

N. 05529/2023REG.PROV.COLL.

N. 08868/2018 REG.RIC.



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 8868 del 2018, proposto da Vincenzo Ruotolo, Maria Teresa Cirillo, rappresentati e difesi dall'avvocato Fabio Orefice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il di lui studio in Napoli, via Toledo 156;

contro

Comune di Casalnuovo di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Luisa Errichiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Vittoria De Gennaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 02484/2018, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Casalnuovo di Napoli e di Regione Campania;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2023 il Cons. Roberta Ravasio e uditi per le parti gli avvocati Maria Luisa Errichiello

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Gli appellanti sono comproprietari di un immobile sito in Casalnuovo di Napoli, alla via Orazio, n. 6, individuato catastalmente al foglio 4, p.lla n. 860, ricadente in zona "B1" destinata a edilizia residenziale, sul quale realizzavano in sopraelevazione un terzo piano in assenza di titolo abilitativo.
2. Con ordinanza di demolizione n.51 del 2.8.2007 il Comune di Casalnuovo di Napoli ordinava la demolizione del terzo piano dell'immobile in quanto realizzato in assenza del permesso di costruire.
3. Ruotolo Vincenzo e Cirillo Maria Teresa impugnavano l'ordine di demolizione innanzi al TAR Campania.
4. Si costituivano in giudizio il Comune di Casalnuovo di Napoli e la Regione Campania per resistere al ricorso.

5. Nelle more del giudizio gli appellanti presentavano istanza di sanatoria ex art 36 D.P.R. 380/01 in relazione alle opere oggetto dell'ordine di demolizione. Con provvedimento prot. n. 50462/P del 18.12.2007 il Comune negava la sanatoria delle opere *de quo*: tale provvedimento veniva impugnato con separato ricorso, respinto con sentenza del TAR per la Campania, confermata da questo Consiglio di Stato con sentenza n. 6637/2022.

6. Con sentenza n. 2484/2018 il TAR Campania – Sez. II respingeva il ricorso.

7. Ruotolo Vincenzo e Cirillo Maria Teresa ricorrevano in appello avverso la suddetta pronuncia.

8. La Ragione Campania e il Comune di Casalnuovo di Napoli si costituivano in giudizio insistendo per la reiezione dell'appello.

9. La causa è stata chiamata per la discussione in occasione dell'udienza pubblica del 20 aprile 2023, a seguito della quale è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

10. Con il primo motivo d'appello si denuncia l'omessa pronuncia e, comunque, l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver rilevato che l'ordinanza di demolizione era divenuta inefficace a seguito della presentazione di un'istanza di accertamento di conformità. Ad avviso dell'appellante, a seguito del diniego di sanatoria l'amministrazione avrebbe dovuto procedere ad una nuova valutazione della situazione mediante la riedizione del potere amministrativo, stante l'insanabile inefficacia sopravvenuta del primo provvedimento ablatorio.

10.1 Il motivo non è fondato. Al riguardo, deve trovare applicazione l'indirizzo giurisprudenziale in forza del quale “la presentazione di una istanza di sanatoria ex art. 36 D.P.R. 380/2011 non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso ma determina una mera sospensione dell'efficacia dell'ordine di

demolizione con la conseguenza che, in caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia” (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3417; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5669; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 settembre 2022, n. 8320). Infatti, per i principi di legalità e di tipicità del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti, soltanto nei casi previsti dalla legge una successiva iniziativa procedimentale del destinatario dell'atto può essere idonea a determinare ipso iure la cessazione della sua efficacia. Diversamente da quanto previsto in materia di condono, nel caso di istanza di accertamento di conformità non vi è alcuna regola che determini la cessazione dell'efficacia dell'ordine di demolizione i cui effetti sono, quindi, meramente sospesi fino alla definizione del procedimento ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 ottobre 2022, n. 9070). In applicazione del suddetto consolidato orientamento giurisprudenziale, “la presentazione di una istanza di accertamento di conformità, infatti, ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso; non vi è pertanto alcuna automatica necessità per l'amministrazione di adottare, se del caso, un nuovo provvedimento di demolizione. Essa determina soltanto un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, che opera in termini di mera sospensione dello stesso. In caso di rigetto dell'istanza, che peraltro sopravviene in caso di inerzia del Comune dopo soli 60 giorni, l'ordine di demolizione riacquista la sua piena efficacia (cfr. ancora, Consiglio di Stato, sez. VI, 28 settembre 2020, n. 5669)” (Consiglio di Stato, Sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545).

10.2. Nel caso di specie, dunque, l'ordinanza di demolizione ha riacquisito automaticamente efficacia a seguito del rigetto dell'istanza di sanatoria. Al riguardo è irrilevante che il provvedimento di diniego sia sub iudice, se non risulta che lo

stesso sia stato sospeso in sede cautelare. Nel caso di specie, peraltro, risulta che il ricorso é stato definitivamente respinto con sentenza n. 6637 del 28.7.2022.

11. Con il secondo motivo d'appello si deduce l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile de quo non avesse conseguenze sull'ordine di demolizione.

11.1 Il TAR ha affermato che la pendenza di un sequestro penale sull'immobile non costituisce un impedimento assoluto alla demolizione e pertanto non comporta la nullità del provvedimento repressivo, anche perché il privato che voglia evitare l'effetto ablatorio connesso alla scadenza del termine per ottemperare all'ordine di demolizione, deve tenere un comportamento attivo sollecitando all'autorità giudiziaria il dissequestro. Ad avviso del giudice di primo grado, l'onere di richiedere il dissequestro dell'immobile al fine di demolirlo non viola il diritto di difesa dell'imputato in sede penale, stante la possibilità di richiedere un incidente probatorio per accertare il reale stato dei luoghi, né l'ottemperanza all'ordine di demolizione costituisce un implicito riconoscimento di colpevolezza in sede penale.

11.2 L'appellante ritiene che la pendenza del sequestro costituisca causa di nullità dell'ordine di demolizione ex art 21 septies l. 241/90 per mancanza di un elemento essenziale dell'atto costituito dalla possibilità giuridica dell'oggetto del comando. L'impossibilità dell'oggetto attiene al momento genetico dell'ordine e lo vizia insanabilmente all'atto della sua adozione, a prescindere dalla successiva presentazione di un'istanza di dissequestro; la formulazione di una simile istanza inoltre sarebbe un comportamento processuale inesigibile in quanto, oltre a non essere imposto da alcuna disposizione di legge, potrebbe porsi in contrasto con le strategie difensive dell'indagato o dell'imputato nel processo penale, ledendo il suo diritto di difesa costituzionalmente garantito.

11.3 Il motivo non è fondato.

11.3.1. Sugli effetti del sequestro dell'immobile abusivo disposto dall'Autorità giudiziaria in sede penale sul procedimento amministrativo di repressione dell'abuso, si registrano in giurisprudenza tre distinti orientamenti. Secondo il primo di essi, sostenuto in passato, il sequestro sarebbe privo di rilievo sul procedimento amministrativo, perché in sintesi l'autore dell'abuso, destinatario dell'ordinanza di demolizione, avrebbe sempre la possibilità di conformarsi richiedendo il dissequestro all'Autorità giudiziaria competente (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 28 gennaio 2016 n. 283; Consiglio di Stato sez. IV 23 gennaio 2012 n. 282). Tale orientamento, sostenuto nel caso di specie dal TAR Campania, è stato sottoposto più di recente a critica (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 17 maggio 2017 n. 2337), posto che a) imporrebbe al responsabile dell'abuso un obbligo di presentare l'istanza di dissequestro che non è previsto dalla legge; b) pregiudicherebbe il suo diritto, costituzionalmente garantito, alla difesa nel procedimento penale, che potrebbe avere seguito, del tutto legittimamente, una strategia incompatibile con l'istanza stessa; ragione per cui l'ingiunzione di demolizione avente ad oggetto un bene sottoposto a sequestro penale sarebbe inefficace, e la relativa inottemperanza non potrebbe produrre gli effetti previsti dalla legge.

11.3.2. Questo Collegio condivide, invece, un diverso e più recente orientamento, che si pone quale punto di equilibrio fra l'interesse pubblico alla tutela del territorio e quello privato alla difesa penale di cui si è detto (cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 23 marzo 2022, n. 2122; Consiglio di Stato sez. VI, 8 giugno 2021, n. 4393; Consiglio di Stato sez. VI, 02 ottobre 2019, n.6592; Consiglio di Stato sez. VI, 20 luglio 2018 n. 4418). Il sequestro penale dell'immobile non influenza la legittimità dell'ordinanza di demolizione, il che appare logico se si considera che diversamente la tutela del

territorio verrebbe a dipendere da circostanze che non sono nel dominio dell'amministrazione istituzionalmente preposta, che anzi potrebbe esserne all'oscuro. Il contemperamento con le esigenze della difesa si realizza infatti in altro modo, ovvero ritenendo che il termine assegnato dall'ordinanza per la demolizione o la rimessione in pristino non decorra sin quando l'immobile rimane sotto sequestro, restando all'autonoma iniziativa della difesa ovvero della magistratura inquirente attivare gli strumenti che al dissequestro possono condurre. Deve pertanto ritenersi che in presenza di un sequestro penale di opera abusiva e nella vigenza dello stesso, il termine per l'ottemperanza all'ordine di demolizione non decorre fino a che tale misura cautelare non sia venuta meno e il bene ritornato nella disponibilità del privato, di tal che, il formale accertamento dell'inottemperanza deve fare riferimento al mancato adempimento dell'ingiunzione demolitoria decorsi novanta giorni dal dissequestro dell'immobile (Cfr. da ultimo Consiglio di Stato, Sez. VI, 12/4/2023, n. 3693).

11.3.3. Nel caso di specie il dissequestro è avvenuto in data 31.10.2013, giusta sentenza n. 2388/2013 del Tribunale di Nola; pertanto l'ordine di demolizione, comunque legittimo, deve considerarsi efficace sin da tale data.

12. Con il terzo motivo d'appello si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata per non aver riconosciuto la conformità degli abusi con gli strumenti urbanistici.

12.1 Il TAR ha osservato al riguardo che l'immobile ricade in zona B1 ove non è consentito l'aumento di superficie utile e volumetria ai sensi dell'art.22 NTA vigenti, che consentono solo interventi di ricostruzione, ristrutturazione edilizia, trasformazione interna, manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro e risanamento conservativo a parità di volume preesistente e superficie utile.

12.2 L'appellante ritiene che l'abuso rientri nella categoria della ristrutturazione edilizia, ammessa dal PRG, e che in ogni caso possa trovare applicazione il Piano Casa della Regione Campania (art. 4 della L. R. Campania n. 19/2009) che consente, "in deroga agli strumenti urbanistici vigenti per uso abitativo, l'ampliamento fino al 20 per cento della volumetria esistente".

12.3 La censura è inammissibile in quanto relativa al provvedimento di rigetto di sanatoria, la cui legittimità è già stata accertata in separato giudizio, con sentenza passata in giudicato. Il presente giudizio ha infatti ad oggetto esclusivamente l'ordinanza di demolizione, che è motivata sulla base dell'assenza di titolo edilizio, circostanza pacifica in quanto ammessa anche da parte appellante. Al riguardo si può dunque ribadire il costante orientamento della Sezione secondo il quale la realizzazione delle opere edilizie descritte nell'ordine di demolizione in assenza del prescritto titolo edilizio costituisce elemento sufficiente a giustificare l'adozione del provvedimento impugnato; tale circostanza impone al Comune di ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a prescindere dall'eventuale compatibilità delle opere gli con strumenti urbanistici, da valutare eventualmente in separata sede qualora venga presentata un'istanza di accertamento di conformità (ex multis Consiglio di Stato sez. VI, 20/07/2021, n.5457: "In presenza di abusi edilizi, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 e tanto si evince chiaramente dagli artt. 27 e 31, del medesimo d.P.R. n. 380 cit., che obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dallo stesso art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica ivi.").

13. Con il quarto motivo d'appello si deduce l'omessa pronuncia e, comunque, l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver valutato la possibilità di fiscalizzare l'abuso ai sensi dell'art 34 D.P.R. 380/01.

13.1. Parte appellante sostiene che il Comune, a fronte di un intervento la cui demolizione non poteva avvenire senza pregiudizio alla parte eseguita in conformità al titolo abilitativo (come comprovato nella perizia allegata all'istanza di sanatoria), avrebbe dovuto applicare la sanzione pecuniaria di cui all'art. 34 D.P.R. 380/01, anche in conformità ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità che devono ispirare l'azione amministrativa, in base ai quali la p.a., nell'adottare i provvedimenti lesivi, deve ricercare forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile ai privati.

13.2. Il motivo non è fondato in quanto l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 1063). La valutazione, cioè, circa la possibilità di dare corso alla applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria, costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla ingiunzione a demolire: con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive (cfr. Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2020, n. 254; Id., VI, 13 maggio 2021, n. 3783).

14. In definitiva l'appello deve essere respinto per le ragioni sopra esposte.

15. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna gli appellanti al pagamento delle spese relative al presente giudizio, che si liquidano €. 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge, a favore di ciascuna delle controparti costituite in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO