

La natura dell'illecito da mancata ottemperanza all'ordine di demolizione e il connesso atto di acquisizione.

Nota a Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 11 ottobre 2023, n. 16

SOMMARIO: 1. I fatti oggetto del contendere. 2. I quesiti dell'ordinanza di remissione. 3. Il contrasto giurisprudenziale. 4. La ricostruzione dogmatica dei primi tre quesiti. 5. Quarto quesito: efficacia temporale della sanzione pecuniaria. 6. La posizione del nudo proprietario: due distinte fattispecie. 7. I principi enunciati nell'Adunanza Plenaria.

DI NURIA FEDERICA NICOLÒ

ABSTRACT: Il presente contributo propone un'analisi della sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 11 ottobre 2023, n. 16, in tema di abusi edilizi e, segnatamente, sulla controversa natura giuridica dell'illecito da mancata ottemperanza all'ordine di demolizione e sul connesso atto di acquisizione.

Sarà brevemente descritta la vicenda da cui ha avuto origine il ricorso e verranno analizzate nel dettaglio le diverse tesi controverse in campo e, da ultimo, le statuizioni rese dalla Plenaria del Consiglio di Stato.

ABSTRACT: *This contribution offers an analysis of the judgment of the Council of State, Plenary Assembly, dated October 11, 2023, No. 16, on the subject of building abuses, specifically addressing the controversial legal nature of the offense related to non-compliance with the demolition order and the associated act of acquisition. The case that led to the appeal will be briefly described, and a detailed examination of the various controversial arguments in the field will follow. Finally, the decisions rendered by the Plenary Assembly of the Council of State will be discussed.*

1. I fatti oggetto del contendere.

La vicenda trae origine dal contenzioso, instauratosi innanzi al TAR Campania, per ottenere l'annullamento dell'atto di accertamento di inottemperanza edilizia con annesso sanzioni pecuniarie emesso dal Comune. La ricorrente acquisiva dal padre per donazione la nuda proprietà del fondo mentre l'usufrutto restava riservato a quest'ultimo. Durante la pendenza del giudizio avente per oggetto l'ordinanza di demolizione, il Comune accertava l'inottemperanza alla medesima ordinanza e rilevava che l'Amministrazione aveva acquisito il bene al suo patrimonio indisponibile irrogando – nei confronti di entrambi i titolari dei diritti reali – la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4 *b* s, del testo unico sull'edilizia, approvato con il d.P.R. n. 380 del 2001, per la realizzazione di interventi edilizi in assenza di titolo edilizio, in aree soggette a vincolo paesaggistico, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42.

2. I quesiti dell'ordinanza di rimessione.

Con l'ordinanza n. 3974 del 19 aprile 2023, la Sezione VI del Consiglio di Stato, avendo ravvisato la presenza di contrasti giurisprudenziali, connessi alle conseguenze

derivanti dall'inottemperanza dell'ingiunzione di demolizione, rimetteva il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria formulando i seguenti quesiti:

- I) se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione;
- II) se l'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 sanziona l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, *id est*, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione;
- III) se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti;
- IV) se la sanzione di cui all'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 dell'11 novembre 2014, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del Comune costituisca un effetto del tutto automatico.

3. Il contrasto giurisprudenziale.

Il decreto legge 12 settembre 2014 n. 133, convertito con modifiche dalla legge 11 novembre 2014 n. 164, ha modificato l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 (TUE), inserendovi i commi 4 *bis*, 4 *ter* e 4 *quater*.

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 164/2014, si sono formati diversi orientamenti.

Per quanto concerne l'oggetto dell'illecito, la giurisprudenza risulta divisa in due orientamenti.

Un primo, afferma che l'oggetto dell'illecito è il "mancato ripristino dell'abuso edilizio", altro orientamento, invece, afferma che l'art 31, comma 4 *bis*, TUE sanziona "l'inottemperanza all'ordine di demolizione", ossia la condotta omissiva specifica consistente nel non provvedere alla rimessione in pristino.

Anche in merito alla natura dell'illecito vi sono due orientamenti: uno, maggioritario, in guisa del quale l'inottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un illecito permanente che si protrae fino alla cessazione della situazione di illiceità, in quanto lo scadere del termine di novanta giorni dalla notificazione dell'ordine di demolizione non determina il venir meno dell'obbligo di rimuovere le opere abusive.

Da ciò ne consegue che, è consentita l'irrogazione della sanzione di cui all'art. 31, comma 4 *bis*, TUE alle ordinanze di demolizione notificate in data antecedente rispetto all'entrata in vigore della norma, a condizione che l'inottemperanza all'ordine di demolizione si sia protratta anche dopo l'entrata in vigore della normativa stessa.

Un secondo orientamento, invece, ritiene, che l'abuso edilizio abbia natura di illecito istantaneo, facendone conseguire la non applicabilità della norma alle ordinanze per le quali il termine di adempimento fosse già scaduto alla entrata in vigore della normativa.

4. La ricostruzione dogmatica dei primi tre quesiti.

Per rispondere ai quesiti posti l'Adunanza Plenaria muove dalla natura dell'abuso edilizio distinguendo tra le nozioni acquisite in ambito penale e quelle relative precipuamente al diritto amministrativo.

In diritto penale, talvolta la giurisprudenza e la dottrina richiamano la nozione di 'reato permanente', ma - poiché il legislatore non ha inserito nel fatto tipico alcun richiamo alla mancata demolizione delle opere abusive - si deve parlare, più correttamente, di reati istantanei caratterizzati unicamente da una 'condotta attiva'

frazionata e perdurante nel tempo, (realizzazione delle opere abusive). Quanto, invece, alla condotta punibile, la condotta omissiva costituita dalla mancata demolizione non è penalmente rilevante.

Diversamente, in diritto amministrativo, la realizzazione di opere edilizie, in assenza del relativo titolo e in contrasto con le previsioni urbanistiche, incide negativamente sul paesaggio, sull'ambiente, sull'ordinato assetto del territorio e sulla regola per la quale il godimento della proprietà privata deve svolgersi nel rispetto dell'utilità sociale ex art. 42 Cost.

Pertanto, l'illecito assume natura permanente in quanto la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione comporta un perdurante *vulnus* ai valori tutelati dagli artt. 9, 41, 42 e 117 Cost.

A maggior tutela, il legislatore ha altresì disciplinato un secondo illecito di natura omissiva in guisa del quale alla mancata ottemperanza all'ordine di demolizione ne consegue la perdita della proprietà e l'irrogazione della sanzione pecuniaria.

La perdurante situazione *contra ius* comporta la novazione oggettiva dell'obbligo previsto in capo al responsabile o al suo avente causa in quanto all'obbligo di demolire l'immobile abusivo ancora suo si sostituisce quello di rimborsare all'Amministrazione le spese sostenute per la demolizione.

Inoltre, con l'acquisto del diritto reale da parte dell'avente causa, si verifica, altresì, una novazione soggettiva cumulativa dell'obbligo *propter rem* di demolire il bene.

Difatti, la sanzione amministrativa consistente nell'ordine di demolizione, avendo carattere reale, prescinde dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile, dovendo esso essere emanato anche nei confronti di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento della sua emanazione in un rapporto con la *res* tale da consentire la restaurazione dell'ordine giuridico violato.

Da ciò ne consegue che, l'inottemperanza all'ordine di demolizione nel termine di 90 giorni, salvo proroga, costituisce illecito autonomo di natura omissiva, che produce effetti permanenti, sanzionato con l'acquisizione del bene al patrimonio comunale, il cui atto ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo *propter rem* – l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione.

5. Quarto quesito: efficacia temporale della sanzione pecuniaria

L'Adunanza Plenaria, a sostegno della propria tesi, richiama sia i principi nazionali vigenti in materia sia quelli espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la nota sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi 8 giugno 1976 chiarendo che la sanzione di cui all'art. 31, comma 4 *bis*, TUE ha finalità di prevenzione generale e speciale, mirando ad evitare la commissione di ulteriori illeciti edilizi ed a salvaguardare il territorio nazionale.

Pertanto, al fine di verificare l'applicabilità del regime sanzionatorio menzionato ai fatti commessi precedentemente all'entrata in vigore della l. n. 164/2014, assumono rilevanza tre principi: il principio di irretroattività di cui all'art. 1 della legge n. 689 del 24 novembre 1981 oltre che dall'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile; il principio di certezza dei rapporti giuridici, in quanto l'autore prevedeva quale unica conseguenza dell'abuso la perdita del diritto di proprietà; il principio di tipicità e di coerenza, in quanto, una volta consumatasi la fattispecie acquisitiva viene meno l'illecito omissivo poiché il responsabile non può più demolire il manufatto abusivo, in quanto lo stesso non è più nella sua disponibilità.

In conclusione, nell'accogliere le istanze dell'appellante, l'Adunanza Plenaria afferma che la sanzione pecuniaria non può applicarsi nel caso in cui il termine di 90 giorni per ottemperare all'ordine di demolizione sia già decorso alla data di entrata in vigore della l. n. 164/2014, anche qualora l'inottemperanza sia stata accertata successivamente.

6. La posizione del nudo proprietario: due distinte fattispecie.

Infine, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di soffermarsi sulla questione, di pari rilevanza, connessa alla figura del nudo proprietario, in quanto sia la motivazione dell'ordinanza di rimessione sia la motivazione del TAR impugnata si sono soffermate largamente sul punto.

L'Adunanza Plenaria ritiene che vadano nettamente distinte due fattispecie.

La prima concerne l'illecito edilizio commesso dal proprietario nonché possessore del bene, il quale – dopo la commissione degli abusi – pone in essere un atto a titolo derivativo in favore di un avente causa (compravendita, donazione o altro contratto ad effetti reali).

In tal caso, il Comune deve agire nei confronti del nuovo proprietario emanando, nei suoi confronti, tanto l'ordinanza di demolizione quanto il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza.

In tale ipotesi, come ha altresì evidenziato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017, l'acquirente – tenuto secondo l'ordinaria diligenza ad informarsi della situazione giuridica in cui si trova l'immobile oggetto del contratto – subentra nella medesima posizione giuridica del suo dante causa, ed è pertanto obbligato *propter rem* ad effettuare la demolizione.

La seconda fattispecie si ha quando l'usufruttuario, 'all'insaputa' del nudo proprietario, commetta abusi edilizi sul bene oggetto del proprio diritto reale *in re aliena* ovvero quando il bene – al momento della commissione dell'illecito – sia già nella contitolarità del nudo proprietario e dell'usufruttuario.

In tal caso, l'Amministrazione è tenuta ad emanare l'ordinanza di demolizione nei confronti di entrambi in quanto il nudo proprietario di un terreno conserva la disponibilità del bene, sebbene concesso in usufrutto a terzi e, inoltre, può ben opporsi alla realizzazione di opere abusive e non "gli è precluso di agire direttamente, o per via giudiziale, per procedere al ripristino dello stato dei luoghi".

Pertanto, risulta "legittima l'ordinanza di rimozione di opere abusive diretta anche al nudo proprietario" (Consiglio di Stato, sentenza n. 2769 del 17 marzo 2023).

Ed, inoltre, dal momento che l'ordinanza di demolizione, diretta anche al nudo proprietario, contiene l'ordine di ripristino e l'avviso della perdita del diritto di proprietà in caso di inottemperanza entro il termine di 90 giorni, la regola della acquisizione di diritto si applica anche nei confronti di quest'ultimo, senza che abbia riguardo alcuno il fatto che l'abuso sia stato commesso dall'usufruttuario.

D'altra parte, l'ordine di demolizione – allorquando sia emesso nei confronti del nudo proprietario, oltre che nei confronti dell'usufruttuario autore dell'illecito – radica un dovere in capo allo stesso nudo proprietario, consentendogli di attivarsi per ripristinare l'ordine giuridico violato dal responsabile dell'abuso per evitare di perdere il proprio diritto reale a causa dell'illecito comportamento altrui.

L'ordine di demolizione costituisce quel *factum principis* che impone al nudo proprietario di attivarsi, qualora intenda mantenere il proprio diritto reale.

7. I principi enunciati dall'Adunanza Plenaria.

In sintesi, in relazione ai quesiti formulati, si possono fornire le seguenti risposte:

- a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente 'primo' illecito – avente anche rilevanza penale – commesso con la realizzazione delle opere abusive;
- b) la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario – alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001,

- impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;
- c) l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo *propter rem* – l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);
 - d) l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato;
 - e) la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore”.