



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 6131 del 2021, proposto da Giuliano Poziello e Pasquale Poziello, rappresentati e difesi dall'avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Giugliano in Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, 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. 6227/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Giugliano in Campania;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 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 2015 i signori Giuliano Poziello e Pasquale Poziello, hanno chiesto al Tar per la Campania l'annullamento:

- dell'ordinanza del Comune di Giugliano in Campania n.18 del 5/5/2015 recante ordine di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi per opere abusive realizzate in Giugliano in Campania, alla via Orsa Maggiore, I^ Trav.;
- di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivo degli interessi dei ricorrenti, ivi compreso il richiamato verbale di sequestro prot. 751/P.G. – AMB./P.Pm. n. 19/S/2015 del 24.03.2015 redatto dal Comando Vigili Urbani di Giugliano (NA).

2. In punto di fatto venivano esposte le seguenti circostanze:

- il sig. Giuliano Poziello è proprietario del terreno ubicato nel Comune di Giugliano in Campania alla via Orsa Maggiore I^ Trav., individuato nel locale catasto alla particella n. 2665 del foglio 77;
- con ordinanza n. 18 del 05.05.2015, successivamente notificata, il Dirigente del Settore Assetto del Territorio del Comune di Giugliano in Campania, richiamando il verbale di sequestro prot. 751/P.G. AMB./P.M. n. 191S12015 del 24.03.2015 redatto dal Comando Vigili Urbani di Giugliano (NA), dal quale si evincerebbe l'esecuzione, senza alcun titolo edilizio, delle seguenti opere: *«Trattasi di una struttura in muratura edificata sotto una tettoia in plastica preesistente, divisa in quattro appartamenti, tutti ultimati ed abitati, di circa 45 mq ciascuno, composti da salone, camera da letto, bagno e ripostiglio, ogni appartamento dispone di un balcone di circa 6 mq, antistante l'intera struttura vi è un piazzale in calcestruzzo di circa 160 mq, dal piazzale vi è l'accesso carrabile ad una*

seconda struttura in muratura anche essa edificata sotto un capannone in lamiera preesistente, di circa 110 mq con altezza di circa 3,50 ml, composta da salone, cucina, 3 camere da letto e 3 bagni, parzialmente intonacato, con n. 6 scrigni, impianto idraulico ed elettrico parziale, copertura in legno coibentata con pannelli isotec, tra le due strutture vi è una parte di terreno dove è presente un massetto in calcestruzzo di circa 2,20 ml, sul lato nord con rete metallica e sul lato sud con muro in c.a., inoltre vi è un cancello carraio», ha ordinato la demolizione delle opere in questione ed il ripristino dello stato dei luoghi.

3. A sostegno dell'impugnativa avverso l'ordinanza n. 18 del 05.05.2015 adottata dal Comune di Giugliano in Campania venivano formulati i seguenti motivi di ricorso:

I. Violazione e falsa applicazione del d.p.r. 380/2001 - Violazione art. 3 e segg. della l. 241/1990 - Eccesso di potere - Erronea valutazione dei presupposti in fatto e diritto - Carenza di istruttoria - Difetto di motivazione - Sviamento.

Si sosteneva che il provvedimento gravato è intervenuto a notevole distanza temporale dalla realizzazione delle opere in questione, in assenza di una specifica motivazione in relazione alla permanenza e prevalenza dell'interesse pubblico alla repressione dell'abuso a fronte dell'affidamento ingeneratosi in capo ai privati e del consolidamento dello stato di fatto.

II. Violazione e falsa applicazione del d.p.r. 380/2001 - Violazione art. 3 e segg. della l. 241/1990 - Eccesso di potere - Erronea valutazione dei presupposti in fatto e diritto - Carenza di istruttoria - Difetto di motivazione - Sviamento.

Si sosteneva che nell'impugnato provvedimento non risultano specificate alcune caratteristiche essenziali dei manufatti (posizionamento, altezza) e la precisa ubicazione dei medesimi.

III. Violazione e falsa applicazione artt. 31, 36 e 37 del d.p.r. 06/06/2001 n. 380 - Violazione e falsa applicazione legge 241/1990 - Eccesso di potere - Erroneità dei

presupposti in fatto e in diritto - Violazione del giusto procedimento - Difetto di istruttoria.

Si sosteneva che i signori Poziello erano in procinto di inoltrare al Comune di Giugliano in Campania istanza di accertamento di conformità ai sensi degli artt. 36 e 37 del d.p.r. 380/2001, al fine di ottenere l'autorizzazione edilizia in sanatoria delle opere in argomento. Si richiamava un orientamento giurisprudenziale che riteneva illegittima l'ordinanza di demolizione emanata in assenza della previa definizione dell'istanza di sanatoria.

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 e segg. t.u. 06.06.2001 n. 380 - Violazione e falsa applicazione art. 7 l. n. 241 del 07.08.1990 - Eccesso di potere - Violazione del giusto procedimento.

Si sosteneva che il provvedimento impugnato non era stato preceduto dalla necessaria comunicazione di avvio del procedimento, così come prescritto dall'art. 7 della l. 241/1990.

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

5. Con sentenza n. 6227 del 2020 il Tar per la Campania ha rigettato il ricorso.

5.1 Il primo giudice ha ritenuto destituite di fondamento le doglianze spiegate nell'ultimo motivo di ricorso, con cui si eccepiva l'omessa comunicazione di avvio del procedimento in ragione del carattere doveroso del provvedimento impugnato, che esclude che possano assumere rilevanza le denunciate violazioni procedurali, alla luce del chiaro disposto dell'art. 21-*octies*, secondo comma, della l. 241/1990.

5.2 Il Tar ha ritenuto infondate le doglianze inerenti l'asserita violazione dell'art. 3 della l. 241/1990, in quanto l'ordinanza impugnata non conterrebbe un'adeguata istruttoria e motivazione in ordine al carattere abusivo dell'intervento edilizio realizzato sull'immobile per cui è controversia richiamando la giurisprudenza che

afferma che il provvedimento di repressione degli abusi edilizi costituisce atto dovuto della p.a., riconducibile ad esercizio di potere vincolato, in mera dipendenza dall'accertamento dell'abuso e della riconducibilità del medesimo ad una delle fattispecie di illecito previste dalla legge.

5.3 Infine il primo giudice ha affermato che la presentazione della domanda di sanatoria era stata solo prospettata nel ricorso, e che, in ogni caso, essa non comportava la sopravvenuta inefficacia dell'ordinanza di demolizione.

6 Avverso detta sentenza hanno proposto appello i signori Poziello per i due motivi che saranno più avanti esaminati.

6.1 L'appellante ricostruisce il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado (che, come detto, proponeva quattro motivi di ricorso). Ma, nella parte in diritto, dispiega solo due motivi di appello. In sostanza non vengono mosse censure alle parti della sentenza che hanno rigettato i motivi numero 2 (carenza di istruttoria) e numero 3 (presentazione dell'istanza di sanatoria) del ricorso di primo grado. Il comportamento processuale dell'appellante deve essere interpretato come rinuncia a riproporre le doglianze sottese a detti motivi.

7. Si è costituito in giudizio il Comune di Giugliano in Campania per resistere all'appello.

8. All'udienza del 27 giugno 2023 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1.L'appello merita il rigetto.

Con il primo motivo di appello si lamenta: *Error in iudicando* - Violazione d.p.r. 380/01- Difetto motivazione.

Si sostiene che:

-il Tar ha respinto il motivo relativo al lungo lasso di tempo trascorso dall'abuso, sostenendo, in sintesi, che la natura vincolata e doverosa della misura demolitoria obbliga l'ente ad adottare la sanzione senza dover motivare sul pubblico interesse;

- la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha invece ritenuto necessaria, in fattispecie analoga, un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse;

- nel caso di specie ricorre una di quelle situazioni assolutamente eccezionali nelle quali è evidente la sproporzione tra il sacrificio imposto al privato e l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e in cui, atteso il decorso di un notevole lasso di tempo dalla commissione dell'abuso edilizio, l'Amministrazione è tenuta a specificare la sussistenza dell'interesse pubblico alla eliminazione dell'opera realizzata o addirittura ad indicare le ragioni della sua prolungata inerzia, perché si è ingenerato un affidamento in capo al privato.

1.1 Il motivo non può essere accolto.

L'ordine di demolizione è un provvedimento vincolato, che non richiede alcun bilanciamento fra l'interesse pubblico e quello privato (Cons. Stato, sez. VI, 16/09/2022, n.8044). Per giustificare l'ordine di demolizione è sufficiente la constatazione che le opere siano state eseguite in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire come avvenuto nel caso di specie.

L'ordinanza di demolizione costituisce un atto dovuto e vincolato e non necessita di alcuna motivazione aggiuntiva rispetto all'indicazione dei presupposti di fatto e all'individuazione e qualificazione degli abusi. Nel caso di specie, l'ordinanza deve ritenersi sufficientemente motivata in quanto contiene una descrizione delle opere e l'individuazione delle norme violate. Non è invece necessaria l'individuazione di un ulteriore interesse pubblico idoneo a giustificare l'applicazione della misura ripristinatoria, neanche nel caso in cui sia intercorso un considerevole lasso di tempo fra la realizzazione dell'abuso e l'ingiunzione di demolizione (cfr. Cons. Stato sez. VI, 03/01/2022, n. 8: *«È legittimo l'ordine di demolizione di un immobile abusivo, ancorché ingiunto a notevole distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, atteso che per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in*

diritto, lo stesso non richiede alcuna motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata»).

2. Con il secondo motivo di appello si lamenta: *Error in iudicando* – Violazione art. 7 l. 241/90.

Si sostiene che il Tar ha erroneamente ritenuto superflua la preventiva comunicazione di avvio del procedimento, perché, in più occasioni, il Consiglio di Stato avrebbe ribadito (seppur implicitamente) la necessità della preventiva interlocuzione tra la P.A. ed il privato anche in materia di ordinanza di demolizione.

2.1 Il motivo non può essere accolto.

In presenza di un procedimento vincolato l'assenza di comunicazione di avvio del procedimento è inidonea a provocare l'annullamento dell'atto ai sensi del primo periodo del secondo comma dell'art 21-*octies*, secondo il quale «*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*». Ciò è confermato dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale il principio di partecipazione procedimentale ex legge n. 241/1990 non va interpretato in senso formalistico, bensì avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 07/10/2022, n. 8613: nella specie la Sezione ha ritenuto infondato il motivo di appello del ricorrente, il quale aveva sostenuto l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento ex articolo 7 della legge n. 241/1990, ritenendo applicabile alla fattispecie l'articolo 21-*octies*, comma 2). Solo qualora il provvedimento abbia natura discrezionale, può trovare applicazione il secondo periodo della norma, ai sensi della quale l'Amministrazione può

comunque evitare l'annullamento se dimostra che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato. Pertanto, la natura vincolata del procedimento rende superfluo tale accertamento, essendo evidente che un provvedimento sostanzialmente legittimo e dal contenuto vincolato non potrebbe avere un contenuto diverso rispetto a quello prescritto dalla legge.

3. L'appello, in definitiva, non merita accoglimento.

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 rigetta.

Condanna parte appellante alla rifusione delle spese di lite in favore del Comune di Giugliano in Campania che liquida in € 3.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO