



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8756 del 2014, proposto da Pasquale Penza, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniela Carro, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gaetano Gutierrez in Roma, via Andrea Doria n. 40;

contro

Comune di Bacoli non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 01121/2014, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Francesco De Luca nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2021, svoltasi ai sensi dell'art.25 Decreto Legge 28 ottobre 2020 n. 137 conv. in L. 18 dicembre 2020, n. 176, attraverso l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento n. 170 del 4 giugno 2007 il Comune di Bacoli ha ordinato la demolizione delle opere consistenti nella realizzazione di un locale autonomo di mq 50,00 ed alto mt 3,50 diviso in tre ambienti, attaccato ad un manufatto preesistente, nonché di un muretto di protezione in blocchi di lapil-cemento e sovrastanti tegole, lungo 8 mt, alto 1,2 mt con cancello in ferro;
2. Con ricorso dinnanzi al Tar Campania, Napoli, l'odierno appellante ha impugnato l'ordinanza di demolizione, denunciandone l'illegittimità, per violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 27, 31 e 41 DPR n. 380/01, degli artt. 3, 4, 7 e 10 L. n. 241/90, violazione del giusto procedimento, eccesso di potere, difetto di motivazione e difetto di istruttoria, violazione del D. Lgs. n. 42 del 2004, erroneità e inesistenza dei presupposti, travisamento, perplessità, violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, violazione e falsa applicazione del P.T.P. dei Campi Flegrei, violazione del principio di irretroattività delle leggi, violazione e falsa applicazione del TU n. 380/01, omessa o tardiva comunicazione di avvio del procedimento.
3. A definizione del giudizio il Tar ha rigettato il ricorso, rilevando che:
 - a) le opere erano state realizzate abusivamente in zona assoggettata a vincolo paesaggistico risalente al 1959 e consistevano in rilevanti interventi di duratura trasformazione edilizia ed urbanistica –avendo condotto alla realizzazione di organismi edilizi prima inesistenti-, ragion per cui pacificamente richiedevano per la loro realizzazione il permesso di costruire e, in quanto aventi siffatta natura e ricadendo in zona assoggettata al regime vincolistico, la previa autorizzazione paesaggistica;

- b) alla stregua del disposto dell'art. 21 octies della legge 241 del 1990 non avrebbe potuto essere utilmente lamentata la violazione delle garanzie partecipative previste dalla medesima legge sul procedimento ove, come nella specie accaduto, si fosse stati in presenza di un'attività doverosa e priva di margini di discrezionalità; tenuto conto, altresì, che in giudizio non era stata neanche fornita una prospettazione/denuncia che potesse far concludere nel senso che in presenza di osservazioni nella sede amministrativa si sarebbe potuti pervenire ad un diversa definizione della vicenda, in tutto o in parte;
- c) il provvedimento era stato assunto sulla scorta dell'accertamento - fidefacente e comunque non contrastato- del comando di polizia municipale e trovava giustificazione adeguata alla bisogna nell'indicazione dei presupposti di fatto (realizzazione di nuove opere in territorio assoggettato a vincolo paesaggistico e loro partita indicazione) e nell'ancora espressa indicazione della sussistenza dell'obbligo "di provvedere alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi ai sensi e per gli effetti dell'art. 27 del d.P.R. 380 del 2001" che, per l'appunto, senza lasciare spazi per esercizi di discrezionalità, qualora venga accertato l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su di aree assoggettata, fra gli altri, a vincolo paesaggistico, impone al dirigente di "provvedere alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi...";
- d) l'art. 27 del d.P.R. 380/2001 sanziona con la demolizione la realizzazione senza titolo di nuove opere in zone vincolate e, come si evince dallo stesso valore semantico della relativa proposizione normativa, siffatta misura resta applicabile sia in caso di inizio che in caso di avvenuta esecuzione di interventi abusivi, non vedendo la sua efficacia limitata alle sole zone di inedificabilità assoluta; sicché, in presenza di opere ultimate, non vi era spazio per l'emissione dell'ordine di sospendere i lavori;

