

N. 01705/2024REG.PROV.COLL.

N. 09662/2019 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 9662 del 2019, proposto da Domenico Cappiello e Anna Guarracino, rappresentati e difesi dall'avvocato Paola Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sorrento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Pasetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Settima) n. 01888/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sorrento;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2023 il Cons. Ulrike Lobis e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in esame i signori Domenico Cappiello e Anna Guarracino impugnano la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 28 marzo 2019, n. 1837 che ha respinto il ricorso con il quale sono stati impugnati i provvedimenti prot. 32200 rep. 2837 dell'1.8.2012 e prot. 32200 rep. 2838 dell'1.8.2012, con i quali il Comune di Sorrento ha ingiunto la demolizione delle opere abusive, descritte nei medesimi provvedimenti, eseguite sull'immobile in via del Capo n. 121, identificato al catasto al fg. 4 p.lla 1732 sub. 2 e 3.

1.1. In particolare, i coniugi Domenico Cappiello ed Anna Guarracino nel 2002 realizzavano in assenza del prescritto titolo abilitativo una sopraelevazione di mq. 90, nonché una scala di collegamento tra il piano di campagna ed il solaio di copertura, su di un immobile preesistente sito in Sorrento alla via del Capo n. 121, fg. 4 p.lla 1732, sub 2 e 3, oggetto a sua volta di domanda di condono.

1.2. In data 19 novembre 2004 gli odierni appellanti presentavano al Comune di Sorrento domande di sanatoria prot. n. 43231 e n. 43232 del 19 novembre 2004, dirette ad ottenere la sanatoria ex l. n. 326/2003 delle opere realizzate, domande respinte con i provvedimenti prot. n. 26276 e prot. n. 26259 del 19 giugno 2012, di identico contenuto, emessi dal Comune di Sorrento.

1.3. In seguito al diniego del condono venivano emessi i provvedimenti di demolizione prot. 32200 rep. 2837 dell'1.8.2012 e prot. 32200 rep. 2838 dell'1.8.2012, avverso i quali è stato presentato ricorso al TAR basato sui seguenti motivi di primo grado:

- *violazione degli artt. 7 e 8 l. n. 241/1990 e degli artt. 24 e 97 Cost*, lamentando l'omessa comunicazione di avvio del procedimento;
- *eccesso di potere, difetto di istruttoria, illogicità manifesta e violazione dell'atto di indirizzo sulle procedure urbanistiche adottato dal Comune di Sorrento con deliberazione consiliare n. 14 del 20.3.2012*, ritenendo che i vizi del provvedimento di diniego di condono abbiano inficiato anche il successivo iter procedimentale volto alla sanatoria delle opere realizzate e oggetto dei provvedimenti di demolizione;
- *violazione dell'art. 36 del T.U.E. e eccesso di potere*, per aver presentato i ricorrenti istanza di sanatoria, da cui conseguirebbe la necessità da parte del Comune di dover concludere prima il procedimento relativo alla suddetta istanza di sanatoria;
- *violazione dell'art. 33 comma 2 del d.p.r. n. 380/2001 e eccesso di potere*, per non avere il Comune verificato se le opere oggetto di ingiunzione di demolizione possono essere eliminate senza danno per le opere preesistenti, valutando, se necessario, la possibilità di applicare una sanzione pecuniaria alternativa.

Il Tar, con la sentenza n. 1888/2019 respingeva il ricorso, in quanto:

- il provvedimento di demolizione di una costruzione abusiva rappresenta un atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né, ancora, alcuna motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo ammettersi l'esistenza di alcun

affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può legittimare;

- tali considerazioni sono rafforzate dall'esito del giudizio R.G. 4334/2012, di cui alla sentenza n. 1837/2019, con cui è stato respinto il ricorso avverso il diniego delle domande di condono del 2004 presentate dai ricorrenti sulle medesime opere oggetto delle ordinanze di demolizione gravate nel presente giudizio, con conseguente definitività della natura abusiva delle opere sanzionate con l'ingiunzione di demolizione;

- al fine di disporre la demolizione è sufficiente il richiamo dell'abusività dell'opera in rapporto alla normativa urbanistica e di tutela paesaggistica, senza che occorra, per la piana applicazione della normativa (art. 27 e 31 DPR n. 380/2001) alcuna altra precisazione, neanche con riferimento ad atti di indirizzo, come quello invocato dai ricorrenti di cui alla delibera C.C. n. 14 del 20.3.2012, la cui applicazione o interpretazione, peraltro, in alcun modo può porsi in contrasto con la legge;

- non è configurabile l'obbligo di avviso di avvio del procedimento in caso di attività vincolata come quella volta alla repressione degli abusi edilizi, non essendovi spazio per utili momenti partecipativi del destinatario dell'atto;

- in relazione alla doglianza dell'omessa valutazione della concreta possibilità dell'esecuzione della demolizione, in presenza di opere realizzate in assenza del permesso di costruire, l'ordine di demolizione costituisce un atto dovuto e la possibilità di non procedere alla rimozione delle parti abusive, quando ciò sia di pregiudizio alle parti legittime, costituisce una eventualità della fase esecutiva, subordinata alla circostanza della impossibilità di ripristino dello stato dei luoghi;

- viene escluso, altresì, che la presentazione da parte dei ricorrenti dell'istanza di sanatoria ex art. 36 d.P.R. 380/2001, possa assumere portata dirimente ai fini del

favorevole apprezzamento delle pretese dei ricorrenti, in quanto la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità dopo l'adozione dell'ordinanza di demolizione non incide sull'efficacia della medesima ordinanza, producendo unicamente la sospensione temporanea dei suoi effetti, limitatamente al periodo di tempo necessario fino alla definizione, espressa o tacita, dell'istanza medesima; nel caso di specie, non si evincerebbe dagli atti che l'amministrazione si sia mai espressa sull'istanza di sanatoria presentata dai ricorrenti con la conseguenza che, essendo ormai decorso il termine di cui all'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, deve ritenersi pacificamente formato sulla stessa il silenzio – diniego.

2. Avverso la pronuncia del TAR i coniugi Domenico Cappiello e Anna Guarracino hanno interposto appello basato su due motivi:

(i) Error in iudicando. Violazione dei principi in materia di giusto procedimento amministrativo e di giusta amministrazione.

(ii) Error in iudicando - ulteriore profilo.

2.1. Il Comune di Sorrento si è costituito con atto depositato 30.12.2019, chiedendo il rigetto dell'appello.

2.2. In vista dell'udienza di discussione del merito entrambe le parti hanno depositato memorie difensive.

2.3. All'udienza del 15.6.2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. In via preliminare si respinge l'istanza delle parti appellanti di riunione del presente procedimento con il procedimento rubricato sub. RG 9657/2019, in quanto trattasi di due procedimenti che hanno ad oggetto atti diversi. Siccome sia il presente ricorso che quello rubricato sub. RG 9657/2019 vengono trattati, seppure disgiuntamente, alla medesima udienza del 15.6.2023 e dal Collegio nella identica composizione, si ritiene comunque garantita l'esigenza di una trattazione simultanea dei due processi.

3.1 Nel merito, l'appello è infondato.

Con il primo motivo di gravame (rubricato: *Error in iudicando. Violazione dei principi in materia di giusto procedimento amministrativo e di giusta amministrazione*), gli appellanti sostengono l'erroneità della sentenza (punto 7.1) laddove - ai fini del rigetto del ricorso sulla base della considerazione che l'ordine di demolizione di una costruzione abusiva rappresenta un atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico - ritiene inconferente il richiamo alla delibera del Consiglio Comunale di Sorrento n. 14 del 20.03.2012 in considerazione del carattere recessivo della delibera stessa rispetto alle disposizioni di rango primario e afferma l'inderogabilità della legge ad opera dell'atto consiliare. Tale interpretazione del TAR sarebbe errata e basata su una superficiale lettura dei motivi di ricorso, in quanto il richiamo all'atto consiliare non avrebbe avuto lo scopo di affermare che lo stesso fosse derogatorio rispetto alle disposizioni legislative, bensì di criticare il *modus procedendi* dell'Amministrazione, invocando il vizio di eccesso di potere laddove la p.a. ha adottato il provvedimento demolitorio senza tenere in alcun conto la deliberazione del Consiglio Comunale. L'errore di giudizio sarebbe confermato nelle ragioni esposte nella decisione appellata al punto 7.4, dalla lettura del quale sembrerebbe che il Giudice abbia ritenuto che, al momento della presentazione del ricorso di primo grado, i sessanta giorni previsti per dall'art. 36 T.U.E. per la formazione del silenzio- rigetto, sarebbero già trascorsi, il che non risponderebbe al vero in quanto la domanda di accertamento di conformità reca la data del 27.11.2012, mentre il ricorso al TAR è stato notificato all'Amministrazione il 13.11.2012, per cui sarebbe evidente che i termini dell'accertamento di conformità fossero ancora in corso.

La doglianza non ha pregio.

Va premesso, come emerge dalla parte in fatto, che per le opere *de quibus* - non conformi alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni urbanistiche vigenti nel territorio comunale, realizzate dopo l'imposizione del vincolo paesaggistico ambientale ex d.lgs. n. 42/2004 (vincolo apposto per la Città di Sorrento con D.M. del 26.01.1962 ex l. n.1497/1939) e oggetto della qui impugnata ordinanza di demolizione - è stata presentata dalle parti il 19.11.2004 domanda di condono ex l. n. 326/2003; tale domanda di condono è stata respinta dal Comune nel 2012 in quanto, per la dimensione e la consistenza dell'opera realizzata (consistente in una sopraelevazione di un ulteriore livello di mq. 90 ad uso abitativo in blocchi di lapillo e lamiera coibentate di coperture, il tutto completamente rifinito, nonché in una scala di collegamento tra il piano di campagna ed il solaio di copertura, su di un immobile preesistente), è stata inquadrata dal Comune di Sorrento quale nuova costruzione ed in quanto, stante la preesistenza di vincolo paesaggistico ed idrogeologico, è stata ritenuta non riconducibile nella fattispecie del c.d. terzo condono.

Inoltre emerge dall'ultimo capoverso del punto 6 della sentenza qui impugnata che il ricorso avverso il diniego del condono è stato respinto con sentenza del TAR n. 1837/2019.

3.1.1. Nel caso concreto l'ordine di demolizione impugnato è legittimo in quanto è stato adottato dopo la pronuncia di rigetto del Comune di Sorrento sulla domanda di condono.

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 dotata di un'adeguata e sufficiente

motivazione se contiene la descrizione delle opere abusive e le ragioni della loro abusività” (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. VI, 07.06.2021, n.4319).

L’ordinanza di demolizione non necessitava di previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, in quanto, secondo giurisprudenza consolidata di questo Consiglio (cfr. *ex multis* Consiglio di 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”.

“Al sussistere di opere abusive la pubblica amministrazione ha il dovere di adottare l’ordine di demolizione; per questo motivo, avendo tale provvedimento natura vincolata, non è neanche necessario che venga preceduto da comunicazione di avvio del procedimento” (Consiglio di Stato sez. II, 01.09.2021, n.6181).

Stante l’attività vincolata della p.a. in presenza di abusi edilizi, contrariamente all’assunto delle parti appellanti, nel caso concreto non ha alcun rilievo - nemmeno sotto l’aspetto dell’eccesso di potere - l’asserita violazione del contenuto della delibera del Consiglio comunale di Sorrento n. 14 del 20.3.2012, qualificata dagli appellanti quale atto di indirizzo, in quanto in presenza di un atto comunale di rigetto dell’istanza di condono ex art. 36 del TUE, non è necessario alcun ulteriore esame o interpretazione della situazione alla luce del contenuto della delibera del consiglio comunale n. 14/2012.

3.1.2. Per quanto concerne l’ulteriore profilo del primo motivo d’appello che si incentra sulla valutazione, da parte del Giudice di prime cure, della sorte dell’ordinanza di demolizione dopo la presentazione dell’istanza di sanatoria ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001, il Collegio rileva che 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. 380/2001 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). *“La giustificazione di questo orientamento sta nell'evitare che l'ente locale, in caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, sia tenuto ad adottare un nuovo provvedimento di demolizione delle opere abusive, altrimenti finendosi per riconoscere in capo al privato, destinatario del provvedimento sanzionatorio, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale suo annullamento, quel medesimo provvedimento (CdS, VI, sentenza n. 446/2015)”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 novembre 2018, n. 6233).

3.1.3. Nel caso concreto, come si ricava dai documenti depositati dalle parti, l'istanza ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 è stata depositata in data 27.11.2012 (doc. 2 dei ricorrenti in primo grado, depositato il 28.11.2012); l'odierna appellante, nel corso del giudizio di primo grado non ha depositato ulteriore documento concernente la sorte della domanda presentata ex art. 36 DPR n. 380/2001.

Il Collegio condivide la statuizione del Giudice di prime cure, laddove conclude che *“nel caso di specie, non si evince dagli atti che l'amministrazione si sia mai espressa sull'istanza di*

sanatoria presentata dai ricorrenti con la conseguenza che, essendo ormai decorso il termine di cui all'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, deve ritenersi pacificamente formato sulla stessa il silenzio – diniego”, in quanto tale conclusione rispecchia la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato sul punto (ex multis: Sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545: “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)”

Contrariamente all'assunto degli appellanti, il Giudice di prime cure non si riferisce ai 60 giorni trascorsi dalla presentazione del ricorso al TAR, bensì al decorso dei 60 giorni dalla presentazione dell'istanza ex art. 36 DPR n. 380/2001, e quindi dal 27.11.2012 (cfr. timbro di entrata sul doc. 2 dei ricorrenti in primo grado), per cui la statuizione del Giudice di prime cure è corretta e logicamente ripercorribile, con conseguente rigetto del primo motivo di appello in quanto infondato.

3.2. E' infondato anche il secondo motivo di appello (rubricato: *Error in iudicando - ulteriore profilo*), con il quale gli appellanti sostengono che il Giudice di primo grado - nonostante sia le parti ricorrenti che la parte resistente in primo grado avrebbero chiesto la riunione e quindi la decisione congiunta dei ricorsi iscritti sub R.G. 4334/2012 e sub RG 5014/2012 - avrebbe trascurato che tale istanza si giustificava, non solo alla luce di esigenze di concentrazione ed economia processuale, ma anche e soprattutto al fine di offrire una corretta e globale lettura della vicenda. Siccome il Giudice di prime cure si è pronunciato prima sull'impugnativa relativa al condono

e, due giorni dopo, su quella relativa alla demolizione, tale circostanza non sarebbe priva di conseguenze e avrebbe condotto all'erronea affermazione, contenuta al punto punto 7.1 della sentenza qui impugnata, della definitività del carattere abusivo delle opere, ricollegata alla decisione sul condono di cui alla sentenza TAR Campania Napoli n. 1837/2019, in quanto al Giudice di primo grado sembrerebbe essere sfuggito che i suoi provvedimenti sono, comunque, suscettibili di impugnativa, il che priverebbe del carattere di definitività i provvedimenti gravati.

3.2.1. La doglianza non ha pregio in quanto ai fini dell'emanazione dell'ordine di demolizione non è necessaria, al momento della sua adozione, la inoppugnabilità del provvedimento di diniego del condono. In tale senso è da leggere, ad avviso del Collegio, la statuizione del Giudice di prime cure, il quale - al solo fine di rafforzare quanto da lui statuito in ordine al carattere di vincolatività dell'emissione del provvedimento di demolizione in seguito al rigetto della domanda di condono - ha segnalato che nel caso concreto si era in presenza non solo di un diniego di condono, bensì anche di una sentenza di primo grado che aveva ritenuto legittimo tale diniego di condono, posto alla base dell'ordinanza di demolizione.

A questo si aggiunga come, nella stessa odierna camera di consiglio, il Collegio, esaminando l'appello proposto avverso la sentenza di primo grado n. 1837/2019 pronunciata sul diniego di condono, lo ha respinto, determinando così la definitività di tale diniego.

3.2.2. In conclusione il tenore del c.d. terzo condono ex l.n.326/2003 in merito agli abusi realizzati nelle aree vincolate e la consolidata giurisprudenza oramai maturatasi sulla sua applicazione nonchè l'attività vincolata del Comune sia in fase di rigetto della domanda che nella conseguente attività sanzionatoria esigono l'ingiunzione

della demolizione in seguito al rigetto dell'istanza di condono per cui vengono considerati legittimi e privi di vizi i provvedimenti di demolizione qui impugnati.

3.2.3. Pertanto, la sentenza impugnata è abbondantemente e correttamente motivata sul punto per cui vengono rigettati i due motivi di impugnazione come proposti in questa sede.

3.2.4. Per quanto esposto e ritenendo assorbiti tutti gli ulteriori argomenti di doglianza non espressamente esaminati, che il Collegio ha ritenuto irrilevanti ai fini della decisione o comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso da quella assunta, dalla reiezione dei motivi di impugnazione deriva la conferma dell'infondatezza degli originari motivi dedotti con il ricorso di primo grado.

4. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza, in virtù del principio di cui all'art. 91 c.p.c., per come richiamato espressamente dall'art. 26, comma 1, c.p.a.; di talché la parte appellante va condannata al rimborso delle spese di lite in favore della amministrazione resistente, liquidate per il presente grado in € 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori come per legge.

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 rimborso delle spese di lite in favore della amministrazione resistente, liquidate per il presente grado in € 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Ulrike Lobis, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ulrike Lobis

IL PRESIDENTE

Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO