

Pubblicato il 03/01/2022

**N. 00010/2022REG.PROV.COLL.**

**N. 05767/2015 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 5767 del 2015, proposto da Francesca Giordano e Raimo Amodio, rappresentati e difesi dall'avvocato Luisa Acampora, con domicilio eletto presso lo studio Orazio Abbamonte in Roma, Viaterenzio, 7;

**contro**

Comune di Castellammare di Stabia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Donatangelo Cancelmo, domiciliato presso la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro 13;

**per la riforma**

della sentenza 16 dicembre 2014, n. 6668 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Sesta

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Castellammare di Stabia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Cons. Vincenzo Lopilato. Nessuno è comparso per le parti costituite.

**FATTO e DIRITTO**

1.- Il sig. Raimo Amodio è proprietario di un suolo sito nel Comune di Castellammare di Stabia su cui è stato realizzato un fabbricato rurale oggetto di domanda di condono ai sensi del decreto-legge 30 novembre 2003, n. 269.

L'Ufficio tecnico del Comune, con verbale di accertamento del 17 giugno 2008, ha contestato la realizzazione in assenza di permesso di costruire di ulteriori lavori consistenti nella realizzazione di una sopraelevazione con dimensioni in pianta di metri 3,30 per 5,40, di un terrazzo calpestabile e pavimentato con dimensioni di metri 5,75 per 3,40, una struttura di profilati in ferro eretta in adiacenza e, sul lato ovest, una struttura mista in ferro e legno poggiate su un massetto di circa 10 centimetri di altezza.

Il Comune, con provvedimento 6 ottobre 2008, n. 55675: *i*) ha comunicato il preavviso di rigetto della domanda di condono in quanto l'immobile rurale è situato in area vincolata; *ii*) ha disposto la demolizione delle altre opere non rientranti nella suddetta domanda.

2.- I signori Raimo Amodio, in qualità di proprietario, e Giordano Francesca, in qualità di esecutrice dei lavori, hanno impugnato tale provvedimento innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, per i motivi riproposti in sede di appello e riportati oltre.

3.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza 16 dicembre 2014, n. 6668, ha rigettato il ricorso.

4.- I ricorrenti di primo grado hanno appello.

5.- Si è costituito il Comune, chiedendo il rigetto dell'appello.

6.- La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 25 novembre 2021.

7.- L'appello non è fondato.

8.- Con un primo motivo si assume l'erroneità della sentenza per avere ommesso di considerare che l'immobile sopra indicato fosse condonabile in quanto realizzato in epoca risalente agli anni novanta quando la destinazione del piano era compatibile con la realizzazione di un immobile in zona verde attrezzato con possibile edificazione a raso, finalizzata a scopi agricoli.

Il motivo non è fondato.

L'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, nel testo vigente *ratione temporis*, prevede che: *i*) «nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della

*formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda»; ii) «entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti»; iii) «dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale»; iv) «non possono essere adottati tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione».*

Il preavviso di rigetto, come affermato anche dal primo giudice, è un atto endoprocedimentale e, in quanto tale, non è suscettibile di autonoma e immediata impugnazione prima dell'adozione del provvedimento finale.

Nella fattispecie in esame, il Comune non ha adottato un provvedimento finale di rigetto della domanda di condono ma un mero preavviso di rigetto che, in quanto, tale, per le ragioni esposte, non è suscettibile di autonoma impugnazione, con conseguente inammissibilità della relativa impugnazione.

8.- Con la seconda parte del primo motivo si assume l'erroneità della sentenza per non avere accertato l'illegittimità dell'imposizione di un ordine di demolizione in luogo di una sanzione pecuniaria, affermandosi che, nel caso in esame, in ragione del ritardo del Comune nell'esaminare la domanda di condono edilizio, si sarebbe prodotta una conseguenza analoga al rilascio di un permesso di costruire. Con un ulteriore motivo (riportato a pagg. 8-9) dell'atto di appello si propone una doglianza analoga.

I motivi non sono fondati.

L'obbligo per l'amministrazione di valutare la possibile incidenza della demolizione sulle opere eseguite è prevista dall'art. 34 del decreto legislativo 6 giugno 2001, n. 380 soltanto per gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire.

La fattispecie in esame è differente in quanto è stata presentata una domanda di condono relativa a talune opere su cui il Comune non si è pronunciato e altre opere realizzate senza titolo oggetto dell'ordine di demolizione.

La diversità dei casi posti a confronto impedisce, a prescindere dall'eccezionalità della previsione di cui all'art. 34, qualunque forma di estensione analogica.

9.- Con un secondo e terzo motivo si assume l'erroneità della sentenza per non avere esaminato le censure con le quali era stata dedotta in primo grado l'estraneità del sig. Raimo Amodio rispetto all'abuso, di cui non sarebbe stata dimostrata la responsabilità quale titolare del bene.

I motivi, a prescindere dall'inammissibilità per essersi il primo giudice pronunciati in ordine ad essi, non sono fondati.

L'art. 31 prevede che: *i) il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di taluno degli interventi sopra indicati, «ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso» la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del successivo comma 3 (comma 2); ii) se il «responsabile dell'abuso» non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi «nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione», il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio del Comune (comma 3).*

L'ordine di demolizione ha, quali destinatari, sia il responsabile dell'abuso sia il proprietario del bene.

Questo Consiglio ha affermato che, in presenza di abusi edilizi commessi da persona diversa dal proprietario, *«perché quest'ultimo possa andare esente dalla misura consistente nell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area di sedime sulla quale insiste il bene, occorre che risulti, in modo inequivocabile, la sua completa estraneità al compimento dell'opera abusiva o che, essendone lo stesso venuto a conoscenza, si sia poi adoperato per impedirlo con gli strumenti offertigli dall'ordinamento»* (Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 755).

Nella fattispecie in esame, la parte non ha fornito tale specifica prova, con la conseguenza che correttamente il provvedimento impugnato è stato indirizzato anche al proprietario.

10.- Con un quarto motivo si assume l'erroneità della sentenza per omessa valutazione della censura con la quale era stato dedotto che l'ordinanza di demolizione era stata adottata sul solo presupposto che l'opera fosse stata realizzata su di un'area in relazione alla quale il piano regolatore generale (p.r.g.) prevede la destinazione a F 10 Area di rispetto mentre il Put la indica come zona 7. In particolare, si afferma che il richiamo al p.r.g. *«non vale ad assoggettare l'area su cui insistono i contestati abusi ad un regime di protezione (...) così intense da giustificare l'adozione dell'ordinanza di demolizione»*, con conseguente asserita motivazione non adeguata.

Il motivo non è fondato.

L'art. 10 del d.lgs. 381 del 2001 subordina al rilascio del permesso di costruire, tra l'altro, «*gli interventi di nuova costruzione*», nonché «*gli interventi di ristrutturazione urbanistica*».

Nella fattispecie in esame, il Comune ha motivato l'ordinanza di demolizione sul presupposto che le opere siano state realizzate senza permesso di costruire. Il che è sufficiente per disporre la demolizione a prescindere dalla questione relativa alla destinazione dell'area. In ogni caso, è sufficiente il richiamo alla destinazione dell'area ai fini dell'integrazione di una motivazione adeguata.

11.- Con un quinto motivo si assume l'erroneità della sentenza per non avere il Comune comunicato l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990

Il motivo non è fondato.

L'art. 7 della legge n. 241 del 1990 prevede che «*ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento è comunicato (...) ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire*».

L'art. 21-*octies*, secondo comma, della legge n. 241 dispone, tra l'altro, che il provvedimento amministrativo non è annullabile «*per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*» (secondo periodo).

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che, in presenza di attività vincolata, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento non determina l'invalidità dell'ordine di demolizione se il privato non adduce elementi probatori idonei a dimostrare, ai sensi del citato art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, che se fosse stato garantito il contraddittorio procedimentale la determinazione finale avrebbe avuto un diverso contenuto (Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2021, n.2965; Cons. Stato, sez. IV, 12 aprile 2021, n.2965). Nella fattispecie in esame, il ricorrente non ha indicato elementi idonei a dimostrare che la sua eventuale partecipazione avrebbe inciso sul contenuto sostanziale del provvedimento adottato.

11.- Con un sesto motivo si assume l'erroneità della sentenza per avere adottato il provvedimento impugnato «*senza che fosse emersa o fosse ancora accertata penalmente l'azione abusive da parte del ricorrente proprietario*».

Il motivo non è fondato, in quanto, a prescindere dal generico richiamo ad un procedimento penale, non sussiste alcun rapporto di pregiudizialità tra procedimento sanzionatorio amministrativo e processo penale.

12.- Con l'ultimo motivo si assume l'erroneità della sentenza per non avere considerato il vizio di «*motivazione non adeguata*», non essendo sufficiente il mero richiamo alla pretesa abusive delle opere.

Il motivo non è fondato.

L'art. 3 della legge n. 241 del 1990 prevede che ogni provvedimento deve essere motivato.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere l'ordine di demolizione, avendo natura di atto vincolato, contiene una motivazione adeguata se descrive gli interventi abusivamente effettuati, consentendo di individuare le specifiche opere che devono essere rimosse (tra le tante, Cons. Stato sez. VI, 19 agosto 2021, n. 5942).

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che anche quando sia decorso un considerevole lasso di tempo dalla commissione dell'abuso, non occorre alcuna particolare motivazione in ordine alla sussistenza di uno specifico interesse pubblico al ripristino della legittimità violata e all'affidamento ingenerato nel privato. L'ordinamento tutela «*l'affidamento di chi versa in una situazione antiggiuridica soltanto laddove esso presenti un carattere incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore realizzata contra legem*» (Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9).

Nella fattispecie in esame, il provvedimento impugnato contiene una motivazione conforme alle prescrizioni sopra riportate.

13.- Le spese del giudizio sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) rigetta l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) condanna gli appellanti al pagamento, in favore del Comune, delle spese del presente grado di processo che si determinano in euro 2.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere  
Stefano Toschei, Consigliere  
Francesco De Luca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Vincenzo Lopilato**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio De Felice**

**IL SEGRETARIO**