

Publicato il 05/01/2022
N. 00038/2022REG.PROV.COLL.
N. 03543/2015 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
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 3543 del 2015 proposto dai signori Giuseppina Gargiulo, in proprio e nella qualità di amministratrice della S.r.l. Hotel Villa Garden, (già S.a.s. Gargiulo Giuseppina & c.), Roberto Gargiulo e Paola Gargiulo rappresentati e difesi dagli avvocati Umberto Gentile e Valerio Ricciardi, domiciliati presso l'indirizzo PEC come da Registri di giustizia ed elettivamente domiciliati per lo studio dell'avvocato Paolo Carbone in Roma, via del Pozzetto, n. 122;

contro

il Comune di Sant'Agnello, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito nel presente grado di giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sez. VII, 27 settembre 2014 n. 5107, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Esaminate le ulteriori note depositate con documenti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del 28 ottobre 2021 il Cons. Stefano Toschei;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con ricorso in appello n. R.g. 3543/2015 la signora Giuseppina Gargiulo, in proprio e nella qualità di amministratrice della S.r.l. Hotel Villa Garden, (già S.a.s. Gargiulo Giuseppina & c.) e i signori Roberto Gargiulo e Paola Gargiulo hanno chiesto a questo Consiglio la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sez. VII, 27 settembre 2014 n. 5107, con la quale sono stati respinti il ricorso introduttivo (R.g. n. 7079/2006) e quelli recanti motivi aggiunti proposti dai predetti (insieme ad altri che però non hanno appellato la suddetta sentenza) al fine di ottenere l'annullamento dei seguenti provvedimenti e atti: a) (con il ricorso introduttivo) l'ordinanza n. 123 del 6 luglio 2006 con la quale è stata ingiunta la demolizione di opere abusive e il ripristino dello stato dei luoghi nonché la relazione dell'ufficio tecnico urbanistico redatta a seguito del sopralluogo svoltosi il 21 marzo 2006; b) (con i ricorsi recanti motivi aggiunti) la nota prot. 7802 del 10 maggio 2007 con cui si è rigettata l'istanza di sanatoria, la nota 8514/2007 della Soprintendenza di Napoli e Provincia, l'ordinanza 116/2007 del Comune di Sant'Agnello e la relativa comunicazione d'avvio, la nota prot. 3465/2008 con cui si è accertata l'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione nonché il verbale di constatazione dell'inottemperanza n. 116 del 7 giugno 2007.

2. – La vicenda che fa da sfondo al presente contenzioso in grado di appello può essere sinteticamente ricostruita sulla scorta dei documenti e degli atti prodotti dalle parti controvertenti nei due gradi di giudizio nonché da quanto sintetizzato nella parte in fatto della sentenza qui oggetto di appello, come segue:

- la signora Giuseppina Gargiulo, unitamente ai signori Gabriella Gargiulo, Roberto Gargiulo, Paola Gargiulo e alla S.a.s. Gargiulo Giuseppina & c. (ora S.r.l. Hotel Villa Garden), è comproprietaria di un immobile sito nel Comune di Sant'Agnello, alla via Nuovo Rione Cappuccini n. 7, avente destinazione alberghiera e denominato "Hotel Villa Garden";

- in data 21 marzo 2006 veniva effettuato un sopralluogo nella suddetta proprietà da parte del personale dell'Ufficio tecnico urbanistico del predetto comune e in quell'occasione era contestata la presenza di opere edili abusive, consistenti nella "realizzazione, sul terrazzo di copertura, di un ambiente in muratura portante con copertura in lamiera su struttura metallica, che si è assunto avere la dimensione in pianta di circa mq

52,60 ed altezze variabili fissate in int. 3,002,45, il tutto pari ad una volumetria di circa me 145, 70” (così la descrizione dell’abuso nel verbale di sopralluogo);

