

N. 04851/2023REG.PROV.COLL.

N. 03080/2023 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 3080 del 2023, proposto da
Rossella Esposito e Vincenzo Esposito, rappresentati e difesi dall'avvocato Raffaele
Marciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Volla, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Erik Furno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania
(sezione seconda) n. 01245/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Volla;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2023 il Cons. Carmelina Addesso e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Marciano e Erik Furno;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con l'appello in epigrafe i signori Esposito Rossella ed Esposito Vincenzo hanno impugnato la sentenza del TAR Campania, sezione seconda, n. 1245 del 27 febbraio 2023 che ha respinto il ricorso avverso l'ordinanza di demolizione n. 53 del 28 novembre 2022 avente ad oggetto le opere abusive realizzate nell'immobile di proprietà dei medesimi sito nel Comune di Volla, via Lufrano n. 91.

1.1 Gli appellanti chiedono la riforma della sentenza per i seguenti motivi: *1) Violazione degli artt. 20, 22 e 32 DPR. 380/2001. Violazione e falsa applicazione di legge. Eccesso di potere. Illogicità manifesta. Ingiustizia manifesta. Violazione di legge, artt. 3, 7, 10, 21 – quinquies e 21 – nonies legge n. 241/1990. Violazione del legittimo affidamento. Omessa motivazione. Eccesso di potere. Errore sui presupposti. Difetto assoluto d'istruttoria.* Nella denegata ipotesi di sussistenza di condizioni ostative al rilascio del permesso di costruire il Comune avrebbe dovuto o negare il rilascio del titolo o, successivamente al silenzio assenso, avviare il procedimento di annullamento in autotutela. L'atto gravato, inoltre, inserisce nel computo dei volumi anche il vano scala che, ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett f) del Piano Casa della Regione Campania n. 1/2011 sulla base del quale è stato richiesto il permesso di costruire e la SCIA in variante, non andava, invece, inserito nel computo volumetrico. L'intervento poteva, peraltro, essere assentito con SCIA in variante poiché usufruiva di altra volumetria, sempre nella disponibilità dei ricorrenti, per realizzare l'ampliamento, senza alcuna

modifica di sagoma e di destinazione d'uso; ii) *Violazione dell'art. 20 DPR n. 380/2001, in relazione all'art. 21-nonies l. n. 241/1990; Eccesso di potere per difetto di motivazione, carenza assoluta dei presupposti, abnormità, straripamento, sviamento. Violazione del giusto procedimento, contraddittorietà ed assenza assoluta di istruttoria. Violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e all'art. 1 l. n. 241/1990. Ingiustizia manifesta.* Gli atti gravati sono illegittimi perché- senza procedere ad istruttoria e senza alcuna motivazione per un eventuale annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 76/2017 e della successiva SCIA in variante prot. n. 0024318 del 28 settembre 2017- hanno ingiunto la demolizione delle opere illegittime; iii) *Vizio di istruttoria, carenza motivazionale, assenza di contraddittorio.* La sentenza è erronea perché non è stato assicurato il coinvolgimento del privato in sede di accertamento dell'abuso, coinvolgimento che avrebbe potuto portare all'adozione di un provvedimento meno gravoso per i ricorrenti, come la sanzione pecuniaria di cui all'art. 37 d.p.r. 380/2001; iv) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 34 d.p.r. 380/2001.* Ove fosse stato garantito il contraddittorio, sarebbero emerse sia la conformità delle opere al permesso di costruire e alla SCIA sia l'eventuale sanabilità delle stesse e l'impossibilità di demolizione se non in danno della parte legittima, oltre all'assoluta sproporzione della sanzione demolitoria; v) *Vizio di motivazione.* La sentenza gravata si appalesa viziata per aver confermato un provvedimento di demolizione ai danni degli esponenti il cui affidamento imponeva all'amministrazione l'obbligo di motivare sull'esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto all'irrogazione della sanzione e sulle ragioni della prevalenza sulla posizione di affidamento del privato.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Volla, che con successiva memoria del 4 maggio 2023, ha controdedotto alle difese avversarie, chiedendone la reiezione.