e) nell'ambito del procedimento di repressione di un abuso edilizio alcuna valenza interdittiva poteva esplicitare la circostanza di una possibile interferenza dell'esecuzione della misura della demolizione con le parti del manufatto legittimamente edificate - circostanze peraltro, nel caso di specie, meramente dedotte dalla ricorrente in via astratta e generica, senza supporto di elementi di prova - avuto conto che, in presenza di un intervento edilizio realizzato in assenza del (i) prescritto (i) titolo (i) abilitativo (i), l'ordine di demolizione costituisce atto dovuto mentre la possibilità di non procedere alla rimozione delle parti abusive quando ciò sia di pregiudizio alle parti legittime costituisce solo un'eventualità della fase esecutiva, subordinata alla circostanza dell'impossibilità del ripristino dello stato dei luoghi;

f) non era configurabile alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di illecito permanente, che il tempo non poteva legittimare in via di fatto;

g) alcun obbligo ricadeva sull'amministrazione di far luogo a previa valutazione di "sanabilità" dell'intervento ex art. 36 del d.P.R. 380 del 2001, sol perché "proponibile" la relativa istanza.

4. Il ricorrente in prime cure ha proposto appello avverso la sentenza del Tar, censurandone l'erroneità con due motivi di impugnazione.

5. L'appellante ha ulteriormente argomentato a sostegno delle proprie conclusioni mediante memoria difensiva depositata in data 26 gennaio 2021.

6. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza del 25 febbraio 2021.

7. L'appello consta di due motivi di impugnazione, suscettibili di trattazione unitaria per ragioni di connessione.

Con il primo motivo di appello viene censurata l'erroneità della sentenza di prime cure, per non avere riscontrato che la disposta demolizione postulava un intervento d'urgenza del dirigente o del responsabile dell'ufficio competente, senza

alcun preventivo avviso sul momento di accertamento dell'inizio o dell'esecuzione delle opere eseguite senza titolo. Nel caso di specie, si era in presenza di opere "realizzate anni addietro", non avendo i verbalizzanti trovato alcun lavoro in corso, come dimostrato dalla constatazione della presenza di un manufatto completo ed ultimato, attaccato ad un preesistente manufatto.

Inoltre, la demolizione del manufatto determinerebbe danni alla struttura preesistente, cui è strettamente collegato.

Con il secondo motivo di appello è censurata l'erroneità della sentenza di prime cure, per aver trascurato che le opere oggetto del provvedimento di demolizione erano state realizzate anni addietro, senza che l'Amministrazione avesse indicato la loro epoca di edificazione o accertato l'inizio e l'esecuzione di nuove opere, limitandosi a constatare la presenza di una struttura già completa in tutti i suoi elementi essenziali.

Inoltre, secondo la prospettazione dell'appellante:

- il Comune avrebbe dovuto provare la realizzazione dell'opera in un momento successivo a quanto addotto dal ricorrente;
- le opere realizzate non inciderebbero sui parametri urbanistici esistenti;
- l'ordine di demolizione risulterebbe privo di congrua motivazione, né consentirebbe di individuare alcun interesse pubblico sotteso alla relativa decisione, senza avere operato un bilanciamento degli interessi contrapposti o avere giustificato la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato;
- l'ordine di demolizione non sarebbe stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento;
- non sarebbe stata condotta un'adeguata istruttoria;
- l'ordinanza di demolizione risultava impugnata dinnanzi al Tar "sollevando avverso di essa una pluralità di motivi di illegittimità tra i quali ... quello di

erroneità e carenza di presupposti, difetto e carenza di istruttoria, superficialità, sviamento, travisamento ed incompetenza”.

8. Le censure svolte con i motivi di appello risultano infondate.

8.1 In primo luogo, devono essere disattese le censure con cui si lamenta l'afferenza della demolizione ad opere edilizie “realizzate anni addietro”.

Il mero decorso del tempo non osta alla demolizione di opere abusive, da eseguirsi tempestivamente al fine di ripristinare l'ordine giuridico violato.

La mera inerzia da parte dell'Amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è, infatti, idonea a far divenire legittimo ciò che è sin dall'origine illegittimo; allo stesso modo, tale inerzia non può radicare un affidamento di carattere legittimo nel proprietario dell'abuso, che non risulta destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata.

D'altra parte, l'amministrazione anche a distanza di tempo ha l'obbligo di emanare l'ordine di demolizione per il solo fatto di aver riscontrato l'esistenza di opere abusive e non è quindi prospettabile un legittimo affidamento nel proprietario che non si può dolere dell'eventuale ritardo con cui l'amministrazione abbia emanato il provvedimento (Consiglio di Stato, sez. VI, 23 ottobre 2020, n. 6446).

Peraltro, l'ingiunzione di demolizione di un abuso edilizio dopo lungo tempo dall'abuso non richiede una motivazione rafforzata, potendosi basare anche soltanto sulla necessità di ripristinare la legalità violata dalla commissione dell'abuso edilizio (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 novembre 2020, n. 6998).

Ne deriva che l'Amministrazione non era tenuta ad accertare la data di realizzazione delle opere abusive, essendo sufficiente rilevare l'esistenza di una nuova costruzione in assenza del previo rilascio del prescritto permesso di costruire; né era necessario che l'Amministrazione intervenisse durante

l'esecuzione dei lavori, ben potendo la sanzione demolitoria essere applicata in presenza di opere già compiutamente realizzate.

8.2 Devono essere rigettate anche le censure concernente il difetto di motivazione del provvedimento censurato in prime cure.

L'ordine di demolizione ex art. 31 DPR n. 380/01, infatti, configura un atto vincolato, dal contenuto interamente predeterminato dal legislatore, da assumere previo accertamento della natura abusiva dell'opera in concreto realizzata, in ragione della sua edificazione in assenza del prescritto permesso di costruire.

Non occorre, pertanto, una motivazione specifica in relazione al tempo intercorso o alla proporzionalità della sanzione ripristinatoria all'uopo da emettere, non risultando l'Amministrazione procedente titolare di un potere discrezionale, implicante una scelta in ordine alla tipologia di sanzione in concreto da assumere.

Con orientamento condiviso e da riaffermare anche nel presente giudizio, questo Consiglio ha ripetutamente evidenziato che *“l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo è un provvedimento vincolato, come tutti gli atti sanzionatori in materia edilizia, tale da non richiedere una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, tantomeno una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione”* (ex multis, Consiglio di Stato Sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7132).

Pertanto, non dovendosi bilanciare l'interesse pubblico alla rimozione dell'abuso con l'interesse privato alla conservazione di un'utilità, risalente nel tempo, conseguita in assenza del necessario titolo abilitativo, la demolizione risulta congruamente motivata mediante la descrizione del manufatto realizzato e l'indicazione della norma violata; elementi nella specie ricorrenti.

8.3 Non potrebbe neanche ritenersi che gravi sull'Amministrazione l'onere di provare la data di realizzazione delle opere abusive.

Secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, *"spetta a colui che ha commesso l'abuso, l'onere di provare la data di realizzazione dell'immobile abusivo; non può quest'ultimo limitarsi a sole allegazioni documentali a sostegno delle proprie affermazioni, trasferendo il suddetto onere di prova contraria in capo all'amministrazione"* (cfr. Consiglio di Stato Sez. II, 30 aprile 2020, n. 2766).

La data di realizzazione dell'immobile, integra, in particolare, un fatto costitutivo della pretesa azionata in giudizio, tenuto conto che l'anteriorità del manufatto rispetto alla data di imposizione del vincolo invocato dal Comune a sostegno della propria decisione influirebbe sulla legittimità del provvedimento impugnato dinnanzi al Tar, minando la correttezza del relativo accertamento amministrativo: quale fatto costitutivo, lo stesso deve, dunque, essere provato ex art. 2697 c.c dalla parte ricorrente, costituente, peraltro, in applicazione del principio di vicinanza della prova – pure rilevante ai fini del riparto dell'onere probatorio tra le parti -, l'unico soggetto ad essere nella disponibilità di documenti e di elementi di prova, in grado di dimostrare con ragionevole certezza l'epoca di realizzazione del manufatto (cfr. Consiglio di Stato Sez. VI, 20 gennaio 2020, n. 454).

Non avendo la parte ricorrente dimostrato che le opere risalivano ad un'epoca in cui il regime amministrativo applicabile al diritto di edificazione non richiedeva il previo rilascio del permesso di costruire o comunque di analogo titolo edilizio, non può denunciarsi l'illegittimità dell'ordine di demolizione di opere abusive, per non avere il Comune accertato la datazione della loro realizzazione.

8.4 Né nella specie potrebbe ritenersi che le opere per cui è controversia, in ragione delle relative caratteristiche tipologiche, non configurassero un intervento edilizio soggetto al previo rilascio del permesso di costruire.

In primo luogo, l'appello non reca alcuna specifica censura avverso il capo di sentenza con cui il Tar ha rilevato che gli interventi per cui è causa *"in quanto realizzati abusivamente in zona assoggettata a vincolo paesaggistico risalente al 1959 e*

sostanzianti rilevanti interventi di duratura trasformazione edilizia ed urbanistica -attuati a mezzo delle nuove opere innanzi descritte che hanno condotto alla realizzazione di organismi edilizi prima inesistenti- pacificamente richiedevano per la loro realizzazione il permesso di costruire e, in quanto aventi siffatta natura e ricadendo in zona assoggettata al regime vincolistico, la previa autorizzazione paesaggistica”.

In ogni caso, si osserva che la trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comprende perfino le attività consistenti nella modificazione rilevante e duratura dello stato del territorio e nell'alterazione della conformazione del suolo, diverse da quelle di edificazione (Consiglio di Stato Sez. V, 28 giugno 2018, n. 3990); sicché deve ritenersi che si sia in presenza di un "intervento di nuova costruzione", assoggettato al previo rilascio del permesso di costruire, ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, comma 1, lett. e), e 10 del D.P.R. n. 380 del 2001, qualora l'intervento abbia attuato una rilevante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio.

Nel caso di specie si fa questione di un locale autonomo di mq 50,00 ed alto mt 3,50 diviso in tre ambienti, attaccato ad un manufatto preesistente, nonché di un muretto di protezione in blocchi di lapil-cemento e sovrastanti tegole, lungo 8 mt, alto 1,2 mt con cancello in ferro.

Premesso che, al fine di valutare l'incidenza sull'assetto del territorio di un intervento edilizio, consistente in una pluralità di opere, va compiuto un apprezzamento globale, atteso che la considerazione atomistica dei singoli interventi non consente di comprenderne in modo adeguato l'impatto effettivo complessivo (Consiglio di Stato, sez. II, 18 maggio 2020, n. 3164), l'edificazione di un nuovo manufatto di 50 mq ed altezza di mt 3,50, diviso in tre ambienti, idoneo ad esprimere nuova volumetria e superficie utile, con correlato muro di protezione, comporta certamente una trasformazione urbanistica ed edilizia dello stato dei

luoghi integrante un intervento di nuova costruzione soggetto al previo rilascio del permesso di costruire.

8.5 Non potrebbe neanche invocarsi a fondamento dell'appello un asserito –e, comunque, non dimostrato- pregiudizio suscettibile di derivare in danno di edifici finitimi e legittimi dalla demolizione delle opere per cui è causa.

L'art. 34 del D.P.R. n. 380 del 2001, nel disciplinare gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire, prevede, al secondo comma, che *"quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione"*.

In particolare, la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione. In quella sede, le parti ben possono dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato asseritamente derivante dall'esecuzione della demolizione delle opere di ampliamento per cui è causa (Consiglio di Stato sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4169).

In definitiva, la questione posta con il relativo motivo non può venire in rilievo per accertare la validità dell'ordine di demolizione, dovendo reputarsi rimessa alla fase esecutiva.

8.6 La circostanza per cui le opere realizzate non incidano sui parametri urbanistici esistenti risulta parimenti irrilevante ai fini dell'odierno giudizio, ben potendo essere disposta la demolizione di opere realizzate in conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia di riferimento, ove difettino del prescritto titolo edilizio abilitativo.

In particolare, la mera esecuzione di interventi in assenza del prescritto permesso di costruire, ai sensi dell'art. 31 DPR n. 380/01, giustifica l'applicazione della

sanzione demolitoria, rilevando l'eventuale conformità sostanziale delle opere alla disciplina urbanistica ed edilizia ai soli fini della presentazione dell'istanza di sanatoria ex art. 36 DPR n. 380/01.

Peraltro, anche l'eventuale presentazione dell'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 cit., potrebbe influire sull'efficacia dell'ordine di demolizione – non eseguibile in caso di sopravvenuto rilascio del permesso di costruire in sanatoria – ma non sulla sua legittimità, unico profilo rilevante nell'odierno giudizio.

8.7 Risulta infondata anche la censura concernente l'omessa comunicazione di avvio del procedimento demolitorio, tenuto conto che *“per pacifica giurisprudenza, i provvedimenti aventi natura vincolata, quali per l'appunto l'ordinanza di demolizione, non necessitano di previa comunicazione di avvio del procedimento, ciò in quanto non è consentito all'Amministrazione compiere valutazioni di interesse pubblico relative alla conservazione del bene (ex plurimis Cons. Stato, Sez. VI, 13/5/2020, n. 3036; 25/2/2019, n. 1281; Sez. V, 12/10/2018, n. 5887; Sez. IV, 27/5/2019, n. 3432; Sez. II, 29/7/2019, n. 5317 e 26/6/2019, n. 4386)”* (Consiglio di Stato, sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 187).

8.8 La censura riferita al difetto di istruttoria, se intesa come ad oggetto i rilievi supra esaminati e rigettati (quali il mancato accertamento della datazione delle opere o della conformità ai parametri urbanistici ed edilizi all'uopo applicabili ovvero la mancata acquisizione di elementi alla base di un giudizio di comparazione degli interessi implicati nella specie) deve essere parimenti disattesa per le stesse ragioni addotte a sostegno del rigetto delle precedenti contestazioni; se, invece, dovesse intendersi come concernente altri profili, non potrebbe comunque essere accolta, in quanto del tutto generica, essendosi limitato l'appellante a denunciare come *“non risulta che sia stata condotta una adeguata istruttoria”* (pag. 6), senza indicare gli elementi asseritamente non esaminati.

In ogni caso, come osservato l'ordine di demolizione è giustificato sulla base della mera verifica dell'abusività dell'intervento, non richiedendo alcuna specifica motivazione sulla sussistenza dell'interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, né sulla comparazione (operata a monte ex lege: cfr. art. 31, comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001) fra l'interesse pubblico e l'interesse privato al mantenimento in loco dell'immobile (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2017, n. 1267).

Pertanto, l'istruttoria risulta adeguatamente svolta, mediante il rilievo dell'esistenza di manufatti abusivi realizzati senza il prescritto previo rilascio del permesso di costruire, anche mediante il rinvio al rapporto redatto dal Comando di P.M..

8.9 Infine, le deduzioni articolate al par. 3 della pag. 7 dell'atto di appello, con cui si richiamano le censure svolte contro l'ordinanza di demolizione impugnata dinnanzi al Tar *“sollevando avverso di essa una pluralità di motivi di illegittimità tra i quali ... quello di erroneità e carenza di presupposti, difetto e carenza di istruttoria, superficialità, sviamento, travisamento ed incompetenza”* non sono idonei ad integrare specifiche censure esaminabili nell'ambito del presente grado di giudizio.

Non può, infatti, ammettersi la mera riproposizione di motivi di ricorso rigettati in primo grado - nella specie, peraltro, richiamati soltanto con l'indicazione dei vizi riscontrati, senza svolgimento di specifici motivi a loro sostegno - tenuto conto che per *“risalente e non superato insegnamento giurisprudenziale, l'appello deve sempre contenere, accanto alla parte volitiva, anche una parte critica, a confutazione della sentenza di primo grado, non trattandosi di un novum iudicium ma di una revisio prioris instantiae”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 18 febbraio 2020, n. 1228).

9. Alla stregua delle considerazioni svolte, l'appello deve essere rigettato.

Non vi è luogo a pronunciare sulla regolazione delle spese di giudizio, in ragione del rigetto dell'impugnazione e dell'omessa costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Nulla statuisce sulle spese di giudizio

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO