



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 716 del 2018, proposto dai signori -OMISSIS-, rappresentati e difesi dall'avvocato Fabio Lo Presti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Biancavilla, non costituito in giudizio;

*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. 1118/2018, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2022 il Cons. Antonino Calca;

Nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti -OMISSIS-, coniugi e comproprietari di un fabbricato risalente agli inizi del 1900, sito nel Comune di Biancavilla, con concessione n. 6696/2012 venivano autorizzati ad eseguire lavori di demolizione e di fedele ricostruzione di un edificio, composto dal solo piano terra da adibire a civile abitazione con tetto di copertura a falde inclinate.

Più dettagliatamente, il preesistente fabbricato risultava composto dal solo piano terra, con una superficie di mq. 104,00 ed un volume di circa 330 mc., posto ad una quota di meno 1,00 dal piano stradale (quasi seminterrato).

1.1. Con ordinanza n. 97, del 29 novembre 2012, veniva ordinato ai ricorrenti la demolizione delle opere ritenute difformi dalla concessione rilasciata.

La motivazione dell'ordinanza di demolizione consiste nel rilievo che le opere realizzate danno vita ad un'opera edilizia differente da quella preesistente e quindi quanto realizzato non poteva ritenersi conforma al titolo edilizio rilasciato in precedenza che aveva autorizzato i richiedenti a ricostruire solo quanto già preesistente.

Le opere realizzate avrebbero dato luogo ad una <<variazione alla sagoma dell'edificio, definita dalla sua conformazione planovolumetrica e del suo perimetro, inteso in senso verticale orizzontale, consistente in un fabbricato composto al piano sottrada da solettone di base circa 100 mq en. 6 pilastri in c.a. con muri perimetrali portanti in c.a. sui lati nord ed ovest, avente un'altezza di circa mt 3,00 al quale si

accede tramite una scivola posta sul lato ovest, solaio di copertura circa 120 mq in c.a. e sovrastanti. 7 pilastri già gettati ed ancora informati e n. 3 al solo stato di informato senza gettito di calcestruzzo, il tutto ancora allo stato rustico e senza tamponamenti...>>.

Il provvedimento veniva impugnato con il ricorso introduttivo del presente giudizio.

A sostegno della richiesta di annullamento venivano dedotti;

1) violazione dell'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241 (mancata comunicazione di avvio del procedimento);

2) violazione degli artt. 31 e 34 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 - Eccesso di potere per illogicità manifesta (l'amministrazione avrebbe agito presumendo la realizzazione di una costruzione del tutto nuova e diversa da quella assentita, mentre ancora nessuna costruzione era stata realizzata compiutamente;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del d.P.R. n. 380/2001 — violazione e falsa applicazione dell'art. 1 delle norme di attuazione del PRG del Comune di Biancavilla — eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione: il Comune avrebbe errato nel ritenere gli interventi edilizi realizzati come difformi dalla concessione assentita; gli stessi non avrebbero mai comportato né la creazione di un edificio difforme per sagoma e volume, né la creazione di un edificio differente da quello in precedenza esistente.

La demolizione delle opere ritenute abusive non veniva eseguita.

1.2. Una volta accertata l'inottemperanza alla sopraindicata ordinanza di demolizione, il Comune appellato, disponeva, con provvedimento n. 5077 del 3 marzo 2014, l'acquisizione al patrimonio del Comune dell'immobile di proprietà dei ricorrenti.

Anche tale provvedimento veniva impugnato con i motivi aggiunti.

2. Il TAR adito, con la sentenza gravata, ha rigettato il ricorso principale con cui si chiedeva l'annullamento dell'ordinanza di demolizione, n. 97/2012, mentre ha accolto il ricorso per motivi aggiunti del 2013, con conseguente annullamento del provvedimento n. 5077 del 3 marzo 2014, di acquisizione al patrimonio del Comune dell'immobile di proprietà dei ricorrenti, sul presupposto che non era stata indicata esattamente la superficie oggetto di acquisizione.

3. Ha proposto appello la parte soccombente in primo grado.

Con l'atto di gravame si puntualizza che si propone appello solo contro la decisione del giudice di prime cure di respingere il ricorso introduttivo con cui si chiedeva l'annullamento dell'ordinanza di demolizione n. 97 del 29 novembre 2012 del il Responsabile della VI Area P.O. del Comune di Biancavilla.

A sostegno dell'appello viene dedotta la violazione dell'art. 7 l. n. 241/1990, che imporrebbe, anche in materia di repressione di abusi edilizi, alla P.A. l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento amministrativo ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti.

Si deduce, nel merito che il giudice di prime cure avrebbe errato nel riconoscere la legittimità del provvedimento demolitorio impugnato in quanto lo stesso era basato unicamente sull'assunto che dalla realizzazione di una semplice fondazione avrebbe dovuto desumersi la costruzione di una struttura che, una volta ultimata, avrebbe comportato una variazione della sagoma dell'edificio esistente in termini di aumento di altezza e volume.

Il primo giudice avrebbe dovuto considerare, invece, che le fondazioni erano state poste ad una quota di meno mt. 2,5 rispetto al livello stradale al fine di preservare l'edificio dalla presenza di alcune falde acquifere riscontrate durante gli scavi e la quota differente.

A detta di parte appellante, una volta sgombrate le attrezzature usate per il contenimento del solaio e dei muri (casseformi), la superficie sarebbe stata riempita mediante un vespaio ventilato.

3. Anche nel presente grado di giudizio il Comune intimato non si è costituito.

3.1. In data 11 marzo 2021 la difesa di parte appellante comunicava il decesso del proprio assistito e chiedeva l'interruzione del processo.

Al Collegio, pertanto, non restava che dare atto, con ordinanza collegiale del 19 maggio 2021, dell'interruzione del processo, ai sensi degli artt. 79, comma 2, c. p. a. e 300 c.p.c.

3.2. In data 11 giugno 2021 gli eredi del defunto -OMISSIS- chiedevano la prosecuzione del giudizio in oggetto, ai sensi dell'art. 80 comma 2 c.p.a. e la conseguente fissazione dell'udienza di discussione.

4. Chiamata la causa alla pubblica udienza del 13 ottobre 2021, il Collegio in esito alla camera di consiglio non la riteneva pronta per la decisione.

4.1. Considerato, infatti, che i ricorrenti ribadivano nell'atto di gravame che al momento dell'emanazione dell'ordinanza impugnata nessuna "nuova costruzione" sarebbe stata realizzata, ma soltanto le fondazioni (a causa della presenza di falde acquifere, poste ad una quota di meno di mt. 2,5 rispetto al livello stradale) e che, una volta sgombrate dalle attrezzature usate per il contenimento del solaio e dei muri, sarebbero state riempite mediante un vespaio ventilato, questo Consiglio, con ordinanza collegiale istruttoria n. 2021/875 ha ritenuto necessario, acquisire ulteriori documentati chiarimenti:

- *sull'esito del sequestro dell'edificio in oggetto, avvenuto in data 7/dicembre/2012, ad opera dei vigili urbani del Comune appellato;*

- *sugli eventuali atti adottati dal Comune nelle more del processo in corso;*

*- sulla possibilità che il piano sottoscala, ove configurato come vespaio, possa essere oggetto di sanatoria;*

*- sulla eventuale istanza di sanatoria presentata dagli odierni appellanti.*

4.2. In assenza di risposta da parte del Comune onerato il Consiglio era obbligato a reiterare la richiesta istruttoria con ordinanza del 12 aprile 2022 n. 459.

4.3. In data 24 maggio 2022 il Comune ha adempiuto all'incombente istruttorio disposto da questo Consiglio.

5. In data 13 luglio 2022 parte appellante ha depositato memoria per insistere nei propri assunti difensivi e sottoporre a critica i documenti che il Comune intimato ha allegato in adempimento della citata ordinanza istruttoria.

6. In data 21 settembre 2022 la causa è stata assunta in decisione.

L'appello è infondato e va respinto.

7. Non è fondato il primo motivo di doglianza (pag. 3 dell'atto di appello) che ripropone la violazione delle norme che disciplinano la partecipazione procedimentale.

Il provvedimento del Comune che ordina la demolizione dell'opera abusiva non patisce vizio invalidante dall'essere stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento.

L'assunto appena citato è frutto di una giurisprudenza che mantiene inalterata rilevanza anche dopo l'emanazione del d.l. n. 76/2000, conv. in l. n. n. 120/2000 e d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021.

L'intervento del legislatore ha interessato, infatti, il solo art. 10-bis della l. n. 241/1990 con la conseguenza che la regola della annullabilità degli atti è limitata alla sola ipotesi in cui il vizio procedimentale consista nella violazione dell'art. 10-bis citato relativamente ai procedimenti iniziati su istanza di parte.

Rimane sostanzialmente inalterata, sul punto, la disciplina dei procedimenti avviati per iniziativa della p.a. e gli effetti che derivano sulla validità del provvedimento assunto in assenza della preventiva comunicazione di cui all'art. 7 della stessa legge. Deve, pertanto, ribadirsi che l'ordine di demolizione di un'opera abusiva è atto vincolato poiché non richiede: 1) una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico; 2) una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, 3) una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione.

*“La selezione e ponderazione dei sottesi interessi risulta compiuta – per così dire – ‘a monte’ dallo stesso legislatore (il quale ha sancito in via indefettibile l’onere di demolizione al comma 2 dell’articolo 31 del d.P.R. 380 del 2001), in tal modo esentando l’amministrazione dall’onere di svolgere – in modo esplicito o implicito – una siffatta ponderazione di interessi in sede di adozione dei propri provvedimenti” (Cons. St., ad. plen. 17 ottobre 2017 n. 9).*

*Dalle caratteristiche intrinseche dell’ordine di demolizione deriva l’irrilevanza invalidante dell’omessa comunicazione ora dedotta da parte appellante con il primo profilo di doglianza.*

*“Con un primo motivo, l’appellante si duole dell’avvenuto rigetto, da parte del T.A.R., della censura basata sull’omissione della comunicazione dell’avvio del procedimento sanzionatorio, motivato sul rilievo della natura vincolata del provvedimento e sulla conseguente applicabilità dell’art. 21 octies della legge n. 241/90.*

*Il motivo è infondato, essendo ormai pacifico che, per la sua natura di atto vincolato, ancorato esclusivamente alla sussistenza di opere abusive che ne rendono doverosa l’adozione, l’ordine di demolizione non richiede la preventiva comunicazione di avvio del procedimento” (Cons. St., sez. II, 9 gennaio 2020 n. 212).*

Ancora più recentemente è stato ribadito che *“venendo poi alla censura incentrata sulla violazione delle regole in tema di contraddittorio procedimentale, è sufficiente considerare che, essendo*

*«palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», l'atto non è comunque annullabile ai sensi dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990» (Cons. St., sez. VI, 26 settembre 2022, n. 8238).*

8. Alla luce di quanto si desume dalle risultanze dell'adempimento all'ordinanza collegiale istruttoria è infondato il secondo profilo di doglianza.

Le opere già realizzate, oggetto dell'ordinanza demolitoria, sono *ictu oculi* diverse dal fabbricato preesistente la cui sola perfetta ricostruzione era stata autorizzata.

L'ordinanza di demolizione n.97 del 29 novembre 2012 contiene una esaustiva motivazione.

L'ordine di ripristino dello stato dei luoghi viene adottato poiché risultava già realizzato, “in difformità alla concessione edilizia P.E. n. 09/2012, prot. n. 6696/2012 del 24 maggio 2012, per variazione alla sagoma dell'edificio, definita dalla sua conformazione plano-volumetrica e dal suo perimetro, inteso in senso verticale e orizzontale, un fabbricato composto al piano sottostrada da solettone di base di circa 100 mq. e n.6 pilastri in c.a., con muri perimetrali portanti in c.a. sui lati nord ed ovest, avente un'altezza di circa mt.3,00, al quale si accede tramite una scivola posta sul lato ovest, solaio di copertura circa 120 mq. in c.a. e sovrastanti n.7 pilastri già gettati ed ancora informati e n.3 al solo stato di informato senza gettito di calcestruzzo, il tutto ancora allo stato rustico e senza tamponamenti”.

L'area ove insiste l'opera realizzata era qualificata dallo strumento urbanistico vigente nel comune di Biancavilla come zona omogenea "Piani di recupero".

La concessione edilizia veniva rilasciata in forza delle norme di attuazioni vigenti che escludevano la realizzazione di nuova costruzione e prevedevano la demolizione e fedele ricostruzione dell'esistente.



Nella relazione depositata dal Comune in primo grado, a firma dell'ingegnere - OMISSIS-, si pone in evidenza che è stata realizzata una struttura che non rispetta la ricostruzione fedele dell'esistente ma bensì realizza una struttura che ha generato una variazione della sagoma dell'edificio esistente in termini di aumento di altezza, attraverso la realizzazione di un volume piano sottostrada avente altezza di circa mt.3,00 con accesso a mezzo scivolo e la predisposizione sul piano sottostrada di una pilastratura per la definizione del primo piano che connotano una nuova costruzione.

Nella relazione si precisa che: “Non trattasi di fondazione, ma bensì di un vano ben definito di consistenza di mc 300 circa e servito da uno scivolo che..... ha definito una difformità alla concessione edilizia generata dalla variazione della sagoma in termini di aumenti di altezza e dall'aumento di volume (piano sottostrada avente altezza di circa mt.3,00, con accesso a mezzo scivola), rispetto al progetto concesso non consentita dalle norme di attuazione nei piani di recupero”.

Nella stessa relazione tecnica si legge che “nessuna comunicazione veniva anticipata al comune per la presenza di falde acquifere durante la esecuzione dei lavori, al fine di evidenziare preventivamente le soluzioni in merito da adottare”. La relazione puntualizza, altresì, che quanto realizzato “non è ricollegabile a nessuna tipologia di fondazioni che la letteratura tecnica riporta in caso di presenza di acqua”.

Le foto rinvenibili in atti, confermano i rilievi formulati dal Comune intimato.

Con l'ordinanza collegiale istruttoria di questo Consiglio, già citata, il compendio probatorio si è ulteriormente arricchito.

Si legge nella relazione tecnica prodotta dal Comune in data 24 maggio 2022 (a firma dell'ing. -OMISSIS-):

“Per il procedimento in questione, da parte dei sig. -OMISSIS- titolari della concessione edilizia di cui alla P.E. n.9/2012, è stato presentato solamente il "Permesso di Costruire" prot.n. 15931 del 22.06.2018, avente oggetto: <<Variante in Corso d'opera relativa alla demolizione e ricostruzione degli stessi volumi di un edificio esistente da adibire a civile abitazione>>. Le opere previste nella suddetta variante sono in totale difformità e con variazione essenziale, alla concessione edilizia rilasciata, perché riguardano volumi che definiscono un locale posto a piano seminter-rato di altezza di mt 3,00 e di superficie di circa 100 mq, giammai configurabile come vespaio. Quindi, le opere realizzate con la detta variante, fra l'altro, presentate con Titolo, abilitativo non idoneo per la tipologia dei lavori effettuati, non possono essere oggetto di sanatoria perché riguardanti volumi, come detto, in totale difformità e con variazione essenziale alla concessione rilasciata”.

Contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti le opere già realizzate costituiscono un organismo edilizio diverso da quello previsto nel permesso di costruire ove si autorizzava la realizzazione di un manufatto edilizio che riproducesse in ogni sua parte l'edificio preesistente.

In conclusione le doglianze illustrate a sostegno dell'appello sono infondate e lo stesso deve essere respinto.

9. Non si delibera sulle spese del secondo di giudizio in assenza di costituzione del Comune appellato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla sulle spese.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere, Estensore

Marco Mazzamuto, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Antonino Caleca**

**IL PRESIDENTE**  
**Rosanna De Nictolis**

IL SEGRETARIO