

Pubblicato il 30/08/2023

N. 08049/2023REG.PROV.COLL.

N. 05105/2020 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 5105 del 2020, proposto da
OMISSIS;

contro

Comune di Aversa, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Giuseppe Nerone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Capo di Ferro;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Condominio OMISSIS;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione
Sesta) n. 4765/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Aversa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2023 il Cons. Giovanni Gallone e uditi per le parti gli avvocati OMISSIS;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. per la Campania – sede di Napoli OMISSIS (a cui è succeduto in corso di causa, in qualità di erede, OMISSIS) ha impugnato l'ordinanza di demolizione n. OMISSIS/2013 emessa dal Comune di Aversa in data 29 ottobre 2013 con la quale è stata ingiunta la demolizione delle opere edili (consistenti nella “realizzazione di una struttura in legno tipo gazebo con chiusura sul lato est effettuata con porte scorrevoli in vetro e alluminio, e su lato ovest poggiante sulla parete perimetrale del fabbricato. La struttura ha una forma di rettangolo irregolare delle dimensioni di circa metri 16,00 di lunghezza, una larghezza media di circa metri 4,80 ed un'altezza media di circa”) eseguite in assenza del permesso di costruire sul locale commerciale sito in Aversa in via OMISSIS.

1.1 A sostegno del ricorso di primo grado ha dedotto le censure così rubricate:

1) *Difetto di legittimazione passiva – Erroneità assoluta nei presupposti.*

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 - 7 della l. n. 07/08/90 n. 241 e dell'art. 10-31 del D.P.R. 380/01 – Violazione del giusto procedimento – Difetto assoluto di motivazione – Carenza di istruttoria – Mancanza assoluta dei presupposti – Eccesso di potere – Manifesta illogicità ed irrazionalità.*

1.2 Si è costituito in giudizio il Comune di Aversa chiedendo il rigetto del gravame.

2. Ad esito del relativo giudizio l'adito T.A.R. per la Campania - sede di Napoli, con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto il ricorso.

3. Con ricorso notificato il 3 giugno 2020 e depositato il 27 giugno 2020 OMISSIS ha proposto appello avverso la suddetta sentenza chiedendone la riforma con accoglimento del ricorso di primo grado e conseguente annullamento dell'ordinanza di demolizione. n. OMISSIS del 29 ottobre 2013 prot. 37720.

3.1 A sostegno dell'impugnazione ha dedotto le censure così rubricate:

1) Error in iudicando – Difetto di legittimazione passiva – Violazione e falsa applicazione dell'art. 3-7 della l. n. 241/90 e dell'art. 10-31 del d.P.R. 380/01 – Violazione del giusto procedimento – Difetto assoluto di motivazione – Carenza di istruttoria – Mancanza assoluta dei presupposti – Eccesso di potere – Manifesta illogicità ed irrazionalità.

4. Il 29 giugno 2020 si è costituito in giudizio il Comune di Aversa chiedendo la reiezione dell'appello.

5. Con atto di intervento ad opponendum depositato il 18 dicembre 2020 è intervenuto in giudizio il Condominio OMISSIS eccependo, in limine, l'inammissibilità del ricorso in appello in quanto l'appellante si sarebbe limitato a riproporre i medesimi motivi già articolati in primo grado senza specificare gli asseriti vizi che inficerebbero la sentenza oggetto di gravame e chiedendone, nel merito, la reiezione.

6. All'udienza pubblica del 20 luglio 2023 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. In disparte da ogni considerazione in ordine alla sua ammissibilità (che possono ritenersi assorbite), l'appello è infondato nel merito e deve essere respinto.

2. Con l'unico, articolato, motivo di appello parte appellante censura la pronuncia impugnata, anzitutto, nella parte in cui ha ritenuto non fondato il primo motivo del ricorso di primo grado a mezzo del quale è stata denunciata l'illegittimità della gravata ordinanza di demolizione per difetto di legittimazione della sua destinataria sig.ra OMISSIS, che all'epoca dell'adozione del provvedimento non sarebbe stata più proprietaria dell'immobile interessato dalle opere ritenute abusive.

Al riguardo l'appellante sostiene che giusta atto per notaio OMISSIS del 26 aprile 2013, Rep. n. OMISSIS, Racc. n. OMISSIS, registrato presso l'Agenzia delle Entrate di Caserta in data 14 maggio 2013 al n.OMISSIS, l'immobile era stato donato ad altro soggetto. La sig.ra OMISSIS non sarebbe stata, pertanto, proprietaria dell'immobile alla data della realizzazione del presunto abuso e ciò comporterebbe il difetto di legittimazione passiva della stessa.

2.1 La sentenza sarebbe erronea altresì nella parte in cui non ha ritenuto fondata la violazione degli artt. 3 e 7 della l. n. 241 del 1990 denunciata a mezzo del ricorso di primo grado.

Nel caso di specie la p.a. avrebbe mancato di dare comunicazione di avvio del procedimento e ciò avrebbe precluso a OMISSIS di intervenire e relazionarsi con l'Amministrazione attraverso eventuali controdeduzioni e osservazioni che avrebbero consentito di mettere in evidenza il proprio difetto di legittimazione passiva.

Nel caso di specie, l'Amministrazione non avrebbe, inoltre, esposto in modo sufficientemente esaustivo le motivazioni tese all'adozione del provvedimento, così impedendo a OMISSIS di poter agevolmente comprendere le ragioni che ne hanno determinato l'adozione.

2.3 L'appellante censura la pronuncia, altresì, nella parte in cui non ha ritenuto fondata la violazione dell'art. 31 D.P.R. n. 380 del 2001 in quanto non sussisterebbero i presupposti per disporre la demolizione dell'opera atteso che questa non necessitava di permesso di costruire.

La difesa dell'appellante sostiene che qualora l'appellante fosse stata posta nella condizione di intervenire nel procedimento avrebbe potuto evidenziare che trattasi di una struttura in legno con funzione di ombreggiatura, peraltro amovibile, che non giustificava il provvedimento sanzionatorio.

L'appellante sostiene che gli interventi subordinati a permesso di costruire, a mente del D.P.R. n. 380 del 2001, riguardano interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia tra cui rientrano interventi di nuova costruzione, ristrutturazione urbanistica e interventi di ristrutturazione edilizia che portano ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente.

Parte appellante sostiene, quindi, che l'opera oggetto del presente giudizio non rientrerebbe tra quelle per le quali sia necessario il permesso di costruire, ma, al più nell'ambito del regime della S.C.I.A. (se non C.I.L.A.) con la conseguenza che il provvedimento sanzionatorio adottato sarebbe, anche sotto tale profilo di merito, illegittimo.

2.4 Le doglianze in parola non colgono nel segno.

Anzitutto in merito al lamentato difetto di legittimazione passiva, occorre osservare come l'art. 31 del D.P.R. n. 380 del 2001 individua quale destinatario dell'ordinanza di demolizione, oltre al proprietario, anche il responsabile dell'abuso (così il suo comma 2, a mente del quale la P.A. "ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione").

È stato chiarito che, nel porre tale disciplina, il legislatore ha inteso individuare quale soggetto passivo della demolizione il soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 novembre 2022, n. 9511).

Costituisce, peraltro, *jus receptum* il principio secondo cui "il responsabile dell'abuso edilizio è sempre tenuto a risponderne, a nulla valendo la circostanza dell'avvenuta alienazione dell'immobile in cui il suddetto abuso è stato realizzato ai fini della configurazione di questo tipo di responsabilità" (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 giugno 2019, n. 4251).

Ne discende che, come correttamente statuito dal giudice di prime cure, nel caso di specie, con statuizione non specificamente censurata in appello che ripropone la censura avanzata in primo grado sulla scorta della mera presenza di un pregresso

atto di donazione l'intervenuto trasferimento della proprietà del manufatto non vale a minare la legittimità del provvedimento, che non qualifica espressamente la Damiano come proprietaria, (di talché ella può intendersi individuata come responsabile dell'abuso quale già residente nell'immobile) essendo stato questo correttamente indirizzato dall'amministrazione al soggetto che poteva comunque ritenersi responsabile dell'abuso (id est l'originaria ricorrente Damiano Rosa quale già residente nell'immobile). Rimane, peraltro, irrilevante, l'avvenuta donazione che non esclude affatto che l'abuso sia stato realizzato dalla destinataria dell'ordinanza e nulla prova sulla datazione del medesimo.

2.5 Parimenti priva di pregio è la censura con cui si è dedotta l'illegittimità dell'ordine di demolizione per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento ai sensi dell'art 7 l. n. 241 del 1990. L'ordinanza di demolizione costituisce, infatti, espressione di un potere vincolato e doveroso in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, rispetto al quale non è richiesto alcun apporto partecipativo del privato (cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 maggio 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"; Consiglio di Stato, Sez. II, 1 settembre 2021, n. 6181: "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").

In ogni caso, trattandosi di procedimento vincolato, troverebbe applicazione l'art 21-octies comma 2 l. n. 241 del 1990, posto che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato (tanto più che

l'apporto offerto dalla ricorrente in primo grado si sarebbe sostanziato, per stessa ammissione di parte appellante, nell'esporre il proprio asserito difetto di legittimazione passiva e la non necessarietà del preventivo rilascio di un permesso di costruire, aspetti invero non in grado di influire, come già detto e si osserverà in seguito, sul contenuto finale dispositivo dell'ordinanza di demolizione).

2.6 Con riferimento al vizio di motivazione la giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nell'affermare che 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, 7 giugno 2021, n. 4319). Ne consegue che non è necessario che l'amministrazione individui un interesse pubblico – diverso dalle mere esigenze di ripristino della legalità violata – idonee a giustificare l'ordine di demolizione (Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2022, n. 8808: “L'ordine di demolizione di manufatti abusivi non richiede una specifica motivazione sulla ricorrenza del concreto interesse pubblico alla loro rimozione, essendo la relativa ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato già compiuta, a monte, dal legislatore.”; Consiglio di Stato, Sez. II, 11 gennaio 2023, n.360: “L'ordine di demolizione è atto vincolato e non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione”).

Tali principi sono stati da ultimo ribaditi dal Consiglio di Stato, sez. II, sentenza dell'11 gennaio 2023, n. 360 che ha affermato che “l'ordine di demolizione è atto vincolato e non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione; né vi è un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione

di fatto abusiva che il mero decorso del tempo non sana, e l'interessato non può dolersi del fatto che l'amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi”.

2.7 Non merita accoglimento neppure la censura con cui parte appellante ritiene che l'opera realizzata non rientri fra quelle per le quali è necessario il previo ottenimento di un permesso di costruire.

La giurisprudenza ormai prevalente, anche di questa Sezione, ritiene, infatti, “che per «gazebo» si intende, nella sua configurazione tipica, una struttura leggera, non aderente ad altro immobile, coperta nella parte superiore ed aperta ai lati, realizzata con una struttura portante in ferro battuto, in alluminio o in legno strutturale, talvolta chiuso ai lati da tende facilmente rimuovibili” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 giugno 2023, n. 6263; in termini anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3393 che ha circoscritto la nozione di "manufatti leggeri" annoverabili nell'area dell'edilizia libera facendovi rientrare esclusivamente tende o gazebo che non abbiano autonomia funzionale e non realizzino uno spazio chiuso stabile).

Non risponde, per contro, a siffatte caratteristiche l'intervento *de quo* che, avendo portato alla realizzazione di una struttura chiusa tanto sul lato ovest (in quanto poggia sulla parete perimetrale del fabbricato) quanto su quello est (da porte scorrevoli e in alluminio), risultava assoggettato al previo rilascio di un permesso di costruire.

6. Per le ragioni sopra esposte l'appello è infondato nel merito e va respinto.

7. Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono ex artt. 91 c.p.c. e 26 c.p.a., la
soccombenza e sono da porre integralmente a carico di parte appellante e a favore dell'appellato

Comune di Aversa e dell'interveniente *ad opponendum* Condominio “OMISSIS”.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, a titolo di spese processuali, della somma complessiva di € 4.000,00 (quattromila/00) oltre gli accessori di legge in misura della metà ciascuno in favore del Comune di Aversa, in persona del Sindaco pro tempore, e del Condominio "OMISSIS", in persona del legale rappresentante pro tempore.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Gallone

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO