, minacciando peraltro nella stessa ordinanza l’acquisizione gratuita in caso di inottemperanza. E di questo avviso risulta infatti un orientamento giurisprudenziale non meno articolato e diffuso di quello che precede⁴⁸⁰, peraltro

⁴⁷⁹ Cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 194: «*Nel caso contrario di rigetto dell’istanza, l’ordine di demolizione riacquista la sua efficacia, con la sola precisazione che il termine concesso per l’esecuzione spontanea della demolizione deve decorrere dal momento in cui il diniego di sanatoria perviene a conoscenza dell’interessato il quale non può essere pregiudicato dall’aver esercitato una facoltà di legge, quella di chiedere la verifica postuma di conformità urbanistica, e, pertanto, ha diritto di fruire dell’intero termine a lui assegnato per adeguarsi all’ordine, evitando così le conseguenze negative connesse alla mancata esecuzione dello stesso*». Cfr. altresì Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 466; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 22 agosto 2016, n. 4088 e TAR Campania, Napoli, Sez. II, 14 settembre 2009, n. 4961, tutte menzionate nella prima sentenza di questa nota.

⁴⁸⁰ Cfr. ad es. TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25 agosto 2015, n. 858: «*La presentazione di istanza di accertamento di conformità, ai sensi dell’art. 36 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 impone al Comune la sua disamina e l’adozione dei provvedimenti conseguenti, di talché gli atti repressivi dell’abuso in precedenza adottati perdono efficacia, salva la necessità di una loro rinnovata adozione nell’eventualità di un successivo rigetto dell’istanza*». Cfr. poi TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 4 dicembre 2014, n. 627: «*La domanda di sanatoria sospende l’efficacia dell’ordine di demolizione e pone nel nulla la relativa procedura fino a che l’amministrazione non decida a riguardo, e in caso di esito negativo spetta all’amministrazione reiterare il provvedimento demolitorio*». Cfr. quindi TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 4 novembre 2014, n. 11033: «*La presentazione di una domanda di concessione in sanatoria per abusi edilizi ... impone al Comune competente la sua disamina e l’adozione dei provvedimenti conseguenti, di talché gli atti repressivi dell’abuso in precedenza adottati perdono efficacia, salva la necessità di una loro rinnovata adozione nell’eventualità di un successivo rigetto dell’istanza di sanatoria*». Cfr. inoltre TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 4 agosto 2014, n. 1126:

neanch'esso del tutto estraneo alla giurisprudenza del TAR Napoli⁴⁸¹.

Resta peraltro inteso che l'istanza di sanatoria di cui stiamo parlando è quella presentata durante la *fase istruttoria* del procedimento (quella che stiamo esaminando), ossia prima del perfezionarsi dei 90 giorni di legge: se accolta, questa istanza estingue il procedimento repressivo ed acquisitivo (beninteso, limitatamente alle opere sanate⁴⁸²). Ben diverso è il caso dell'istanza di sanatoria presentata dopo che il procedimento è entrato nella sua *fase decisoria* (con automatica acquisizione al patrimonio comunale e successivo provvedimento amministrativo di accertamento), che è disciplinato dalla legge (ancora una volta, purtroppo, solamente con riguardo al condono) e sulla quale ci si soffermerà in seguito⁴⁸³.

5. *L'istanza di proroga del termine di demolizione*

Un'altra facoltà partecipativa di cui l'interessato può beneficiare in varie circostanze è l'istanza di proroga del termine

«La presentazione della domanda di sanatoria successivamente all'ordine di demolizione, obbligando la pubblica amministrazione a riesaminare la situazione di legittimità delle opere, comporta la caducazione automatica dell'ordine di demolizione, che potrà, eventualmente, essere nuovamente adottato in caso di diniego della sanatoria». In questi termini, infine, cfr. anche; TAR Liguria, Genova, Sez. I, 9 luglio 2014, n. 1092; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 giugno 2014, n. 1053; TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 2 maggio 2014, n. 671; TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 16 aprile 2014, n. 617 e TRGA Trentino-Alto Adige, Sez. Trento, 26 marzo 2014, n. 114.

⁴⁸¹ Cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 23 ottobre 2014, n. 5480: «In caso di accoglimento dell'istanza, il rilascio del titolo edilizio in sanatoria renderà legittime le opere e non più applicabile la sanzione demolitoria, mentre, nell'ipotesi inversa di rigetto, l'Amministrazione comunale dovrà provvedere a riattivare il procedimento sanzionatorio sulla base di un nuovo accertamento dell'abusività non sanabile delle opere stesse, ai sensi del predetto D.P.R. 380/2001, e ciò anche al fine di permettere al responsabile (nell'arco di un nuovo termine appunto da assegnarsi, essendo venuto meno quello attribuito dalla precedente ingiunzione) di adempiere spontaneamente alla demolizione, così evitando le più onerose sanzioni dell'acquisizione o della demolizione in danno». In termini analoghi cfr. altresì, sempre tra le più recenti, TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 27 giugno 2014, n. 3579.

⁴⁸² Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 giugno 2016, n. 2747: «La condonabilità parziale non influisce sulla parte riguardante gli immobili non sanati essendo possibile considerare e calcolare in concreto la "porzione" di sedime afferente i manufatti in questione, suscettibile dell'adprebensiono da parte della mano pubblica».

⁴⁸³ Cfr. *infra*, pag. 218.

concesso per la rimessione in pristino. Anche una simile istanza, infatti, può giovare tanto a colui che voglia reagire in sede giurisdizionale quanto a colui che non abbia simili intenzioni.

Da un lato, infatti, effettuare un intervento demolitorio in 90 giorni appena non è sempre materialmente possibile. A partire dal novantunesimo giorno, tuttavia, l'amministrazione ha il potere (ed anzi il dovere⁴⁸⁴) di verificare l'ottemperanza al proprio provvedimento, e laddove dovesse accertare che l'area non è stata ancora rimessa in pristino ne diverrebbe proprietaria *ex lege* ed *ex tunc*. Qualora l'interessato intenda ottemperare all'ordinanza di demolizione ma ritenga di non poterlo fare entro 90 giorni, pertanto, è caldamente consigliabile richiedere all'amministrazione una proroga del termine di legge, che in effetti non è affatto sconosciuta alla prassi amministrativa.

Per altro verso, una proroga del medesimo tenore può essere utilmente richiesta anche laddove si ritenga di impugnare il provvedimento demolitorio in sede giurisdizionale. Invero, il termine concesso dalla legge per eseguire l'ordine di demolire⁴⁸⁵ eccede di poco il termine per impugnare⁴⁸⁶, che il legislatore ritiene congruo per redigere un ricorso giurisdizionale e del quale l'interessato ha dunque diritto di disporre interamente. Notificando il ricorso il sessantesimo giorno successivo alla ricezione del provvedimento, tuttavia, l'istanza cautelare indirizzata al giudice amministrativo, pur potendo ottenere la sospensione del termine di 90 giorni per demolire⁴⁸⁷, rischia di essere di fatto insufficiente: come vedremo nel capitolo dedicato alle tutele processuali⁴⁸⁸, infatti, tale istanza deve essere decisa alla prima camera di consiglio successiva

⁴⁸⁴ Cfr. *infra*, pag. 262.

⁴⁸⁵ Cfr. art. 31, comma 3, d.P.R. 380/2001, nella parte in cui contempla l'eventualità in cui «il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione».

⁴⁸⁶ Cfr. art. 29 c.p.a.: «L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni».

⁴⁸⁷ Cfr. ad es. TAR Lazio, Roma, Sez. I-quater, 31 luglio 2010, n. 29461, nella parte in cui collega la sospensione dell'ordinanza di demolizione (nonché del «termine di 90 giorni previsto dall'art. 31 d.p.r. n. 380/01 per l'esecuzione della demolizione») alla «data di accoglimento dell'istanza cautelare».

⁴⁸⁸ Cfr. *infra*, pag. 238.

al ventesimo giorno dal perfezionamento della notifica anche per il destinatario⁴⁸⁹, per cui sussiste il rischio che alla camera di consiglio l'acquisto alla mano pubblica risulti già perfezionato⁴⁹⁰. Per arginare un simile rischio è possibile formulare incidentalmente nel ricorso, oltre alla normale istanza cautelare, anche un'istanza di provvedimenti cautelari monocratici⁴⁹¹, dei quali il giudice amministrativo non è avaro in questa materia, anche a mente degli effetti *ontologicamente irreparabili* del provvedimento demolitorio. Può anche accadere, tuttavia, che l'istanza cautelare e/o il ricorso siano respinti dal giudice di prime cure, cosicché l'ordinanza demolitoria riacquisterà tutta la propria efficacia ed il termine di 90 giorni riprenderà a decorrere. Ovviamente sia l'ordinanza cautelare che la sentenza di primo grado sono impugnabili⁴⁹², ma ancora una volta l'impugnazione ha una tempistica che rischia di privare definitivamente il ricorrente della proprietà dell'area. Ecco allora perché, anche a fronte di un ricorso cautelare (peraltro munito di istanze cautelari collegiali e monocratiche, nei termini appena visti) può essere utile richiedere all'amministrazione una proroga del termine di cui all'art. 31 d.P.R. 380/2001.

La giurisprudenza amministrativa ritiene giustamente legittima una proroga di questo tipo. Anzi: eventuali provvedimenti esecutivi

⁴⁸⁹ Cfr. art. 55, comma 5, c.p.a.: «*Sulla domanda cautelare il collegio pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso*».

⁴⁹⁰ Cfr. TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 22 gennaio 2016, n. 58: «*In presenza della mancata esecuzione dell'ordine di demolizione entro il termine assegnato di novanta giorni, respinta da questo Collegio la richiesta di sospensione cautelare del medesimo provvedimento, l'adozione dell'ulteriore provvedimento sanzionatorio di acquisizione gratuita al patrimonio comunale si configurava come doverosa*».

⁴⁹¹ Cfr. art. 56, comma 1, primo periodo, c.p.a.: «*Prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie*».

⁴⁹² Cfr. art. 62, comma 1, c.p.a.: «*Contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato, da proporre nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza, ovvero di sessanta giorni dalla sua pubblicazione*». Cfr. poi art. 100 c.p.a.: «*Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia*».

CAPITOLO IV PROVVEDIMENTO ED EFFETTI DELLA CONFISCA EDILIZIA

1. *Profili generali del provvedimento acquisitivo*

L'art. 31 del d.P.R. 380/2001 dispone al comma 3 che, in presenza dei presupposti di legge, l'abuso edilizio ed i suoli interessati «sono acquisiti di diritto»⁶⁵⁵ al patrimonio comunale.

L'espressione “di diritto” è correntemente intesa nel senso che l'acquisizione avviene automaticamente⁶⁵⁶, ossia per effetto del solo protrarsi dell'inottemperanza per il termine di legge. In altre parole, affinché si verifichi l'effetto acquisitivo non è necessario alcun fatto o atto della pubblica amministrazione, la quale diventa proprietaria del fabbricato e dei suoli indipendentemente da qualsiasi volontà in questo senso e persino indipendentemente dalla sua consapevolezza⁶⁵⁷.

Si tratta dunque di un fenomeno che potremmo accostare, per certi versi, all'usucapione: anche quest'ultima, infatti, costituisce un modo di acquisto della proprietà che dipende esclusivamente dalla sussistenza dei presupposti di legge, senza che sia strutturalmente essenziale, per l'acquisto, alcun atto o fatto ulteriore. Ciò nondimeno, è noto che la certezza dei rapporti giuridici richiede che il fatto storico dell'acquisto per usucapione sia puntualmente oggetto di un accertamento formale. Ecco allora che l'acquisto per

⁶⁵⁵ Così, testualmente, art. 31, comma 3, d.P.R. 380/2001.

⁶⁵⁶ Cfr. *ex multis* TAR Campania, Napoli, 20 gennaio 2017, n. 436; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 aprile 2015, n. 2374; Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2015, n. 1927; TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 26 marzo 2015, n. 358 e TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 5 marzo 2015, n. 606. In dottrina cfr. PIGLIONICA V., *Articolo 31*, cit., pag. 410.

⁶⁵⁷ Cfr. ad es. TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 22 gennaio 2016, n. 58: «Il rilascio, in data 20 febbraio 2015, scaduti i termini per l'ottemperanza all'ordinanza n. 8/2014, del permesso di costruzione relativo al nuovo capannone, non interferisce sul perfezionamento della fattispecie sanzionatoria in esame, non prevedendo, tale titolo, alcuna sanatoria dell'abuso posto in essere (ma anzi presupponendo la previa demolizione del preesistente manufatto), e mantenendo, l'area da acquisire, anche dopo il rilascio del permesso di costruire, la natura di “superficie abusivamente costruita” suscettibile di acquisizione gratuita ai sensi dell'art. 31, comma 3, D.P.R. 380/2001».

usucapione si fa normalmente discendere da una sentenza (o da un atto equivalente⁶⁵⁸), la quale assolve proprio la funzione di chiarire la situazione dominicale del bene, anche nei confronti dei terzi. Si tratta però di una tipica sentenza di mero accertamento⁶⁵⁹, che non integra la fattispecie acquisitiva (già perfezionatasi), ma interviene soltanto *ex post*, per dichiarare *erga omnes* (anche con trascrizione nei registri immobiliari) che l'acquisto è avvenuto ad ogni effetto di legge.

In ordine alla confisca possiamo svolgere considerazioni in parte analoghe. Anche qui, infatti, l'acquisto avviene automaticamente a causa del protrarsi di un certo comportamento per un certo termine. La certezza dei rapporti giuridici, tuttavia, richiede che tale acquisto, sebbene già perfezionato, sia formalmente accertato con apposito atto dell'autorità, da trascrivere nei registri immobiliari ai fini dell'opponibilità ai terzi.

A tal fine il legislatore aveva inizialmente pensato, come per l'usucapione, ad un intervento attivo dell'autorità giurisdizionale. Nel disegno della legge Bucalossi, pertanto, il sindaco predisponendo un'ordinanza motivata, che tuttavia doveva essere successivamente *«vidimata e resa esecutiva dal pretore nella cui giurisdizione ricade il comune interessato»*⁶⁶⁰.

Questa partecipazione attiva dell'autorità giurisdizionale, tuttavia, aveva sollevato in dottrina condivisibili perplessità⁶⁶¹. In effetti, a parte i dubbi tecnico-operativi concernenti i presupposti e i

⁶⁵⁸ Cfr. art. 2643, n. 12-bis, c.c.: *«Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: [...] gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».*

⁶⁵⁹ Cfr. ad es. Cass. Civ., Sez. II, 29 marzo 2018, n. 7853: *«L'acquisto per usucapione avviene ipso iure per il semplice fatto del possesso protratto per venti anni e la sentenza con cui viene pronunciato l'acquisto per usucapione del diritto di servitù ha natura meramente dichiarativa e non costitutiva del diritto stesso».* Cfr. altresì Cass. Civ., Sez. II, 5 ottobre 2012, n. 17035; Cass. Civ., Sez. III, 18 settembre 2012, n. 15698 e Cass. Civ., Sez. II, 28 giugno 2000, n. 8792.

⁶⁶⁰ Così art. 15, quinto comma, l. 10/1977.

⁶⁶¹ Cfr. ad es. DE ROBERTO A. - DE ROBERTO G., *Le sanzioni urbanistiche amministrative e penali*, cit., pagg. 43-44: *«Non è chiaro in quali limiti è consentito al pretore sindacare la determinazione comunale che dispone la confisca. [...] Resta dubbio se dalla vidimazione pretorile dipenda il prodursi degli effetti tutti del provvedimento (ivi compreso il passaggio della proprietà nel patrimonio della amministrazione confiscante) o solo il conseguimento, da parte dell'atto di confisca, dell'attitudine ad essere realizzato in executivis (in caso di mancato spontaneo rilascio dell'immobile confiscato) e a porsi come titolo suscettibile di venir trascritto nei registri immobiliari».*

limiti del potere di vidimazione, fu subito abbastanza chiaro che si trattava di un inutile aggravio della procedura, particolarmente confliggente con i principi informatori dell'azione amministrativa e segnatamente con quello (costituzionalmente rilevante) di buon andamento⁶⁶².

Già in occasione della prima riforma dell'istituto, pertanto, la vidimazione pretorile veniva eliminata, affidandosi alla sola autorità amministrativa il compito di accertare l'intervenuto acquisto alla mano pubblica.

Si tratta di una scelta legislativa sicuramente apprezzabile. Invero, considerando che il soggetto attivo è una pubblica autorità e che le autorità di questo tipo, anche se non giurisdizionali, possono emettere provvedimenti coercibili⁶⁶³, è visibilmente superfluo richiedere ed imporre l'intervento di una ulteriore autorità pubblica (quella giurisdizionale), perché è sufficiente attribuire all'amministrazione procedente (in modo perfettamente conforme ai principi informatori del sistema) il potere di accertare da sé l'intervenuto acquisto.

E infatti l'art. 31 t.u.ed., dopo aver disposto al comma 3 che l'acquisto avviene di diritto, prevede espressamente, al capoverso successivo, un provvedimento amministrativo di *«accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire»*⁶⁶⁴, disponendo che esso, *«previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione nel possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari»*⁶⁶⁵.

La norma, pertanto, non solo prevede un atto di accertamento successivo all'acquisto automatico (come per l'usucapione, sebbene di competenza della p.a.), ma ne precisa anche la *ratio*, evidenziando che esso serve affinché l'amministrazione non trovi opposizioni nel prendere possesso dell'area e si possa dichiarare proprietaria anche nei pubblici registri.

⁶⁶² Cfr. art. 97, primo comma, Cost.: *«I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».*

⁶⁶³ Cfr. art. 21-ter, comma 1, primo periodo, l. 241/1990: *«Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti».*

⁶⁶⁴ Così art. 31, comma 4, d.P.R. 380/2001.

⁶⁶⁵ Così art. 31, comma 4, d.P.R. 380/2001.

Come ci conferma la giurisprudenza, si tratta pertanto di un atto dichiarativo⁶⁶⁶, puramente ricognitivo⁶⁶⁷, «che ha solo valenza di titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari»⁶⁶⁸, nel senso che «senza un atto di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione non è possibile immettere il Comune nel possesso dell'immobile né procedere alla trascrizione dell'acquisizione gratuita del bene»⁶⁶⁹.

Tale atto di confisca (o meglio: di accertamento dell'avvenuta confisca) costituisce il cuore della fase decisoria del procedimento amministrativo ed anzi il culmine della procedura stessa. Sui singoli elementi di questo provvedimento, pertanto, è ora opportuno soffermarsi in modo analitico.

2. La competenza

Il Consiglio di Stato, nel 2001, aveva suggerito di «specificare chi compie l'accertamento dell'inottemperanza»⁶⁷⁰, ma questo invito non è stato recepito dal Governo. L'art. 31 d.P.R. 380/2001, pertanto, allude semplicemente ad un «accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire» senza specificare chi vi debba procedere.

Non par dubbio, ad ogni modo, che l'ente pubblico che acquisisce e che accerta l'acquisizione è normalmente il comune. Ciò nondimeno, vi sono anche delle ipotesi (evidentemente eccezionali) in cui il bene è acquisito da un altro soggetto pubblico, nel qual caso

⁶⁶⁶ Cfr. ad es. TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 13 ottobre 2014, n. 10269: «Il provvedimento di acquisizione gratuita al patrimonio del Comune opera di diritto ed ha carattere meramente dichiarativo». Cfr. anche TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 22 gennaio 2015, n. 434: «Il consequenziale provvedimento di acquisizione si presenta come atto dovuto, alla luce del costante orientamento giurisprudenziale che evidenzia il carattere meramente dichiarativo e non costitutivo del provvedimento medesimo». In termini analoghi cfr. poi TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, 29 settembre 2014, n. 697; Cons. Stato, Sez. V, 7 agosto 2014, n. 4213 e Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3566.

⁶⁶⁷ Cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 9 gennaio 2017, n. 17: «L'effetto costitutivo dell'istituto acquisitivo discende direttamente dall'inutile scadenza del predetto termine, laddove la constatazione dell'inottemperanza si pone necessariamente alla stregua di un mero atto ricognitivo, con efficacia dichiarativa ed a contenuto vincolato».

⁶⁶⁸ Così TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 aprile 2015, n. 2374.

⁶⁶⁹ Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. Giur, 9 dicembre 2016, n. 453.

⁶⁷⁰ Così Cons. Stato, Ad. Gen., parere 29 marzo 2001, n. 3

si pone il problema di quale ente sia titolare della funzione di accertamento.

Su entrambe le ipotesi è opportuno soffermarsi brevemente in questa sede.

2.1. La generale competenza comunale

La confisca edilizia ricade, in via generale, nella competenza istituzionale dell'autorità comunale.

Si tratta di un'opzione coerente con le tradizionali funzioni comunali di disciplina⁶⁷¹ e soprattutto di vigilanza sull'attività edilizia⁶⁷²: è nell'esercizio di questo potere che il comune accerta gli abusi realizzati sul suo territorio e, nei casi più gravi, ne ordina la demolizione⁶⁷³. Come sappiamo, peraltro, in questa ordinanza deve essere prospettata all'interessato l'acquisizione gratuita in caso di inottemperanza⁶⁷⁴: è dunque naturale e coerente che, laddove si verificano i presupposti di legge, sia la stessa autorità comunale (con le sole eccezioni che diremo) ad accertare l'intervenuta confisca automatica.

Per le stesse ragioni di coerenza ordinamentale, poi, la competenza interna si deve ritenere attribuita a quello stesso «*dirigente o [...] responsabile del competente ufficio comunale*» che deve disporre per legge la presupposta rimessione in pristino dell'abuso edilizio⁶⁷⁵

⁶⁷¹ Cfr. art. 2, comma 4, d.P.R. 380/2001: «*I comuni, nell'ambito della propria autonomia statutaria e normativa di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, disciplinano l'attività edilizia*».

⁶⁷² Cfr. art. 27, comma 1, d.P.R. 380/2001: «*Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, la vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi*».

⁶⁷³ Cfr. art. 31, comma 2, d.P.R. 380/2001: «*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, 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*».

⁶⁷⁴ Cfr. art. 31, comma 2, ultima parte, d.P.R. 380/2001.

⁶⁷⁵ Cfr. art. 31, comma 2, d.P.R. 380/2001: «*Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo,*

nonché (come vedremo) anche l'eventuale demolizione di quanto acquisito⁶⁷⁶.

Su questo punto, per vero, la legge non è esplicita: i soggetti grammaticali dei commi 3 e 4 del d.P.R. 380/2001 sono rispettivamente l'abuso e l'atto di accertamento, per cui dalla norma non si può ricavare *per tabulas* quale sia l'organo comunale che concretamente deve emanare l'accertamento di acquisizione né, soprattutto, se deve trattarsi di un organo tecnico o politico. Ciò nondimeno, è evidente che il provvedimento in questione costituisce un compito di gestione ed attuazione, che in quanto tale spetta, per principio generale⁶⁷⁷, confermato dal testo unico⁶⁷⁸, ai dirigenti dell'ente locale.

Quale dirigente sia quello competente in particolare, invece, dipende dalla disciplina regolamentare dell'ente, perché è il comune che ha il compito di determinare, nell'esercizio del proprio potere di autoregolamentazione, a quale ufficio spettino la vigilanza sull'attività edilizia, nonché la repressione degli eventuali abusi⁶⁷⁹: come precisato anche dalla giurisprudenza amministrativa, la normativa vigente non impone affatto di attribuire la competenza ad

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».

⁶⁷⁶ Cfr. art. 31, comma 5, primo inciso, d.P.R. 380/2001: «L'opera acquisita è demolita con ordinanza del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale a spese dei responsabili dell'abuso».

⁶⁷⁷ Cfr. art. 107, comma 1, d.lgs. 267/2000: «Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo».

⁶⁷⁸ Cfr. art. 107, comma 3, lett. g), d.lgs. 267/2000: «Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: [...] tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale».

⁶⁷⁹ Cfr. art. 89, comma 1, d.lgs. 267/2000: «Gli enti locali disciplinano, con propri regolamenti, in conformità allo statuto, l'ordinamento generale degli uffici e dei servizi, in base a criteri di autonomia, funzionalità ed economicità di gestione e secondo principi di professionalità e responsabilità».

un ufficio piuttosto che ad un altro⁶⁸⁰ e questa scelta legislativa si deve ritenere condivisibile, stante la tutela costituzionale dell'autonomia regolamentare degli enti locali⁶⁸¹.

Come sottolinea la dottrina, peraltro, l'operato del dirigente «è soggetto a forme di pubblicità e controllo sostitutivo»⁶⁸². Si è già rilevato, infatti, che l'art. 31 si conclude con due norme di generale applicazione, l'una relativa alle informative del segretario comunale in merito agli abusi edilizi⁶⁸³, l'altra riguardante i poteri regionali di attivazione in caso di inerzia⁶⁸⁴. Proprio perché di generale applicazione, queste due norme hanno una collocazione piuttosto infelice; in ogni caso, la loro localizzazione nell'ambito dell'art. 31 d.P.R. 380/2001 ci rammenta che il dirigente o responsabile dell'ufficio è competente ma *non è solo*, perché altre autorità amministrative e giurisdizionali lo sorvegliano e possono intervenire in caso di inerzia.

2.2. L'inedificabilità imposta in base a leggi statali o regionali: soggetto beneficiario e soggetto competente

⁶⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 agosto 2014, n. 4213: «Nel caso che occupa il provvedimento impugnato contiene l'ordine alla Ripartizione Patrimonio di provvedere alla trascrizione gratuita a favore del Comune di Venezia e contro gli appellanti presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 della l. n. 47/1985, quindi la individuazione delle aree in questione non può che essere stata, legittimamente, rinviata a successivi provvedimenti, a nulla rilevando che ciò non sia stato demandato al Settore edilizia, come lamentato dagli appellanti, non essendo la necessità della competenza esclusiva del Settore suddetto in materia assistita dalla indicazione di alcun supporto normativo o regolamentare o da manifeste ragioni logiche».

⁶⁸¹ Cfr. art. 117, sesto comma, terzo periodo, Cost.: «I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

⁶⁸² Così CENTOFANTI N., *Diritto urbanistico. Legislazione nazionale e regionale - piani regolatori - procedimento ablatorio - tutela giurisdizionale*, Padova, 2008 pag. 662.

⁶⁸³ Cfr. art. 31, comma 7, d.P.R. 380/2001: «Il segretario comunale redige e pubblica mensilmente, mediante affissione nell'albo comunale, i dati relativi agli immobili e alle opere realizzati abusivamente, oggetto dei rapporti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria e delle relative ordinanze di sospensione e trasmette i dati anzidetti all'autorità giudiziaria competente, al presidente della giunta regionale e, tramite l'ufficio territoriale del governo, al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti».

⁶⁸⁴ Cfr. art. 31, comma 8, d.P.R. 380/2001: «In caso d'inerzia, protrattasi per quindici giorni dalla data di constatazione della inosservanza delle disposizioni di cui al comma 1 dell'articolo 27, ovvero protrattasi oltre il termine stabilito dal comma 3 del medesimo articolo 27, il competente organo regionale, nei successivi trenta giorni, adotta i provvedimenti eventualmente necessari dandone contestuale comunicazione alla competente autorità giudiziaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale».

Si è visto che la generale competenza dell'autorità comunale ad accertare l'intervenuta confisca trova essenziale giustificazione nel fatto che l'acquisto opera a favore del comune.

Tuttavia, l'art. 31 d.P.R. 380/2001 conosce anche un'ipotesi in cui il beneficiario dell'acquisizione gratuita non è (o può non essere) il comune. Si tratta in particolare del caso in cui l'area su cui è realizzato l'abuso edilizio risulti soggetta a vincolo di inedificabilità in base a leggi statali o regionali: in simili ipotesi, infatti, il legislatore ha comprensibilmente ritenuto opportuno far confluire l'abuso (nonché, si ritiene, le relative pertinenze⁶⁸⁵) anziché nel patrimonio del comune, direttamente in quello dell'autorità preposta al vincolo⁶⁸⁶, che risulta evidentemente la più indicata per demolire l'abuso (che in questo solo caso è obbligatorio *ex lege*⁶⁸⁷) e successivamente gestire l'area confiscata.

Ciò non esclude, peraltro, che il bene confluisca egualmente nel patrimonio del comune laddove sia quest'ultimo l'autorità preposta al vincolo, così come attestato dalla giurisprudenza amministrativa, ad esempio, in ipotesi di vincolo cimiteriale⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Cfr. DE ROBERTO A., *Le sanzioni urbanistiche*, cit., pag. 125: «Dubbio è se, nella fattispecie in esame, la confisca si estenda, pure, alle pertinenze. Farebbe propendere per l'affermativa la generale regola secondo cui le aree pertinenziali restano acquisite coattivamente al patrimonio comunale pure nell'ipotesi in cui debba procedersi, poi, ineluttabilmente, alla demolizione della costruzione».

⁶⁸⁶ Cfr. art. 31, comma 6, primo periodo, d.P.R. 380/2001: «Per gli interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo».

⁶⁸⁷ Cfr. art. 31, comma 6, secondo periodo, d.P.R. 380/2001: «Tali amministrazioni provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso».

⁶⁸⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667: «Ai sensi del comma 6 dell'articolo 31, cit., l'acquisizione coattiva è disposta in tutti i casi di "interventi abusivamente eseguiti su terreni sottoposti, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità" (si tratta di una previsione idonea a ricomprendere anche l'intervento per cui è causa, realizzato in violazione della disposizione di legge statale in tema di rispetto del c.d. "vincolo cimiteriale"). Nella medesima pronuncia si precisa infatti che «non può essere condiviso l'argomento secondo cui il Comune non potrebbe comunque procedere all'eventuale acquisizione coattiva dell'area, non essendo identificabile quale "amministrazione[e]" cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo". Al riguardo è appena il caso di richiamare i generali compiti di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia che spettano ai Comuni ai sensi del comma 1 dell'articolo 27 del d.P.R. 380 del 2001, cit.».

CAPITOLO VI ESECUZIONE E GESTIONE DELLA CONFISCA EDILIZIA

1. *Premessa*

A meno che non sopravvengano, previa impugnazione, la sospensione o l'annullamento del provvedimento di confisca, il comune si troverà a doverlo eseguire.

Conformemente agli effetti della confisca, si tratterà pertanto di trascrivere l'acquisto e di impossessarsi dell'immobile, per poi decidere se mantenere il fabbricato ovvero se demolirlo senz'altro.

2. *La doverosità dell'esecuzione*

Prima di addentrarci nell'analisi dei profili esecutivi della confisca è opportuno chiedersi se tale esecuzione costituisca per il comune un vero e proprio dovere o una semplice facoltà.

La questione non è di poco momento. Nella prassi, infatti, si registrano circostanze in cui il comune, acquisito *ope legis* il fabbricato abusivo, manifesti implicitamente o anche esplicitamente l'esigenza di ritardare, per ragioni organizzative, gli ulteriori atti esecutivi. In simili circostanze, altri cittadini possono avere interesse a chiedere che il comune sia condannato senz'altro all'esecuzione, ma questo ci impone di chiederci se tale attività sia (per l'appunto) un dovere coercibile, ovvero se l'esecuzione della confisca non sia piuttosto una facoltà discrezionale dell'ente locale.

La giurisprudenza amministrativa propende talvolta per quest'ultima soluzione, autorizzando la sospensione amministrativa in vari contesti, fra cui ad esempio la notifica di una impugnativa giurisdizionale mera (ossia non accompagnata da misure cautelari)⁸⁹⁷ e addirittura la pura esigenza amministrativa di pianificazione

⁸⁹⁷ Cfr. ad es. TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 4 novembre 2016, n. 1381: «Può al più immaginarsi che l'amministrazione ritenesse pendente un contenzioso nei confronti del proprio atto e che non lo abbia portato ad esecuzione in attesa di conoscere l'esito della controversia».

economica⁸⁹⁸.

Questa tesi, tuttavia, non sembra condivisibile: l'ordinanza di demolizione è un provvedimento amministrativo, che in quanto tale è subito soggetto a esecuzione. Del resto, anche l'art. 21-*quater* della l. 241/1990 ci rammenta che «*i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo*»: la sospensione dell'esecuzione, dunque, appare condizionata ad una previsione di legge (come in caso di misure cautelari concesse dal giudice) o del provvedimento (ovviamente impugnabile *in parte qua*), fermo restando il potere di proroga dei termini nell'interesse del trasgressore⁸⁹⁹, ma senza che il provvedimento efficace si possa sospendere con atto generale ovvero (peggio ancora) con una mera inerzia amministrativa.

In passato, del resto, i controinteressati che non hanno potuto ottenere la demolizione dell'abuso non hanno mancato di ricorrere alla Corte di Strasburgo, la quale ha ravvisato in questa inerzia amministrativa una precisa violazione dell'art. 1 Primo prot. Add. EDU⁹⁰⁰. Anche questo ci impone di ritenere che la prosecuzione

⁸⁹⁸ Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 9 maggio 2017, n. 2488: «*La motivazione adottata dal Comune è perfettamente in linea con la delibera di Giunta 2100/2000, che non è stata impugnata, e della quale costituisce dovuta conseguenza. La delibera è a sua volta esecuzione dell'art. 41 TUED, che ha disciplinato le fasi esecutive della demolizione d'ufficio ordinata dal Comune. L'art. 41 era stato oggetto di sostituzione da parte dell'art. 32 della legge 326/2003, dichiarato incostituzionale dalla Corte con sentenza 196/2004. Di conseguenza, in base al testo originario della suddetta disposizione, "in tutti i casi in cui la demolizione deve avvenire a cura del comune, essa è disposta dal dirigente o dal responsabile del competente ufficio comunale su valutazione tecnico-economica approvata dalla giunta comunale". Se dunque la delibera di Giunta ha stabilito un programma di abbattimenti in base a criteri che non sono stati censurati dalla parte ricorrente, è evidente che l'impugnata decisione è perfettamente legittima, in quanto non discostantesi da quella presupposta a carattere generale. Inoltre, è noto che la problematica delle mancate demolizioni per mancanza di fondi è questione di carattere nazionale sulla quale la discrezionalità degli enti locali è pressoché inesistente. È attualmente in discussione, tra i due rami del Parlamento, un disegno di legge (DDL S. 580-B) recante "Disposizioni in materia di criteri per l'esecuzione di procedure di demolizione di manufatti abusivi", che modifica l'art. 41 TUED e inserisce un art. 44 bis, al fine di rendere operativo il sistema delle demolizioni d'ufficio anche sotto il versante della sostenibilità economica. In questo quadro, le censure della parte ricorrente sono oggettivamente poco sostenibili*». Cfr. anche TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 24 maggio 2017, n. 2764.

⁸⁹⁹ Cfr. *supra*, pag. 140.

⁹⁰⁰ Cfr. ad es. Corte EDU, Sez. II, 24 maggio 2007, ric. 77606/01, Paudicio c. Italia, nonché Corte EDU, Sez. II, 17 luglio 2007, ric. n. 6870/03, Vitiello c. Italia: in entrambi i casi, la Corte ravvisa una violazione dell'art. 1 Prot. add. conv. EDU nel fatto che la

dell'attività amministrativa, dopo la confisca, sia senz'altro doverosa, come del resto affermato dalla giurisprudenza più attendibile ed attenta⁹⁰¹. In caso di inerzia, pertanto, i controinteressati possono agire in giudizio per costringere il comune a confiscare⁹⁰² (come del resto riconosciuto anche dalla giurisprudenza di diverso avviso⁹⁰³) e si profila al contempo, a carico del pubblico funzionario inerte, una specifica responsabilità, anche penale⁹⁰⁴, così come giustamente sottolineato dalla dottrina⁹⁰⁵.

demolizione del fabbricato abusivo realizzato dal confinante, sebbene ordinata in sede penale, non era mai stata eseguita in sede amministrativa.

⁹⁰¹ Cfr. ad es. TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 22 gennaio 2016, n. 58: *«In presenza della mancata esecuzione dell'ordine di demolizione entro il termine assegnato di novanta giorni, respinta da questo Collegio la richiesta di sospensione cautelare del medesimo provvedimento, l'adozione dell'ulteriore provvedimento sanzionatorio di acquisizione gratuita al patrimonio comunale si configurava come doverosa»*. Cfr. anche TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 31 gennaio 2017, n. 666: *«In punto di fatto è pacifico che il Comune non ha portato a conclusione l'iter di rimozione degli abusi, seppure sia trascorso il termine di 90 giorni concesso ai proprietari per il ripristino dello status quo ante come già denunciato con la diffida del 18.10.2016. [...] Per le ragioni esposte, il Comune di Vico Equense deve ritenersi venuto meno al proprio dovere di concludere il procedimento con atto espresso e motivato come previsto dall'art. 2 L. 241/1990»*. Cfr. infine TAR Campania, Napoli, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 4062: *«Nella specie si evince un'inerzia in senso tecnico dell'amministrazione comunale, dato che la stessa avrebbe dovuto ultimare il procedimento sanzionatorio avviato, adottando, a seguito dell'emanazione dell'ingiunzione di demolizione, i provvedimenti e gli atti materiali ulteriori, diretti a darvi piena attuazione»*.

⁹⁰² Cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 31 gennaio 2017, n. 666: *«A fronte di un'istanza tesa all'esercizio dei suoi poteri repressivi in materia edilizia, l'inerzia del Comune consente all'interessato di ricorrere avverso il silenzio, anche quando l'ordine di demolizione, seppure emanato, non sia stato portato ad integrale compimento»*. Cfr. anche TAR Campania, Napoli, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 4062.

⁹⁰³ Cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 24 maggio 2017, n. 2764: *«A mente dell'art. 21 quater della l. 241/90, interpretato in connessione con le disposizioni del d.P.R. n. 380 del 2001 sull'obbligo di eseguire l'ordinanza di demolizione entro il termine di novanta giorni successivi alla sua notifica, deve ritenersi consentito al G.A. di sanzionare l'inerzia del Comune in ordine alla doverosa emanazione degli atti conseguenti all'ordinata demolizione e di porre in essere - a spese dell'inadempiente - l'attività materiale di adeguamento dello stato di fatto a quello di diritto»*.

⁹⁰⁴ Cfr. art. 328, primo comma, c.p.: *«Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni»*.

⁹⁰⁵ Cfr. DAMONTE R. - PISTORIO G., *Art. 31*, cit., pag. 376: *«A seguito dell'acquisizione dell'opera al patrimonio comunale sorge in capo al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale l'obbligo di procedere alla demolizione dell'opera abusiva, la cui omissione assumerebbe sicura rilevanza penale»*.

3. La trascrizione della confisca

Il provvedimento di confisca, oltre ad accertare l'intervenuta acquisizione alla mano pubblica, costituisce titolo per la trascrizione: se così non fosse, in effetti, l'istituto sarebbe ampiamente depotenziato, così come osservato anche dalla più attenta giurisprudenza⁹⁰⁶. È dunque da respingere il frettoloso orientamento della giurisprudenza penale secondo cui, laddove il trasgressore consegna il bene alla pubblica autorità, questa si potrebbe astenere dall'emissione di un autonomo provvedimento confiscatorio⁹⁰⁷.

In sede di esecuzione della confisca, pertanto, il competente ufficio comunale (o dell'autorità preposta al vincolo, in caso di beni monovincolati⁹⁰⁸) avrà l'onere (non sanzionato ovviamente con alcuna illegittimità⁹⁰⁹) di consegnare anzitutto il provvedimento accertativo, con la relativa nota di trascrizione⁹¹⁰, alla conservatoria dei registri immobiliari: la conservatoria dovrà eseguire la trascrizione in modo gratuito⁹¹¹, dopodiché la confisca risulterà conoscibile ai terzi e dunque ad essi opponibile, ad ogni effetto di legge.

Naturalmente la trascrizione può essere eseguita solamente

⁹⁰⁶ Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 5 dicembre 2014, n. 6375: «In mancanza di trascrizione pertanto il provvedimento non sarebbe validamente opponibile ai terzi, laddove, per espressa volontà legislativa, il provvedimento di acquisizione costituisce titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari».

⁹⁰⁷ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 9 settembre 2015, n. 36382: «Questa notifica - prevista dall'art. 31, comma 4, cit. - costituisce soltanto titolo necessario per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, e deve esser disposta allorquando, pur dopo il trasferimento di proprietà, il responsabile dell'abuso non voglia spogliarsi del bene».

⁹⁰⁸ Cfr. *supra*, pag. 199.

⁹⁰⁹ Cfr. ad esempio, con riguardo ad altra sanzione soggetta a trascrizione, Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2017, n. 877: «La mancata trascrizione nei registri immobiliari [...] non può valere quale vizio di legittimità, ma al più può rilevare sotto il profilo civilistico nei rapporti tra privati».

⁹¹⁰ Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 11 gennaio 2012, n. 55: «Ai fini dell'acquisizione è sufficiente che vi sia stata inottemperanza all'ordine di demolizione, il suo accertamento e l'adozione di un atto da parte del Comune a cui faccia seguito nota di trascrizione, adempimenti tutti legittimamente compiuti nel caso di specie».

⁹¹¹ Cfr. art. 31, comma 4, ultimo inciso, d.P.R. 380/2001: «La trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente».

con riguardo ai beni interessati dall'abuso, i quali devono essere compiutamente indicati, per legge, nell'ordinanza di demolizione⁹¹². Pertanto, laddove la proprietà sia più ampia e catastalmente indivisa, il comune dovrà procedere al frazionamento e trascrivere la confisca solamente in relazione ai beni acquisiti, come indicati dalle nuove particelle, non potendo trascrivere con riguardo all'intero mappale originario non frazionato⁹¹³.

Anche questo, ovviamente, contribuisce ad illuminare l'assoluta necessità che l'area in corso di confisca, se non indicata nell'ordinanza di demolizione (che peraltro è già una violazione della normativa vigente⁹¹⁴), sia identificata quantomeno nel provvedimento di confisca, che in caso contrario non si riuscirà a trascrivere⁹¹⁵.

4. *L'impossessamento del bene confiscato*

Parallelamente alla trascrizione, l'ufficio incaricato dell'esecuzione del provvedimento di confisca avrà il compito di procurare all'amministrazione la materiale disponibilità del bene.

Si tratta di un incombente estremamente delicato, che tuttavia l'art. 31 d.P.R. 380/2001 non si preoccupa di regolamentare. Per colmare la lacuna è dunque opportuno ricercare nell'ordinamento una normativa applicabile in via analogica. A tal fine si può far riferimento, in particolare, alla disciplina dettata dal d.P.R. 327/2001 per l'esecuzione del decreto di esproprio: anche questo

⁹¹² Per un caso di trascrizione errata (perché riferita ad un bene del quale non era stata ordinata la demolizione) e successiva rettifica cfr. ad es. TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 13 luglio 2017, n. 1212.

⁹¹³ Cfr. ad es. TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 aprile 2015, n. 2374: «*Il ricorso come proposto attraverso motivi aggiunti merita accoglimento in ragione della ingiustificata trascrizione di circa 700 mq. al cospetto dei 200 mq. oggetto di acquisizione, per cui la disposta trascrizione risulta priva di titolo*».

⁹¹⁴ Cfr. art. 31, comma 2, ultimo inciso, d.P.R. 380/2001: «*Indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3*».

⁹¹⁵ Cfr. TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 28 luglio 2011, n. 1457: «*La mancata corretta individuazione delle aree da acquisire al patrimonio comunale impedisce all'ordinanza di assolvere legittimamente alla sua tipica funzione non potendo integrare un valido atto di acquisizione suscettibile di idonea trascrizione nei registri immobiliari*».

provvedimento, infatti, comporta l'acquisizione di un bene alla mano pubblica⁹¹⁶ e richiede di essere eseguito con l'immissione in possesso⁹¹⁷. *Mutatis mutandis*, pertanto, le lacune tecnico-operative nell'occupazione dell'abuso edilizio si possono colmare con il ricorso al testo unico espropriativo.

In vista dell'impossessamento, allora, la prima cosa da fare è comunicare agli interessati (ossia all'ex-proprietario ed al possessore/detentore del bene) la data e l'ora dell'immissione in possesso⁹¹⁸: incombenza che infatti si rinviene nella prassi, anche giurisprudenziale⁹¹⁹. Tale comunicazione deve avvenire con congruo anticipo, così da consentire agli interessati di prendervi parte⁹²⁰: per il decreto di esproprio, la legge fissa il breve termine di 7 giorni⁹²¹, ma nel nostro caso non sussistono particolari ragioni di urgenza, per cui un termine più lungo è senz'altro opportuno (anche se forse non sanzionabile, in mancanza di un'espressa previsione di legge).

La *ratio* di questo preavviso è naturalmente consentire agli interessati di sgomberare l'immobile. In effetti, l'art. 31 t.u.ed. dispone l'acquisizione alla mano pubblica delle sole tre *res* ivi contemplate, che sono tutti beni immobili: gli eventuali beni mobili presenti *in loco* rimangono dunque di proprietà privata e gli interessati

⁹¹⁶ Cfr. art. 23, comma 1, lett. f), d.P.R. 327/2001: «Il decreto di esproprio [...] dispone il passaggio del diritto di proprietà, o del diritto oggetto dell'espropriazione, sotto la condizione sospensiva che il medesimo decreto sia successivamente notificato ed eseguito».

⁹¹⁷ Cfr. art. 23, comma 1, lett. h), d.P.R. 327/2001: «Il decreto di esproprio [...] è eseguito mediante l'immissione in possesso del beneficiario dell'esproprio, con la redazione del verbale di cui all'articolo 24».

⁹¹⁸ Cfr. art. 23, comma 1, lett. g), d.P.R. 327/2001: «Il decreto di esproprio [...] è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili, con un avviso contenente l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora in cui è prevista l'esecuzione del decreto di espropriazione, almeno sette giorni prima di essa».

⁹¹⁹ Cfr. ad es. TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 21 febbraio 2017, n. 184: «L'avviso di sopralluogo per l'immissione in possesso del 23 agosto 2000, non è peraltro idoneo a comportare una riapertura dei termini, perché costituisce una mera comunicazione priva di carattere provvedimentoale, mentre i predetti atti autonomamente lesivi e, in particolare, l'ordinanza di demolizione e quella di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione a cui si riferiscono le censure proposte, non sono stati tempestivamente impugnati».

⁹²⁰ Cfr. art. 24, comma 3, d.P.R. 327/2001: «Lo stato di consistenza e il verbale di immissione sono redatti in contraddittorio con l'espropriato o, nel caso di assenza o di rifiuto, con la presenza di almeno due testimoni che non siano dipendenti del beneficiario dell'espropriazione. Possono partecipare alle operazioni i titolari di diritti reali o personali sul bene».

⁹²¹ Cfr. ancora art. 23, comma 1, lett. g), d.P.R. 327/2001.

devono avere il tempo di trasferirli altrove, prima dell'impossessamento dell'autorità amministrativa.

In occasione dell'impossessamento esecutivo della confisca, in analogia con il similare incombente espropriativo⁹²², dovrà essere redatto un processo verbale. Il d.P.R. 327/2001 prescrive, accanto al verbale, anche uno stato di consistenza, che può essere anche successivo, ma comunque antecedente alla modificazione degli immobili espropriati⁹²³. La *ratio* di tale prescrizione è tipicamente indennitaria, giacché la situazione dei luoghi dovrà essere considerata in sede di commisurazione dell'indennità di esproprio, nonché degli altri indennizzi dovuti per legge. Avendo natura sanzionatoria, invece, la confisca non contempla alcun indennizzo a favore del proprietario, cosicché lo stato di consistenza non appare strettamente necessario. Tuttavia, qualora l'immobile non sia stato sgomberato nel termine concesso dalla p.a., la redazione di uno stato di consistenza può essere utile per regolare la restituzione dei beni mobili all'avente diritto.

È noto che l'acquisizione coattiva di un bene alla mano pubblica può incontrare la ferma opposizione del privato, che non di rado avverte come un'intollerabile ingerenza questa "invasione" di diritto pubblico. Il d.P.R. 327/2001 ne prende atto e consente in simili casi di differire di dieci giorni⁹²⁴ l'esecuzione del decreto di esproprio, nonché di sostituire il contraddittorio con gli interessati con la presenza di due testimoni imparziali⁹²⁵. Orbene, la confisca edilizia può dar luogo a situazioni ancor più conflittuali del decreto di esproprio: a tacer d'altro, infatti, si tratta di immobili già trasformati (mentre l'espropriazione può riguardare anche non ancora edificati, o addirittura inedificabili senz'altro), per la cui

⁹²² Cfr. art. 24, commi 2 e 3, d.P.R. 327/2001.

⁹²³ Cfr. art. 24, comma 2, d.P.R. 327/2001: «Lo stato di consistenza del bene può essere compilato anche successivamente alla redazione del verbale di immissione in possesso, senza ritardo e prima che sia mutato lo stato dei luoghi».

⁹²⁴ Cfr. art. 23, comma 3, secondo periodo, d.P.R. 327/2001: «Qualora vi sia l'opposizione del proprietario o del possessore del bene, nel verbale si dà atto dell'opposizione e le operazioni di immissione in possesso possono essere differite di dieci giorni».

⁹²⁵ Cfr. art. 24, comma 3, primo periodo, d.P.R. 327/2001: «Lo stato di consistenza e il verbale di immissione sono redatti in contraddittorio con l'espropriato o, nel caso di assenza o di rifiuto, con la presenza di almeno due testimoni che non siano dipendenti del beneficiario dell'espropriazione».

perdita il privato non è in alcun modo indennizzato (mentre l'espropriato percepisce in ogni caso un'indennità di esproprio). Salvo ipotesi patologiche di abusi edilizi realizzati e poi abbandonati, pertanto, è ragionevole temere che il trasgressore non si rassegni alla perdita dell'immobile di sua proprietà e unisca ad una resistenza giuridica anche un'opposizione materiale e fattuale.

Questa eventualità non è disciplinata neanche dal d.P.R. 327/2001, il quale si limita a disporre (con equivoca *fictio iuris*) che il perdurante utilizzo del bene da parte dell'espropriato non esclude l'impossessamento dell'autorità procedente, senza spiegare come superare l'eventuale resistenza dell'ex-proprietario. Si tratta di un profilo problematico⁹²⁶, ma la soluzione più corretta sembra quella autorizza l'espropriante già proprietario ad emanare un provvedimento di autotutela demaniale, invocando l'aiuto della forza pubblica per consentire l'esecuzione del provvedimento. Proprio alla luce della *fictio* suddetta, invece, l'invocazione della forza pubblica per eseguire direttamente il decreto di esproprio (senza emanare un ulteriore provvedimento di autotutela) non sembra corretto, giacché il beneficiario (come accennato) è già possessore, senza alcun bisogno di ulteriori attività materiali per conseguire un possesso che ha per legge.

In caso di confisca edilizia, tuttavia, una soluzione di questo tipo, con emanazione del provvedimento di autotutela demaniale, non sembra percorribile. Questo perché l'abuso edilizio, non essendo (ancora) asservito al pubblico servizio, non rientra nel patrimonio indisponibile dell'ente⁹²⁷, bensì nel suo patrimonio

⁹²⁶ Cfr. *amplius* ANTONIOL M., «L'immissione coattiva nel possesso del bene espropriato - autonomia e polizia nelle opzioni dell'autorità espropriante» in www.esproprio.it, 2 novembre 2010.

⁹²⁷ Cfr. *ex multis* TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 febbraio 2015, n. 1881 e Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6259: «Rientrano nel patrimonio indisponibile solo quei beni di proprietà di un ente pubblico concretamente destinati ad un uso e/o servizio pubblico, non essendo sufficiente per essi una mera programmazione "de futuro" di destinazione ad opera pubblica». Cfr. inoltre Cass. Civ., Sez. Un., 23 dicembre 2009, n. 27212: «Affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili in quanto destinati ad un pubblico servizio, ai sensi dell'art. 826 cod. civ., comma 3, deve sussistere il doppio requisito (soggettivo ed oggettivo) della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico (e, perciò, un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene ad un pubblico servizio) e dell'effettiva ed attuale destinazione del bene al pubblico servizio, per cui non è

disponibile, cosicché un provvedimento di autotutela sarebbe invalido⁹²⁸ e in particolare nullo⁹²⁹ per difetto di attribuzione⁹³⁰.

Di un tale provvedimento, del resto, nel nostro caso non v'è alcun bisogno. Infatti la necessità dell'autotutela demaniale, in sede espropriativa, deriva dalla *fictio iuris* per la quale il bene si intende occupato (e dunque il decreto si intende eseguito) anche se la p.a. non riesce a conseguire la disponibilità del bene. Ma la confisca edilizia, diversamente dal decreto di esproprio, non si può dire eseguita se il bene non entra nella disponibilità della pubblica autorità. Ci troviamo dunque al cospetto di un provvedimento amministrativo ineseguito e tanto basta per autorizzare il comune a richiedere l'intervento della forza pubblica, così come indicato anche dalla giurisprudenza amministrativa⁹³¹.

Secondo la miglior dottrina, del resto, la forza pubblica opera anche *«per garantire l'esecutorietà dei provvedimenti amministrativi, e quindi contribuire ad attuare quei poteri di autotutela che nel nostro ordinamento sono riconosciuti alla pubblica amministrazione per il concreto soddisfacimento degli*

sufficiente la semplice previsione dello strumento urbanistico circa la destinazione di un'area alla realizzazione di una finalità di interesse pubblico». Cfr. altresì TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 22 luglio 2011, n. 805; Cons. Stato, Sez. IV, 1° marzo 2010, n. 1167; Cass. Civ., Sez. II, 15 febbraio 2010, n. 3465 e Cass. Civ., Sez. Un., 1° luglio 2009, n. 15378.

⁹²⁸ Cfr. ad es. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 2 febbraio 2015, n. 1881: *«La c.d. autotutela patrimoniale delle pubbliche amministrazioni è esercitabile esclusivamente nei confronti di beni appartenenti al demanio ovvero al patrimonio indisponibile dell'Ente (in quest'ultimo caso per effetto del combinato disposto degli artt. 826, terzo comma e 828 c.c. nel caso in cui il bene sia "destinato ad un pubblico servizio"). Tale tipo di tutela non è assicurata con riguardo alla gestione dei beni appartenenti alla categoria del patrimonio disponibile»*. Cfr. altresì TAR Campania, Salerno, Sez. II, 4 ottobre 2016, n. 2231, TAR Molise, Campobasso, Sez. I, 6 maggio 2014, n. 284 e TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 4 aprile 2014, n. 1966.

⁹²⁹ Cfr. TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 7 marzo 2018, n. 256: *«Ne discende la fondatezza del motivo ora esaminato, avente portata assorbente rispetto a tutti gli altri, e che comporta, come detto, la nullità dell'atto impugnato, atteggiandosi a provvedimento. Il Comune di Chioggia ha, infatti, sostanzialmente ordinato lo sgombero in via autoritativa di un bene facente parte del suo patrimonio disponibile, in riferimento al quale non avrebbe potuto esercitare il ridotto potere ordinatorio, ma avrebbe potuto solo avvalersi degli ordinari rimedi civilistici (ad es. proporre un giudizio possessorio)»*.

⁹³⁰ Cfr. art. 21-septies, comma 1, l. 241/1990: *«È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge»*

⁹³¹ Cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 24 gennaio 2017, n. 171: *«Il provvedimento commissariale di sgombero e ripristino spiega piena efficacia, e va portato senza indugio a esecuzione, se necessario con l'ausilio della forza pubblica, la cui assistenza il commissario chiederà preventivamente»*.

*interessi pubblici ad essa affidati dalla legge*⁹³². Ed è ovvio che il comune, fra i vari corpi rientranti nell'ampio concetto di "forza pubblica", preferirà affidarsi nella maggior parte dei casi alla polizia locale⁹³³ o ai vigili urbani⁹³⁴, i quali, nell'esercizio delle loro funzioni, potranno liberare l'abuso edilizio da persone o cose che si trovino all'interno del bene oramai di proprietà pubblica.

4.1. Il possesso del trasgressore fino all'impossessamento comunale

Si è detto che la pubblica autorità diventa proprietaria con il semplice infruttuoso decorso dei 90 giorni di legge⁹³⁵. Si è detto però che l'immissione in possesso è consentita solamente in seguito alla notifica del provvedimento accertativo dell'intervenuta confisca edilizia⁹³⁶.

Ora, non è affatto infrequente, nella prassi, che fra l'acquisto della proprietà ed il successivo impossessamento intercorra un lasso di tempo di parecchi anni. Ciò può dipendere, ad esempio, dalla pendenza di un processo amministrativo: anche laddove i provvedimenti non siano stati sospesi, infatti, molti enti locali reputano inopportuno portarli in esecuzione con l'impossessamento e queste prassi, come sappiamo⁹³⁷, sono tollerate o addirittura incoraggiate da una parte della giurisprudenza amministrativa.

Di conseguenza, accade sovente che il trasgressore continui a godere dell'abuso edilizio per molto tempo, in attesa di un impossessamento che può sopravvenire parecchi anni dopo l'acquisizione *ope legis*.

⁹³² Cfr. ROMANO G., voce "Forza pubblica", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VII, Torino, 1991, pag. 29.

⁹³³ Cfr. SANDULLI A.M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., pag. 869: dopo aver chiarito che «la polizia amministrativa non comprende soltanto la polizia di sicurezza», l'Autore osserva che «essa comprende altresì (ma si tratta di classificazioni convenzionali e approssimative) la polizia demaniale, sanitaria, sociale, industriale, turistica, la polizia locale (urbana e rurale) ecc.».

