

Publicato il 12/04/2024

N. 03347/2024REG.PROV.COLL.  
N. 08342/2021 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 8342 del 2021, proposto da

rappresentato e difeso dall'avvocato \_\_\_\_\_,

con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Marigliano, non costituito in giudizio;

, rappresentato e difeso dagli avvocati \_\_\_\_\_,

, 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. 3840/2021, resa tra le parti, concernente ricorso per l'annullamento dell'ordinanza n. 230 del 27.07.2020 notificata il 10.08.2020, con cui si ordinava al sig. \_\_\_\_\_, nella qualità di proprietario ed esecutore dei lavori abusivi di cui in parte motiva di predetta ordinanza, la messa in pristino dello stato originario dei luoghi mediante demolizione delle opere abusive descritte.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di \_\_\_\_\_;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2024 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino.

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Campania l'odierno appellante invocava l'annullamento dell'ordinanza n. 230 del 27 luglio 2020 con cui il Comune di Marigliano ordinava la messa in pristino dello stato originario dei luoghi mediante la demolizione delle opere abusive allo stesso appartenenti stante l'assenza dei titoli abilitativi necessari.

2. Il ricorso di primo grado veniva affidato alle seguenti censure: i) violazione dell'art. 7 e dell'art. 10 *bis*, l. 241/90 – difetto di partecipazione dell'interessato – violazione art. 24 Cost; ii) violazione del principio di irretroattività delle leggi – costruzione ante 1967 – inesistenza obbligo licenza edilizia.

3. Con la sentenza impugnata il Tar adito rigettava il ricorso.

4. Appella la sentenza l'originario ricorrente.

4.1. Con il primo motivo l'appellante lamenta l'*error in iudicando* per violazione dell'art. 7 e dell'art. 10 *bis* L. n. 241/90 in combinato disposto col diritto di difesa ex art. 24 Cost, per non aver presenziato al sopralluogo effettuato dall'Amministrazione Comunale in sede di accertamento di abusi edilizi, per non aver avuto mai contezza dei procedimento sfavorevoli avviati nei suoi confronti e per non esser stato l'autore materiale di alcuna opera sull'immobile di cui è causa.

4.2. Con il secondo motivo rubricato "*error in iudicando – omessa e contraddittoria motivazione sulla costruzione esistente già a far data dal 1949 e sulla nozione di centro urbano*" l'appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ha,

dapprima, obliterato le deduzioni difensive circa la costruzione ante 1942 (circostanza che sarebbe provata dall'atto di divisione del 05.09.1949, rep. n. 8701, per notar Dott. Erbani, tra i sigg. - -

(fu Pietro Michelangelo) e, poi, qualificato l'area in esame alla stregua di un "agglomerato urbano/residenziale".

5. L'amministrazione intimata non si è costituita in giudizio.

5.1. Il signor \_\_\_\_\_ è intervenuto *ad opponendum* per il rigetto del gravame, argomentando circa la sua infondatezza.

In rito, l'interventore eccepisce la sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione dell'odierno gravame, stante la volontà dell'appellante di procedere all'abbattimento dell'immobile di cui all'Ordinanza n. 230/20 (giusta comunicazione all'Ente, cfr. doc. nn. 1 e 2 depositati in data 15 febbraio 2024). Tale circostanza assurgerebbe a "rinuncia impropria all'appello" in ossequio a quanto disposto dall'art. 84 c. 4 c.p.a.

6. Con memoria di replica del 14 marzo 2024 l'appellante eccepisce la carenza di interesse in capo al signor \_\_\_\_\_ ad intervenire nel presente giudizio non essendo la *vicinitas* elemento sufficiente. Insiste nelle proprie conclusioni e sostiene di avere interesse alla definizione del presente contenzioso sia pure sotto il profilo dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ai fini della successiva possibilità di avanzare domanda di risarcimento del danno.

6. All'udienza pubblica del 4 aprile 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L'eccezione spiegata dall'appellante in relazione all'intervento *ad opponendum* del signor \_\_\_\_\_ è infondata, dal momento che ai fini dell'ammissibilità dell'intervento *ad opponendum* nel processo amministrativo è sufficiente la titolarità di un interesse che abbia un suo rilievo giuridico, che valga, comunque, a differenziarlo dalla generalità dei consociati. Pertanto, basta che l'interveniente possa vantare un interesse di fatto, dipendente da quello azionato in via principale o a esso accessorio, ovvero sotteso al

mantenimento dei provvedimenti impugnati, che gli consenta di ritrarre un vantaggio indiretto e riflesso dalla reiezione del ricorso. Nella fattispecie l'interventore è proprietario confinante con l'immobile sito in Marigliano (NA) alla via San Marcellino - strada nella quale, tra l'altro, lo stesso risiede – interessato dall'ordinanza demolitoria n. 230 del 27.7.2020, impugnata in primo grado. Da ciò deriva in capo a quest'ultimo la titolarità di un interesse differenziato che ne legittima l'intervento in giudizio, poiché le opere abusive in questione hanno un impatto significativo anche sulla proprietà dell'interventore.

8. Nel merito l'appello è infondato e ciò consente di non esaminare l'eccezione di sopravvenuto difetto di interesse spiegata dall'odierno interventore.

8.1. Quanto al primo motivo di appello deve osservarsi che la censura relativa all'illegittimità dell'ordine di demolizione per assenza della comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art 7 l. 241/90 non ha pregio. 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, 11/05/2022, 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, 01/09/2021, 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* co. 2 l. 241/90, posto che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato. Il principio di

diritto riportato non è suscettibile di deroghe, non avendo la difesa di parte appellante specificato oltretutto quali elementi avrebbe voluto introdurre nel procedimento, al fine di mutare l'esito dell'ordinanza impugnata.

Quanto, invece, alla mancata comunicazione del preavviso di rigetto, con la quale si assume il mancato rispetto delle garanzie procedurali, non avendo il Comune comunicato alla parte odierna appellante il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990 secondo costante indirizzo giurisprudenziale di questa Sezione, l'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce manifestazione di attività amministrativa doverosa, con la conseguenza che i relativi provvedimenti, quali l'ordinanza di demolizione, costituiscono atti vincolati per la cui adozione non è necessario l'invio del preavviso di rigetto, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto (Consiglio di Stato, Sez. VI, 29.11.2012, n. 6071). Ma, prima ancora, il preavviso di rigetto è previsto solo per i procedimenti attivati ad istanza di parte e tra questi non rientra quello che ha dato origine al provvedimento impugnato.

8.2. In ordine al secondo motivo di appello con esso si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto, avendo riguardo alla documentazione prodotta in giudizio, che la parte privata avesse assolto all'onere probatorio relativo alla data di realizzazione del manufatto. Occorre osservare che l'obbligo del rilascio della licenza edilizia per le costruzioni realizzate anche al di fuori del perimetro del centro urbano è stato introdotto dall'art. 10 della legge 6 agosto 1967, n. 765, che ha modificato l'art. 31 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. Prima del 1967 non era necessario munirsi di un previo titolo abilitativo, se non all'interno del centro abitato. La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che l'onere di dimostrare che le opere realizzate rientrino *"fra quelle per cui non era richiesto un titolo ratione temporis, perché realizzate legittimamente senza titolo, incombe sul privato a ciò interessato, unico soggetto ad essere nella disponibilità di documenti e di elementi di prova, in grado di dimostrare con ragionevole certezza l'epoca di realizzazione del manufatto"* (Cons. Stato,

sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8475; Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2018 n. 1391).

Tale prova può essere data anche per presunzioni che devono essere precise gravi e concordanti (Consiglio di Stato, Sez. VI, 27.01.2022 n. 570). Dagli indizi prodotti della parte privata, valutati complessivamente, non vi sono elementi che militano nel senso indicato dall'appellante. Innanzitutto, dall'esame degli atti prodotti nel presente giudizio risulta che l'immobile non si trova al di fuori dalla perimetrazione del centro abitato. Ciò in quanto dalla foto aerea dell'Istituto Geografico Militare (datata 1964), dal testamento del 1973 e dai rilievi catastali (datati 1982), come correttamente rilevato dal primo giudice, emerge che il manufatto oggetto del presente gravame era già all'epoca della sua costruzione qualificabile come un agglomerato urbano/residenziale, in ragione degli elementi fattuali desumibili dagli atti di causa.

Da ciò deriva che non assume alcun rilievo la circostanza della collocazione temporale ante 1967 delle opere abusive in questione, non avendo in ogni caso fornito l'appellante la dimostrazione che le stesse sarebbero state realizzate prima del 1942.

9. L'appello in esame deve, quindi, essere respinto. Le spese possono essere compensate in ragione della complessità in fatto delle vicende trattate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Luigi Massimiliano Tarantino**

**IL PRESIDENTE**

**Hadrian Simonetti**

**IL SEGRETARIO**