



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 2495 del 2016, proposto da Comune di Battipaglia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabato Criscuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carmine De Vita in Roma, via Gallia n. 122;

*contro*

Giuseppe Avagliano e Albina Quaranta, rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Bandini, Paolo De Caterini e Ferdinando Belmonte, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo De Caterini in Roma, viale Liegi, 35 /B;

*per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 00261/2016, resa tra le parti, concernente acquisizione al patrimonio comunale per inottemperanza ad ordine di demolizione*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Giuseppe Avagliano e di Albina Quaranta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2022 il Cons. Ulrike Lobis e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in esame, parte ricorrente ha appellato la sentenza n. 261/2016 del TAR Campania, Sezione staccata di Salerno, concernente l'accoglimento del gravame proposto dai sig.ri Avagliano Giuseppe e Albina Quaranta per ottenere l'annullamento della determina del Comune di Battipaglia n.1154 del 26.10.2015, avente ad oggetto l'accertamento prot.n. 59696 del 15.9.2015 di inottemperanza alla ingiunzione a demolire del 12.09.2013.

In particolare, in seguito al diniego di condono per due corpi di fabbrica realizzati in assenza di titolo ed alla notifica dell'ordine di demolizione prot. 63168 del 12.09.2013 ed in seguito al rigetto della richiesta di accertamento di conformità del 15.10.2013, avvenuta con atto del 19.05.2014, è stato accertato con verbale del 15.09.2015 (all'esito del sopralluogo del 19.08.2015) che gli odierni appellati avevano ottemperato solo in parte all'ingiunzione (*“risulta demolita in parte la muratura perimetrale dei corpi di fabbrica oggetto dell'ingiunzione a demolire come si evince dalle fotografie allegate”*), per cui il Comune ha adottato il provvedimento di acquisizione gratuita dei beni e dell'area di sedime.

Con il ricorso al Tar l'odierna parte appellata - sostenendo di avere ottemperato integralmente all'ordinanza di demolizione e che la parte dei corpi di fabbrica, rilevata dal Comune come non abbattuta, sarebbe in verità il muro di recinzione lungo il confine - aveva dedotto, tra l'altro, la violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 per sopravvenuta inefficacia dell'ordinanza di demolizione del 12.09.2013 per effetto della presentazione della domanda di sanatoria del 15.10.2013.

Si è costituito il Comune di Battipaglia sostenendo che la natura del vincolo avrebbe precluso il rilascio del permesso di costruire in sanatoria; inoltre, contestava che la parte non abbattuta sarebbe il muro di recinzione in quanto nelle fotografie della parete non abbattuta sarebbero visibili aperture finestrate e segni delle pareti divisorie interne al fabbricato parzialmente demolite. Basandosi su relativa giurisprudenza, il Comune sosteneva che la domanda di condono, presentata dopo l'emissione dell'ordinanza di demolizione del 12.09.2013, avrebbe subito solo una sospensione sino alla decisione della domanda di condono e in caso di rigetto della domanda di condono, l'ordinanza di demolizione avrebbe riacquisito la sua efficacia. Deduceva inoltre che, avendo i sig.ri Avagliano comunicato in data 7.5.2014 l'inizio della demolizione e in data 16.10.2014 l'esecuzione della demolizione, avrebbero effettuato acquiescenza all'ordine di demolizione.

All'esito del giudizio di prime cure, il Tar, con la qui impugnata sentenza in forma semplificata, ha accolto il ricorso e annullato l'atto impugnato ritenendo fondata, con rilevanza assorbente di ogni altra, *“la censura intesa a lamentare che, preliminarmente all'accertamento di inottemperanza dell'ordinanza di demolizione n. 63168 del 12.9.2013, l'amministrazione comunale intimata ha omesso di attuare la rinnovazione del provvedimento demolitorio, la quale si sarebbe resa necessaria a seguito della presentazione da parte dei ricorrenti della*

*richiesta di accertamento di conformità con riferimento alle opere de quibus e della definizione negativa del relativo procedimento”, basando tale decisione su una decisione del T.A.R. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sez. I, n. 981 del 23 maggio 2014, secondo la quale “la presentazione dell’istanza di sanatoria successivamente all’impugnazione dell’ordinanza di demolizione produce l’effetto di rendere inefficace tale ultimo provvedimento e, quindi, improcedibile l’impugnazione stessa per sopravvenuta carenza di interesse; ed infatti il riesame dell’abusività dell’opera provocato dall’istanza di sanatoria, sia pure al fine di verificare l’eventuale sanabilità di quanto costruito, comporta la necessaria formazione di un nuovo provvedimento (di accoglimento o di rigetto) che vale comunque a superare il provvedimento sanzionatorio oggetto dell’impugnativa, dal momento che, in caso di diniego del richiesto accertamento di conformità, l’Amministrazione dovrebbe emettere una nuova ordinanza di demolizione, con fissazione di nuovi termini per ottemperarvi”.*

2. Contro tale sentenza il Comune di Battipaglia proponeva appello deducendo l’erroneità della sentenza facendo leva sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato, tra cui la decisione della Sez. VI n. 2307/2014, secondo la quale “sostenere che, nell’ipotesi di rigetto, esplicito o implicito, dell’istanza di accertamento di conformità, l’amministrazione debba riadottare l’ordinanza di demolizione, equivale al riconoscimento in capo a un soggetto privato, destinatario di un provvedimento sanzionatorio, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale annullamento, quel medesimo provvedimento”. Asseriva inoltre che di fatto vi sarebbe stata acquiescenza al provvedimento demolitorio in quanto gli appellati, successivamente alla presentazione dell’istanza di condono ed ancora prima del rigetto della stessa, avrebbero comunicato al Comune l’inizio dei lavori di demolizione delle opere abusive di cui all’ingiunzione di demolizione.

I sig.ri Avagliano con atto dd. 28.4.2016 hanno proposto appello incidentale condizionato e, reiterando i 5 motivi assorbiti, hanno chiesto l'accoglimento dell'appello incidentale e la conferma della sentenza con diversa motivazione.

Con ordinanza cautelare n. 2246/2016 è stata respinta l'istanza cautelare proposta dal Comune di Battipaglia ed in seguito, con determina n. 1317 del 05/12/2016, il Comune ha deciso di retrocedere e restituire ai sig.ri Avagliano e Quaranta gli immobili.

Con nota del. 21.2.2020 il sig. Avagliano ha comunicato al Comune di procedere all'abbattimento delle mura di recinzione e con nota dell'8 maggio 2020 di aver concluso i lavori di demolizione in data 7 maggio 2020.

Con memoria del. 26.3.2022 Comune di Battipaglia ha dedotto che con nota dell'Ufficio Tecnico prot. n. 21484 del 23.03.2022 è stato accertato, a seguito di sopralluogo, che parte appellata ha proceduto alla rimozione di tutte le opere abusive, in ossequio all'ordine di demolizione e che tale circostanza avrebbe reso l'appello improcedibile per cessata materia del contendere; chiedeva, pertanto, che venisse dichiarata la sopravvenuta cessazione della materia del contendere, con compensazione delle spese di lite.

Con memoria del 28.3.22 i sig.ri Avagliano-Quaranta hanno dedotto di aderire, in via principale alla domanda del Comune di dichiarare la sopravvenuta cessazione della materia del contendere purché entro il giorno di udienza pubblica avvenga da parte del Comune appellante la trascrizione in Conservatoria della determinazione n. 1317 del 5/12/2016; tuttavia insistevano nel contempo per la condanna alle spese del doppio grado di giudizio da distarre ai rispettivi avvocati; in via subordinata insistevano per l'accoglimento dell'appello incidentale, con ogni conseguenza anche in ordine alle spese.

In data 26.4.2022 gli appellati hanno depositato copia della nota di trascrizione n 15171 del 08 aprile 2022 concernente la retrocessione degli immobili acquisiti al Comune con trascrizione del 25.1.2016.

Alla pubblica udienza del 19.05. 2022 la causa è passata in decisione.

3. Su concorde richiesta delle parti, stante l'avvenuta completa rimozione da parte degli appellati di tutte le opere abusive e stante l'avvenuta retrocessione da parte del Comune di Battipaglia, giusta nota di trascrizione n 15171 del 08 aprile 2022, degli immobili acquisiti con trascrizione del 25.1.2016, si può dichiarare l'improcedibilità del presente appello per sopravvenuta carenza di interesse, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a. in conseguenza del venir meno dell'utilità di un'eventuale pronuncia di accoglimento della presente impugnazione, nonché del ricorso in primo grado, con conseguente improcedibilità, altresì, dell'appello incidentale.

3.1. Siccome la parte appellata ha richiesto la condanna del Comune alle spese del doppio grado, il Collegio, ai fini dell'applicazione del criterio della soccombenza virtuale, svolge le seguenti considerazioni.

3.2. L'appello del Comune è fondato. Il principio, secondo il quale nell'ipotesi di rigetto, esplicito o implicito, dell'istanza di accertamento di conformità, l'amministrazione debba riadottare l'ordinanza di demolizione, non può essere condiviso, in quanto equivale al riconoscimento in capo a un soggetto privato, destinatario di un provvedimento sanzionatorio, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale annullamento, quel medesimo provvedimento.

3.3. La giurisprudenza ha chiarito che la domanda di accertamento di conformità determina un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, ma tale inefficacia opera in termini di mera sospensione. In caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia (Cfr. Cons. Stato n. 2681/2017,

Cons. Stato n. 1565/2017, Cons. Stato n. 1393/2016, Cons. Stato n. 466/2015, Cons. Stato n. 2307/2014).

3.4. Viene, infatti, radicalmente escluso da siffatto orientamento che, nell'ipotesi di rigetto - esplicito o implicito - dell'istanza di accertamento di conformità, l'Amministrazione debba riadottare una nuova ordinanza di demolizione, dal momento che sostenere il contrario equivarrebbe al riconoscimento, in capo al soggetto privato destinatario di un provvedimento sanzionatorio, del potere di paralizzare, attraverso un sostanziale annullamento, quel medesimo provvedimento (Cons. Stato, Sez. IV, 26/6/2019, n. 4377). Al riguardo viene, infatti, precisato che *«Sostenere che la sola presentazione della domanda di accertamento di conformità determina il superamento del provvedimento sanzionatorio innescherebbe un procedimento ricorsivo senza fine perché il soggetto sanzionato potrebbe rinnovare (senza limitazioni di alcun genere) la domanda a seguito della riadozione di quel provvedimento. E ciò in contrasto con i principi dell'ordinamento che impongono l'accertamento delle situazioni giuridiche in via definitiva»* (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 16/2/2021, n. 1432, Cons. Stato, sez. VI, 8/1/2021, n. 308).

3.5. Ad avviso del Collegio non sussistono giustificati motivi per discostarsi dagli orientamenti sopra riportati. Quindi, nel caso concreto, contrariamente a quanto riconosciuto dal Giudice di prime cure, il Collegio ritiene che l'istanza di accertamento di conformità, proposta dagli appellati il 15.10.2013, non ha reso inefficace l'ordine di demolizione del 12.09.2013, ma solamente paralizzato temporaneamente l'efficacia dello stesso; l'ordine di demolizione del 12.09.2013 ha riacquisito la propria efficacia in seguito al rigetto dell'istanza di accertamento di conformità, avvenuta nel caso concreto con atto n. 12/14, prot. 34499 del 19.05.2014.

3.6. Quindi, in seguito al rigetto dell'istanza di accertamento di conformità, non era necessario *“attuare la rinnovazione del provvedimento demolitorio”*, come erratamente statuito nella sentenza di primo grado, in quanto l'ordine di demolizione del 12.09.2013 ha riacquisito la propria efficacia in seguito al rigetto dell'istanza di accertamento di conformità.

3.7. Pertanto, la sentenza impugnata è errata, laddove, in accoglimento del ricorso di primo grado ritiene che, *“preliminarmente all'accertamento di inottemperanza dell'ordinanza di demolizione n. 63168 del 12.9.2013, l'amministrazione comunale intimata ha omesso di attuare la rinnovazione del provvedimento demolitorio, la quale si sarebbe resa necessaria a seguito della presentazione da parte dei ricorrenti della richiesta di accertamento di conformità con riferimento alle opere de quibus e della definizione negativa del relativo procedimento”* e annulla la determina del Comune di Battipaglia n.1154 del 26.10.2015, avente ad oggetto l'accertamento prot.n. 59696 del 15.9.2015 di inottemperanza alla ingiunzione a demolire del 12.09.2013.

3.8. Ne consegue che l'appello del Comune di Battipaglia va accolto.

4. L'accoglimento dell'appello comporta la necessità di esaminare l'appello incidentale come proposto dagli appellati essendo tale appello incidentale un appello incidentale condizionato all'accoglimento dell'appello principale.

5. Si prosegue, pertanto, con l'esame dei motivi del ricorso di primo grado, riproposti dagli appellati in questa sede.

5.1. con il ricorso di primo grado sono state proposte le seguenti doglianze:

i) violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del DPR n. 380/2001 per sopravvenuta inefficacia della ordinanza di demolizione del 12.09.2013 per effetto della presentazione della domanda di sanatoria del 15.10.2013;

- ii) violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del DPR n. 380/2001 perché il Comune con ordinanza del 12.09.2013 non ha ingiunto la demolizione anche del muro di recinzione dell'area di proprietà per cui è causa;
- iii) in via subordinata: difetto di istruttoria nonché travisamento dei fatti – violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della legge 241/1990 ed art. 31 del DPR 380/2001 sia perché il Comune non ha esaminato la comunicazione inizio lavori del 07.04.2014 e fine lavori del 16.10.2014 sia per erronea ricostruzione dello stato dei luoghi sia perché le fotografie allegate al verbale di accertamento non ritraggono il terreno per cui è causa sia perché il Comune ha erroneamente considerato il muro di recinzione lungo il confine quale muratura perimetrale dei corpi di fabbrica;
- iv) in via subordinata: violazione degli artt. 1 e 3 legge n. 241/1990 per violazione del principio di buon senso, ragionevolezza e di proporzionalità dell'azione amministrativa nonché per la sussistenza di leciti dubbi;
- v) in via subordinata: illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 3 del DPR n. 380/2001, nella parte in cui viene previsto che sarebbe comunque acquisita di diritto gratuitamente al patrimonio del Comune l'area anche in caso di mancata demolizione soltanto dei muri di recinzione per violazione degli artt. 3 e 42 Cost, ossia del principio di ragionevolezza e di proporzionalità o comunque in caso di lecito dubbio in ordine alla corretta esecuzione della ordinanza di demolizione da eseguire.
- vi) in via subordinata: illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4bis del DPR n. 380/2001, nella parte in cui viene previsto che è sempre irrogata nella misura massima la sanzione anche nel caso in cui venga pressoché integralmente meno l'abuso edilizio realizzato sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'art. 27 del DPR n. 380/2001 per violazione del principio di ragionevolezza e di proporzionalità di cui all'art. 3 Cost.

5.2. Il primo motivo del ricorso di primo grado, con il quale veniva dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del DPR n. 380/2001 per sopravvenuta inefficacia della ordinanza di demolizione del 12.09.2013 per effetto della presentazione della domanda di sanatoria del 15.10.2013, è infondato per i motivi indicati dal Collegio al precedente punto 3 in merito all'accoglimento dell'appello.

5.3. Il secondo, terzo e quarto motivo del ricorso di primo grado, con i quali i ricorrenti di primo grado si dolevano della circostanza che il Comune avrebbe illegittimamente insistito nella demolizione di parte della recinzione, avendo erroneamente considerato il muro di recinzione lungo il confine quale muratura perimetrale dei corpi di fabbrica, sono infondati.

5.4. Dagli atti e dai documenti versati dalle parti emerge che, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti in primo grado, la parte non abbattuta non è il muro di recinzione lungo il confine; infatti, dall'annotazione di servizio redatta dal sost. Comandante della polizia locale, in seguito a sopralluogo del 19.08.2015 (e quindi successivamente alla comunicazione dei ricorrenti del 16.10.2014 di completamento dei lavori di demolizione delle opere abusive), effettuato da quest'ultimo assieme al tecnico comunale ing. Busillo emerge che *"Nel corso del sopralluogo è emerso che era stato ottemperato solo in parte alla suddetta ingiunzione in quanto, sebbene i corpi di fabbrica centrali erano stati demoliti, il lotto si presentava recintato, in parte ancora pavimentato con betonelle. Internamente al perimetro della recinzione vi erano, oltre permanenza di manufatti in calcestruzzo, un impianto doccia, due lavatoi ed un lavabo con un grosso serbatoio idrico. Sul lato mare vi era, oltre alla recinzione in cls, delle rimanenti mura perimetrali del preesistente fabbricato e un manufatto in lamiera gregata con sovrastante scheletro di tettoia in profilati di ferro, come si evince dal rilievo fotografico allegato"*

5.5. Dal contenuto della relazione emerge chiaramente che i residui di opere ancora riscontrate dagli organi della polizia locale e dell'ufficio tecnico, sono tutt'altro che una recinzione posta sul confine, per cui il Collegio ritiene che il Comune di Battipaglia, sulla base delle risultanze del sopralluogo del 19.08.2015, delle cui serietà e genuinità il Collegio non dubita, abbia fondatamente e correttamente accertato l'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, con conseguente infondatezza delle doglianze fatte valere anche con riferimento all'asserita violazione del principio di buon senso, ragionevolezza e di proporzionalità dell'azione amministrativa.

5.6. Per i suesposti motivi, con i quali si esclude che il Comune ha illegittimamente insistito nella demolizione di parte della recinzione, avendo erroneamente considerato il muro di recinzione lungo il confine quale muratura perimetrale dei corpi di fabbrica, il Collegio ritiene anche infondato (anche per difetto di rilevanza della questione di costituzionalità proposta) il quinto motivo del ricorso di primo grado, con il quale i ricorrenti di primo grado sostenevano l'illegittimità costituzionale - per asserita violazione degli artt. 3 e 42 Cost, ossia del principio di ragionevolezza e di proporzionalità o comunque in caso di lecito dubbio in ordine alla corretta esecuzione della ordinanza di demolizione da eseguire - dell'art. 31, comma 3 del DPR n. 380/2001, nella parte in cui viene previsto che sarebbe comunque acquisita di diritto gratuitamente al patrimonio del Comune l'area anche in caso di mancata demolizione soltanto dei muri di recinzione.

5.7. Infine, per quanto riguarda il sesto motivo del ricorso di primo grado (illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4bis del DPR n. 380/2001, nella parte in cui viene previsto che è sempre irrogata nella misura massima la sanzione anche nel caso in cui venga pressoché integralmente meno l'abuso edilizio realizzato sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'art. 27 del DPR n. 380/2001 per violazione del

principio di ragionevolezza e di proporzionalità di cui all'art. 3 Cost.), lo stesso viene respinto per infondatezza.

5.8. Premesso che nel caso concreto si trattava di costruzione di opere abusive in area sottoposta ai seguenti vincoli: idrogeologico di cui al regio decreto 30.12.1923, n. 3267; vincolo paesaggistico giusto D.M. 22.07.1968; vincolo ambientale di cui all'art. 142 del D.Lgs 22.1.2004, n. 42 (come emerge dai documenti: allegato 1: accertamento di inottemperanza, determina n. 1154 del 26.10.2015; allegato 5: rigetto del 19.5.2014 dell'istanza di accertamento conformità, fasc. di parte del Comune di Battipaglia), si osserva che nel caso di abusi realizzati sulle aree di cui all'art. 27, comma 2 del D.P.R. n. 380 del 2001, la sanzione pecuniaria è sempre inflitta nella misura massima, senza alcun margine di discrezionalità circa la sua graduazione. Considerato il corretto ambito di applicazione delle disposizioni normative sopra riportate, il Collegio non ravvisa sussistente la denunciata violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità della entità della sanzione di Euro 20.000,00 in relazione ad abusi edilizi non macroscopici, oppure, come nel caso concreto, in relazione alla non completa osservazione dell'ordine di demolizione, se realizzati sulle aree di cui al comma 2 dell'articolo 27, come nel caso de quo. Infatti, ciò che viene sanzionato dall'art. 31, comma 4-bis del D.P.R. n. 380 del 2001 nella misura massima di Euro 20.000,00, non è la realizzazione dell'abuso edilizio in sé considerato, bensì (unicamente) la mancata spontanea ottemperanza all'ordine di demolizione legittimamente impartito dalla P.A. per opere abusivamente realizzate in zona vincolata, che costituisce condotta (omissiva) identica, sia nel caso di abusi edilizi macroscopici, sia nell'ipotesi di permanenza di più modesti abusi edilizi, sia nella non completa ottemperanza: l'inottemperanza all'ingiunzione di ripristino inerente agli abusi in

quelle particolari “aree” specificamente indicate nell’art. 27, comma 2 dello stesso D.P.R. n. 380 del 2001 è il disvalore (ex se rilevante) “colpito”.

5.9. L’infondatezza della doglianza si ricava anche dalla circostanza che il comma 4quater dell’art. 31 del DPR n. 380/2001 prevede non solo la possibilità di aumentare la sanzione, bensì di reiterare l’irrogazione della medesima in ipotesi di permanenza dell’inottemperanza.

5.10. Conclusivamente, per le suesposte ragioni, va respinto il ricorso di primo grado.

6. Considerata la peculiarità della vicenda trattata e atteso che il Comune di Battipaglia con memoria del. 26.3.2022 deduceva che nelle more del procedimento sarebbe avvenuta la rimozione di tutte le opere abusive, in ossequio all’ordine di demolizione e che tale circostanza avrebbe reso l’appello improcedibile per cessata materia del contendere, chiedendo che venisse dichiarata la sopravvenuta cessazione della materia del contendere, con compensazione delle spese di lite, sussistono motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (RG 2495/2016) lo dichiara improcedibile nei termini e con gli effetti di cui in motivazione.

Spese di entrambi i gradi compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

Ulrike Lobis, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Ulrike Lobis**

**IL PRESIDENTE**

**Giancarlo Montedoro**

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI