



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 9605 del 2020, proposto da Pasquale Iaiunese e Luigi Iaiunese, rappresentati e difesi dall'avvocato Fabrizio Perla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina, n. 121;

contro

Comune di Casal di Principe, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Ottava) n. 1520/2020, 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 31 maggio 2023 il Cons. Giovanni Pascuzzi. Nessuno è comparso per le parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso del 2014 i signori Pasquale Iaiunese e Luigi Iaiunese hanno chiesto al Tar per la Campania l'annullamento:

- dell'ordinanza n. 66 del 28 ottobre 2013, prot. n. 11229, con la quale il Responsabile dell'UTC del Comune di Casal di Principe ha ingiunto la demolizione di opere ritenute abusive;
- del verbale n. 10 del 17 maggio 2013, redatto dal Comando di Polizia Municipale di Casal di Principe.

2. Con ricorso per i motivi aggiunti i signori Iaiunese hanno chiesto l'annullamento:

- del verbale prot. n. 3274/PM del 30 gennaio 2014, col quale il Comando della Polizia municipale ha accertato l'inadempimento all'ordinanza di demolizione n. 66/2013.

3. Così possono essere sintetizzate le premesse in fatto:

- gli appellanti sono proprietari di un lotto di terreno sito in Casal di Principe alla Via Vecchio di Vico XII Trav. s.n.c., ex località "Marottola" s.n.c., distinto in catasto terreni al foglio 15, p.lla 5426, sul quale venivano realizzate talune opere edili, in assenza di titolo abilitativo;
- in data 5 settembre 2013 gli odierni appellanti presentavano un'istanza di permesso di costruire c.d. in sanatoria ex art.36 del d.p.r. 380/2001 (prot.n. 9198);
- con ordinanza n. 66 del 28 ottobre 2013, prot. n. 11229, l'Amministrazione resistente ingiungeva la demolizione delle opere realizzate in assenza del permesso di costruire, consistenti in *«fabbricato per civile abitazione, completo di tutte le opere, formato da un piano terra adibito a porticato, un primo piano composto da un salone, cucina, bagno e ripostiglio; un piano mansarda con copertura in legno e tegole a falde inclinate, composte da due bagni, una camera e due camerette; ogni piano è di circa 120 mq; scala d'accesso ai detti piani»*.

4. A sostegno dell'impugnativa veniva formulato il seguente articolato motivo di ricorso:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della l. n. 241/1990 e dell'art. 36 d.p.r. 380/2001. Violazione del giusto procedimento. Difetto assoluto di motivazione. Carenza d'istruttoria. Mancanza assoluta dei presupposti. Eccesso di potere per violazione dell'art. 36 del d.p.r. 380/01. Manifesta illogicità ed irrazionalità.

Si sosteneva che:

- l'Amministrazione comunale non aveva inviato la comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio, particolarmente importante nel caso specifico posto che i ricorrenti avevano presentato istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. 380/2001, acquisito al prot. n. 9198 del 5 settembre 2013 dell'ente comunale, con l'effetto di precludere l'adozione di provvedimenti repressivi;
- l'ordinanza impugnata non è adeguatamente motivata.

5. Col ricorso per motivi aggiunti, i ricorrenti rilevavano, per illegittimità derivata, gli stessi motivi già dedotti col ricorso introduttivo.

6. Nel giudizio di primo grado si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

7. Con sentenza n. 1520 del 28 aprile 2020 il Tar per la Campania ha rigettato il ricorso.

7.1 Il primo giudice ha ritenuto che:

- l'ordinanza di demolizione non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento;
- l'asserita violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento in ogni caso non ha effetti invalidanti, specie quando emerga che il contenuto del provvedimento finale non potrebbe essere diverso da quello in concreto adottato;

- l'ordinanza di demolizione non presuppone una specifica motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che impongono la rimozione dell'abuso;
- nel caso specifico, l'ordinanza era adeguatamente motivata, avendo l'Amministrazione individuato esattamente le opere abusive contestate;
- in materia di abusi edilizi, l'autorità comunale non è tenuta a verificare la legittimità o la sanabilità delle stesse essendo sufficiente, nella fase immediata di contrasto dell'abuso, rilevare l'assenza di titolo edilizio a supporto delle opere realizzate;
- non rilevava la presentazione dell'istanza prot. n. 9198/2013 ai fini dell'accertamento di conformità degli abusi compiuti, ai sensi dell'art. 36 d.p.r. 380/2001, perché il decorso del termine di sessanta giorni dalla sua presentazione, senza che l'Amministrazione si fosse pronunciata espressamente, assumeva il significato di rigetto (silenzio-diniego) che avrebbe dovuto essere impugnato;
- in assenza di provvedimento favorevole all'istanza e formatosi il diniego per effetto del decorso del termine, si confermava il carattere abusivo dell'opera come rilevato con l'ordinanza di demolizione impugnata;
- l'infondatezza del ricorso introduttivo comportava, per logica conseguenza, l'infondatezza anche del ricorso per motivi aggiunti.

8. Avverso detta sentenza hanno proposto appello i signori Iaiunese per i motivi che saranno più avanti esaminati.

9. Il Comune non si è costituito in giudizio.

10. All'udienza del 31 maggio 2023 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello si lamenta: *«Error in iudicando - Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della l. n.241/90 - Violazione del giusto procedimento – Difetto assoluto di motivazione – Carenza di istruttoria».*

Si censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso la violazione dell'art. 7 della legge 241/1990. Gli appellanti sostengono che una concreta interlocuzione avrebbe consentito di chiarire un elemento di fatto determinante ossia la sussistenza dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 d.pr. 380/01, prodotta prima dell'adozione del provvedimento e ancora pendente (per mancato decorso dei sessanta giorni dalla sua presentazione) al momento dell'emissione dello stesso. Tale mancanza, pertanto, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, assume un rilievo decisivo, rendendo il provvedimento impugnato in primo grado illegittimo sotto tale profilo.

Il motivo è infondato.

L'ordinanza di demolizione costituisce espressione di un potere vincolato e doveroso in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, rispetto al quale non è richiesto alcun apporto partecipativo del privato (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 11/05/2022, n. 3707: «*L'attività di repressione degli abusi edilizi, mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell' art. 7 l. n. 241/1990 , considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso*»).

In ogni caso, trattandosi di procedimento vincolato, troverebbe applicazione l'art 21-octies, comma 2, l. 241/90, posto che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato.

2. Con il secondo motivo di appello si lamenta: «*Error in iudicando - Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n.241/90 - Violazione del giusto procedimento – Difetto assoluto di motivazione – Carenza di istruttoria – Mancanza assoluta dei presupposti – Manifesta illogicità*».

Gli appellanti sostengono che l'Amministrazione non ha esposto in modo sufficientemente esaustivo le motivazioni sottese all'adozione del provvedimento,

impedendo a parte ricorrente di poter agevolmente comprendere le ragioni che ne hanno influenzato la determinazione.

2.1 Il motivo è infondato

Secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo ha natura di atto dovuto e rigorosamente vincolato, con la conseguenza che essa è già dotata di un'adeguata e sufficiente motivazione, consistente nella descrizione delle opere abusive e nella constatazione della loro abusività (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 07/06/2021, n. 4319).

Ne consegue che non è necessario che l'amministrazione individui un interesse pubblico – diverso dalle mere esigenze di ripristino della legalità violata – idonee a giustificare l'ordine di demolizione (Cons. Stato, sez. VI, 17/10/2022, n. 8808: *«L'ordine di demolizione di manufatti abusivi non richiede una specifica motivazione sulla ricorrenza del concreto interesse pubblico alla loro rimozione, essendo la relativa ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato già compiuta, a monte, dal legislatore»*).

Tali principi valgono anche nel caso in cui l'ordine di demolizione venga adottato a notevole distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, atteso che, a fronte della realizzazione di un immobile abusivo, non è configurabile alcun affidamento del privato meritevole di tutela (Cons. Stato, ad. plen., 17/10/2017, n. 9).

3. Con il terzo motivo di appello si lamenta: *«Error in iudicando - Violazione e falsa applicazione dell'art.36 del d.p.r. 380/01 - Carenza di istruttoria – Mancanza assoluta dei presupposti – Manifesta illogicità»*.

Gli appellanti sostengono che, in pendenza di una domanda di permesso in sanatoria/accertamento di conformità, è preclusa l'adozione di provvedimenti repressivi dell'abuso edilizio che vanificherebbero a priori il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria. L'ordinanza impugnata in primo grado è stata adottata in data 28.10.2013, e notificata in data 30.10.2013, dunque chiaramente prima del decorso dei sessanta giorni previsti dalla legge se si considera che la domanda di

permesso in sanatoria, ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. 380/01, è stata inoltrata dagli appellanti in data 05.09.2013.

3.1 Il motivo è inammissibile per difetto di interesse ed è, comunque, infondato.

Il primo giudice ha affermato che sull'istanza di accertamento di conformità si è formato il silenzio-rigetto. Nessuna specifica censura è stata mossa avverso detta statuizione: pertanto su di essa si è formato il giudicato.

Gli appellanti non hanno nemmeno allegato di aver proposto impugnativa avverso il silenzio-rigetto formatosi sulla ridetta istanza di accertamento di conformità (*«Incombe sulla parte che agisce in giudizio l'onere di indicare e provare specificamente i fatti posti a base delle pretese avanzate, in base al principio generale, applicabile anche al processo amministrativo, dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c.»*: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21/06/2022, n. 5090).

L'istanza di accertamento di conformità non ha prodotto alcun effetto positivo per la posizione giuridica degli appellanti. Questi ultimi, restando confermato il carattere abusivo dell'opera, non hanno interesse a sollevare le censure proposte nel terzo motivo di appello.

Nella specie, il vizio prospettato ha natura meramente formale: l'Amministrazione avrebbe dovuto attendere qualche giorno prima di emanare l'ordinanza di demolizione (ovvero, avrebbe dovuto attendere il tempo necessario per la definitiva formazione del silenzio-rigetto, formazione che, si ripete, nella specie non può essere revocata in dubbio, vuoi perché sulla relativa statuizione del primo giudice si è formato il giudicato, vuoi perché gli appellanti non hanno prodotto neanche un principio di prova idoneo ad accreditare la tesi che ci sia stata una volontà di contrastare tale formazione).

Ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241 non è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la sua natura vincolata, il suo contenuto

dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, né è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora la Pubblica Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (cosiddetta «*illegittimità non invalidante*»); in effetti la succitata disposizione considera due diverse situazioni, di cui la prima è generale e riguarda il caso in cui l'attività amministrativa è vincolata e l'Amministrazione ha violato una disposizione che contempla un requisito formale o procedimentale; la seconda ha carattere particolare e riguarda il caso in cui è violata la disposizione che contempla il requisito procedimentale della comunicazione di avvio del procedimento (Cons. Stato, sez. III, 12/05/2017, n. 2218).

Rispetto al problema qui esaminato, viene in rilievo la prima delle due situazioni previste dalla norma.

La giurisprudenza ha chiarito che i generali principi di conservazione dell'atto e di strumentalità delle forme inducono a generalizzare la portata dell'istituto dell'illegittimità non invalidante di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, anche per evitare che la prevalenza di considerazioni procedimentali porti l'Amministrazione alla scelta (antieconomica e contrastante con il principio di efficienza) di dover riavviare un procedimento i cui esiti siano *ab initio* scontati (Cons. Stato, sez. VI, 27/02/2012, n. 1081).

Nel caso di specie il Comune avrebbe dovuto comunque emanare l'ordinanza di demolizione, quale provvedimento di natura vincolata, in esito ad un procedimento sanzionatorio iniziato da tempo. Posto che la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità al massimo comporta la sospensione del procedimento sanzionatorio (ma certamente non incide sulla sua legittimità), la breve sfasatura temporale che si è verificata rispetto al momento dell'emanazione dell'impugnata ordinanza di demolizione non ne inficia la legittimità sostanziale.

4. Per le ragioni esposte l'appello deve essere rigettato.

Nulla spese data la mancata costituzione in giudizio del Comune appellato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Nulla spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO