

# **Il regime delle sanzioni urbanistico-edilizie e principio di proporzionalità alla luce del diritto sovranazionale<sup>1</sup>**

di Luca Cestaro<sup>2</sup>

## Sommario

Il regime delle sanzioni urbanistico-edilizie e principio di proporzionalità alla luce del diritto sovranazionale .....	1
Premessa .....	1
1. Introduzione: le sanzioni amministrative .....	2
1.1. Poteri sanzionatori, commisurazione e proporzionalità della sanzione .....	2
1.2. La nozione convenzionale di ‘sanzione’ .....	4
1.3. Il principio di proporzionalità nel sistema sanzionatorio .....	4
2. Demolizione e principio di proporzionalità.....	4
2.1. La demolizione ai sensi dell’art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 .....	5
2.2. L’applicazione del principio di proporzionalità.....	6
3. Demolizione e diritto all’abitazione (art. 8 CEDU).....	7
3.1. Le Sentenze della Corte EDU in tema di diritto all’abitazione.....	7
3.2. L’applicazione dei principi CEDU a opera del giudice penale.....	8
4. Il giudice amministrativo e la verifica della proporzionalità nella fase ‘esecutiva’ della demolizione.....	9
4.1. Il giudizio avverso i provvedimenti demolitori .....	9
4.2. La valorizzazione della fase cautelare.....	10
4.3. La (problematica) tutela nella fase esecutiva: la giurisdizione .....	11
4.4. (segue) L’individuazione dei rimedi esperibili innanzi al G.A.....	11
4.5. L’atipicità della ‘proporzionalità’ nella fase esecutiva .....	13
5. L’acquisizione al patrimonio comunale: natura dell’istituto e applicazione dei principi CEDU (cenni) .....	14
5.1. La natura dell’acquisizione .....	14
5.2. La disciplina dell’acquisizione: sanabilità dell’abuso e principio di proporzionalità .....	15
5.3. Acquisizione e diritto all’abitazione.....	16
6. Conclusioni e ulteriori spunti ricostruttivi. ....	17
6.1. La proporzionalità del sistema di repressione degli abusi edilizi. ....	17
6.2. La proporzionalità e il fattore tempo.....	18

## **Premessa**

Affronterò il tema assegnato, potenzialmente assai vasto, con riferimento solo ad alcuni istituti, tralasciando altri che, pur non privi di interesse, presentano minori riferimenti applicativi al principio di proporzionalità.

---

<sup>1</sup> Il presente scritto deriva dall’intervento svolto nell’ambito del corso di formazione “*Il diritto della città e le novità in materia edilizia*”, organizzato dall’Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa, svoltosi in data 27 e 28 marzo presso il T.A.R. Campania, sede di Napoli

<sup>2</sup> Consigliere del T.A.R. Campania, Napoli.

L'intervento principia tracciando una linea di demarcazione tra ciò che è tecnicamente una sanzione e ciò che, invece, non lo è. Nella disciplina urbanistico-edilizia convivono misure tecnicamente sanzionatorie e misure che, pur lesive della sfera giuridica dei destinatari, non sono sanzioni in senso proprio.

L'archetipo della misura repressiva ma non sanzionatoria è la demolizione/rimessione in pristino di cui all'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001. Su tale misura sarà focalizzata la maggior parte dell'analisi anche in rapporto all'applicazione del principio di proporzionalità; in questo ambito, saranno affrontati i risvolti applicativi delle Sentenze della Corte EDU che hanno imposto il rispetto del principio di proporzionalità nell'esecuzione degli ordini di demolizione degli immobili abusivi rispetto al diritto all'abitazione, garantito dall'art. 8 della Convenzione. In merito, sarà presa in considerazione la giurisprudenza del giudice dell'esecuzione penale che ha raccolto le suggestioni provenienti dalla Corte EDU. Si procederà, quindi, a rappresentare alcune problematiche e a fornire alcune indicazioni operative riguardo alla possibile declinazione dei principi affermati dalla Corte EDU nell'ambito del giudizio amministrativo con particolare riferimento all'istituto della demolizione di cui all'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 (TUE).

Sarà, poi, esaminato l'istituto dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale a seguito della mancata esecuzione dell'ordine di demolizione (art. 31 co. 3 TUE) evidenziandone il carattere sanzionatorio ed esaminandone alcuni tratti della disciplina, come delineata dagli ultimi interventi giurisprudenziali, attraverso il prisma del principio di proporzionalità. Si segnalerà, inoltre, come una recente innovazione legislativa, operata con il c.d. decreto "salva-casa", si collochi nel solco dei principi sanciti dalle pronunce della Corte EDU.

Nelle conclusioni, saranno forniti degli spunti ricostruttivi tesi, da un lato, ad ampliare l'analisi al rapporto tra principio di proporzionalità e intero sistema di repressione degli abusi edilizi e, dall'altro, a sottolineare l'importanza del fattore temporale nell'implementazione del giudizio di proporzionalità secondo gli standard della Corte EDU.

## **1. Introduzione: le sanzioni amministrative**

### ***1.1. Poteri sanzionatori, commisurazione e proporzionalità della sanzione***

I poteri sanzionatori costituiscono una specie dei poteri limitativi della sfera giuridica del destinatario attribuiti dalla legge alle Pubbliche amministrazioni.

Le sanzioni adottate dalla pubblica amministrazione sono di tipo pecuniario, interdittivo o disciplinare e si caratterizzano per un'assorbente finalità afflittiva. Tale finalità rende i provvedimenti sanzionatori eccentrici rispetto ai provvedimenti amministrativi ordinari che si caratterizzano per la cura in via primaria e diretta dell'interesse pubblico.

Le sanzioni amministrative, secondo l'impostazione tradizionale, si riferivano a illeciti di entità minore che comportavano una reazione consistente, per lo più, in modeste sanzioni pecuniarie (escludendosi, quindi, la possibilità di incidere sulla libertà personale degli individui). La sanzione

amministrativa, diversamente da quella penale, non implicava un particolare stigma sociale né prevedeva un sistema di registrazione comparabile all'iscrizione al casellario giudiziale. Conseguentemente, il regime delle sanzioni amministrative prevedeva, oltre all'accertamento in via solo amministrativa, garanzie di partecipazione ben più limitate rispetto a quelle previste in ambito penale.

L'evoluzione dell'ordinamento, peraltro, ha visto sorgere illeciti amministrativi con caratteri di elevata gravità e incidenti su interessi di cruciale rilevanza collettiva (disciplina antitrust, disciplina dell'attività bancaria o creditizia). Sovente, anzi, l'area dell'illecito amministrativo è andata a sovrapporsi interamente o in parte con quella di un illecito penale. Inoltre, le autorità amministrative competenti per l'accertamento dell'illecito sono state dotate di pregnanti poteri istruttori e le sanzioni presentano un elevato grado di afflittività, *sia per la loro entità sia per l'incidenza su diritti costituzionalmente tutelati* (quali, ad esempio, il diritto al lavoro). La pubblicazione o la registrazione pubblica della sanzione, inoltre, aumentano in modo consistente anche lo stigma derivante dalla sanzione<sup>3</sup> (si pensi al notissimo caso della sanzione comminata dall'AG.C.M. a una nota *influencer*)<sup>4</sup>.

L'aumento della gravità delle sanzioni amministrative ha comportato l'estensione a esse di talune garanzie proprie delle sanzioni penali. Già la legge, c.d. di depenalizzazione, n. 689/1981 ha previsto, com'è noto, un criterio di specialità per regolare i casi in cui l'ambito della sanzione amministrativa si sovrappone a quello della sanzione penale nonché l'applicazione dei principi di legalità, personalità e colpevolezza. Si è, altresì, introdotta una più attenta applicazione del principio del contraddittorio e gli atti di irrogazione della sanzione sono resi pienamente sindacabili dal giudice (ordinario), senza che trovi applicazione il limite del merito amministrativo. Di fronte all'atto di irrogazione della sanzione, si ritiene che la posizione del privato sia diritto soggettivo e non di interesse legittimo; l'amministrazione applica presupposti di legge senza discrezionalità, sicché non sussiste soggezione, né si configura una posizione di interesse legittimo in capo al soggetto inciso.

In tale ottica, gli atti di irrogazione delle sanzioni amministrative non sembrano tecnicamente ascrivibili alla categoria del provvedimento amministrativo; si è proposto di parlare, invece, di atti di accertamento mediante i quali la pena è 'commisurata' in modo adeguato alla gravità dell'illecito. Tale operazione di commisurazione comporta che la 'sanzione' sia proporzionata all'illecito, ma, va detto sin d'ora, si tratta di un concetto di 'proporzionalità' non sovrapponibile al principio di proporzionalità in base al quale vengono scrutinati i provvedimenti amministrativi. Quest'ultimo, infatti, riguarda il rapporto e il temperamento di interessi diversi, aspetti tipicamente ascrivibili all'attività provvedimentale discrezionale<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Viganò F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, Nota a C. giust. UE, Grande Sezione, Sent. 8 marzo 2022, C-205/20, NE, 26 aprile 2022, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>4</sup> Il provvedimento dell'AGCM è reperibile al link <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS12506%20chiusura.pdf>

<sup>5</sup> Simeoli D., *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, scritto destinato alla Rivista della Regolazione dei Mercati, fascicolo n. 1 del 2022, pubblicato sul sito istituzionale della giustizia amministrativa ([www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), Sez. dottrina.

### ***1.2. La nozione convenzionale di ‘sanzione’***

Alla definizione di ‘sanzione’ poc’anzi tratteggiata si sovrappone quella proveniente dalle Corti sovranazionali e, in particolare, dalla Corte EDU che ha inteso estendere le garanzie convenzionali alle sanzioni di tipo penale, intendendosi, per sanzioni ascrivibili a tale tipologia, quelle contraddistinte da determinati indici sostanziali che prescindono, com’è tipico delle qualificazioni derivanti dal diritto sovranazionale, dalle qualificazioni di diritto interno.

La qualificazione della sanzione come ‘penale’ nel diritto interno è, infatti, solo uno dei ben noti criteri Engel, che consentono di individuare le sanzioni ‘penali’ in ambito convenzionale. Gli altri criteri riguardano la natura della sanzione - caratterizzata da un’applicazione generale e da uno scopo preventivo e repressivo - e, soprattutto, la gravità della sanzione in relazione alla sua afflittività.

La qualificazione penale in senso convenzionale comporta, com’è noto, l’applicazione di principi e garanzie che il diritto interno riserva, appunto, alle pene. Tra essi, si segnalano: il principio di ‘stretta legalità’; il principio di ‘tassatività’ intesa quale sufficiente determinazione del precetto sanzionatorio a opera della legge; il principio delle responsabilità personale; il principio del divieto del *ne bis in idem* (comunque, applicato in modo peculiare dalla Corte EDU). Tanto determina un ulteriore avvicinamento del regime delle sanzioni amministrative dotate di maggiore afflittività a quelle penali.

### ***1.3. Il principio di proporzionalità nel sistema sanzionatorio***

Tra i principi convenzionali applicabili alle sanzioni (penali, nel senso indicato), spicca il principio di proporzionalità, inteso quale adeguatezza della sanzione al caso concreto, criterio che si impone anche al legislatore che voglia strutturare un sistema sanzionatorio.

Una sanzione stabilita dalla legge in termini eccessivamente afflittivi in rapporto agli interessi tutelati colliderebbe con il principio di proporzionalità con conseguente illegittimità (in senso convenzionale e costituzionale) della norma.

La Corte costituzionale ha, in merito, ritenuto che il principio di proporzionalità delle sanzioni si imponga al legislatore anche prescindendo dal richiamo alle fonti sovranazionali. E tanto per l’applicazione dell’art. 3 in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione<sup>6</sup>; in uno dei casi più noti di applicazione di tale orientamento, il meccanismo sanzionatorio di cui all’art. 187 sexies del d.lgs. 58/1998<sup>7</sup> è stato dichiarato contrastante, prima, con le norme interne (3-42 Cost.) e poi *anche* con l’art. 1 Prot. addiz. CEDU, nonché degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, par. 3, CDFUE.

## **2. Demolizione e principio di proporzionalità**

---

<sup>6</sup> Corte costituzionale n.112 del 10 maggio 2019. Nella medesima Sentenza, peraltro, si è esclusa l’utilità del richiamo all’art. 27 Cost. in quanto riferibile alle sole ‘pene’ nel senso inteso dal diritto interno.

<sup>7</sup> Si prevedeva, quale sanzione amministrativa, la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell’illecito di insider trading e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto da esso derivante.

## ***2.1. La demolizione ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001***

Quanto alle 'sanzioni' previste per gli abusi edilizi, è opportuno focalizzare l'attenzione sulla misura di più vasta applicazione ossia quella prevista dall'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001, la "rimozione o la demolizione" dell'opera edificata in assenza del permesso di costruire o in totale difformità da esso (o con variazioni essenziali)<sup>8</sup>. In questa sede, basti rammentare che la demolizione, per gli immobili abusivamente edificati in zone variamente vincolate, può essere disposta anche ai sensi dell'art. 27 del medesimo TUE, norma che ha presupposti in larga parte, ma non del tutto, coincidenti con quelli dell'art. 31 e che non prevede, comunque, l'ulteriore sanzione dell'acquisizione<sup>9</sup>.

Tornando, quindi, all'art. 31 TUE, le 'sanzioni' sono: la rimessione in pristino (co.2); l'acquisizione al patrimonio comunale (co. 3); la sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra 2.000 e 20.000 euro (co. 4 bis).

In questa analisi, ci si occuperà delle prime due.

In primo luogo, va osservato che la rimessione in pristino non integra una sanzione in senso tecnico secondo quanto poc'anzi precisato: si tratta di un provvedimento che cura in via diretta l'interesse pubblico determinando la rimozione dell'abuso edilizio.

Invero, i provvedimenti aventi una finalità ripristinatoria, interdittiva o cautelare, ai fini del diritto interno, non sono considerati sanzioni, trattandosi di misure finalizzate alla cura dell'interesse pubblico mediante limitazione della sfera giuridica del destinatario. Si parla talvolta di "sanzioni in senso lato", ma sarebbe più corretto evitare tale espressione al fine di non ingenerare confusione terminologica.

Molti dei caratteri delle misure di contrasto agli abusi edilizi, del resto, sono eccentrici rispetto al diritto delle sanzioni in senso stretto. Non vi è reazione a un illecito intesa come punizione, bensì ripristino dello *status quo ante* nell'interesse collettivo; di conseguenza, prescindono dall'elemento psicologico e sono strettamente connesse alla 'res' essendo quindi finanche trasmissibili ai successivi possessori del bene.

Gli ordini di demolizione delle costruzioni abusive, in particolare, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile (l'estraneità agli abusi può rilevare sotto altri profili) e trovano, quindi, applicazione anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la *res*

---

<sup>8</sup> v. l'art. 31 co. 1 TUE: «sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, plano-volumetriche 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».

<sup>9</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, n.3584 del 01 luglio 2019; «l'articolo 27, d.P.R. n. 380/2001 ha sul piano dei presupposti di fatto un ambito solo parzialmente coincidente con l'articolo 31, nel senso che esso si applica anche a interventi che non ricadono nell'area dell'articolo 31 (cioè opere abusive non soggette a permesso di costruire) e, allorché vengano in rilievo interventi di nuova costruzione, si applica solo a quelli che sono realizzati in aree soggette a particolare tutela (secondo l'interpretazione della novella del 2003 dell'art. 27, comma 2, che appare preferibile). Da quanto precede discende che le ordinanze ex art. 27, comma 2, e art. 31 sono soggette a regimi giuridici diversi, sicché non è possibile applicare alle prime le disposizioni previste per le seconde e, in particolare, non è possibile applicare al caso di inosservanza delle ordinanze ex art. 27 le sanzioni che l'art. 31 prevede per l'inosservanza dell'ordinanza di demolizione da esso regolata».

tale da poter assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato<sup>10</sup>.

Sul piano teorico, la rimessione in pristino potrebbe, invece, rientrare nel novero delle sanzioni secondo i criteri Engel<sup>11</sup>; la definizione di sanzione (penale) fornita dalla CEDU, specie nella parte che si appunta sull'afflittività è astrattamente suscettibile di ricomprendere anche l'ordine di demolizione il che comporterebbe l'applicazione di tutti i principi e le garanzie poc'anzi menzionati. Tale esito interpretativo, peraltro, è stato rifiutato dalla stessa Corte EDU, come meglio si dirà in seguito.

## ***2.2. L'applicazione del principio di proporzionalità***

Alla luce delle argomentazioni svolte sino a ora, è possibile valutare i margini di applicazione della proporzionalità alle 'sanzioni edilizie' di cui si discute e, in particolare, all'ordine di demolizione. Evidentemente, non trova applicazione la 'proporzionalità' nel senso di adeguata commisurazione della 'pena' in rapporto alla violazione concretamente posta in essere. Ciò sia a livello teorico - in quanto non si tratta di un atto di accertamento e irrogazione della sanzione in senso stretto, ma di un provvedimento - sia a livello pratico - in quanto la misura non prevede graduazioni di sorta come avviene nel caso in cui si debba commisurare una pena prevista dalla legge in misura minima e massima (tipicamente, ciò avviene nelle sanzioni pecuniarie).

Parimenti, non trova applicazione il principio di proporzionalità quale canone generale dell'attività provvedimento. Difatti, esso è applicabile all'attività discrezionale e si sostanzia, com'è noto, nella valutazione circa l'idoneità<sup>12</sup>, la necessità<sup>13</sup> e l'adeguatezza<sup>14</sup> della misura limitativa di volta in volta adottata.

In pratica, è un principio che consente di sindacare il provvedimento amministrativo in rapporto allo scopo perseguito e che, quindi, si riferisce al bilanciamento degli interessi primari e secondari sottesi all'attività amministrativa, operazione, appunto, tipica dell'attività discrezionale.

Senonché, il provvedimento di demolizione è assolutamente vincolato tanto che, come affermato da una fiutuale giurisprudenza del giudice amministrativo, la motivazione può di norma limitarsi alla giustificazione (ossia all'indicazione dei presupposti di fatto e di diritto) e resta applicabile l'art. 21-*octies* co. 2 L. 241/1990 con recessività dei vizi formali del procedimento. Neppure il tempo trascorso dall'abuso - talvolta lunghissimo - incide sulla motivazione e sulla vincolatezza del provvedimento poiché: non siamo nel campo dell'autotutela; manca un affidamento incolpevole (si è realizzato l'abuso o si utilizza il bene abusivo); il decorso del tempo, anzi, aggrava il *vulnus* agli interessi tutelati<sup>15</sup>.

Non sembra esserci spazio, quindi, per una verifica della proporzionalità del provvedimento in

---

<sup>10</sup> v. C.d.S., Ad. plen., Sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017.

<sup>11</sup> Simeoli D., *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo*, cit.; Lunardelli M., *Sanzioni e misure ripristinatorie: una rivalutazione del pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, ed. Giuffrè Lefebvre, fasc.4, 1 agosto 2021, pag. 173.

<sup>12</sup> Intesa quale rapporto tra mezzo adoperato e fine perseguito.

<sup>13</sup> Intesa quale assenza di mezzi parimenti idonei allo scopo ma che incidano in misura minore sulla sfera del destinatario del provvedimento.

<sup>14</sup> Intesa quale tollerabilità della restrizione.

<sup>15</sup> v. C.d.S., Ad plen., Sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017, cit.

quanto esso è rigidamente vincolato.

L'accoglimento della tesi secondo cui la rimessione in pristino rientrerebbe tra le sanzioni di tipo penale ai sensi della Convenzione in applicazione dei criteri Engel potrebbe, al più, comportare che si debba valutare la proporzionalità (e, quindi, la costituzionalità) della misura così come prevista dal legislatore, ma, la stessa Corte EDU ha escluso che la misura in argomento rientri tra le sanzioni penali in senso convenzionale proprio per la sua natura ripristinatoria<sup>16</sup>.

Potrebbe, al più, residuare, un tema di indagine quanto al rispetto del canone costituzionale della proporzionalità della demolizione in rapporto a talune ipotesi in cui appare prevalente il carattere afflittivo della misura (ad esempio, nel caso in cui l'immobile sia conforme alla normativa urbanistica vigente e cionondimeno non sia sanabile ai sensi dell'art. 36 TUE per la mancanza della conformità al momento della realizzazione dell'opera)<sup>17</sup>, ma, a parte l'assenza di univoci elementi in tal senso nella giurisprudenza della Corte, appare preferibile esaminare la complessiva proporzionalità del sistema di repressione degli abusi edilizi, essendo la demolizione riservata alle violazioni più gravi (sul punto v. *infra*, par. 6.1).

### **3. Demolizione e diritto all'abitazione (art. 8 CEDU)**

#### ***3.1. Le Sentenze della Corte EDU in tema di diritto all'abitazione***

Alla luce delle argomentazioni che precedono, va esclusa l'applicazione del principio di proporzionalità al momento della emanazione del provvedimento di demolizione.

Cionondimeno, in epoca recente, il dibattito si è arricchito in ragione di alcuni orientamenti della Corte EDU e, poi, a valle, del giudice interno (penale) che hanno fatto applicazione del criterio della proporzionalità nella fase non della emanazione, bensì della esecuzione del provvedimento.

In alcune Sentenze della Corte EDU, in particolare, è venuta in rilievo la perdita dell'abitazione e, quindi, la violazione del diritto riconosciuto dall'art. 8 della CEDU (*1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*).

Una prima pronuncia rilevante è *Ivanova and Cherkezov c. Bulgaria*<sup>18</sup>. In tale occasione, per un verso, si è affermato che, in Bulgaria, dove il fenomeno dell'abusivismo edilizio è molto diffuso, la demolizione dell'opera edificata illegittimamente – che pure comporta la perdita del domicilio - risponde a uno scopo legittimo ascrivibile al «al ripristino dello stato di diritto (vedi, *mutatis mutandis*, *Saliba c. Malta*, n. 4251/02, § 44, 8 novembre 2005), e rientrerebbe quindi nella “prevenzione dei disordini” e nella promozione del “benessere economico del Paese”». Per altro

---

<sup>16</sup> v., da ultimo, CEDU, Sent. n. 35780/18 del 12 settembre 2024, Longo c. Italia

<sup>17</sup> Di Mario A., *Sanzioni urbanistico-edilizie e canone di proporzionalità, alla luce dei principi sovranazionali*, 16 febbraio 2023, reperibile sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>18</sup> v. CEDU, Sez. V, Sent. n. 46577/15 del 21 aprile 2016.

verso, nello scrutinare l'altro presupposto richiesto per limitare i diritti di cui all'art. 8 CEDU, ossia la «necessità della misura in una società democratica», la Corte ha sostenuto che il ricorrente debba poter contestare la sproporzione della demolizione rispetto alle circostanze personali e che il giudice debba poter esaminare tali elementi “con attenzione” (la Corte ha menzionato i seguenti elementi: se la casa sia stata costruita illegalmente; se l'occupante ne fosse consapevole; il grado dell'illegalità; l'interesse pubblico perseguito con la demolizione; la disponibilità di un alloggio alternativo). La Corte ha stabilito che una regola assoluta sia illegittima in quanto occorre consentire ai ricorrenti l'accesso «a una procedura che permetta di valutare adeguatamente la proporzionalità della demolizione rispetto alle loro condizioni personali».

Nella stessa pronuncia, viene esclusa la violazione dell'art. 1 del prot. addiz. n.1 della CEDU (che tutela della proprietà) poiché la misura ripristinatoria raggiunge un giusto equilibrio tra le opposte esigenze rientrando nella discrezionalità (“ampio apprezzamento”) degli stati la possibilità di imporre la perdita della proprietà dell'immobile edificato abusivamente.

Altra pronuncia significativa è la Sentenza *Kaminskas c. Lituania*<sup>19</sup>. Con tale pronuncia, la Corte conferma che lo scopo di tutela dell'ambiente e di garantire l'attuazione delle regole edilizie è legittimo in quanto legato alla “prevenzione dei disordini” e alla promozione del “benessere economico del Paese”. Tuttavia, viene confermato che il concetto di domicilio si estende agli immobili edificati illegalmente e che, quanto alla necessità dell'ingerenza in una società democratica, si debba tener conto del diritto riconosciuto all'art. 8 della CEDU. Si afferma, in particolare: «poiché la perdita del proprio domicilio è una delle più gravi forme di ingerenza, ogni persona che rischia tale perdita – anche se non vulnerabile – deve in linea di principio poter far valutare la proporzionalità della misura da un tribunale indipendente, alla luce dei principi dell'articolo 8. Deve potersi contestare l'atto amministrativo che provoca la perdita della casa per la sua eventuale sproporzione rispetto alle condizioni personali». Va detto che, nel caso di specie, le condizioni personali sono state ritenute recessive in rapporto alle finalità di interesse pubblico sottese alla demolizione; la Corte ha considerato che, pur rispetto alla «difficile situazione del ricorrente (età avanzata, salute cagionevole, basso reddito...)», i giudici nazionali avessero «ponderato i suoi interessi con quelli della collettività, ritenendo che le sue condizioni non potessero prevalere, vista la consapevolezza dell'abuso e la tutela dell'ambiente».

### ***3.2. L'applicazione dei principi CEDU a opera del giudice penale.***

Il giudice (dell'esecuzione) penale si è adeguato pienamente ai *dicta* della Corte EDU richiedendo, in fase di esecuzione penale, il rispetto del principio di proporzionalità nel senso indicato. La giurisprudenza in tal senso appare adeguatamente consolidata<sup>20</sup>.

Giova premettere che l'esecuzione della demolizione disposta dal giudice penale è un atto dovuto, espressione di un potere autonomo del giudice penale, non alternativo a quello amministrativo ma con esso coordinabile in fase esecutiva (tanto in applicazione degli art. 44 e 31 co. 9 del

---

<sup>19</sup> v. CEDU, Sez. II, Sent. n. 44817/18 del 4 agosto 2020.

<sup>20</sup> Tra le altre, utile anche per gli ampi richiami giurisprudenziali, si veda Cass. Penale, Sez. III, n. 35008 del 18 settembre 2024.

TUED: «per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 44, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita»). Si tratta di un ordine che, pur reso da un'Autorità giudiziaria, ha natura amministrativa tanto che: non è suscettibile di passare in giudicato; non si prescrive; è revocabile qualora sia incompatibile con atti amministrativi che abbiano provveduto a dare all'immobile altra destinazione o alla sua sanatoria, fermo il potere dovere del giudice penale di verificare la legittimità degli atti che ciò abbiano disposto<sup>21</sup>. Tale asserzione, come si è detto, è stata, di recente, confortata anche dalla stessa Corte EDU che ha espressamente escluso la natura di 'pena' ai sensi della Convenzione (art. 7) della misura della demolizione quand'anche disposta dal giudice penale. Inoltre, l'ordine demolitorio del giudice penale ha, non diversamente dagli analoghi provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione, effetti reali incidendo sul bene a prescindere da chi ne sia il proprietario.

Ebbene, il giudice penale, nell'adeguarsi ai principi espressi dalla Corte EDU nelle Sentenze richiamate nel paragrafo precedente, chiarisce che la proporzionalità (rispetto al diritto al domicilio) opera nella sola fase esecutiva e non, quindi, in quella di irrogazione della condanna. Si afferma che la circostanza che l'immobile costituisca "*l'unica casa*" non è di per sé sufficiente a impedire la demolizione e che debbano essere valutati altri aspetti quali: a) la consapevolezza dell'abusività da parte del soggetto; b) il tempo concesso per trovare soluzioni abitative alternative o tentare la sanatoria; c) l'effettiva possibilità di far valere le proprie ragioni dinanzi a un giudice indipendente; d) la necessità di evitare l'esecuzione in periodi sensibili, ad esempio se rischia di ledere diritti fondamentali come la scolarizzazione dei minori.

Simili circostanze, in rapporto all'uso abitativo, devono essere specificamente dedotte da chi le invoca, con onere di allegazione rigoroso.

Il ritardo dell'esecuzione della demolizione, peraltro, non può fondarsi su inerzie, su condotte elusive o su scelte consapevoli dell'autore dell'abuso. Neppure si può "*lucrare*" sull'inerzia dell'amministrazione o sulla lentezza dell'esecuzione: la consapevolezza dell'abusività e la mancata diligenza escludono che la violazione del diritto all'abitazione sia sproporzionata nei sensi indicati dalla Corte EDU.

## **4. Il giudice amministrativo e la verifica della proporzionalità nella fase 'esecutiva' della demolizione**

### ***4.1. Il giudizio avverso i provvedimenti demolitori***

Sul piano sostanziale, la giurisprudenza amministrativa aderisce all'impostazione del giudice penale quanto alle modalità di esecuzione del test di proporzionalità e alla fase (quella esecutiva) in cui esso deve essere effettuato.

Si esprime adesione, in particolare, al principio secondo cui «il diritto all'abitazione, riconducibile

---

<sup>21</sup> V. ex multis, Cass. Pen., Sez. III, Sent. n.43823 del 4 ottobre 2023 nonché Corte costituzionale, n.56 del 12 marzo 1998. Per un'ampia ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali in merito, v. Andronio A., *La funzione riparativa e non punitiva dell'ordine di demolizione delle opere edilizie abusive*, in *Cassazione Penale*, ed. Giuffrè Lefebvre fasc.1, 2025, pag. 305.

agli artt. 2 e 3 Cost. e all'art. 8 CEDU, non è tutelato in termini assoluti, ma è temperato con altri valori di pari rango costituzionale, come l'ordinato sviluppo del territorio e la salvaguardia dell'ambiente, che giustificano, secondo i criteri della necessità, sufficienza e proporzionalità, l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, sempre che tale provvedimento si riveli proporzionato rispetto allo scopo che la normativa edilizia intende perseguire, rappresentato dal ripristino dello *status* preesistente del territorio»<sup>22</sup>.

Ma soprattutto, il giudice amministrativo, per ora, mostra di condividere la soluzione del giudice penale nel senso che tali aspetti rilevino nella fase esecutiva e non in quella dell'emanazione del provvedimento. Il provvedimento resta «strumento del potere vincolato che l'amministrazione deve esercitare in materia»<sup>23</sup>.

In un caso specifico, il giudice amministrativo, pur aderendo alla ricostruzione secondo cui il test di proporzionalità debba essere effettuato nella fase esecutiva, ha tuttavia provveduto a eseguirlo anche in rapporto al provvedimento escludendo, nel caso concreto, la sussistenza degli elementi in base ai quali avrebbe potuto prevalere il diritto all'abitazione di cui all'art. 8 della CEDU<sup>24</sup>.

Seguendo le indicate coordinate ermeneutiche, il giudizio sui provvedimenti demolitori non conosce alterazioni in ragione dell'applicazione del criterio della proporzionalità: il provvedimento resta vincolato con tutte le conseguenze che ne derivano, mentre ne è condizionata la fase esecutiva.

#### ***4.2. La valorizzazione della fase cautelare***

A ben vedere, è ipotizzabile che i principi di derivazione convenzionale di cui si discute (tutela del diritto all'abitazione in rapporto a un provvedimento demolitorio) incidano sulla fase cautelare dell'ordinario giudizio di annullamento del provvedimento demolitorio.

Esiste, infatti, la possibilità di valorizzare la tutela cautelare al fine di sospendere l'efficacia del provvedimento demolitorio in modo che trascorra un tempo adeguato a consentire il reperimento di una nuova abitazione. La soluzione da ultimo segnalata è già positivamente esperita dal giudice amministrativo e proprio con riferimento alla tutela del diritto all'abitazione nei giudizi in tema di sgombero coatto amministrativo degli immobili illegittimamente occupati. In tali casi, il Giudice ha, per lo più, dato atto della mancanza di *fumus boni iuris* del ricorso e, cionondimeno, ha ritenuto «giusto ed equo» accordare ai destinatari del provvedimento «un termine di grazia, onde» consentire loro «di procurarsi una alternativa sistemazione abitativa entro un congruo lasso temporale»<sup>25</sup> e ciò anche in relazione a situazioni personali quali la “grave invalidità”<sup>26</sup> o la

---

<sup>22</sup> v. C.d.S., Sez. VI, Sent. n. 1254/2023.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> v. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, Sent. n. 2465 del 13 febbraio 2023: «anche a voler ammettere, per mera ipotesi, che il caso de quo rientri nel campo di applicazione del test di proporzionalità, il Collegio rileva che detto test non potrebbe che sfociare in un giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico alla tutela del territorio. Ciò in quanto: (i) è assolutamente pacifico e incontestato il fatto che parte ricorrente abbia sempre avuto la piena consapevolezza - sin dal momento dell'edificazione - dell'abusività del manufatto de quo; (ii) parte ricorrente ha goduto di un amplissimo margine temporale per rimediare all'abuso edilizio».

<sup>25</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, ord. n. 2261 del 8 novembre 2024

<sup>26</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, ord. n. 1941 del 10 ottobre 2024.

risalenza nel tempo dell'occupazione (valorizzata unicamente al fine della sospensione, essendosi escluso qualsivoglia affidamento tutelabile)<sup>27</sup>. In alcuni casi, è stata respinta l'istanza cautelare proprio in ragione dell'avvenuta concessione del termine "di grazia" da parte della Pubblica amministrazione che aveva ordinato lo sgombero<sup>28</sup>.

È evidente che il descritto orientamento giurisprudenziale possa trovare applicazione anche nell'analogo caso in cui l'abitazione debba essere lasciata, non in virtù di un provvedimento di sgombero coatto, ma per consentire la demolizione.

### ***4.3. La (problematica) tutela nella fase esecutiva: la giurisdizione***

In disparte quanto si è detto sulla tutela cautelare nell'ambito di un ordinario giudizio di annullamento, la possibilità che il giudice amministrativo accordi tutela al diritto all'abitazione in sede esecutiva presenta numerosi aspetti problematici.

In primo luogo, occorre definire se il giudice amministrativo abbia o meno giurisdizione sulla fase esecutiva della demolizione.

Va rammentato che, in una nota pronuncia<sup>29</sup>, le Sezioni Unite hanno ritenuto che nella fase esecutiva della demolizione non vi sia altro che un comportamento materiale e vincolato di talché la giurisdizione spetterebbe in ogni caso al Giudice ordinario (fattispecie in tema di risarcimento del danno da omessa demolizione).

In senso opposto e, quindi, favorevole alla giurisdizione del Giudice amministrativo, si segnalano alcune pronunce che valorizzano la ricomprensione anche della fase esecutiva nell'ambito della giurisdizione esclusiva in tema di urbanistica e edilizia (art. 133 co. 1 lett. f)<sup>30</sup>, essendosi, altresì, rilevato che l'amministrazione conserva degli «spazi di valutazione, quanto meno rispetto al "quando" e al "quomodo"» nell'esecuzione di un provvedimento che, sebbene, vincolato, si connota in senso decisamente autoritativo in ragione dell'«assoluta prevalenza degli interessi pubblici, tutelati in via diretta e immediata, sugli interessi privati coinvolti, tutelati solo in via del tutto mediata (v. Consiglio di Stato ad. plen., 24/05/2007, n. 8)»<sup>31</sup>.

In effetti, declinando i ben noti principi scanditi dalla Corte costituzionale in tema di riparto di giurisdizione<sup>32</sup>, è difficile negare che l'attività esecutiva di un provvedimento autoritativo non sia quanto meno mediatamente ricollegabile all'esercizio del pubblico potere.

### ***4.4. (segue) L'individuazione dei rimedi esperibili innanzi al G.A.***

Altre difficoltà sorgono nell'individuare il mezzo più corretto per veicolare nel processo amministrativo siffatta tutela.

Nel frequente caso di omessa demolizione da parte dell'ente locale (quando è stato emanato il

---

<sup>27</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, ord. n. 739 del 15 aprile 2024.

<sup>28</sup> C.d.S., Sez. IV, ord. n. 2658 dell'8 luglio 2016.

<sup>29</sup> Cassazione civile, Sez. Un., n.25978 del 16 dicembre 2016; nello stesso senso, v. T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, Sent. n. 732 del 14 luglio 2021.

<sup>30</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez II bis, Sent. n. 13205 dell'8 agosto 2023.

<sup>31</sup> v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, n. 2764/2017.

<sup>32</sup> A partire dalle notissime C. Cost., Sent. n. 204 del 6 luglio 2004 e Sent. n. 191 dell'11 maggio 2006.

provvedimento di demolizione, ma la pubblica amministrazione non vi dà esecuzione), è nella pratica riscontrabile il ricorso al rito avverso il silenzio (artt. 31 e 117 c.p.a.). Tuttavia, è controverso che tale rito possa essere utilizzato per l'esecuzione di attività materiali. Nella giurisprudenza amministrativa, sono rappresentati tanto l'orientamento favorevole<sup>33</sup> quanto quello sfavorevole<sup>34</sup>.

Aderendo all'orientamento favorevole, il Giudice amministrativo, trovandosi in una situazione non dissimile da quella del giudice penale, dovrà tener conto della proporzionalità nel senso sopra descritto. Conseguentemente, il G.A. dovrà: ordinare al Comune di procedere tenendo conto degli elementi eventualmente allegati dalla parte in ordine alla propria situazione abitativa e personale; fornire al commissario *ad acta*, se nominato, istruzioni in tal senso nel caso di esecuzione ai sensi dell'art. 117 co. 3 c.p.a.

Meno (o per nulla) sperimentati sono i processi in cui ci si trova innanzi all'opposizione all'esecuzione materiale del provvedimento di demolizione.

Sono prospettabili diverse ipotesi.

In primo luogo, allorché il privato richieda all'amministrazione di sospendere la materiale demolizione in ragione delle proprie esigenze abitative, l'amministrazione potrebbe emanare un atto con cui respinge l'istanza; in tal caso, è ipotizzabile che il privato sia legittimato a proporre un ricorso per l'annullamento di tale atto, sempre che, e la conclusione non può ritenersi scontata, gli si riconosca un valore, appunto, provvedimentoale.

In secondo luogo, in mancanza di un atto che neghi la rilevanza delle esigenze abitative, è ipotizzabile che il privato proponga un'azione di accertamento delle circostanze ostative alla demolizione. È noto che l'azione di accertamento, al di là delle ipotesi codificate (nullità, obbligo di provvedere, accertamento a fini risarcitori, cessata materia del contendere ecc.) è comunemente ammessa dalla giurisprudenza amministrativa.

In terzo luogo, in modo forse più proprio, è ipotizzabile l'esperimento di un'azione inibitoria, rimedio di elezione per impedire la realizzazione di un'attività. Si tratta di un rimedio che, sebbene poco sperimentato, è teoricamente ammissibile nel processo amministrativo in virtù del principio dell'atipicità delle azioni<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> v. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, Sent. n. 2764/2017, cit.: «pur in presenza di giurisprudenza contraria all'esperibilità del rito del silenzio contro qualsiasi tipologia di omissione amministrativa, restando esclusi dalla sua sfera applicativa gli obblighi di eseguire che richiedono, per il loro assolvimento, un'attività materiale e non provvedimentoale, ovvero "mista" (cfr. T.A.R. Campania, Sez. VI, 8 marzo 2011 n. 1337), va ribadita l'adesione della Sezione al diverso orientamento che ne ammette, invece, l'esperibilità (v., in un caso del tutto analogo al presente, Sent. T.A.R. Campania, Napoli, IV Sezione n. 4194/2014 e n. 2488/2017). 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 (in questo senso ex multis, Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2565; T.A.R. Catanzaro, Sez. I, 21 ottobre 2013 n.984)». Nello stesso senso, si vedano: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, n.6246 dell'11 ottobre 2022; T.A.R. Sardegna, Sez. II, n.25 del 17 gennaio 2022; Consiglio di Stato, Sez. II, Sent. n. 738 del 23 gennaio 2023.

<sup>34</sup> v. Consiglio di Stato Sez. VI, Sent. n.7296 del 2 novembre 2021 e Sez. II, Sent. n. 7535 del 30 agosto 2022; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11/11/2019, n.1120.

<sup>35</sup> Sull'ammissibilità dell'azione inibitoria v. Maruotti L., *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, testo della relazione svolta a Lecce il 12 novembre 2010, in occasione del Convegno su "Il codice del processo amministrativo", reperibile sul sito istituzionale della giustizia amministrativa. In giurisprudenza, v., con particolare dovizia di argomentazioni, T.A.R.

Evidentemente, per tutte queste ipotesi, sarebbe praticabile la tutela cautelare.

Entrambe le azioni da ultimo prospettate (di accertamento e inibitoria), peraltro, potrebbero collidere con l'art. 34 co. 2 del c.p.a. che limita grandemente lo spazio applicativo delle azioni diverse da quella di annullamento nel processo amministrativo stabilendo che «*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29*».

#### **4.5. L'atipicità della 'proporzionalità' nella fase esecutiva**

La soluzione della rilevanza 'esecutiva' della proporzionalità in materia di sanzioni edilizie sembra più utile nell'ambito della giurisdizione penale che in quella amministrativa.

Invero, il giudice penale esegue un 'proprio' provvedimento amministrativo mentre il giudice amministrativo, a parte ciò che avviene nel giudizio avverso l'inerzia della pubblica amministrazione, non esegue direttamente il provvedimento di demolizione che è adottato (ed eseguito) dalla pubblica amministrazione. Anzi, nell'incertezza delle ipotesi ricostruttive enunciate al paragrafo precedente, è lecito dubitare che vi siano strade tecnicamente percorribili per introdurre contestazioni innanzi al giudice amministrativo che riguardino unicamente la fase esecutiva.

È evidente che la soluzione della rilevanza solo esecutiva del principio di proporzionalità risponda a una finalità, a suo modo commendevole, di non impedire la risposta provvedimentoale 'sanzionatoria' (meglio ripristinatoria) rispetto agli illeciti edilizi; tali provvedimenti, al più, come si è detto poc'anzi (v. *supra* par. 4.2), potranno essere sospesi nella loro efficacia fino a quando non si realizzano le condizioni che assicurino il rispetto della proporzionalità secondo i parametri indicati dalla Corte EDU (ad esempio, fino a che non trascorra un tempo congruo al fine di reperire un altro alloggio).

A livello teorico, peraltro, il principio di proporzionalità, nel diritto amministrativo, presiede al bilanciamento tra interessi primari e secondari, afferendo alla discrezionalità amministrativa. Sarebbe, quindi, preferibile che l'applicazione del principio, declinato alla luce della descritta giurisprudenza della CEDU, trovasse spazio già nella fase di emanazione del provvedimento.

Il provvedimento, in tal senso, dovrebbe prevedere uno spazio di discrezionalità nel senso indicato dalla Corte EDU: già nel valutare i presupposti della sua emanazione andrebbe considerato il diritto al domicilio di cui all'art. 8 CEDU di talché il provvedimento potrebbe essere emanato solo dopo che si siano realizzate condizioni tali da rispettare il principio di proporzionalità.

Tuttavia, tale operazione non è consentita alla luce della normativa vigente, che impone provvedimenti demolitori rigidamente vincolati.

In mancanza di modifiche legislative che implementino il principio nel modo descritto, la strada

---

Campania, Napoli, Sez. V, Sent. n. 5465 del 21 novembre 2019 confermata in sede di Appello da Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. n. 10708/2023 che dà atto della mancata impugnazione del capo sull'ammissibilità di siffatta azione e che, tuttavia, sembra far propria la statuizione del primo giudice.

*de iure condito* potrebbe, quindi, essere quella del rinvio alla Corte costituzionale che, com'è noto, può utilizzare la CEDU come norma interposta per giudicare della costituzionalità della norma interna ai sensi dell'art. 117 Cost.

Peraltro, l'incostituzionalità – delle norme che impongono la demolizione per taluni abusi edilizi senza poter considerare in alcun modo il diritto all'abitazione degli occupanti dell'immobile medesimo – potrebbe essere pronunciata a condizione che «nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un “approdo giurisprudenziale stabile” (sentenza n. 120 del 2018) o un “diritto consolidato” (sentenze n. 49 del 2015 e, nello stesso senso, n. 80 del 2011)» e sempre che, alla luce della valutazione “sistemica” operata dalla Corte costituzionale la pretesa violazione del diritto fondamentale tutelato dalla Convenzione risulti giustificata nel bilanciamento con altri principi costituzionali, «bilanciamento in cui si sostanzia tra l'altro il «margine di apprezzamento» che compete allo Stato membro (sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)»<sup>36</sup>. L'esito della rimessione sarebbe tutt'altro che scontato.

## **5. L'acquisizione al patrimonio comunale: natura dell'istituto e applicazione dei principi CEDU (cenni)**

### ***5.1. La natura dell'acquisizione***

Alcuni spunti relativi all'argomento trattato derivano dall'esame dell'art. 31, co. 3, del D.P.R. n. 380/2001 che prevede l'acquisizione al patrimonio comunale del bene e dell'area di sedime in caso di inottemperanza (i.e. mancata rimessione in pristino) protratta oltre i novanta giorni dalla notifica dell'ordinanza di demolizione.

Sulla natura della misura, va registrato l'orientamento secondo cui si tratterebbe di una misura ripristinatoria in quanto mero «strumento di riconduzione delle opere abusive a legalità» che, comunque, «risponde ai criteri dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, legittimanti l'incidenza sul diritto di proprietà dell'autore delle opere abusive, il quale non ottemperi all'ordine ripristinatorio»<sup>37</sup>. Tale orientamento esclude che l'acquisizione soggiaccia ai principi espressi dalla CEDU con riferimento alla confisca disposta ai sensi dell'art. 44 del TUE dal giudice penale<sup>38</sup>.

L'orientamento descritto appare, peraltro, recessivo essendosi consolidata l'opposta opinione secondo cui l'acquisizione costituisce una vera e propria sanzione per la mancata demolizione. Si tratta di un illecito omissivo, ulteriore rispetto all'originario illecito edilizio costituito dall'abusiva edificazione, che deve essere imputabile al soggetto che subisce la sanzione<sup>39</sup>. La Corte

---

<sup>36</sup> Corte costituzionale, Sent. n.25 del 27 febbraio 2019.

<sup>37</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, Sent. n.864 del 03 febbraio 2020.

<sup>38</sup> La CEDU ha qualificato la confisca come «sanzione penale» così da rendere applicabili le garanzie convenzionali, tra cui quella della necessaria esistenza di un legame psicologico con l'illecito da parte del sanzionato. Si veda Corte europea diritti dell'uomo, Sez. II, n.75909 del 20 gennaio 2009 (Sud Fondi c. Italia).

<sup>39</sup> C.d.S., Ad. Plen., Sent. n. 16 dell'11 ottobre 2023 che, in merito, afferma altresì che «per il principio della vicinanza alla fonte della prova, è specifico onere per il destinatario dell'ordine di demolizione – o, in ipotesi, del suo rappresentante legale – dedurre e comprovare la sussistenza di tale non imputabilità: l'Amministrazione, in assenza di comprovate deduzioni, deve emanare l'atto di acquisizione».

costituzionale ha qualificato la misura come una “confisca edilizia” confermandone la natura sanzionatoria<sup>40</sup> in coerenza con la propria pregressa giurisprudenza<sup>41</sup> che aveva, fra l’altro, sancito l’inapplicabilità dell’acquisizione in danno del proprietario rimasto del tutto estraneo all’abuso. La Corte ha, altresì, escluso che la misura abbia una funzione ripristinatoria dell’interesse pubblico violato dall’abuso in quanto il ripristino rimane affidato al potere-dovere degli organi comunali di dare esecuzione alla demolizione in prima persona (senza tuttavia, pregiudicare il proprietario incolpevole mediante l’acquisizione del bene)<sup>42</sup>.

## ***5.2. La disciplina dell’acquisizione: sanabilità dell’abuso e principio di proporzionalità***

In punto di disciplina, l’Adunanza plenaria<sup>43</sup> ha chiarito che il provvedimento di acquisizione ha una portata meramente dichiarativa di un effetto prodottosi *ex lege* al decorso del termine di novanta giorni dalla notifica dell’ordine di demolizione. Pertanto, da un lato, a seguito della perdita *ipso iure* del bene, pur se accertata successivamente, chi lo possiede ormai senza idoneo titolo giuridico non può né demolirlo, né modificarlo, ed è tenuto a corrispondere un importo all’Amministrazione proprietaria per la sua disponibilità che avviene *sine titulo*; dall’altro, viene meno la possibilità di presentare la domanda di accertamento di conformità ai sensi dell’art. 36 del D.P.R. n. 380/2001. Prima del citato arresto della Plenaria, tale ultima possibilità era riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa sino al momento in cui non veniva formalmente accertata l’inottemperanza alla sanzione demolitoria<sup>44</sup> o addirittura fino a che l’opera persisteva nella sua integrità e il soggetto ne conservava la disponibilità<sup>45</sup>.

La natura sanzionatoria e l’elevato grado di afflittività della misura in argomento sembrano imporre l’applicazione della disciplina convenzionale in tema di ‘sanzioni (penali)’ di tal che non può dubitarsi che all’istituto di cui si discute si applichi il principio di proporzionalità. Ebbene, è lecito chiedersi se la sottrazione al proprietario di un immobile, edificato abusivamente, ma astrattamente sanabile (ossia conforme alla normativa urbanistico-edilizia secondo il criterio della cd. doppia conformità di cui all’art. 36 del D.P.R. n. 380/2001), sia conforme al principio di proporzionalità.

In altri termini, sebbene più aderente alla lettera della legge, il recente orientamento espresso dall’Adunanza plenaria conduce a una disciplina di estremo rigore, essendo, senz’altro, precluso al proprietario di richiedere l’accertamento di conformità una volta trascorsi novanta giorni dalla

---

<sup>40</sup> Corte costituzionale, Sent. n. 160 del 3 ottobre 2024 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, terzo comma, della L. 28 febbraio 1985, n. 47 (oggi trasfuso nell’art. 31 del D.P.R. n. 380/2001), nella parte in cui non fa salvo il diritto di ipoteca iscritto a favore del creditore, non responsabile dell’abuso edilizio, in data anteriore alla trascrizione nei registri immobiliari dell’atto di accertamento dell’inottemperanza alla ingiunzione a demolire.

Si è affermato, in particolare, che la norma viola gli artt. 3, 24 e 42 Cost. anche sotto il profilo della sproporzione del sacrificio imposto all’incolpevole creditore ipotecario. Questi, infatti, si vedrebbe privato ingiustamente del proprio diritto nel caso in cui si ritenesse che l’acquisizione, intesa quale modalità di acquisto a titolo originario, estinguesse il suo diritto di garanzia

<sup>41</sup> Corte costituzionale, Sent. n. 345 del 15 luglio 1991 e n. 140 del 5 luglio 2018.

<sup>42</sup> Corte costituzionale, Sent. n. 160 del 3 ottobre 2024, cit.

<sup>43</sup> C.d.S., Ad. Plen., Sent. n. 16 dell’11 ottobre 2023, cit.

<sup>44</sup> v., ex multis, CGA n. 876/2022

<sup>45</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 449/2020.

notifica dell'ordine demolitorio. All'opposto, il pregresso orientamento giurisprudenziale che, pur con qualche originalità interpretativa, consentiva tale possibilità fino (quanto meno) al momento del formale accertamento dell'inottemperanza, rappresentava un elemento di elasticità valorizzabile quale applicazione del principio di proporzionalità.

Giova notare che il rigoroso orientamento appena descritto non è applicabile qualora ci si trovi innanzi a una sanatoria straordinaria di tipo condonistico. In tali ipotesi, «l'intera fattispecie traslativa conseguente all'inottemperanza dell'ordine di rimessione in pristino (accertamento dell'inottemperanza, descrizione dell'area interessata, trascrizione del provvedimento, materiale apprensione del bene) è recessiva rispetto alla sanatoria, e ciò anche qualora l'acquisizione si sia esaurita prima dell'entrata in vigore della disciplina sul condono. L'art. 39 comma 19, l. 23 dicembre 1994, n. 724 (richiamato dall'art. 32 comma 25, d.l. n. 269 del 2003) prevede infatti che, per le opere abusive divenute sanabili, il proprietario (dopo aver presentato la domanda di sanatoria e adempiuto agli oneri connessi) ha il diritto di ottenere l'annullamento delle acquisizioni al patrimonio comunale e la cancellazione delle relative trascrizioni, salvo che il bene sia già stato destinato a scopi di pubblica utilità»<sup>46</sup>. Nel caso di condono, quindi, sembra rivivere la proprietà in capo a chi l'abbia perduta a seguito del descritto meccanismo acquisitivo con conseguente possibilità (mediante la legittima adesione al condono) di ottenere l'annullamento dell'acquisizione.

### ***5.3. Acquisizione e diritto all'abitazione***

Una recente modifica della disciplina dell'istituto dell'acquisizione si è posta nel solco della giurisprudenza della Corte EDU in tema di contemperamento tra la necessità di sanzionare gli abusi edilizi e quella di non incidere in modo sproporzionato sul diritto all'abitazione nel senso già indicato.

È stato, infatti, aggiunto un ultimo periodo al comma terzo dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 con cui si è prevista la possibilità di prorogare il termine di novanta giorni dalla notificazione dell'ordine di demolizione oltre il quale, come si è detto, opera *ipso iure* l'acquisizione. Si è stabilito, infatti, che il termine «*può essere prorogato con atto motivato del comune fino a un massimo di duecentoquaranta giorni nei casi di serie e comprovate esigenze di salute dei soggetti residenti nell'immobile all'epoca di adozione dell'ingiunzione o di assoluto bisogno o di gravi situazioni di disagio socio-economico, che rendano inesigibile il rispetto di tale termine*».

L'inequivoco riferimento alle esigenze abitative degli occupanti rivela l'intento del legislatore di adeguarsi al principio convenzionale di evitare "sproporzionate" compressioni del diritto di abitazione senza, tuttavia, negare l'impianto del sistema sanzionatorio degli abusi edilizi e tanto secondo un approccio che valorizza l'elemento temporale nell'esecuzione delle sanzioni su cui si tornerà nel paragrafo conclusivo.

---

<sup>46</sup> T.A.R. Napoli, Campania, Sez. III, n.2499 del 14 maggio 2013; nello stesso senso, Consiglio di Stato Sez. IV, n.4377 del 26 giugno 2019 e Consiglio di Stato Sez. VI, n.882 dell'8 febbraio 2022.

## **6. Conclusioni e ulteriori spunti ricostruttivi.**

### ***6.1. La proporzionalità del sistema di repressione degli abusi edilizi.***

Volendo tirare le fila del discorso, una prima conclusione è nel senso che il principio di proporzionalità non sia applicabile allorché vengono emanati gli atti di repressione degli abusi edilizi che si compendiano di provvedimenti vincolati e, inoltre, caratterizzati da una funzione ripristinatoria piuttosto che sanzionatoria (tipicamente, l'ordinanza di demolizione).

Secondo l'orientamento prevalente, resta altresì esclusa, per la normativa che tali provvedimenti regola, l'applicazione dei principi convenzionali in tema di sanzioni (penali), mentre è sostenibile l'applicazione del principio di proporzionalità quale canone costituzionale.

In relazione a tale ultima possibilità, peraltro, sembra utile affrontare l'argomento spostando lo sguardo, dai singoli istituti, al complessivo sistema di repressione degli abusi edilizi; tanto consente di verificare che esso è improntato a una gradualità degli strumenti repressivi, dosati in rapporto ai diversi tipi, più e meno gravi, di abusi edilizi.

La distinzione operata, a livello definitorio, tra i diversi tipi di interventi edilizi che, sul piano della disciplina applicabile, richiedono un diverso titolo abilitativo (o una mera segnalazione/comunicazione dell'attività edilizia – es. S.C.I.A. e C.I.L.A. - o nessun titolo edilizio nel caso di attività libera; v. artt. 3, 3 bis, 6, 6 bis, 10, 22, 23 del D.P.R. n. 380/2001) comporta che il regime sanzionatorio applicabile differisca significativamente a seconda che l'abuso sia più o meno grave.

In tal senso, basti un cenno alle norme del TUE che non impongono la demolizione, pur in rapporto a edificazioni illegittime: l'art. 33 co. 2 consente di conservare l'opera (pagando una sanzione pecuniaria) che derivi da un intervento di “*ristrutturazione edilizia*” in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire qualora il ripristino non sia tecnicamente possibile; l'art. 34 parimenti consente (pagando una sanzione pecuniaria) di preservare gli interventi solo parzialmente difformi dal permesso di costruire nel caso in cui la demolizione comporti senz'altro un pregiudizio per la parte legittima dell'opera; l'art. 37 prevede l'applicazione della sola sanzione pecuniaria per gli interventi difformi dalla S.C.I.A. (purché ovviamente assentibili secondo tale modalità). Ancora, nello stesso senso, si pensi alla disciplina delle tolleranze costruttive di cui all'art. 34 bis come ampliata, da ultimo, dal D.L. 69/2024 (c.d. “*salva casa*”, conv. con L. 105/2024) e alle stesse ipotesi di sanatoria a regime (l'accertamento di conformità ora declinato non solo nell'art. 36, ma anche nell' art. 36 bis introdotto con il già menzionato decreto “*salva casa*”) o straordinarie per gli abusi di risalente realizzazione (cd. condoni).

Per gli abusi meno gravi, quindi, la demolizione è tendenzialmente esclusa e finanche la mancanza di permesso di costruire (titolo necessario per le opere di nuova costruzione e, comunque, caratterizzate dal maggiore carico urbanistico; v. l'art. 10 del TUE) può comportare il solo pagamento di una sanzione se l'immobile risulta comunque conforme alla disciplina urbanistico-edilizia secondo il sistema declinato dagli artt. 36 e 36 bis del TUE.

In altri termini, sebbene le singole misure sfuggano alla diretta applicazione del principio di

proporzionalità, è sostenibile la tesi secondo cui il sistema repressivo, nel suo complesso, rispetti tale principio.

## ***6.2. La proporzionalità e il fattore tempo.***

Una seconda conclusione è che, nella fase esecutiva dei provvedimenti volti alla repressione degli abusi edilizi, il principio di proporzionalità, nel senso declinato dalla Corte EDU, trovi applicazione, così da imporre di tener conto delle esigenze abitative dei soggetti incisi (analogamente a quanto avviene in sede di esecuzione dell'ordine di demolizione disposto dal giudice penale).

Si è visto, tuttavia, come sia operazione non semplice, nel giudizio amministrativo, dare corpo ai principi espressi dalla Corte EDU nella fase esecutiva degli ordini demolitori.

Del resto, come pure si è detto, nel processo amministrativo, il principio di proporzionalità è, di norma, valorizzato quale canone per scrutinare la legittimità del provvedimento discrezionale piuttosto che la correttezza della sua esecuzione.

Sul piano pratico, peraltro, la valorizzazione del fattore-tempo potrebbe rivelarsi la soluzione utile a fugare qualunque dubbio teorico sul rispetto del diritto all'abitazione nel caso sia disposta la demolizione. Difatti, il rapporto tra compressione del diritto all'abitazione e l'applicazione della sanzione risulterà, per lo più, proporzionato nella misura in cui si consenta a chi occupa l'immobile abusivo di trovare una diversa (e legittima) soluzione abitativa. Come chiarito anche dal giudice penale, infatti, l'invocazione del proprio diritto all'abitazione non può mascherare comportamenti negligenti o lassisti di coloro che occupino gli immobili abusivi: questi andranno pur sempre demoliti in ossequio ai molteplici interessi pubblici tutelati dalla disciplina urbanistica e edilizia.

Giova osservare che, in tal senso, depone la recente innovazione legislativa illustrata al paragrafo 5.3 riguardo al termine oltre il quale opera la sanzione dell'acquisizione al patrimonio comunale per l'omessa demolizione.

Ebbene, nella fase esecutiva della demolizione, la pretesa dell'occupante a preservare la costruzione al fine di tutelare il proprio diritto all'abitazione sarà, per lo più, recessiva qualora gli si sia concesso un tempo congruo per trasferirsi senza che possa risultare dirimente la mera "difficoltà" di reperire una sistemazione alternativa.

Per un verso, quindi, considerati i tempi - in genere non brevi anche per la cronica mancanza di risorse - con cui le pubbliche amministrazioni procedono alle demolizioni, è facile prevedere che, all'atto di eseguire la demolizione, sarà quasi sempre decorso un tempo sufficiente.

Per altro verso, qualora l'argomento della proporzionalità del rimedio rispetto al diritto all'abitazione sia speso nell'ambito del giudizio impugnatorio avverso l'ordine di demolizione, il giudice che (discostandosi dall'orientamento ora dominante) ritenga il principio operante anche nella fase di emanazione del provvedimento (e quindi non solo nella fase esecutiva) potrà dare il giusto peso al tempo trascorso anche valorizzando la fase cautelare mediante la concessione di un termine "di grazia" come illustrato al superiore par. 4.2.