⁹³⁴ Cfr. ROMANO G., voce "Forza pubblica", cit., pag. 28, che porta come esempio di forza pubblica i Vigili urbani.

⁹³⁵ Cfr. *supra*, pag. 215.

⁹³⁶ Cfr. *supra*, pag. 228.

⁹³⁷ Cfr. *supra*, pag. 262.

CAPITOLO VII CONCLUSIONI SULLA CONFISCA EDILIZIA

1. Acquisizione gratuita degli abusi edilizi e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

All'esito dell'analisi non è difficile rinvenire nella confisca edilizia un istituto che, nato con le migliori intenzioni, rischia oggi di eccedere la misura.

Risalendo di qualche decennio si può infatti cogliere il chiarissimo intento legislativo di spingersi *più in là* rispetto alla mera demolizione coattiva degli abusi edilizi, inasprendo le sanzioni e promettendo al contempo ai comuni, all'esito della procedura repressiva, un consistente introito patrimoniale, con innegabili vantaggi anche per l'economia nazionale e soprattutto per i bisogni della società¹¹⁰⁹.

In quest'ottica, la confisca edilizia ha dato eccellenti risultati, tant'è che il legislatore l'ha confermata dapprima nella legge sul primo condono e poi nel testo unico dell'edilizia.

Purtroppo, però, queste riformulazioni, così come le periodiche novelle degli ultimi anni, sono state sfruttate malamente, mancando l'occasione per adottare quegli accorgimenti resi necessari da alcuni decenni di consolidata applicazione. E la prassi, dal canto suo, ha approfittato di questo lassismo legislativo per portare l'istituto al massimo livello di severità possibile, anche con il proposito di accrescerne ulteriormente l'efficienza ed incisività.

In questi stessi decenni, tuttavia, la giurisprudenza della Corte EDU ha assunto una posizione di crescente importanza nell'ambito

¹¹⁰⁹ Cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1770, nella parte in cui apprezza che il fatto che «*con tale soluzione l'ente locale ha anche risolto un problema non secondario, di cui non s'è fatto carico il contenzioso pregresso: dove ricollocare i privati proprietari delle unità immobiliari sovrastanti detto piano terra*», osservando che, «*grazie alla norma anzidetta e alla soluzione concreta individuata dal Comune, un punto d'equilibrio, nel bilanciamento di sopravvenute emergenze, è stato pur sempre trovato*».

del diritto interno, della quale il legislatore e la giurisprudenza nazionale, almeno nel nostro settore, sembrano essersi curati assai poco. Da ciò sono derivati profili di notevole contrasto fra ciò che vorrebbe la giurisprudenza di Strasburgo e ciò che accade invece, in Italia, al momento di reprimere un abuso edilizio. Solo per fare qualche esempio, rammentiamo che la nostra analisi ha sollevato ragionevoli dubbi di compatibilità con la convenzione EDU almeno per le seguenti ragioni:

- perché viene talvolta applicata anche in seguito al titolo edilizio annullato, laddove non è prevista dalla norma speciale costituita dall'art. 38 d.P.R. 380/2001;
- perché sembra escludere dal novero dei destinatari dell'ordinanza di demolizione (che è anche CAP del procedimento di confisca) i titolari di diritti diversi da quello di proprietà;
- perché consentirebbe (secondo una certa giurisprudenza, assolutamente non condivisibile) che la *res* soggetta a confisca non sia indicata nella CAP;
- perché si estenderebbe (per un orientamento non del tutto pacifico) anche alle porzioni condominiali non abusive;
- perché è assolutamente oscura (e si presta ad interpretazioni imprevedibili) con riguardo alle pertinenze urbanistiche soggette ad acquisizione;
- perché talvolta sembra non trovare ostacolo nel fatto che quelle stesse pertinenze siano di proprietà di terzi;
- perché nella sua applicazione pratica comporta talvolta una tollerata (ma intollerabile) imposizione di servitù di passaggio a carico di fondi non confiscati;
- perché, se si esclude che l'istanza di sanatoria renda inefficace l'ordinanza di demolizione, all'esito di questa istanza la sanzione può scattare in modo totalmente impreveduto ed imprevedibile;
- perché presenta margini non trascurabili di applicabilità nei confronti del proprietario non colpevole;
- perché parimenti risulta applicabile, secondo un certo orientamento, anche nei confronti di acquirenti del tutto privi di qualunque colpevolezza;

- perché consente addirittura l'acquisizione (rasentando l'assurdo) di beni non indicati neppure nello stesso provvedimento acquisitivo;
- perché viola il canone di proporzionalità laddove comporta l'acquisizione di un'estensione di terreno senza alcuna motivazione di tale estensione;
- perché secondo una certa giurisprudenza può anche recare un termine di 90 giorni, che viene sostituito automaticamente da quello di legge, in modo però non comprensibile dal comune cittadino;
- perché viene talvolta applicata in modo tale da pregiudicare i diritti dei controinteressati al rispetto delle distanze legali;
- perché pregiudica persino le ragioni dell'autorità comunale laddove cede il passo alla demolizione coattiva disposta dal giudice penale.

Tutte queste criticità, compiutamente analizzate nelle pagine che precedono, rischiano di esporre la confisca edilizia, nonostante le sue mirabili intenzioni, a dure condanne da parte della Corte EDU, così come già è accaduto (per non andar lontano) alla confisca urbanistica *ex art. 44, comma 2, d.P.R. 380/2001*, che è istituito particolarmente vicino al nostro¹¹¹⁰ già messo alla sbarra dinnanzi alla Corte di Strasburgo. Per prevenire un simile risultato (i cui strascichi si avverirebbero ovviamente per decenni, anche considerando il ritardo con cui la Corte giudica dei fatti accaduti in Italia), è oggi essenziale che il cittadino, la giurisprudenza e la pubblica amministrazione sviluppino senza ulteriore indugio una maggior consapevolezza dei limiti europei dell'istituto della confisca, unendo le forze per allineare la prassi interna ai dettami della Convenzione e del suo interprete di Strasburgo. La più attenta giurisprudenza amministrativa, in effetti, ha recentemente iniziato ad interrogarsi su questo «*strumento di sostanziale redenzione della colpa*»¹¹¹¹

¹¹¹⁰ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 5 ottobre 2015, n. 1246: «*In proposito, è possibile richiamare, per analogia, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla lottizzazione abusiva*»

¹¹¹¹ Così Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1770: «*Quella norma funge da strumento di*

che incide brutalmente sulla proprietà privata¹¹¹², sottolineandone le esigenze di legalità¹¹¹³ e rilevando che «*la norma può essere giudicata diversamente, a seconda dei punti di vista*»¹¹¹⁴. Ma a questo deve fare da contraltare, ovviamente, una maggior sensibilità della pubblica amministrazione, ed anche un atteggiamento di minor sottomissione da parte di proprietari e trasgressori.

Se l'atteggiamento generale non muterà nei termini che precedono, la confisca edilizia potrebbe attirare in breve tempo gli strali della Corte EDU, esponendo l'Italia a condanne anche severe e finendo così per vanificare l'originario intento (in sé encomiabile) di accrescere l'efficienza e la razionalità del sistema repressivo degli abusi edilizi.

SSS

sostanziale redenzione dalla colpa (costituita dall'avvenuta edificazione non legittima), con l'unica attenuante data dal fatto che il perdono (a livello sostanziale ed oggettivo) non si risolve in vantaggio del singolo, autore della colpa, bensì dell'intera collettività. Per l'effetto, l'integrità del territorio leso non risulta comunque ricostituita. Di contro, delle risultanze della lesione (l'edificazione non legittima) gode un'intera comunità».

¹¹¹² Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. II, 8 settembre 2015, n. 2118: «*L'Amministrazione quando, in applicazione dell'art. 31 comma 3, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, dispone l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale del bene e dell'area di sedime delle opere edilizie abusive non demolite, si determina un'incisione sulla proprietà privata*».

¹¹¹³ Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 21 ottobre 2016, n. 4808: «*L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale, infatti, deve avvenire secondo le modalità previste dalla legge, che costituiscono un presidio irrinunciabile di garanzia del diritto di proprietà inciso dal provvedimento sanzionatorio*».

¹¹¹⁴ Così Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1770.