3. All'udienza del 9 maggio 2023, previo avviso alle parti *ex art.* 60 c.p.a, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Osserva il Collegio che i motivi di appello si risolvono nella mera riproposizione delle censure di primo grado e non recano alcuna critica puntuale ai capi della sentenza impugnata. Al fine di ritenere assolto l'onere di specificità dei motivi di appello di cui all'art. 101 c.p.a. è chiaramente insufficiente la mera riproduzione a pagg. 17 e 23 del ricorso di alcuni passi della sentenza gravata, seguita dalla mera riproposizione dei motivi di primo grado, senza alcuna esposizione delle ragioni dell'affermata erroneità delle conclusioni a cui è pervenuto il TAR.

4.1 Giova ricordare che nel processo amministrativo il ricorrente ha l'onere di specificare i motivi di appello, non potendo limitarsi a un generico richiamo delle ragioni già presentate dinanzi al giudice di primo grado ed essendo tenuto a contestare in maniera puntuale e specifica ogni capo della sentenza impugnata. Il fatto che l'appello sia un mezzo di gravame ad effetto devolutivo, non esclude l'obbligo dell'appellante di indicare nell'atto le specifiche critiche rivolte alla sentenza impugnata e, inoltre, i motivi per i quali le conclusioni del primo giudice non sono condivisibili, non potendo il ricorso in appello limitarsi ad una generica riproposizione degli argomenti dedotti in primo grado (cfr., *ex multis*, Cons. Stato Sez. II 19/07/2022 n. 6285, VI, 23/03/2022, n. 2124, sez. II 17/03/2022 n. 1947; id. 7/03/2022 n. 1641).

5. In ogni caso, ritiene il Collegio di poter prescindere dal profilo di inammissibilità sopra segnalato, attesa l'infondatezza dell'appello nel merito.

5.1 Dagli atti di causa emerge che l'ordinanza di demolizione ha ad oggetto un abuso consistente in un appartamento residenziale posto al piano primo, realizzato recentemente in sopraelevazione a preesistente fabbricato costituito originariamente

da un piano rialzato. Il manufatto ha una superficie complessiva lorda di circa 151,0 mq e una volumetria complessiva di circa mc 475,0 mc e risulta completamente ultimato e completo di tutti gli impianti tecnologici (cfr. relazione tecnica Comune di Volla depositata in primo grado).

5.2 Si tratta di un intervento di natura consistente che, contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti, non risulta assentito né con permesso di costruire n. 76/2017 né con la successiva SCIA in variante del 28 settembre 2017. Con il permesso di costruire, infatti, era stato assentito un mero ampliamento con la realizzazione di un distinto mini appartamento avente una superficie lorda di mq 55,00 e una volumetria di mc 176,00 e con accesso mediante scala esterna completamente aperta, mentre la SCIA in variante consentiva un ulteriore ampliamento per una superficie complessiva fino a mq 121,00 e con volumetria complessiva di circa mc 387,00.

5.3 Come osservato dal giudice di primo grado, anche a voler prescindere da quanto rilevato dal Comune circa l'inidoneità della SCIA in variante a legittimare la costruzione di nuovi volumi (con le conseguenti ricadute in ordine all'insussistenza di un obbligo per il Comune di attivarsi nel termine previsto per l'esercizio dei poteri inibitori che gli competono), resta che la consistenza dell'immobile, verificata in occasione del sopralluogo, non è nemmeno conforme a quella risultante dal permesso di costruire originariamente rilasciato e dalla SCIA in variante. Il fabbricato, infatti, presenta un maggior volume pari a circa 88 mc interni e ulteriori 200 mc derivanti dalla chiusura della scala progettata come aperta, dimensioni del tutto incompatibili con l'invocato carattere "tecnico" del vano. Ciò a prescindere dall'ulteriore considerazione che il permesso di costruire n. 76/2017, originariamente rilasciato, poteva avere ad oggetto-come già osservato- il solo

ampliamento volumetrico della preesistente e unica unità immobiliare al piano rialzato e non la realizzazione di una nuova e distinta unità che, *a fortiori*, nemmeno poteva essere assentita con la SCIA in variante n. 295/2017.

5.4 Gli appellanti non hanno fornito elementi atti a confutare quanto chiaramente risulta dagli atti depositati nel giudizio di primo grado (segnatamente, l'ordinanza di demolizione n. 53/2022, il permesso di costruire 76/2017, la SCIA in variante n. 295/2017, il rapporto di attività edilizia della Polizia Municipale del 24 novembre 2022, la relazione tecnica UTC del 22 novembre 2022), limitandosi a sostenere, in maniera apodittica e generica, la presunta conformità dell'intervento ai titoli edilizi.

5.5 Le considerazioni appena svolte conducono alla reiezione di tutte le censure articolate dal ricorrente in primo grado e pedissequamente riproposte con il ricorso in appello, atteso che: *i*) l'amministrazione non era tenuta ad avviare alcun provvedimento di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi, venendo in rilievo il potere di repressione degli abusi edilizi e non quello di autotutela; *ii*) per giurisprudenza costante, l'attività di repressione degli abusi edilizi mediante l'ordinanza di demolizione, costituendo un'attività di natura vincolata, non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato sez. VI, 28/10/2022, n.9304). In ogni caso, risulta dagli atti che l'immobile è adibito a civile abitazione del nucleo familiare dei ricorrenti (circostanza confermata anche a pag. 31 del ricorso di appello) i quali, in occasione del sopralluogo della Polizia Municipale datato 21 novembre 2022, hanno avuto necessariamente contezza dell'avvio del procedimento di repressione dell'abuso edilizio in quel frangente accertato; *iii*) dalla natura vincolata dell'ordinanza di demolizione discende che non è necessaria la motivazione in ordine all'interesse pubblico sottostante nemmeno qualora sia adottata a distanza di tempo

dall'esecuzione degli abusi poiché adeguatamente motivata con riferimento alla compiuta descrizione delle opere abusive e alla constatazione della loro esecuzione in mancanza del necessario titolo abilitativo (Consiglio di Stato sez. VI, 13/01/2022, n.251; sez. VI, 03/01/2022, n.8, sez. VI, 04/03/2021, n.1859); *iv*) la natura vincolata del provvedimento di demolizione, in quanto sorretto da finalità meramente ripristinatoria dell'interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio pregiudicato dall'intervento abusivo, ne esclude la lamentata sproporzione. L'accertamento della natura abusiva rendeva, infatti, obbligatoria la demolizione, non potendo applicarsi l'art. 34, relativo agli interventi realizzati in parziale difformità rispetto al permesso di costruire (cfr. Consiglio di Stato sez. II, 17/02/2021, n.1452), la cui mancata applicazione, in ogni caso, non determina, e nemmeno può implicare, l'illegittimità dell'ordine demolitorio (Consiglio di Stato sez. VI, 17/10/2022, n.8808); *v*) l'asserito potenziale pregiudizio alla parte conforme non incide sulla legittimità dell'ordine di demolizione e può rilevare, semmai, solo nella fase successiva e su impulso della parte, sempre che la demolizione sia ingiunta ai sensi degli artt. 33 o 34 del D.P.R. n. 380 del 2001, recanti la previsione alternativa della sanzione pecuniaria e la cui applicazione è esclusa allorquando la demolizione è ingiunta, come nella specie, in base agli artt. 27 e 31 del citato decreto; *vi*) irrilevante, ai fini della validità dell'ordine di demolizione, è il tempo trascorso tra la realizzazione dell'opera abusiva e la conclusione dell'*iter* sanzionatorio, dal momento che l'inerzia dell'Amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che sin dall'origine non lo era, come l'edificazione in assenza di titolo, né tantomeno può radicare un affidamento di carattere legittimo in capo al proprietario dell'abuso, mai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo ad ingenerare un'aspettativa giuridicamente

qualificata (Consiglio di Stato sez. VI, 04/10/2021, n.6613) Pertanto, quando è realizzato un abuso edilizio non è radicalmente prospettabile un legittimo affidamento e il proprietario non si può di certo dolere dell'eventuale ritardo con cui l'amministrazione - a causa del mancato accertamento dell'abuso- abbia emanato il provvedimento che la legge impone di emanare immediatamente (cfr. Cons. Stato sez. VI, 04/10/2019.6720; id 21 marzo 2017, n. 1267; 6 marzo 2017, n. 1060).

6. Per le ragioni sopra indicate, l'appello è infondato e deve essere respinto.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna gli appellanti alla refusione a favore del Comune appellato delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre a spese generali e accessori di legge, se dovuti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere

Carmelina Addesso, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

L'ESTENSORE
Carmelina Addesso

IL PRESIDENTE
Gianpiero Paolo Cirillo

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI