

N. 02634/2024REG.PROV.COLL.

N. 07144/2021 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 7144 del 2021, proposto da Nicola Chianese, Angelo Curvo, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Orefice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Afragola, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ricci, 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. 00386/2021, resa tra le parti, avverso e per l'annullamento e/o la riforma della sentenza n. 386/2021 pubblicata il 18/01/2021 con cui la ii sezione del tar campania – napoli ha rigettato il ricorso iscritto al n. r.g. 5561/2015 proposto dai sig.ri nicola chianese e angelo curvo.

e conseguentemente

per l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento dei provvedimenti ivi impugnati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2024 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Andrea Orefice e Giuseppe Ricci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in esame l'odierna parte appellante impugnava la sentenza n. 386 del 2021 del Tar Campania, recante rigetto dell'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto dalla stessa Afragola che ha disposto la sospensione dei lavori in atto e il ripristino dello stato dei luoghi, in relazione alle seguenti opere: lavori di recinzione del lotto e costruzione di una struttura in ferro da adibire ad attività artigianale.

2. Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, parte appellante, contestando le argomentazioni

del Giudice di prime cure, formulava i seguenti motivi di appello:

- sul primo motivo del ricorso introduttivo, error in iudicando, error in procedendo, violazione degli artt. 112 cpc, 64 cpa, 7 e ss., 22 e 21 octies l. n. 241/1990, 34 e 39 c.p.a. per non aver consentito l'accesso ai documenti istruttori;
- analoghi profili per difetto di motivazione sulla determinazione adottata;

- analoghi profili per difetto di motivazione sull'interesse pubblico;
- sul quarto motivo del ricorso introduttivo, error in iudicando, error in procedendo, violazione degli artt. 64 cpa, artt. 31 e 38 d.P.R. 380/2001, 34 e 39 c.p.a. in quanto le opere son divenute abusive per effetto dell'annullamento d'ufficio in via di autotutela del suddetto titolo abilitativo.

3. L'amministrazione comunale appellata si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 14 marzo 2024 la causa passava in decisione.

4. L'appello è fondato limitatamente al profilo assorbente di cui al quarto motivo di appello.

5. I primi tre motivi si scontrano con i consolidati orientamenti a mente dei quali l'attività di repressione degli abusi edilizi tramite l'emissione dell'ordine di demolizione costituisce attività di natura vincolata, dove la stessa non è assistita da particolari garanzie partecipative, tanto da non ritenersi necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento agli interessati (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 05/04/2022, n. 2523).

5.1 Va altresì ribadito (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 27/04/2022, n. 3337) che il provvedimento con cui viene ingiunta la demolizione di un immobile abusivo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso neanche nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione.

6. Piuttosto, parte appellante ha prodotto una rilevante documentazione da cui emerge una sostanziale sovrapposizione fra quanto oggetto del titolo annullato e quanto sottoposto al provvedimento impugnato.

6.1 Da ciò consegue la fondatezza dell'assorbente profilo dedotto con il quarto motivo di appello e di conseguente difetto di istruttoria e di motivazione. Occorre che l'amministrazione comunale, nella naturale sede procedimentale, esamini adeguatamente il profilo dedotto e la relativa coincidenza.

6.2 In tal caso infatti opera l'art. 38 t.u. edilizia evocato da parte appellante. È pur vero che la norma disciplina l'ipotesi in cui le opere siano state realizzate in presenza di un titolo edilizio successivamente annullato dall'Amministrazione o in sede giurisdizionale, e prevede la possibilità di evitare la demolizione dell'immobile irrogando una sanzione pecuniaria (c.d. fiscalizzazione dell'abuso) in due distinti casi: qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative e qualora non risulti possibile la restituzione in pristino. La tutela dell'affidamento del privato circa la legittimità del titolo edilizio, pertanto, costituisce un limite rispetto al potere di riduzione in pristino dell'Amministrazione solo nel caso in cui l'opera non presenti profili di abusività dal punto di vista sostanziale (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 04/01/2023, n. 136).

6.3 Tale regolamentazione presuppone tuttavia una specifica istruttoria sul punto, assente nel caso de quo dove, se per un verso l'ordinanza impugnata si è limitata a richiamare la consistenza delle opere ritenute abusive ed il rigetto di una sanatoria (cfr. pag. 1 dell'ordinanza prodotta sub doc n. 1 del fascicolo di primo grado), per un altro verso parte odierna appellante ha prodotto significativa documentazione (cfr. allegati al ricorso di primo grado, non citati nella sentenza impugnata) da cui emerge la prospettazione per cui le opere sanzionate con la ordinanza impugnata in prime

cure, inizialmente conformi alla autorizzazione n. 121 del 20/04/2001, siano divenute abusive per effetto dell'annullamento d'ufficio in via di autotutela del suddetto titolo abilitativo.

6.3.1 Infatti, se il contenuto di cui al primo versante può apparire redatto in termini generalmente sufficienti a sostenere un ordine di demolizione ma non ai fini della disciplina in esame, la specifica deduzione sulla abusività conseguente all'annullamento dell'originario titolo, specie in assenza di qualsiasi concreta difesa sul punto, avrebbe imposto una previa verifica dell'applicabilità della norma predetta nella naturale sede procedimentale.

6.4 Pertanto, sul punto erra il Tar laddove esclude in radice l'applicabilità dell'art. 38 cit., in assenza di una adeguata e specifica istruttoria sugli elementi dedotti, in sede procedimentale e quindi giurisdizionale. Da ciò ne consegue l'onere dell'amministrazione, in sede di riesame, di svolgere una duplice adeguata istruttoria, a monte, sulla effettiva, o meno, sovrapposibilità delle opere in questione con quelle oggetto del titolo annullato, nonché, a valle, sulla applicabilità o meno della norma in tema di fiscalizzazione.

7. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello è fondato limitatamente al motivo predetto; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi, anche a fronte dell'onere di riesame in capo alla parte pubblica appellata, per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in

motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO