

Illecito edilizio

# Sgombero e demolizione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio comunale: natura del potere, giurisdizione e responsabilità

di Giuseppe La Greca - Magistrato TAR

La sentenza in rassegna (Cons. giust. amm. sic., Sez. giur., 20 marzo 2020, n. 194) ha affermato con estrema chiarezza la natura provvedimentale dell'atto di sgombero dell'immobile abusivo che sia stato acquisito al patrimonio comunale per inottemperanza all'ordine di demolizione notificato al privato.

La sentenza costituisce un importante precedente per le amministrazioni locali chiamate, in un assetto giurisprudenziale non del tutto univoco, a scegliere lo strumento idoneo a perseguire il mancato rilascio dei beni, spesso occupati, anche dopo l'acquisizione, dagli stessi soggetti che hanno perpetrato l'illecito edilizio.

La natura provvedimentale dell'atto di sgombero, che si inserisce nell'ambito dei provvedimenti repressivi dell'abusivismo ordinariamente di competenza dirigenziale (ferma restando la possibilità di un'ordinanza contingibile ed urgente in presenza dei relativi presupposti), dà luogo alla potestas iudicandi del giudice amministrativo sulle relative controversie.

Il contributo pone una notazione anche sull'assetto della giurisprudenza contabile in punto di responsabilità per danno erariale da mancata riscossione dei canoni di occupazione degli immobili acquisiti gratuitamente al patrimonio pubblico ed utilizzati da terzi.

## La natura autoritativa dello sgombero degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio comunale: il C.G.A.R.S. afferma la giurisdizione del giudice amministrativo

La sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Siciliana n. 194 del 2020 chiarisce la natura repressiva del provvedimento con il quale l'amministrazione comunale ordina lo sgombero di un immobile abusivamente realizzato e acquisito al patrimonio pubblico a seguito di inottemperanza all'ordine di demolizione. La pronuncia, in linea con l'evidenziata

natura autoritativa del provvedimento, afferma la giurisdizione del giudice amministrativo, non ravvisando, come si vedrà, elementi sulla base dei quali poter predicarne la natura *iure privatorum*.

Si tratta di una pronuncia che inquadra lo sgombero dell'immobile abusivo nell'ambito dell'esercizio dei poteri pubblicistici dell'Ente locale con i conseguenti riflessi in punto di giurisdizione dovendosi ritenere, conseguentemente, la controversia del privato avverso tale provvedimento correttamente instaurata dinanzi al TAR (1).

(1) Sul punto si segnalano:  
a) Cass., SS.UU., 8 febbraio 2019, n. 3885, secondo cui "La controversia instaurata da un comune nei confronti del comodatario per ottenere la restituzione di un immobile concesso in

comodato dopo essere stato acquisito al patrimonio comunale ai sensi dell'art. 7, comma 3, della Legge n. 47 del 1985 è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, non rientrando tra quelle attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice

## La vicenda contenziosa definita con la sentenza del Giudice d'appello

Nella vicenda oggetto della sentenza in rassegna, il privato ricorrente in primo grado, già destinatario di ordinanza di demolizione di un immobile abusivo rimasta ineseguita, ha impugnato in via introduttiva l'atto con il quale il Comune ha comunicato l'avvio del procedimento volto all'emanazione di un provvedimento di sgombero dell'immobile già oggetto della "sanzione ripristinatoria" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 maggio 2017, n. 2378), frattanto acquisito al patrimonio comunale per effetto del disposto dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 ("Testo unico dell'edilizia").

Con la sentenza del TAR oggetto di impugnazione dinanzi al C.G.A.R.S., era stata declinata la giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario. Ciò in considerazione del fatto che l'atto impugnato non sarebbe, secondo quanto affermato dal giudice di prime cure, "riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo a tutela di un bene pubblico - potere attribuito dall'art. 823 c.c. solo con riferimento ai beni demaniali ed ai beni patrimoniali indisponibili degli enti pubblici - bensì all'espletamento di attività privata di autotutela del patrimonio immobiliare posta in essere iure privatorum", dovendo esso "qualificarsi come atto di diffida di natura paritetica volto alla tutela di beni di proprietà comunale, a fronte del quale sussistono posizioni di diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario sulla relativa controversia".

La predetta pronuncia ha richiamato, quale precedente in termini, la sentenza TAR per il Lazio, Roma, Sez. II, 4 maggio 2017, n. 5238 la quale, però, riguardava un caso di mera occupazione di un bene comunale in fattispecie estranea al procedimento repressivo-ripristinatore degli abusi edilizi come configurato dal D.P.R. n. 380 del 2001.

amministrativo ex art. 7, comma 1, D.Lgs. n. 104 del 2010, né tra quelle oggetto di giurisdizione esclusiva in materia urbanistica di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), medesimo D.Lgs., atteso che l'accordo negoziale intervenuto tra le parti trova fondamento nell'attività iure privatorum posta in essere dall'ente in forza della sua posizione di proprietario, senza alcun collegamento con l'interesse pubblico a suo tempo tutelato mediante l'esercizio del potere autoritativo di acquisizione";

b) Cass., SS.UU., 29 aprile 2003, n. 6629, secondo cui "Ove il comune, disposta l'acquisizione al patrimonio comunale di immobile costruito senza concessione edilizia, pretenda la corresponsione di un canone o di una indennità da colui che tale immobile occupi, la controversia, promossa da quest'ultimo, per l'accertamento negativo del preteso debito, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto, investendo, con l'accertamento della fondatezza di una pretesa economica, la tutela di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, non rientra nell'ambito della materia del

Nello statuire il difetto di giurisdizione il giudice di primo grado ha evidenziato i possibili ulteriori profili di inammissibilità del ricorso che, pure, nel caso di specie, nella valutazione che ne è stata fatta, potevano ravvisarsi in ragione di due elementi: a) la natura endoprocedimentale dell'atto impugnato che, come si è detto, consisteva in una comunicazione di avvio del procedimento; b) la sostanziale carenza di lesività dell'atto, anche in considerazione dell'omessa impugnazione dei provvedimenti presupposti allo sgombero (e, segnatamente l'ordine di demolizione e l'accertamento di inottemperanza allo stesso).

Avverso la predetta sentenza è stato interposto appello ad opera della parte privata ed il relativo giudizio si è concluso con la pronuncia in rassegna di cui trattasi con cui è stato disposto l'annullamento con rinvio al primo giudice.

## L'assetto giuridico del bene acquisito al patrimonio comunale

Originariamente, l'art. 15, comma 3, della Legge n. 10 del 1977 stabiliva che "Le opere eseguite in totale difformità o in assenza della concessione debbono essere demolite, a cura e spese del proprietario, entro il termine fissato dal sindaco con ordinanza. In mancanza, le predette opere sono gratuitamente acquisite, con l'area su cui insistono, al patrimonio indisponibile del comune che le utilizza a fini pubblici, compresi quelli di edilizia residenziale pubblica".

Successivamente l'art. 7 della Legge n. 47 del 1985 non ha indicato la configurazione giuridico-patrimoniale del bene acquisito limitandosi ad affermare che "[...] il bene e l'area di sedime [...] sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del comune".

Analogo sintagma testuale è in parte qua contenuto, in linea con la sua c.d. natura "compilativa" (2), nell'art. 31, comma 3, del D.P.R. n. 380 del 2001 il

controllo dell'attività urbanistico-edilizia, ed esula pertanto dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [...] non potendo la richiesta del canone o dell'indennità da parte del comune essere configurata come sanzione amministrativa per violazione edilizia".

(2) Su tale aspetto, sol se si legge l'art. 7 della Legge n. 50 del 1999, si comprende come la natura e qualificazione dei testi unici misti - qual è il D.P.R. n. 380 del 2001 - abbiano voluto soddisfare, tra gli altri criteri e principi direttivi: a) la puntuale individuazione del testo vigente delle norme; b) l'esplicita indicazione delle norme abrogate, anche implicitamente, da successive disposizioni; c) il coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo" (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, Ad. gen., parere 29 marzo 2001, n. 3/01, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2554). Analogamente, sui

quale non ha, anch'esso, preso posizione circa la destinazione del bene al patrimonio *indisponibile* ovvero a quello *disponibile* del Comune (ferma restando l'acquisizione in favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza di eventuali vincoli, prevista dal successivo comma 6).

In primo luogo deve essere ricordato (3) che “*Un bene, in tanto può considerarsi appartenente al patrimonio indisponibile per essere destinato a pubblici servizi a norma del comma 3 dell'art. 826 Cod. civ., in quanto abbia una effettiva destinazione a quel servizio, non essendo sufficiente la determinazione dell'ente pubblico di imprimere al bene il carattere di patrimonio indisponibile*” (Cass., SS.UU., 23 giugno 1993, n. 6950) (4) e non è suscettibile di “tacita declassificazione” a bene patrimoniale disponibile (Cass., SS.UU., 2 aprile 1989, n. 1889, in *Giur. agr. it.*, 1989, 617). Il regime giuridico dei beni appartenenti al patrimonio indisponibile, si caratterizza per il duplice requisito dell'appartenenza a un ente pubblico e della destinazione a un pubblico servizio o a una pubblica finalità. Pur in costanza del carattere dell'indisponibilità, “anche per la gestione [...] del patrimonio indisponibile è ammessa la possibilità che il bene venga fatto oggetto di una concessione, secondo modalità che siano però compatibili con la destinazione al pubblico scopo. È parimente consentita la costituzione di diritti reali di terzi su tali beni, sempre fermo restando il limite della compatibilità con la finalità pubblica; è invece da escludersi l'uso in godimento *uti singulus*, che comporterebbe il venir meno della destinazione a un pubblico scopo” (Corte conti, Sez. contr. Campania, delibera 24 gennaio 2017, n. 8).

Ora, in realtà, il testo unico per l'edilizia è rimasto neutrale quanto alla configurazione degli immobili acquisiti gratuitamente al patrimonio comunale per l'ipotesi di omessa esecuzione dell'ordine di demolizione a carico del privato, di contro esso ha espressamente individuato la natura da attribuire ai terreni oggetto di lottizzazione abusiva avendo per tale ipotesi previsto, all'art. 30, che l'amministrazione

dispone la sospensione dei lavori con conseguente acquisizione, trascorsi novanta giorni, delle aree lottizzate al “patrimonio disponibile del comune” e conseguente demolizione delle opere realizzate.

La giurisprudenza anteriore al D.P.R. n. 380 del 2001 ha affermato l'appartenenza al patrimonio disponibile dell'immobile (comprensivo dell'area di sedime) acquisito gratuitamente in ipotesi di omessa esecuzione dell'ordine di demolizione. Sul punto, nel tentativo di dare una spiegazione al diverso assetto prefigurato dall'art. 30, D.P.R. n. 380 del 2001 (*ex art. 18, Legge n. 47 del 1985*) e dall'odierno art. 31 (*ex art. 7, Legge n. 47 del 1985*), è stato osservato che, in realtà, la ragione dell'attribuzione al patrimonio disponibile del terreno oggetto di lottizzazione abusiva la si rinviene nell'assenza di ostacoli alla libera alienabilità della *res*. Con riferimento all'omessa demolizione *ex art. 31*, è stato affermato che l'opera acquisita al patrimonio *disponibile* (5) sostanzialmente poiché non destinato ad un uso pubblico, fermo restando che, in ipotesi di sopravvenuta deliberazione del consiglio comunale circa l'accertamento di prevalenti interessi pubblici e conseguente destinazione del bene così destinato ad un pubblico servizio, esso, in assenza di altre cause ostative, deve reputarsi appartenere al patrimonio indisponibile (Cass. pen., Sez. III, 11 maggio 2005, n. 37120).

Sulla base di tale assetto, così come configurato dall'ordinamento e dalla giurisprudenza, deve forse concludersi che, in realtà, con riferimento agli immobili abusivi acquisiti al patrimonio comunale, ad eccezione dei terreni da lottizzazione abusiva, nelle more dell'eventuale decisione consiliare di escludere la demolizione, non è forse identificabile una nitida destinazione *ex lege* di bene appartenente al patrimonio disponibile ovvero a quello indisponibile: deve ritenersi, in realtà, sussistente una fattispecie configurata da un proprio assetto, distinto da quello dei beni patrimoniali pubblici generalmente intesi, che vede negli immobili abusivi acquisiti gratuitamente

“codici” è stato recentemente affermato che la “Corte [...] riconosce al legislatore delegato margini di discrezionalità e la necessità di tener conto del quadro normativo di riferimento (sentenze n. 10 del 2018, n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, e n. 119 del 2013), specie quando la delega «riguardi interi settori di disciplina o comunque organici complessi normativi» (sentenza n. 10 del 2018; nello stesso senso, sentenze n. 229 del 2014 e n. 162 del 2012). Quest'ultimo criterio interpretativo è particolarmente calzante [...] in presenza di un «codice», che, come è tipico di tale corpo normativo nell'ambito amministrativo, nell'adeguare la normativa nazionale alle direttive europee, si prefigge anche lo scopo di razionalizzare una disciplina di settore stratificatasi nel tempo” (Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100).

(3) Sulla distinzione v. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 87 ss.

(4) Per un approfondimento sul patrimonio e demanio degli enti locali, A. Scibilia, M. Sorarù, P. Grando, “L'inventariazione dei beni di proprietà degli enti locali”, in questa *Rivista*, 1994, 6.

(5) Cass. pen., Sez. III, 2 marzo 2011, n. 8082, secondo cui “La ingiustificata inottemperanza all'ordine di demolizione di una costruzione abusiva, emesso dall'autorità comunale, comporta l'automatica acquisizione gratuita dell'immobile al patrimonio disponibile del Comune, indipendentemente dalla notifica all'interessato dell'accertamento formale della inottemperanza”.

la presenza di caratteri dell'una e dell'altra tipologia di beni.

### **Il provvedimento di sgombero quale fase del modulo repressivo-ripristinatore degli abusi edilizi. Il punto del giudice d'appello siciliano**

La sentenza in rassegna ha chiaramente affermato che "L'ordine di sgombero dell'immobile costituisce esercizio di poteri pubblicistici di repressione dell'abusivismo e conseguentemente la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo".

Il ragionamento seguito dal C.G.A.R.S. muove dalla considerazione, già evidenziata dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 19889 del 2014, secondo cui:

a) "il potere di demolizione (ed il 'propedeutico' potere di sgombero) di un manufatto abusivo spetta al giudice penale ed all'amministrazione comunale in maniera autonoma e concorrente, spettando in particolare al giudice dell'esecuzione penale i profili applicativi dell'ordine di demolizione impartito nella sentenza penale ed al giudice amministrativo la giurisdizione sui provvedimenti sanzionatori adottati dalla P.A.";

b) conseguentemente, "la giurisdizione in relazione al provvedimento di demolizione (e, per quel che concerne la fattispecie in esame, in relazione a quello 'propedeutico' di sgombero) adottato dalla P.A. spetta al giudice amministrativo, e ciò a prescindere dalle ragioni addotte in tale provvedimento - che saranno eventualmente sindacate dinanzi a quel giudice - onde ogni eventuale contestazione circa la spettanza del relativo potere in capo alla amministrazione che ha adottato il provvedimento ovvero circa le modalità con cui esso è stato esercitato (anche in relazione ai presupposti del medesimo ed alla motivazione con riguardo ad una eventuale concessione in sanatoria, profilo quest'ultimo espressamente sottolineato dai ricorrenti e in ogni caso non costituente doglianza proponibile in relazione all'ordine di demolizione disposto dal giudice penale) configura questione devoluta al giudice amministrativo [...]".

La questione che si è posta dinanzi al TAR, inerente ad un provvedimento di sgombero di un immobile acquisito al patrimonio pubblico quale conseguenza della mancata ottemperanza all'ordine di demolizione, è se l'autorità comunale debba procedere avvalendosi degli ordinari poteri del privato proprietario - quale essa, ormai, è dopo l'acquisizione - ovvero se lo sgombero del bene occupato da soggetti privati, il più delle volte gli stessi ex proprietari, debba seguire lo schema e le regole proprie dell'esercizio dei poteri autoritativi.

In altre parole, si tratta di stabilire se l'amministrazione debba agire *iure privatorum* oppure se il potere di sgombero sia da configurarsi quale fase del procedimento repressivo-ripristinatore così come tratteggiato dalla disciplina del D.P.R. n. 380 del 2001, con conseguente esercizio di attività autoritativa.

Sul punto la giurisprudenza non è del tutto univoca. In relazione ad analoga fattispecie, con una precedente sentenza (Cons. giust. amm. sic., Sez. giur., 3 aprile 2018, n. 178) il giudice d'appello siciliano aveva evidenziato che "[...] è l'accertamento della vocazione dell'immobile acquisito al soddisfacimento di finalità pubbliche da parte del consiglio comunale che ne consente l'inclusione nel patrimonio indisponibile dell'ente. Al riguardo va osservato la tendenza della giurisprudenza ad estendere ai beni del patrimonio 'indisponibile' (art. 826 c.c.) lo stesso regime dei beni demaniali (art. 823 c.c.), e ad ammetterne l'autotutela esecutiva [...]. Diversamente, in assenza di una deliberazione in tale senso, quale potrebbe essere la destinazione ad un pubblico servizio, il bene rientra nella categoria dei beni patrimoniali disponibili, con la conseguenza che l'Amministrazione può, ove richiesto, adottare solo i rimedi di carattere ordinario. Ipotesi che ricorre nella controversia oggetto dell'appello, non avendo l'immobile di cui si discute i requisiti che ne consentirebbero la qualificazione come bene appartenente al patrimonio indisponibile. Con la conseguenza che appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia in ordine all'ordinanza di sgombero di un immobile che si colloca nell'alveo del patrimonio disponibile del comune, essendo stata tale ordinanza emessa in carenza assoluta di potere e, pertanto nulla, con conseguente lesione di diritti soggettivi tutelabili innanzi al giudice ordinario".

La risposta offerta con la sentenza in rassegna, la quale, come si è detto, ha confermato la natura autoritativa dell'atto di sgombero, è largamente condivisibile: essa ha ritenuto il provvedimento di sgombero condividere la stessa natura della "propedeutica" ordinanza di demolizione. È chiaro che se è vero che l'acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale costituisce l'automatico effetto dell'accertamento della mancata ottemperanza all'ordine di demolizione, è altrettanto vero che la completa definizione della fase ripristinatoria non può che rinvenirsi nella definizione di tutta la scansione procedimentale che conduca all'acquisizione gratuita ed alla demolizione *ex officio*, ferma restando la possibilità di escludere la demolizione del bene in ragione dell'apposito accertamento dei relativi presupposti di legge che consentono al consiglio comunale di deliberare in tal senso.

La qualificazione provvedimento dell'atto che dispone lo sgombero operata dal C.G.A.R.S. con la pronuncia di cui trattasi ha positive ricadute di ordine pratico poiché consente alle amministrazioni di avvalersi dei poteri pubblicistici di (sostanziale) autotutela (6) per giungere alla demolizione (o mantenimento) del bene, senza necessità di rivolgersi al giudice ordinario come invece accade tra privati per ottenere un titolo che conduca allo stesso risultato (7).

Tale impostazione è, peraltro, in linea con il carattere vincolato dell'ingiunzione demolitoria e con il conseguente obbligo del Comune di darvi esecuzione d'ufficio in caso di mancata ottemperanza da parte del privato. Sul punto, la Corte costituzionale, con sentenza 5 luglio 2018, n. 140, ha sottolineato che:

a) *"l'operatività dell'ingiunzione a demolire non presuppone sempre necessariamente la preventiva acquisizione dell'immobile al patrimonio comunale, perché l'ingiunzione è un provvedimento amministrativo di natura autoritativa che, in quanto tale, è assistito [...] dal carattere della esecutorietà insito nel potere di autotutela"*;

b) *"qualora non ricorrano i presupposti per l'acquisizione gratuita del bene, come nel caso in cui l'area sia di proprietà del terzo [estraneo all'illecito], la funzione ripristinatoria dell'interesse pubblico violato dall'abuso, sia pur ristretta alla sola possibilità della demolizione, rimane affidata al potere-dovere degli organi comunali di darvi esecuzione d'ufficio"* (8).

Sulla base di ciò, non può che affermarsi come la demolizione del bene oggetto di acquisizione gratuita costituisca la via maestra (e vincolata) da seguire ed

in tal senso l'amministrazione procedente deve darvi luogo.

Occorre però fare attenzione al tipo di provvedimento da adottarsi.

La giurisprudenza ha infatti ritenuto illegittime, ad esempio, le ordinanze contingibili ed urgenti con le quali le amministrazioni dispongono lo sgombero in applicazione dell'art. 54, D.Lgs. n. 267 del 2000 in assenza dei presupposti legittimanti tratteggiati da tale disposizione.

Il comune, per lo sgombero dell'immobile già acquisito, non può avvalersi, in assenza dei relativi presupposti, *"di uno strumento che il legislatore ha approntato per fronteggiare situazioni di contingibilità e urgenza"* (ex aliis, TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 7 febbraio 2017, n. 388).

Sul punto è stato chiarito che *"il Comune ai sensi dell'art. 27 comma 1 T.U. 380/2001 è titolare di un generale potere di vigilanza urbanistico edilizia sul proprio territorio e inoltre - ai sensi dell'art. 54, comma 4, del T.U. 18 agosto 2000, n. 267 - può emanare ordinanze di urgenza a tutela della pubblica incolumità e - qualora effettivamente sussistano le situazioni di pericolo evidenziate [...] - può emanare, sulla base di una corretta e completa istruttoria, gli atti contenenti le misure volte ad affrontare le situazioni di pericolo per l'immobile per cui è causa e per le persone che lo occupino, e in caso positivo a prendere i provvedimenti necessari, inclusi lo sgombero e la messa in sicurezza dello stesso"* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 179).

Al di fuori delle situazioni che ammettono l'adozione dell'ordinanza del sindaco, il provvedimento di

(6) b) Cons. giust. amm. sic., Sez. giur., 2 dicembre 2011, n. 970 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 3838), secondo cui *"va richiamato l'insegnamento per cui 'il sindaco ha il potere di autotutela anche nei riguardi dei beni del patrimonio comunale indisponibile' (Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6259); sicché, associata l'astratta sussistenza del potere esercitato con l'ordinanza impugnata, è d'uopo affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa su ogni questione concernente le modalità di esercizio di detto potere"*.

(7) In tema di gestione di beni pubblici, la sentenza TAR Puglia, Sez. II, 15 novembre 2018, n. 1475 (in *Guida al dir.*, 2019, 1, 94, con nota di Masaracchia), ha ricordato che *"sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b), cod. proc. amm. (Cass. civ., sez. un., 22 novembre 1993 n. 11491), sugli atti e provvedimenti di autotutela di polizia demaniale (art. 823, comma 2, c.c.) che doverosamente ineriscono all'autorità amministrativa, per la corretta gestione di tutti i beni pubblici, sia appartenenti al demanio sia al patrimonio indisponibile, come da giurisprudenza costante (cfr. ex multis, Cass. civ., sez. un., 10 ottobre 1980 n. 5332 (in *Rass. avv. Stato*, 1981, I, 179); Cass., sez. un., 18 ottobre 1986 n. 6129 (in *Foro it.*, 1988, I, 924); Cons. Stato., sez. V, 1 ottobre 1999, n. 1224 (in *Cons. Stato*, 1999, I, 1590); TAR Campania, Sez. VII, 5 gennaio 2007 n. 67), in quanto finalizzata all'immediato ripristino dello stato di fatto preesistente, in modo tale da reintegrare la collettività indifferenziata nel godimento del bene (Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2010, n. 4064, in*

*Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 1287)". In relazione ai beni appartenenti al patrimonio disponibile, *"il principio di alternatività della tutela ex art. 823, comma 2, c.c. non preclude all'ente che abbia agito in autotutela amministrativa con attività provvedimento (nella specie, ordine di demolizione di opere edilizie costruite su un'area appartenente al patrimonio disponibile di un comune) di esperire una diversa e successiva forma di reazione dinanzi al giudice ordinario (nella specie, azione di rilascio per illegittima occupazione), laddove il provvedimento adottato in autotutela abbia esaurito i propri effetti a causa del venir meno dello scopo pubblicistico al quale era preordinato (nella specie, realizzazione di un centro cucine per le mense comunali), atteso che la menzionata norma afferma la possibilità di esperire entrambe le tutele, ma non anche il principio che *electa una via, non datur recursus ad alteram*" (Cass., SS.UU., 29 dicembre 2016, n. 27546); Cass., SS.UU., 3 dicembre 2010, n. 24563, secondo cui *"L'azione possessoria proposta dal privato che lamenti di essere stato violentemente privato del possesso di fondo, appartenente al patrimonio disponibile della p.a., di cui sia affittuario, a causa (nella specie) di lavori di escavazione e piantumazione, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, essendo la relativa ordinanza sindacale di sgombero riconducibile non già all'esercizio di un potere autoritativo a tutela di un bene pubblico, bensì all'espletamento di attività privata di autotutela del proprio patrimonio immobiliare"*.*

(8) Cfr. Corte cost., 15 luglio 1991, n. 345 (in *Foro it.*, 1992, I, 3), ivi richiamata.

sgombero, dunque, è ordinariamente, oggetto della competenza dirigenziale prevista dall'art. 107, D.Lgs. n. 267 del 2000 ("Testo unico degli enti locali"), il cui comma 3, lett. g), attribuisce ai dirigenti "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".

### **Il mancato sgombero dell'immobile oggetto di acquisizione e la responsabilità per danno erariale**

Rimane aperta la questione se il comune possa annoverare, con deliberazione consiliare, tra gli specifici interessi pubblici che consentono di non demolire l'immobile, quello correlato alla garanzia del diritto di abitazione, di rango costituzionale (cfr. Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44), di cui sono titolari i soggetti privati (talora gli stessi soggetti che hanno perpetrato l'illecito edilizio, c.d. occupanti per necessità).

Sul punto, va evidenziato che la soprarichiamata sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2018, che pure si è occupata della questione, nasce dall'avvenuta impugnazione, da parte del Governo, di una legge regionale della Campania che prevedeva l'adozione, da parte dell'esecutivo regionale, di linee guida non vincolanti per supportare gli Enti locali nella regolamentazione ed attuazione di misure alternative alla demolizione degli immobili abusivi. Tale legge è stata dichiarata incostituzionale poiché, tra l'altro, in contrasto con un principio fondamentale della materia "governo del territorio" quale è quello che incide sull'assetto delle demolizioni degli immobili abusivi. La predetta disposizione legislativa regionale prevedeva, infatti, la futura regolamentazione della locazione e alienazione degli immobili abusivi acquisiti al patrimonio comunale "anche con preferenza per gli occupanti per necessità", con conseguente possibile destinazione degli immobili stessi a favore sia di tali occupanti (anche con "preferenza", al fine di garantire loro un alloggio adeguato alla composizione del nucleo familiare), sia di qualsiasi altro soggetto, persona fisica o ente, non occupante per necessità.

In siffatta previsione la Corte ha ravvisato un "disallineamento della disciplina regionale rispetto al principio fondamentale della legislazione statale" - quello che individua nella demolizione l'esito "normale" della edificazione di immobili abusivi acquisiti al patrimonio dei comuni - il quale "finisce con intaccare e al tempo stesso sminuire l'efficacia anche deterrente del regime sanzionatorio [...] incentrato [...] sulla demolizione dell'opera abusiva".

La Corte ha richiamato la possibilità, espressamente prevista dall'art. 31, comma 5, D.P.R. n. 380 del 2001, per il consiglio comunale (9), di escludere la demolizione qualora esso dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico: tuttavia essa ha evidenziato che qualora si identifichi l'interesse pubblico alla conservazione dell'immobile abusivo con la "locazione" o "alienazione" del bene al responsabile dell'abuso - "occupante per necessità" (come nel caso considerato), "l'effettività delle sanzioni risulterebbe ancora più sminuita".

Ora, è chiaro che le situazioni nelle quali la pubblica amministrazione non demolisca il bene di cui è divenuta proprietaria, tollerandone, ad un tempo, anche l'occupazione in assenza di una controprestazione economica, siano idonee a generare responsabilità per danno erariale; aspetto, questo, ampiamente solcato dalla giurisprudenza della Corte dei conti.

In un'ipotesi nella quale l'ufficio patrimonio di un comune non aveva avuto alcuna notizia della acquisizione di immobili abusivi al patrimonio comunale ad opera di altro ufficio (ufficio urbanistica) è stato evidenziato dai giudici contabili che, in assenza di specifica normativa regolamentare interna, lo sfruttamento economico del bene non ricade in capo al responsabile del predetto ufficio patrimonio, in considerazione, anche, che il mancato inserimento del bene nell'inventario comunale, non gli avrebbe consentito la gestione. Né, a tal fine, secondo la Corte, in assenza di ogni ulteriore specifico elemento probatorio, può essere di ausilio l'affermazione secondo la quale "il fenomeno aveva dimensioni così estese da non potere essere ignorato, com'è confermato dal rilevante numero degli immobili abusivi utilizzati gratuitamente dai responsabili dell'illecito edilizio" (Corte dei conti, Sez. giur. Regione Siciliana, 26 maggio 2017, n. 329).

(9) Cons. giust. amm. sic., Sez. riun., parere 29 ottobre 2018, n. 318, secondo cui "l'eventualità che il consiglio comunale possa con apposita delibera [...] escludere la necessità di procedere alla demolizione, ravvisando l'esistenza di rilevanti interessi pubblici al

suo mantenimento, non incide sulla legittimità degli atti precedentemente adottati dall'Amministrazione Comunale ma semmai solo sulla mera esecuzione dell'ordinanza di demolizione".

Sempre in punto di rapporti tra diversi uffici (patrimonio e urbanistica) dell'Ente locale alla luce dell'organizzazione interna, in presenza di una competenza dell'ufficio del patrimonio, prevista dal regolamento dell'ente, all'espletamento di tutte le procedure prodromiche alla corretta e proficua gestione dei fabbricati abusivi acquisiti al patrimonio comunale, va esclusa la responsabilità dello stesso per l'ipotesi di mancato "completamento dei procedimenti inerenti la classificazione dei vari fabbricati, la delibazione delle numerose richieste di concessioni edilizie in sanatoria pervenute dai soggetti interessati, l'esatta quantificazione dei canoni legittimamente dovuti al Comune, l'individuazione dei soggetti obbligati ai relativi pagamenti ecc.". Ciò in considerazione della impossibilità, per lo stesso ufficio, di "attivarsi per la riscossione dei canoni d'occupazione, non avendo alcun quadro aggiornato e definitivo delle singole situazioni" (Corte dei conti, Sez. giur. Regione Siciliana, 9 gennaio 2019, n. 4).

La giurisprudenza ha reiteratamente posto in rilievo come gli strumenti sanzionatori nel settore edilizio - ed in particolare l'estrema misura della demolizione di manufatti abusivi - siano espressione di una legittima prevalenza che l'ordinamento ha inteso accordare all'"interesse paesaggistico o urbanistico" rispetto a quello "privatistico" alla conservazione degli stessi. Essa ha, tuttavia, sottolineato "il completo sovvertimento di tale criterio di bilanciamento, essendo stato legittimato nel tempo il primato dell'interesse dei privati autori delle violazioni, cui è stato riconosciuto l'ulteriore rilevante beneficio dell'esenzione da qualsivoglia onere economico, legato alla 'fruizione' degli immobili" (Corte dei conti, Sez. giur. Campania, 22 novembre 2017, n. 408), ciò che è suscettibile di determinare una responsabilità per danno erariale. È stato ancora evidenziato che "La prospettazione di una possibile responsabilità erariale per il mancato conseguimento delle indennità di occupazione dovute dai privati occupanti di immobili abusivi in favore dei Comuni richiede - oltre ai requisiti oggettivi e soggettivi generali della responsabilità erariale - la presenza contemporanea dei seguenti presupposti: 1) il completamento della procedura prevista dall'art. 31, commi 3 e 4, D.P.R. n. 380 del 2001, contraddistinta dalla formale emanazione dei provvedimenti d'acquisizione dei beni al patrimonio comunale; 2) il completamento della procedura prevista

da ciascuna legge regionale per la concessione in uso di immobili abusivi a privati (nella fattispecie in esame la disciplina è prevista dall'art. 4, L.R. Sicilia n. 17 del 1994); 3) la puntuale dimostrazione dell'idoneità tecnico-strutturale dell'immobile ad essere destinato a civile abitazione, la prova della sua effettiva occupazione (durata e caratteristiche della stessa) e la precisa quantificazione del valore dell'indennità. Un'eventuale responsabilità erariale può anche sussistere laddove i competenti organi comunali omettano di completare una delle summenzionate procedure; in tale ipotesi, però, già in fase preprocessuale va contestata in maniera specifica siffatta omissione" (Corte dei conti, Sez. giur. Regione Siciliana, 26 marzo 2019, n. 212).

Da ultimo, la Sezione d'appello della Corte dei conti per la Regione Siciliana, con un'impostazione che si presta a critica in ragione della diversità ontologica che connota l'ordinaria illecita occupazione civilisticamente intesa e quella di immobili abusivi acquisiti al patrimonio pubblico, con sentenza n. 123/A/2019 ha escluso la responsabilità di amministratori e funzionari comunali per l'omessa riscossione dei canoni di occupazione abusiva in considerazione che il pregiudizio non sarebbe *in re ipsa* cioè coincidente con il semplice evento dell'occupazione, ma sarebbe necessario che il danneggiato - cioè il comune - "provi tramite idonea allegazione l'effettiva entità del danno (cosiddetto danno-conseguenza), ossia la concreta lesione derivante dalla impedita locazione dell'immobile a terzi o, comunque, utilizzazione diretta ad altri scopi".

Sotto altro profilo, diversamente, è stato sottolineato che "Il bene sottoposto a sequestro penale non è suscettibile, in linea di principio, di nessun uso che comporti un lucro, specialmente se si tratta di immobili abusivi; di conseguenza, la mancata esazione di canoni per l'alloggiamento di sfrattati e senza tetto in siffatti immobili non costituisce danno ingiusto per l'ente locale che in tal senso abbia deliberato" (Corte dei conti, Sez. II app., 27 aprile 2004, n. 16).

### In giurisprudenza

a) Sull'interesse all'impugnazione di un provvedimento di acquisizione gratuita dell'immobile abusivo sebbene avente effetto "dichiarativo" (10):

(10) V. anche Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 settembre 2017, n. 4547, in *Giur. it.*, 2018, 4, 930 con nota di Cascone, secondo cui assenza di tempestiva impugnazione dell'ordinanza di demolizione, il ricorso avverso il provvedimento di acquisizione gratuita al patrimonio comunale del manufatto abusivo e dell'area oggetto di intervento edilizio illecito è inammissibile. L'ordinanza di demolizione è immediatamente lesiva e, pertanto, deve essere

impugnata dal responsabile dell'abuso; invece, l'acquisizione gratuita è atto consequenziale all'accertamento dell'inottemperanza al ripristino dello stato dei luoghi e, come tale, non risulta autonomamente impugnabile. Tale ricostruzione non muta per il proprietario che - sebbene non direttamente responsabile dell'illecito - una volta venutone a conoscenza non si sia adoperato per il ripristino della legalità violata.

- Cons. giust. amm. sic., Sez. giur., 13 giugno 2019, n. 537 (in *Foro amm.*, 2019, 1045) secondo cui non “sarebbe giusto dichiarare inammissibile per difetto d’interesse l’azione della ricorrente affermando che - proprio giusta la menzionata giurisprudenza - l’atto di acquisizione ablatoria (e di immissione in possesso) sarebbe inefficace nei suoi confronti. [...] E poiché secondo un ben noto principio, i provvedimenti amministrativi sono efficaci - dunque esecutivi ed esecutori - ancorché illegittimi fino a quando non vengano sospesi o annullati, non appare revocabile in dubbio che il provvedimento impugnato (di acquisizione gratuita dell’immobile e di immissione in possesso dello stesso da parte dell’Amministrazione) abbia effetto anche nei confronti dell’appellante e le produca un pregiudizio diretto, comprimendo fino all’ablazione il suo diritto di proprietà. Esso, dunque, deve necessariamente essere annullato, non essendo sufficiente - al fine di neutralizzarne la portata ablatoria illegittima - un’ambigua sentenza puramente dichiarativa (e per di più di inammissibilità del ricorso per difetto d’interesse), anziché una chiara sentenza costitutiva”;

- Consiglio di Stato, Sez. I, parere 30 maggio 2013, n. 2573/2013, secondo cui “risultando legittima l’ordinanza di demolizione quanto ai profili dedotti, è da escludere che la successiva ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio del Comune possa soffrire di illegittimità derivata. Inoltre, ai sensi dell’art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, detta sanzione è un atto dichiarativo e ricognitivo di un effetto ablatorio che si determina ope legis per l’inottemperanza all’ordinanza di demolizione. L’effetto traslativo delle opere abusive e dell’area di sedime si determina, pertanto, ipso iure alla scadenza del termine per ottemperare all’ingiunzione di demolizione. Per tale ragione ed essendo l’ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio del Comune atto meramente dichiarativo e non costitutivo del trasferimento della proprietà, tale ordinanza non può essere illegittima per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento”;

b) Sull’obbligo di riassegnazione di un termine per demolire dopo il rigetto dell’istanza di sanatoria:

- Cons. giust. amm. sic., Sez. riun., parere 19 aprile 2019, n. 86/2019, secondo cui “nell’ipotesi di rigetto della richiesta di rilascio del titolo edilizio in sanatoria conseguente ad ordinanza di demolizione, l’Amministrazione comunale deve provvedere a riattivare il procedimento sanzionatorio sulla base di un nuovo accertamento dell’abusività non sanabile delle opere stesse ai sensi del D.P.R. n. 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. Dunque, se, come statuito dalla giurisprudenza [...], la presentazione della domanda di sanatoria, ordinaria o straordinaria che sia, non comporta l’inefficacia del provvedimento sanzionatorio già emesso ma ne sospende l’esecutività, l’eventuale ulteriore corso del procedimento demolitorio non può che conseguire ad un provvedimento che assegni all’interessato un nuovo termine per l’adempimento e solo all’esito dell’accertato, persistente, inadempimento, l’Amministrazione potrà dar corso all’acquisizione del bene al patrimonio comunale (Cons. giust. amm. sic. sez. riun., 2 settembre 2015, parere n. 1214/2015)”.

c) Sul provvedimento di sgombero emesso in pendenza di istanza di condono:

- TAR per la Lombardia, Sez. II, 20 marzo 2020, n. 530, secondo cui il condono “non è precluso dal provvedimento di acquisizione gratuita dell’immobile abusivo al patrimonio del Comune, ‘né sono preclusivi l’avvenuta trascrizione del provvedimento sanzionatorio e la semplice presa di possesso del bene senza modificazione della sua consistenza e destinazione da parte del Comune, determinandosi, invece, una situazione incompatibile con la sanatoria solo quando all’immissione in possesso siano seguite la demolizione dell’immobile o la sua utilizzazione a fini pubblici’[...]. Analogamente, si è sostenuto che ‘non costituisce motivo ostativo all’accesso al condono l’intervento di un provvedimento che abbia accertato la gratuita acquisizione del bene abusivo, offrendo altresì al privato, che si sia avvalso di tale facoltà, uno strumento per far emergere sul piano dei rapporti proprietari (con i conseguenti riflessi sul piano del regime di pubblicità immobiliare) la nuova situazione determinatasi con la positiva presentazione dell’istanza di condono’. Da ciò discende che la presentazione delle domande di condono da parte della proprietaria dei beni ha reso inefficace l’acquisizione dei medesimi al patrimonio comunale e pertanto, prima della pronuncia sulle istanze di condono, nessuna azione esecutiva avrebbe potuto essere legittimamente intrapresa con riguardo ai manufatti oggetto del predetto procedimento di sanatoria”;

d) Sugli obblighi “esecutivi” dell’amministrazione in caso di annullamento del titolo edilizio:

- Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 giugno 2016, n. 2631, secondo cui “L’annullamento giurisdizionale del permesso di costruire rende abusive le opere edilizie realizzate in base a quest’ultimo, di talché il Comune, stante l’efficacia conformativa di tal giudicato, ne deve dare esecuzione, adottando i provvedimenti consequenziali”;

- TAR Piemonte, Sez. II, 8 luglio 2014, n. 1171, secondo cui “In sede di ottemperanza al giudicato

*l'Amministrazione è tenuta, pertanto, non solo a uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice, e a determinarsi secondo i limiti imposti dalla rilevanza sostanziale della posizione soggettiva azionata e consolidata in sentenza, ma anche a prendere in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non soltanto i profili oggetto della decisione del giudice, ma pure quelli comunque rilevanti per provvedere definitivamente sull'oggetto della pretesa, all'evidente scopo di evitare ogni possibile elusione del giudicato";*

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3571 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 2051), secondo cui *"L'annullamento giurisdizionale del permesso di costruire provoca la qualificazione di abusività delle opere edilizie realizzate in base ad esso, per cui il comune, stante l'efficacia conformativa della sentenza del giudice amministrativo, oltre che costitutiva e ripristinatoria, è obbligato a dare esecuzione al giudicato, adottando i provvedimenti consequenziali; tali provvedimenti non devono, peraltro, avere ad oggetto necessariamente la demolizione delle opere realizzate, prescindendo l'art. 38 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, in caso di annullamento del permesso di costruire, una nuova valutazione da parte del dirigente del competente ufficio comunale riguardo la possibilità di restituzione in pristino; qualora la demolizione non risulti possibile, il comune dovrà irrogare una sanzione pecuniaria, nei termini fissati dallo stesso art. 38; consegue l'inammissibilità del ricorso per ottemperanza proposto dopo e nonostante l'adozione dell'atto,*

*ferma la giustiziabilità dello steso nell'ordinaria sede del giudizio di cognizione";*

- Consiglio di Stato, Sez. V, 14 ottobre 1998, n. 1475 (in *Appalti urbanistica edilizia*, 1999, 694), secondo cui *"Prima di procedere alla demolizione di un edificio abusivo - ancorché disposta in esecuzione del giudicato d'annullamento della concessione edilizia -, occorre prima attendere l'esito del procedimento di sanatoria dell'immobile stesso, tenuto conto del carattere irreversibile di tale sanzione demolitoria".*

### In dottrina

Sui caratteri e finalità delle sanzioni amministrative edilizie, si vedano:

- F. De Santis, A. Mandarano, V. Poli, "Commento agli artt. 31-35 del D.P.R. n. 380 del 2001", in F. Caringella, G. De Marzo (a cura di), *L'attività edilizia nel testo unico*, Milano, 2006, 425 ss.;

- G. La Greca, *La disciplina dell'edilizia privata in Sicilia dopo la legge regionale n. 16/2016*, in *Comuni d'Italia*, 2016, 6, 58-64;

- A. Senatore, "L'esecuzione delle sanzioni amministrative da illecito urbanistico-edilizio", in F. Caringella, U. De Luca (a cura di), *Manuale dell'edilizia e dell'urbanistica*, Roma, 2017, 1275 ss.

Per un ampio approfondimento sul procedimento edilizio, si veda F. D'Angelo, "Il permesso di costruire: la giurisprudenza recente", in *Il Quotidiano giuridico*, 20 febbraio 2020.