- successivamente, sulla scorta del verbale di sopralluogo, i competenti uffici comunali adottavano l’ordinanza n. 123\06 del 6 luglio 2006 di ingiunzione a demolire le predette opere;
- gli interessati proponevano quindi ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania per ottenere l’annullamento di tale provvedimento perché illegittimo sotto plurimi versanti;
- *pendente iudicio* la signora Giuseppina Gargiulo, nella sua qualità di amministratrice della (allora) S.a.s. Gargiulo Giuseppina & C., presentava istanza n. 15456 del 9 ottobre 2006 di accertamento di conformità, ma con nota prot. n. 7802 del 10 maggio 2007 l’istanza di sanatoria veniva respinta, atteso che il caso di specie non poteva essere ricondotto tra le ipotesi di ammissibilità dell’accertamento di compatibilità paesaggistica previsti dal comma 4 dell’art. 167 d.lgs. 42/2004, avendo comportato incrementi volumetrici rispetto alla consistenza originaria. Il provvedimento di reiezione fondava la ragione della non sanabilità delle opere sul parere della Soprintendenza di Napoli e Provincia secondo la quale al di fuori della casistica contemplata dall’art. 167, comma 4, d.lgs. 42/2004 non si è tenuti all’espressione del parere vincolante, con la conseguenza della improcedibilità di tutte le pratiche riguardanti interventi che hanno comportato l’aumento di superfici utili e volumi aggiuntivi, anche tecnici, oppure lavori, non configurabili quali lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria;
- successivamente, con nota prot. n. 116 del 7 giugno 2007, il Comune di Sant’Agnello ingiungeva ai proprietari dell’immobile la demolizione delle opere abusive ritenute non sanabili;
- nei confronti dei suddetti provvedimenti veniva proposto ricorso (recante motivi aggiunti) dinanzi al TAR per la Campania;
- a quel punto, con un nuovo provvedimento, prot. n. 3465/2008 del 27 febbraio 2008, il Comune di Sant’Agnello accertava, sulla scorta del verbale del Comando di polizia municipale prot. n. 17375 del 10 ottobre 2007, l’avvenuta inottemperanza alla ingiunzione di demolizione n. 116/2007. Anche tali atti erano impugnati con un secondo ricorso recante motivi aggiunti.

3. - Tutti i suddetti atti e provvedimenti, impugnati dai proprietari dell’immobile con il ricorso introduttivo e con i due ricorsi recanti motivi aggiunti, venivano ritenuti legittimi dal TAR per la Campania, che respingeva i gravami con sentenza n. 5107/2014.

Da ciò il ricorso in appello proposto dai signori Giuseppina Gargiulo, in proprio e nella qualità di amministratrice della S.r.l. Hotel Villa Garden, (già S.a.s. Gargiulo Giuseppina & c.), Roberto Gargiulo e Paola Gargiulo con il quale, chiedendo la riforma della predetta sentenza di primo grado, proponevano le seguenti, numerose, traiettorie contestative, corrispondenti a quelle già dedotte in primo grado e non condivise dal giudice di prime cure:

I) *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell’art. 10-bis l. 241/1990 e degli artt. 31 e 36 d.P.R. 380/2001. Gli appellanti ribadiscono la illegittima mancanza del preavviso di diniego nel corso dei procedimenti che hanno dato luogo all’adozione dei provvedimenti di diniego di sanatoria, richiesta ai sensi dell’art. 36 d.P.R. 380/2001 e del secondo ordine di demolizione, n. 116 del 7 giugno 2007, adottato dopo detto diniego;

II) *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 6 l. 241/1990 e dell’art. 36 d.P.R. 380/2001. Il diniego di sanatoria deve ritenersi illegittimo sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, dal momento che una adeguata istruttoria, che come si è sopra detto non vi è stata, non essendo stato inviato neppure il preavviso di diniego, avrebbe più propriamente permesso che emergessero tutti gli elementi di discordanza tra la contestazione per come abusive delle opere in questione e la loro piena legalità, dal momento che esse “*esistevano, come esistono ancora oggi, da decenni, che non hanno comportato la creazione di volumi e superfici utili, che hanno natura di volumi tecnici, e che, infine, si sono rese necessarie per consentire l’allocazione di impianti tecnologici*” (così, testualmente, a pag. 4 dell’atto di appello);

III) *Error in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 146 e 167 d.lgs. 42/2004, dell’art. 36 d.P.R. 380/2001 e degli artt. 3 e 6 l. 241/1990. Posto che le opere realizzate non costituiscono nuovo volume edilizio, ma al più interventi di manutenzione straordinaria, l’amministrazione prima e il TAR per la Campania poi hanno erroneamente fatto applicazione della normativa in materia di sanatoria di immobili in zona paesaggisticamente vincolata, trattandosi di opere che rientrano in una delle categorie di cui al comma 4 dell’art. 167 d.lgs. 42/2004. Ciò in quanto, in tali casi, il proprietario dell’immobile può presentare apposita domanda all’autorità preposta alla gestione del vincolo al fine dell’accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi e nel caso in cui la predetta Autorità accerti la compatibilità paesaggistica il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il

danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione. A ciò si aggiunga che, nel caso di specie, l'opera realizzata costituisce una struttura pertinenziale dell'albergo, senza creazione di volume e superfici utili, di talché essa è riconducibile alla tipologia di interventi, indicati nell'art. 167 d.lgs. 42/2004 alla lett. a) ovvero alla lett. c), per i quali è riconosciuta la possibilità dell'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica da parte dell'autorità amministrativa competente, compendiandosi in una modesta opera accessoria finalizzata ad una migliore sistemazione delle attrezzature dell'albergo, la cui realizzazione è consentita anche dalla normativa di attuazione del P.R.G. del Comune di Sant'Agnello, che per la zona D2 all'art. 44 permette interventi di manutenzione straordinaria e di restauro e risanamento conservativo ed interventi finalizzati alla riqualificazione dei servizi e delle attrezzature con esclusione di nuovi posti letto e che ricomprende espressamente, all'art. 14, tra gli interventi di manutenzione straordinaria, la realizzazione di opere finalizzate al miglioramento abitativo tra cui la realizzazione *ex novo* di servizi igienico-sanitari, la realizzazione di impianti tecnologici ed in particolare di manufatti per impianti di telefonia e la realizzazione di volumi tecnici;

IV) *Error in iudicando*. Violazione di legge sotto ulteriori profili. Oltre a quanto indicato sopra si evidenzia l'illegittimità del provvedimento di diniego di sanatoria consistente nella mancata acquisizione dei pareri dell'Autorità preposta al vincolo, della commissione locale per il paesaggio e della commissione edilizia integrata e ha errato il primo giudice a ritenere trascurabili tali *deficit* procedurali invocando l'applicazione dell'art. 21-*octies* l. 241/1990;

V) *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 7 l. 241/1990. Sempre sotto il versante dei *deficit* dell'istruttoria svolta dal comune deve considerarsi una patologia grave la mancata comunicazione di avvio del procedimento che ha portato all'adozione della nuova ingiunzione di demolizione, successivamente al diniego di sanatoria, dal momento che tale provvedimento sanzionatorio "è stato adottato a notevole distanza di tempo dalla commissione del preteso abuso: in tale ipotesi, dunque, l'inerzia dell'amministrazione ha ingenerato in capo al privato un evidente affidamento sulla regolarità delle opere edilizie realizzate e sulla mancanza di interesse pubblico alla loro demolizione" (così, testualmente, a pag. 10 dell'atto di appello);

VI) *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 31 d.P.R. 380/2001. L'ordine di demolizione n. 116 del 7 giugno 2007 è poi affetto da una significativa carenza di motivazione, dal momento che, in via generale, l'ordine di demolizione deve essere accompagnato da una congrua motivazione in tutti i casi in cui il provvedimento sanzionatorio della amministrazione sia stato adottato dall'amministrazione procedente a lunga distanza di tempo dal compimento della presunta opera abusiva, come è avvenuto nel caso in esame;

VII) *Error in iudicando*. Ulteriore violazione dell'art. 31 d.P.R. 380/2001. Il provvedimento di acquisizione delle opere al comune, per inottemperanza all'ordine di demolizione, è illegittimo in quanto l'intervento contestato come abusivo rientra tra quelli la cui realizzazione è consentita previo presentazione di una D.I.A. ai sensi dell'art. 22 d.P.R. 380/2001, oltre al fatto che in detto provvedimento non è indicata l'area di sedime che dovrebbe essere acquisita né lo è stata nell'ingiunzione a demolire. L'opera d'altronde non può essere demolita, costituendo il solaio di un immobile che rappresenta una unità abitativa autonoma legittimamente realizzata, oltre al fatto che la proprietà appartiene ad una pluralità di soggetti estranei alla realizzazione dell'intervento *de quo*;

VIII) *Error in iudicando*. Violazione degli artt. 31 e 34 d.P.R. 380/2001. Dal momento che le opere realizzate vanno catalogate alla stregua di un intervento solo difforme rispetto al titolo edilizio rilasciato, pare evidente che nel caso in questione la demolizione non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, di talché per tali abusi va applicata al più la sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 34 d.P.R. 380/2001;

IX) *Error in iudicando*. Violazione degli artt. 3, 22, 31 e 37 d.P.R. 380/2001, dell'art. 2 l.r. Campania 19/2001 e dell'art. 3 l. 241/1990. Per la consistenza e la natura giuridica delle opere realizzate mancherebbero del tutto i presupposti per disporre, nel caso di inottemperanza all'ordine di demolizione, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'abuso realizzato;

X) *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 31 d.P.R. 380/2001. Tutti i provvedimenti sanzionatori impugnati in primo grado contengono il medesimo profilo di illegittimità, in quanto non recano alcun'altra informazione, tantomeno di tipo catastale, circa l'esatta individuazione del bene da acquisire al patrimonio pubblico, passaggio questo ancor più importante ove si consideri che l'immobile *de quo* non solo è parte di un fabbricato legittimamente edificato, ma è anche di proprietà di più soggetti. Anche da qui discende l'erroneità della sentenza oggetto di appello;

XI) *Error in iudicando*. Violazione dell'art. 31 d.P.R. 380/2001 e dell'art. 1125 c.c.. "Illegittimamente il Comune ha previsto l'acquisizione al patrimonio comunale di una porzione di fabbricato e non di un intero organismo edilizio, che appartiene tra l'altro a più soggetti, e comunque, anche dell'area di sedime delle

pretese opere abusive che non è, comunque, di proprietà esclusiva dei destinatari del provvedimento di ingiunzione”, atteso che “L’art. 31 D.P.R. 380/2001, infatti, laddove prevede, in caso di inottemperanza all’ingiunzione di demolizione l’acquisizione gratuita dell’opera e dell’area di sedime, non è applicabile qualora l’abuso riguardi solo parte delle elevazioni di un edificio”, finendo così per violare “anche l’art. 1125 c.c. che sancisce il diritto di comunione dei proprietari dei piani sovrapposti” (così, testualmente, alle pagg. 17 e 18 dell’atto di appello).

4. – Non si è costituito in giudizio, nel presente grado di appello il Comune di Sant’Agnello.

5. – Dalla lettura della documentazione versata nei due gradi di giudizio e, in particolare, nel fascicolo processuale collazionato nel corso del giudizio di primo grado (nel corso del quale si sono costituite e hanno avuto parte processuale attiva le amministrazioni intime), emerge che le opere in questione consistono in un ambiente in muratura con copertura in lamiera posto sul terrazzo di copertura del preesistente fabbricato, avente dimensioni in pianta di mq 52,60 ed altezze variabili in mt 3,00/2,45, per una volumetria complessiva di circa mc 145,70 in area vincolata. Ciò emerge nel verbale del sopralluogo del 21 marzo 2006 e viene riportato sia nei due provvedimenti di demolizione che nel provvedimento di diniego di sanatoria edilizia, oltre ad essere tenuto in considerazione nella nota 8514/2007 della Soprintendenza di Napoli e Provincia. Da ciò derivano una serie di conseguenze giuridiche decisive per la soluzione della presente controversia:

- in primo luogo va ricordato che tutti i verbali provenienti da pubblici ufficiali, hanno efficacia di piena prova, fino a querela di falso, ai sensi dell’art. 2700 c.c., relativamente alla provenienza dell’atto dal pubblico ufficiale che lo ha formato, alle dichiarazioni delle parti e agli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti avvenuti in sua presenza o da lui compiuti (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 24 agosto 2017 n.4060 e, più di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2020 n. 6910);

- le opere sono state realizzate senza titolo edilizio in un’area paesaggisticamente vincolata e costituiscono una nuova costruzione realizzata all’apice di un fabbricato già eretto da anni. Ne consegue che non può darsi spazio all’opinione degli appellanti secondo la quale le opere consisterebbero in interventi di manutenzione straordinaria o al più si compendierebbero in un modesto intervento di mera difformità rispetto al titolo edilizio grazie al quale è stato eretto il fabbricato, atteso che la nozione di parziale difformità non è invocabile nel caso in esame. Infatti, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 23 ottobre 2020 n. 6432) il concetto di parziale difformità presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio rilasciato dall’autorità amministrativa, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle previste e autorizzate a livello progettuale, quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell’opera; mentre si è in presenza di difformità totale del manufatto o di variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, quando i lavori riguardino un’opera diversa da quella prevista dall’atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione. Nel caso in esame è evidente dalla descrizione delle opere contenuta nel verbale di sopralluogo che l’abuso sanzionato ha radicalmente trasformato l’originario manufatto, attraverso la realizzazione di una nuova costruzione che ha modificato anche la sagoma dell’edificio, aggiungendovi ulteriori ampiezze e volumi sicché in alcun modo potrebbe parlarsi di parziale difformità e, tanto meno, di un intervento di manutenzione straordinaria. Non solo, ma è evidente anche che la radicale trasformazione dei luoghi impedisce di distinguere l’immobile originario da quello che ne è derivato a seguito della realizzazione dell’illecito edilizio;

- in terzo luogo va rammentato che l’art. 31 d.P.R. 380/2001, senza neppure fare riferimento alla esistenza di vincoli di sorta, disciplina il caso di interventi edilizi di nuova costruzione eseguiti senza permesso di costruire, ovvero in totale difformità o con variazioni essenziali, e prevede che in tal caso si faccia luogo alla demolizione ad opera del responsabile e, se diverso, del proprietario: la norma impone, in particolare, che sia assegnato al privato un termine per provvedervi di novanta giorni, decorso il quale si verifica di diritto l’acquisizione alla mano pubblica dell’opera, dell’area di sedime interessata e di quella occorrente, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive. Conseguentemente, in presenza di un intervento edilizio consistente, come nel caso di specie, nella realizzazione in zona vincolata di una nuova costruzione senza titolo, il dirigente ha dunque la competenza ad emettere l’ingiunzione di demolizione prevista dall’art. 31 d.P.R. 380/2001, all’inottemperanza della quale consegue l’acquisizione della proprietà del bene in favore del comune e ciò senza il coinvolgimento delle autorità preposte alla tutela del vincolo, autorità che, invece, ad esempio, il dirigente deve far intervenire allorché ritenga di dover procedere direttamente con la rimozione d’ufficio delle opere ai sensi dell’art. 27 d.P.R. 380/2001, norma che nella specie il comune non ha ritenuto di applicare (sussistendo in materia una ampia discrezionalità

dell'amministrazione rispetto alla individuazione della norma applicare – tra quelle contenute nell'art. 27 ovvero nell'art. 31 d.P.R. 380/2001 - nel caso di realizzazione di nuove costruzioni in area vincolata).

6. – Ad avviso del Collegio, le tre principali osservazioni sopra espresse assumono una valenza demolitoria degli assi portanti le traiettorie contenziose, ribadite dagli appellanti nel presente giudizio di secondo grado, rendendo inaccoglibile il mezzo di gravame proposto.

Nel dettaglio vanno riferiti nei confronti dei singoli motivi di appello dedotti le successive, necessariamente sintetiche, considerazioni (tenendo conto della elencazione numerica dei motivi di appello come rappresentati dagli appellanti nell'atto introduttivo del presente grado di giudizio):

I) tenuto conto della realizzazione di una nuova costruzione, della consistenza dimensionale delle opere, della circostanza che esse sono state realizzate in area vincolata, non può non farsi applicazione, nel caso in esame, del costante orientamento giurisprudenziale (riferito alla formulazione dell'art. 10-bis l. 241/1990 applicabile *ratione temporis*) a mente del quale “*la mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale in quanto la previsione di cui all'art. 10-bis, l. 241/1990 deve essere interpretata alla luce del successivo art. 21-octies, comma 2, il quale, nell'imporre al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo, rende irrilevante la violazione delle disposizioni sul procedimento o sulla forma dell'atto quando il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*” (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2020 n. 1144, Sez. V, 10 giugno 2019 n. 3882 e Sez. III, 19 febbraio 2019, n. 1156);

II) dagli atti acquisiti in giudizio non si apprezza la realizzazione di un'opera consistente in meri volumi tecnici o che si sia resa necessaria per consentire l'allocatione di impianti tecnologici, quanto piuttosto di un intervento edilizio che ha comportato incrementi volumetrici della consistenza originaria dell'immobile e che quindi non può farsi rientrare tra le ipotesi di compatibilità paesaggistica previste dal comma 4 dell'art. 167 d.lgs. 42/2004;

III) stante la consistenza delle opere abusive come sopra delineata che, dunque, assume la natura di un intervento di nuova costruzione di autonoma entità ai sensi dell'art. 3 d.P.R. 380/2001 e quindi soggetto a permesso di costruire, a nulla vale invocare l'applicabilità della normativa di attuazione del P.R.G. del Comune di Sant'Agnello, che per la zona D2 all'art. 44 consente interventi di manutenzione straordinaria e di restauro e risanamento conservativo ed interventi finalizzati alla riqualificazione dei servizi e delle attrezzature, posto che le opere in questione non rientrano tra le categorie sopra richiamate e non hanno neppure le caratteristiche, sempre per quanto emerge dal verbale di sopralluogo, di opere pertinenziali; IV) ne deriva anche, per quanto è stato specificato più sopra, che il comune correttamente, avendo all'esito della propria istruttoria valutato la non sanabilità delle opere, non abbia ritenuto di coinvolgere nella procedura di scrutinio della domanda di accertamento di sanabilità degli interventi abusivi altre amministrazioni né organi collegiali interni (tenuto conto anche di quanto è stato espresso nella nota 8514/2007 della Soprintendenza di Napoli e Provincia);

V) va poi ribadito il costante principio giurisprudenziale a mente del quale, una volta accertata la consistenza dell'abuso e compiuta la relativa qualificazione (avvenuto, nel caso di specie, una prima volta con l'adozione dell'ordine di demolizione del 2006 e una seconda volta, dopo la reiezione della domanda di sanatoria, con l'ordine di demolizione del 2007, di talché vi è prova che i proprietari, tutti raggiunti dai surrichiamati atti, ben fossero a conoscenza del percorso repressivo sanzionatorio avviato nei confronti dell'immobile di loro proprietà dal Comune di Sant'Agnello) l'ordine di demolizione costituisce un atto vincolato, per la cui adozione non è necessario valutare le ragioni di interesse pubblico, né comparare questi ultimi con gli interessi privati coinvolti, non essendo neppure necessaria una motivazione sulla sussistenza d'un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione stessa (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2018 n. 6955), donde la non necessità della comunicazione d'avvio del relativo procedimento repressivo (cfr. anche, più autorevolmente, Cons. Stato, ad. pl., 17 ottobre 2017 n. 9);

VI) a quanto sopra va aggiunto che, con la citata sentenza dell'Adunanza plenaria, il Consiglio di Stato ha poi espresso i seguenti principi, condivisi pienamente dal Collegio: a) nel caso di edificazione avvenuta nella totale assenza di un titolo legittimante, in cui l'amministrazione abbia provveduto solo a distanza di un considerevole lasso di tempo all'adozione dell'ingiunzione di demolizione, la mera inerzia da parte 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 (l'edificazione *sine titulo*) è sin dall'origine illegittimo; b) allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere "legittimo" in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata; c) non si può applicare a un fatto illecito (l'abuso edilizio) il

complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria; d) non è in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta - e inammissibile - forma di sanatoria automatica; e) se pertanto il decorso del tempo non può incidere sull'ineludibile doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della relativa sanzione, deve conseguentemente essere escluso che l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo (pur se tardivamente adottata) debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata; f) in tal caso, è del tutto congruo che l'ordine di demolizione sia adeguatamente motivato mercé il richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento, senza che si impongano sul punto ulteriori oneri motivazionali, applicabili nel diverso ambito dell'autotutela decisoria, ciò in quanto il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento; g) anche nel caso in cui l'attuale proprietario dell'immobile non sia responsabile dell'abuso e non risulti che la cessione sia stata effettuata con intenti elusivi, le conclusioni sono le stesse; h) il carattere reale della misura ripristinatoria della demolizione e la sua precipua finalizzazione al ripristino di valori di primario rilievo non si pongono in modo peculiare nelle ipotesi in cui il proprietario non sia responsabile dell'abuso. Non può infatti ritenersi che, ferma restando la doverosità della misura ripristinatoria, la diversità soggettiva fra il responsabile dell'abuso e l'attuale proprietario imponga all'amministrazione un peculiare ed aggiuntivo onere motivazionale. Ed infatti il carattere reale dell'abuso e la stretta doverosità delle sue conseguenze non consentono di valorizzare ai fini motivazionali la richiamata alterità soggettiva (la quale può - al contrario - rilevare a fini diversi da quelli della misura ripristinatoria, come nelle ipotesi del riparto delle responsabilità fra il responsabile dell'abuso e il suo avente causa); i) pertanto, quando risulta realizzato un manufatto abusivo, anche a distanza di tempo l'amministrazione deve emanare l'ordine di demolizione per il solo fatto di aver riscontrato opere abusive; l) conseguentemente, 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 o per la connivenza degli organi pubblici, abbia emanato il provvedimento che la legge impone di emanare immediatamente (cfr. anche, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 21 marzo 2017 n. 1267 nonché 6 marzo 2017n. 1060 e n. 1058); VII) relativamente alla mancata indicazione dell'area oggetto di un eventuale provvedimento di acquisizione in caso di inottemperanza all'ordine demolitorio, va poi sottolineato che l'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione è normativamente configurato alla stregua di un atto ad efficacia meramente dichiarativa, che si limita a formalizzare l'effetto (acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale) già verificatosi alla scadenza del termine assegnato con l'ingiunzione stessa. La giurisprudenza ha pacificamente confermato tale lettura, affermando che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere edilizie abusivamente realizzate è una misura di carattere sanzionatorio che consegue automaticamente all'inottemperanza dell'ordine di demolizione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2017 n. 3728). Ne consegue, data la natura dichiarativa dell'accertamento dell'inottemperanza, che la mancata indicazione dell'area nel provvedimento di demolizione può comunque essere colmata con l'indicazione della stessa nel successivo procedimento di acquisizione. L'individuazione dell'area da acquisirsi non deve infatti essere necessariamente contenuta nel provvedimento di ingiunzione di demolizione, a pena di illegittimità dello stesso, ben potendo essere riportata nel momento in cui si procede all'acquisizione del bene. L'omessa indicazione nell'ordinanza di demolizione dell'area che viene acquisita di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune ai sensi dell'art. 31, comma 3, d.P.R. 380/2001 per il caso di inottemperanza all'ordine di demolizione non costituisce ragione di illegittimità dell'ordinanza stessa giacché la posizione del destinatario dell'ingiunzione è tutelata dalla previsione di un successivo e distinto procedimento di acquisizione dell'area, rispetto al quale, tra l'altro, assume un ruolo imprescindibile l'atto di accertamento dell'inottemperanza (ovvero l'atto di acquisizione al patrimonio comunale, successivo all'atto di mero accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolire) nel quale va indicata con precisione l'area acquisire al patrimonio comunale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2018 n. 755). Nulla va poi ulteriormente detto, rispetto a quanto si è già sopra abbondantemente segnalato, in ordine alla non applicabilità della disciplina della s.c.i.a. (ovvero d.i.a.) edilizia al caso in esame;

VIII) analogamente va richiamato quanto sopra ampiamente illustrato rispetto alle censure dedotte con l'ottavo motivo di appello;

IX) per quanto poi attiene alla lamentata mancata irrogazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria, stante la rilevante consistenza delle opere summenzionate, tale da escludere in radice la

fattispecie della "parziale difformità", non può trovare applicazione la deroga alla regola generale della demolizione delle opere edilizie abusive introdotta dall'art. 34 d.P.R. 380/2001 (cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2021 n. 995). Infatti, in ordine al paventato pericolo di danneggiamento delle parti legittime, la Sezione ha più volte rilevato che *“la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'Amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione”* (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2020 n. 4170 e 12 maggio 2020 n. 2980). A ciò si aggiunga come vada tenuto conto che laddove poi l'intervento edilizio abusivo venga eseguito su fabbricato ricadente in zona vincolata (come è nel caso di specie), si manifesta un decisivo ostacolo all'applicazione dell'istituto della c.d. fiscalizzazione di cui all'art. 34 d.P.R. 380/2001, atteso che, ai sensi dell'art. 32, comma 3, d.P.R. 380/2001, gli interventi di cui al comma 1 della medesima disposizione (cioè quelli che si configurano ordinariamente variazioni essenziali), se effettuati su immobili sottoposti a vincolo paesaggistico ed ambientale, sono considerati in totale difformità dal permesso di costruire, ai sensi degli artt. 31 e 44 del medesimo d.P.R., e, dunque, sottoposti sempre a demolizione totale. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali e, quindi, ancora una volta passibili di demolizione totale ai sensi dell'art. 31, comma 2, d.P.R. 380/2001;

X e XI) con riguardo al decimo e all'undicesimo motivo di appello valga tutto quanto si è sopra illustrato in ordine all'esatta identificazione del bene da effettuarsi in sede di acquisizione dello stesso ove potrà utilmente considerarsi anche la posizione di eventuali proprietari estranei all'abuso.

7. - In ragione delle suesposte osservazioni i motivi di appello dedotti non si presentano fondati, il che conduce alla reiezione dell'appello proposto e alla conferma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sez. VII, 27 settembre 2014 n. 5107, con la quale sono stati respinti il ricorso introduttivo (R.g. n. 7079/2006) e quelli recanti motivi aggiunti proposti in primo grado. Nulla deve disporsi con riferimento alle spese del grado di appello stante la mancata costituzione del Comune di Sant'Agello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. R.g. 3543/2015), come indicato in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sez. VII, 27 settembre 2014 n. 5107, con la quale sono stati respinti il ricorso introduttivo (R.g. n. 7079/2006) e quelli recanti motivi aggiunti proposti in primo grado.

Nulla per le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Stefano Toschei

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO