

N. 02395/2025REG.PROV.COLL.

N. 09366/2024 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9366 del 2024, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Calderaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Spezzano Albanese, via Nazionale Nr.298;

contro

Comune di Terranova Da Sibari, Commissario Ad Acta -OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Candiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2025 il Pres. Oberdan Forlenza e udito per parte appellante l'avvocato Francesco Calderaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello in esame, il signor -OMISSIS- impugna la sentenza del TAR per la Calabria, sez. II, 31 ottobre 2024 n. 1546, con la quale è stato rigettato il reclamo avverso il provvedimento del Commissario ad acta 31 gennaio 2024 n. 1, avente ad oggetto l'acquisizione al patrimonio comunale di opere edilizie abusive, a seguito di inottemperanza all'ordinanza di demolizione 14 novembre 2018 n. 44.

La presente controversia trova il proprio antefatto nel ricorso proposto dalla signora -OMISSIS- per ottenere l'ottemperanza della sentenza del medesimo TAR Calabria 21 novembre 2015 n. 1650, di annullamento dei titoli edilizi rilasciati dal Comune di Terranova di Sibari in favore del signor -OMISSIS-.

Nelle more di tale giudizio, il predetto Comune emanava l'ordinanza di demolizione n. 44/2018, il che determinava una pronuncia di cessazione della materia del contendere nell'instaurato giudizio di ottemperanza.

Al contempo, l'ordinanza di demolizione veniva impugnata dal sig. -OMISSIS-, ma tale ricorso veniva respinto con sentenza 20 febbraio 2019 dal Tar Calabria.

Poiché, pur dopo l'adozione dell'ordinanza n. 44/2018, il Comune rimaneva inerte, la signora -OMISSIS- proponeva un nuovo ricorso per l'ottemperanza della già citata sentenza n. 1650/2015.

Con sentenza -OMISSIS- il ricorso era accolto, disponendosi l'obbligo di procedere alla demolizione dell'immobile del sig.-OMISSIS-; che la demolizione intervenisse entro il termine di 40 giorni, con contestuale nomina di commissario ad acta per il caso di inottemperanza.

Dopo talune vicende (anche relative alla sostituzione del Commissario), quest'ultimo adottava il decreto 31 gennaio 2024 n. 1, con il quale disponeva l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale del fabbricato e della relativa area di sedime (fl. 26, mapp. n. 1050, di mq. 196).

Avverso tale decreto il signor-OMISSIS- proponeva reclamo, deciso con la sentenza oggetto di impugnazione nella presente sede, che afferma in particolare:

- non sussiste il vizio di violazione dell'obbligo di previo invio della comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di atto emesso nell'ambito di un giudizio di ottemperanza e, comunque, afferente ad un procedimento volto all'adozione di misure repressive di abusi edilizi;
- non sussiste un "affidamento ingenerato in considerazione del lungo tempo trascorso dalla realizzazione dell'abuso nell'inerzia dell'amministrazione comunale preposta alla sua repressione", posto che "in presenza di opere abusive non risulta configurabile alcun legittimo affidamento in capo al suo autore e che dall'inerzia dell'amministrazione comunale non può derivare alcun effetto";
- la cd. "fiscalizzazione dell'abuso", ex art. 38 DPR n. 380/2001, trova applicazione solamente in presenza di vizi formali;

- non sussiste l'illegittimità del decreto di acquisizione per mancata notifica agli ulteriori proprietari dell'area di sedime del fabbricato "in quanto tale questione riguarda l'ordinanza di demolizione . . . e doveva essere fatta valere in sede di impugnazione della stessa, respinta con sentenza dell'intestato Tribunale n. 338/2019, così che risulta coperto il dedotto ed il deducibile";
- non trova ragioni di applicazione nel caso di specie quanto previsto dall'art. 42bis DPR n. 327/2001;
- non sussiste alcuna imprecisione nella indicazione degli immobili da acquisire.

2. Avverso tale sentenza vengono proposti i seguenti motivi di appello:

error in iudicando; erroneità per intrinseca illogicità della motivazione; violazione e falsa applicazione artt. 38 ss. e art. 31 DPR n. 380/2001; eccesso di potere; ciò in quanto:

- a) "non viene considerato che la difformità è parziale, poiché costruita in epoca con un permesso di costruzione valido" e che i vizi dell'opera "in concreto non possono essere rimossi, poiché l'immobile è costruito in parte in aderenza con un muro di contenimento in cemento armato alla strada provinciale, ad un livello inferiore rispetto alla sede stradale"; ciò consente l'applicazione del regime di fiscalizzazione dell'abuso edilizio, anche tutelando in tal modo il legittimo affidamento nella legittimità del titolo rilasciato;
- b) occorre valutare, ai fini dell'acquisizione sanante, se l'art. 31, co. 4-bis, DPR n. 380/2001 "sanzioni l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva...se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti; "se la sanzione.....possa essere irrogata nei confronti di

soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della l. n. 164/2014”;

c) anche a voler prescindere dalla sussistenza (o meno) dell'obbligo di invio della comunicazione di avvio del procedimento, il commissario ad acta “doveva in primo luogo garantire i diritti del terzo che mai è stato notiziato degli atti che hanno costituito il fatto storico e . . . aveva il compito di verificare preliminarmente nella consequenzialità degli atti se vi era stata una omissione”; con ciò garantendo anche “il principio eurounitario di stabilità e certezza delle posizioni giuridiche e il principio di buona amministrazione”.

3. Si è costituita in giudizio la signora -OMISSIS-, che – previa eccezione di inammissibilità di taluni profili dei motivi di impugnazione sia perché nuovi sia perché ripropositivi di aspetti coperti da giudicato - ha concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

All'udienza in camera di consiglio del 14 gennaio 2025, sussistendo i presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., il Collegio ha trattenuto la causa in decisione per il merito.

DIRITTO

4. L'appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto, il che consente di prescindere dall'esame delle prospettate eccezioni di inammissibilità (anche sotto il profilo, rilevabile di ufficio, di cui all'art. 40, co. 1, lett. d) c.p.a.).

5. E', innanzi tutto, infondato il motivo riportato sub c) dell'esposizione in fatto (esaminato per primo stante la sua priorità logico-giuridica), con il quale: da un lato viene evocata la violazione dell'obbligo di invio della comunicazione di avvio del procedimento; dall'altro lato, viene assunto, quale motivo di illegittimità del decreto del Commissario ad acta, il non aver esaminato se l'ignoranza dell'ordinanza di demolizione a suo tempo emanata costituisca un'illegittimità presupposta e come

tale viziante l'atto oggetto di reclamo e ancora se lo stesso sia illegittimo per sua omessa notifica ai predetti ulteriori comproprietari.

Il Collegio – nell'osservare che tale pluralità di questioni, desunta dal motivo innanzi riportato sub lett. c) si presta a considerazioni, quanto alla specificità del motivo stesso, ai sensi del già richiamato art. 40, co. 1, lett. d) c.p.a. – lo ritiene comunque infondato.

Giova, innanzi tutto precisare che il dovere di invio della comunicazione di avvio del procedimento, previsto dall'art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, attiene alla instaurazione di un procedimento amministrativo, al fine di garantire la partecipazione al medesimo del soggetto nella cui sfera giuridica esplicherà effetti l'atto impugnato nonché di eventuali soggetti controinteressati.

5.1. Come ha già condivisibilmente rilevato la sentenza impugnata, il provvedimento contro il quale è stato proposto tale motivo di gravame, costituisce atto emesso dal Commissario ad acta, ausiliario del giudice, al fine di dare esecuzione ad una sentenza passata in giudicato.

Si verte, cioè, non già nell'ambito di un procedimento amministrativo avviato da una pubblica amministrazione di ufficio o su istanza di parte (artt. 2 e 7 l. n. 241/1990 cit.), bensì di una procedura e di atti assunti nell'ambito (processuale) proprio del giudizio di ottemperanza, per i quali non possono trovare applicazione le distinte disposizioni dettate in tema di procedimento amministrativo.

Come ha affermato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 maggio 2021 n. 8, "il commissario ad acta è solo ed esclusivamente ausiliario del giudice" e il suo potere "nella adozione di atti e provvedimenti trova il proprio fondamento genetico nella decisione del giudice . . . e la propria giustificazione sul piano funzionale nella necessità di assicurare pienezza ed effettività alla tutela

giurisdizionale già riconosciuta alla situazione soggettiva per la quale si è agito in giudizio”.

In questo contesto, “il potere esercitato dal Commissario ad acta, ancorché concretizzantesi in atti non dissimili da quelli che avrebbe dovuto adottare l’amministrazione, è un potere distinto, sul piano genetico e funzionale, da quello di cui l’amministrazione è titolare”. E “la natura e il contenuto degli specifici atti adottati dal Commissario ad acta (e che non differiscono da quelli che l’amministrazione avrebbe dovuto adottare) dipendono dal contenuto prescrittivo della decisione del giudice”.

Alla luce di quanto esposto, non può che affermarsi l’estraneità delle norme in tema di partecipazione procedimentale agli atti adottati dal Commissario ad acta ed alla procedura nella quale essi si iscrivono.

Ciò non significa che, ai fini di quanto occorre attuare (atti, provvedimenti) per l’ottemperanza al giudicato (e in ipotesi a questo rese analoghe dalla disciplina processuale), il Commissario ad acta non possa istaurare, ove ritenuti occorrenti, momenti partecipativi e di confronto, sia in quanto eventualmente indicati dal Giudice, sia in quanto dallo stesso Commissario ritenuti opportuni e/o necessari al fine della sua opera di ausiliario (si pensi, in particolare, al caso in cui occorre provvedere dopo la mera declaratoria di illegittimità di un silenzio inadempimento serbato dall’amministrazione).

Ma tali evenienze restano comunque coerenti con il momento genetico e la funzionalizzazione dell’attività del commissario ad acta (e trovano il proprio riscontro nelle disposizioni regolanti il giudizio di ottemperanza), e non sono affatto riconducibili alla disciplina generale del procedimento amministrativo.

In definitiva, l'invio di comunicazione di avvio del procedimento non costituisce un dovere per il Commissario ad acta né, di conseguenza, la sua omissione comporta violazione dell'art. 7 l. n. 241/1990.

5.2. Nel caso di specie, peraltro, ove anche volesse evocarsi la violazione del dovere di invio della comunicazione di avvio del procedimento ad ulteriori soggetti cointeressati (o controinteressati), occorre osservare che tale (presunta) violazione non assurgerebbe comunque a vizio del provvedimento deducibile dal soggetto che la invoca, alla luce di quanto previsto dall'art. 8, co. 4, l. n. 241/1990, secondo il quale "l'omissione di taluna delle comunicazioni prescritte può essere fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista".

5.3. Quanto all'ipotesi di provvedimento adottato dal Commissario ad acta nell'ambito della repressione degli illeciti edilizi, occorre affermare, sul piano generale, che l'omessa notifica del medesimo a tutti i proprietari dell'immobile abusivamente realizzato e/o del suolo dove esso sorge (che si tratti di ordinanza di demolizione ovvero di provvedimento di acquisizione per omessa ottemperanza a tale ordine) non influisce sulla legittimità del provvedimento stesso, ma solo sulle condizioni della sua efficacia nei confronti dei soggetti che avrebbero dovuto esserne destinatari.

D'altra parte, tale (presunto) vizio di legittimità non potrebbe essere proposto dal soggetto che, invece, ha ricevuto la notificazione dell'atto, per il quale quest'ultimo esplica tutta la propria efficacia.

6. Anche il primo motivo di appello è infondato.

Occorre, innanzi tutto, ricordare che questa Sezione, con sentenza 8 gennaio 2024 n. 277 (anche sulla scorta di quanto enunciato dall'Adunanza Plenaria con sentenza 7 settembre 2020 n. 17) ha già avuto modo di affermare che:

“La natura dell'impossibilità, in quanto riferita ad aspetti di ordine tecnico-costruttivo, esclude che essa possa essere rinvenuta nella temporanea indisponibilità dell'ente alla demolizione di ufficio (per ragioni finanziarie o altro), tenuto altresì conto della acquisizione conseguente all'inottemperanza alla disposta demolizione.

Né essa può essere ravvisata nella circostanza che, per effetto della demolizione, si provocherebbe danno o pregiudizio alla restante costruzione di proprietà dell'autore dell'illecito (preesistente o legittimamente assentita) o a quella di terzi.

Difatti, la commissione dell'illecito non esclude, per principio generale, che l'autore si faccia carico di tutte le conseguenze della propria condotta, ivi compresi i pregiudizi arrecati alla sua stessa res (o a quella altrui) per effetto della doverosa attività di restituzione in pristino.

Posto che risulta difficile ipotizzare una attività di demolizione che non comporti danni o pregiudizi, anche minimi, alla costruzione preesistente o legittimamente assentita (mentre nel caso di immobile totalmente abusivo è, in linea di massima, da escludere l'impossibilità di demolizione), rinvenire l'impossibilità di demolizione nel mero danno così arrecato finisce per costituire, in pratica, un sostanziale aggiramento della regola che vede nella riduzione in pristino la ordinaria sanzione dell'abuso edilizio, così finendo con il “legittimare” un abuso e, tramite la fiscalizzazione – costituire, anche in questo caso, una sorta di “condono a titolo oneroso”.

L'impossibilità di restituzione in pristino deve, quindi, essere individuata nei soli (eventuali) casi in cui la demolizione risulti tecnicamente impossibile (e ciò – si ribadisce – è difficile che riguardi immobili totalmente abusivi), ovvero laddove la stessa esponga a pericolo, non altrimenti ovviabile, la pubblica o privata incolumità; ovvero ancora nei casi in cui la demolizione comporti danni ingenti a terzi ed il

risarcimento di questi risulti eccessivamente oneroso (argomentando dall'art. 2058 cod. civ.).

Tali ipotesi, come previsto dall'art. 38, devono essere oggetto di una “motivata valutazione” dell'amministrazione, che non esclude, anzi postula, preventivi ed accurati accertamenti tecnici”.

Tanto ricordato sul piano generale, occorre altresì osservare che il ricorso alla cd. “fiscalizzazione dell'abuso” deve emergere dalla concreta e constatata impossibilità di demolizione, nei sensi innanzi precisati dalla giurisprudenza. Nel caso di specie, per un verso tale ipotesi non poteva né doveva essere vagliata di ufficio dal Commissario ad acta, tenuto esclusivamente a dare esecuzione della sentenza n. - OMISSIS- del TAR Calabria; né, per altro verso, l'appellante risulta aver rappresentato al Comune o al Commissario ad acta l'impossibilità della demolizione. E comunque tale impossibilità – nei ristretti termini indicati dalla giurisprudenza ivi citata – non risulta (né vi è deduzione sul punto) essere stata in alcun modo accertata. 6. Infine, è infondato anche il secondo motivo di appello (riportato sub lett. b) dell'esposizione in fatto).

L'art. 31, co. 3, DPR n. 380/2001 prevede che “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”.

Come è noto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 11 ottobre 2023 n. 16, ha affermato come nel caso di accertamento negativo (cioè di inottemperanza all'ordine di demolizione emanato) “l'Amministrazione rileva che vi è stata l'acquisizione ex lege al patrimonio comunale”, nel senso che “alla scadenza

del termine di novanta giorni, l'Amministrazione è dunque ipso iure proprietaria del bene abusivo ed il responsabile non è più legittimato a proporre l'istanza di accertamento di conformità".

A fronte di ciò, che costituisce l'antefatto produttivo di effetti giuridici rispetto al quale l'atto del Commissario ad acta svolge funzioni di accertamento ex art. 31 DPR n. 380/2001, non appaiono produttive di diverse ed utili considerazioni le argomentazioni, sviluppate in ricorso, sul se l'art. 31, co. 4-bis, DPR n. 380/2001 "sanzioni l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva...se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti".

Quanto alle conseguenze dell'atto su eventuali diritti dominicali di terzi, queste ultime possono eventualmente attenersi a posizioni giuridiche diverse da quella di cui l'appellante è titolare, di modo che questi difetta, in ordine ad esse, di legittimazione ed interesse ad agire.

7. Per tutte le ragioni sin qui esposte, l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Le spese del presente grado di giudizio non sono dovute nei confronti del Comune di Terranova da Sibari non costituito.

Le stesse, invece, seguono la soccombenza e vanno liquidate – esclusa la responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c. - come in dispositivo, nei confronti dell'appellata costituita, con distrazione delle stesse in favore del suo difensore, dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello proposto da--OMISSIS- (n. 9366/2024 r.g.), lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento in favore della costituita --OMISSIS- delle spese ed onorari del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi Euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge, e ne dispone la distrazione in favore del difensore della medesima, dichiaratosi antistatario.

Nulla per le spese nei confronti del Comune di Terranova da Sibari.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità delle parti, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente, Estensore

Francesco Frigida, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Giancarlo Carmelo Pezzuto, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

LAVORI PUBBLICI