



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 r.g.a.n. 7785/2012, proposto da:
Aiello Giuseppe ed Aiello Francesco, entrambi rappresentati e difesi dall'avvocato Antonella Anselmo, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, corso di Francia, 197;

contro

il Comune di Carlopoli, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

Giovanni Greco, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Di Gregorio ed Antonella Puoti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Di Gregorio, in Roma, via Isonzo, 42/A;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Calabria, Catanzaro, sezione I, n. 457/2012, resa tra le parti e concernente la demolizione di opere edilizie abusive.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati, con tutti gli atti ed i documenti di causa.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Giovanni Greco.

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2013, il Consigliere Silvia La Guardia ed uditi, per le parti, gli avvocati Antonella Anselmo e Luca Di Gregorio.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ordinanza n. 11 del 2 luglio 2009 il Comune di Carlopoli ordinava ad Aiello Giuseppe ed Aiello Francesco la demolizione del piano seminterrato e del secondo piano di un fabbricato sito in via Nazionale, composto da un piano seminterrato e tre piani fuori terra, dopo aver evidenziato la circostanza che in relazione al fabbricato, realizzato in totale difformità dalla concessione edilizia a suo tempo rilasciata e del quale era stata ordinata la demolizione con ordinanza n. 9 del 1989, era poi stata ottenuta concessione in sanatoria relativamente alle unità immobiliari poste al piano terra ed al piano primo, considerato che *“per la rimanente unità immobiliare n. 3, posta al secondo piano di detto fabbricato, nonché per il piano seminterrato, non è stata presentata alcuna pratica di condono edilizio né sono state rilasciate concessioni di varianti in sanatoria, [onde] queste devono ritenersi abusive”*, oltre che *“contrastanti con le norme urbanistiche previste per l'area in argomento”*.

2.- Il provvedimento veniva impugnato dai destinatari, i quali, dopo aver esposto che i coniugi Aiello Giuseppe e Scalzo Maria (deceduta) avevano ottenuto una concessione edilizia n. 102/1988 e successiva concessione in variante, come da comunicazione comunale del 26 novembre 1988 prot. n. 2066/88, e che dopo l'ingiunzione di demolizione n. 9 del 1989 i germani Aiello Domenico e Francesco, figli dei coniugi Aiello-Scalzo, avevano chiesto ed ottenuto provvedimenti di condono, avevano denunciato l'illegittimità del provvedimento per violazione di

legge ed eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti e carenza di motivazione.

I medesimi lamentavano, in sintesi: a) la mancata considerazione della concessione in variante del novembre 1988; b) il superamento, a seguito di condono, dell'ordinanza di demolizione del 1989 e così l'irrilevanza della sentenza del T.a.r. Calabria n. 735/1999, che aveva respinto il ricorso proposto avverso tale atto sanzionatorio; c) la mancanza di un rinnovato esame a seguito del condono e così della legalizzazione dell'opera; d) l'omessa comunicazione *ex art. 7*, legge n. 241/1990; e) la mancata contestazione di abusi tali da giustificare il richiamo all'art. 31, d.P.R. n. 380/2001, e contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità, anche in relazione al mancato annullamento dei titoli concessori già rilasciati (concessione n. 102/1988 e comunicazione di accoglimento del progetto di variante); f) la mancata valutazione dell'attualità dell'interesse pubblico alla demolizione, in relazione al lasso di tempo intercorso ed al legittimo affidamento degli interessati; g) l'omessa valutazione degli aspetti tecnici e funzionali scaturenti dall'eventuale demolizione, tale da compromettere l'intera struttura, e così della applicabilità, in via alternativa, della sanzione pecuniaria.

L'adito Tribunale amministrativo regionale per la Calabria respingeva il ricorso, con sentenza n. 457/2012, in particolare ritenendo che: - non sarebbe intervenuto il provvedimento conclusivo di rilascio della richiesta concessione in variante, tale non potendosi considerare la nota invocata dai ricorrenti, tanto che i coniugi Aiello-Scalzo avrebbero presentato in data 4 dicembre 1989 una nuova domanda di variante in sanatoria, respinta dal comune con atto non impugnato; - il condono ottenuto sarebbe stata solo parziale e riferito ai piani terra e primo; - l'ordinanza di demolizione n. 9/1989, passata indenne al vaglio giurisdizionale, non sarebbe stata "travolta" dal successivo condono, mai rilasciato per l'intero edificio; - non si sarebbero riscontrati vizi procedurali o di motivazione.

3.- Con il presente appello, gli Aiello riproponevano le contestazioni sollevate in primo grado e contestavano l'erroneità delle valutazioni in fatto e diritto che avevano condotto al suo esito sfavorevole.

La domanda di riforma della sentenza veniva affidata a motivi sintetizzabili nelle seguenti tesi:

I) erronea valutazione dei documenti contenuti nel fascicolo processuale, dovendosi dare rilievo, nel senso sostenuto dagli odierni appellanti, alla comunicazione comunale di data 26 novembre 1988 prot. n. 2066 ed alla presentazione della documentazione ivi richiesta, in particolare, del nulla osta dell'Ufficio del Genio civile per le opere in zona sismica e dell'autorizzazione dell'A.n.a.s.; inoltre, la semplice comunicazione del parere espresso dalla Commissione edilizia sarebbe equivalso, vigendo allora l'istituto del silenzio-assenso, a concessione edilizia implicita, riguardo alla quale si sarebbe comunque formato un affidamento, mentre nessuna valenza "confessoria" avrebbe potuto annettersi alla successiva presentazione di richiesta di variante in sanatoria *ex art.* 13, legge n. 47/1985;

II) l'ordinanza di demolizione n. 9/1989 non avrebbe potuto conservare alcuna efficacia e/o attualità a seguito dell'intervento di condono in relazione alle volumetrie in eccesso ed il T.a.r. non avrebbe motivato adeguatamente circa le ragioni in base alle quali il seminterrato ed il secondo piano non si sarebbero ricompresi nei condoni già rilasciati né tenuto conto, almeno quale principio di prova, della sentenza emessa in sede penale dal Pretore di Lamezia Terme per estinzione di illeciti riferibili all'intero fabbricato, scaturente dai medesimi accertamenti d'irregolarità edilizia;

III) l'opera a seguito del condono sarebbe risultata interamente legalizzata ed in ogni caso gli accertamenti tecnici del 1989 sarebbero stati superati e si sarebbe resa necessaria, proprio in relazione all'intervenuto condono ed ai precedenti titoli, la

rinnovazione di un adeguato accertamento tecnico per l'esatta individuazione e descrizione dell'asserito abuso; tra l'altro, non sarebbe stato considerato che gli strumenti urbanistici vigenti *ratione temporis* non avrebbero permesso di computare i seminterrati quali volumetrie e che, in relazione al secondo piano, il comune nulla avrebbe opposto alla d.i.a. prot. 1513 del 27 maggio 1996, per il completamento di tale unità immobiliare;

IV) il T.a.r. non avrebbe tenuto conto della valenza di "secondo grado" o di autotutela dell'ordinanza di demolizione n. 11/2009, comportante ritiro implicito degli atti favorevoli già emanati, implicante come necessaria la previa comunicazione dell'avvio del procedimento;

V) anche ad ammettere che l'opera non sarebbe stata interamente legalizzata, non vi sarebbero state irregolarità definibili quale difformità totale, ai sensi dell'art. 31, d.P.R. n. 380/2001, pertanto falsamente applicato, attesa la poco consistente discrasia tra quanto realizzato ed il progetto di variante cui avrebbero riferimento i rapporti di servizio n. 79 e 80 del 1989; sarebbe stato infatti sproporzionato definire abusiva qualunque modesta variazione;

VI) insussistenza di un interesse pubblico attuale alla demolizione, in considerazione anche del legittimo affidamento determinatosi in capo agli interessati, e carenza di motivazione sotto tale specifico profilo;

VII) mancata ponderazione degli effetti dell'eventuale demolizione delle porzioni in questione sul resto dell'edificio e circa l'applicabilità della sanzione pecuniaria alternativa.

Il Comune di Carlopoli, ritualmente intimato, non si costituiva.

Si costituiva invece in giudizio Giovanni Greco, interveniente *ad opponendum* in primo grado, che eccepiva l'inammissibilità dell'appello, perché non notificatogli, e ne contestava la fondatezza con diffuse argomentazioni.

Replicavano gli appellanti che la notificazione sarebbe stata indirizzata al domicilio indicato in sentenza, comunque invocando l'errore scusabile, ed affermavano l'inammissibilità dell'intervento del dott. Greco, in quanto volto ad ampliare il *petitum* sostanziale, di fatto contestando la pretesa illegittimità della concessione edilizia a suo tempo rilasciata ai coniugi Aiello e Scalzo, quanto a destinazione e volumetria e con riferimento alla mancanza di piano attuativo; essi insistevano per l'accoglimento dell'appello, le cui argomentazioni avevano ulteriormente illustrato in precedente memoria.

La causa veniva posta in decisione all'udienza del 7 maggio 2013.

4.- Vanno preliminarmente disattese le eccezioni d'inammissibilità dell'appello e dell'intervento di Giovanni Greco.

L'impugnazione, ai sensi del secondo comma dell'art. 95, cod. proc. amm., "*deve essere notificata a pena di inammissibilità nei termini previsti dall'articolo 92 ad almeno una delle parti interessate a contraddire*"; pertanto, la tempestiva notificazione al Comune è, nella specie, sufficiente per evitare l'inammissibilità dell'appello, il quale ha ad oggetto la sentenza del primo giudice e comporta l'identica e paritaria posizione processuale di tutte le parti nei cui confronti essa è stata pronunciata.

Non si rende necessario disporre l'integrazione del contraddittorio, essendo intervenuta la costituzione in giudizio del dott. Greco.

Questi si limita a chiedere la reiezione dell'appello, e le considerazioni esposte in memoria circa la legittimità della concessione n. 102 del 1988, volte ad inquadrare, dal suo punto di vista, la vicenda, non comportano alcun ampliamento del *petitum*.

5.- Nel merito, l'appello è fondato solo in parte, limitatamente al profilo segnalato con il VII motivo.

Il collegio condivide la valutazione della documentazione dimessa espressa dal giudice di prime cure.

In particolare, la comunicazione del 26 novembre 1988 non integra un provvedimento di concessione edilizia in relazione alla richiesta di variante, in quanto espressamente precisa che *“detta concessione potrà essere rilasciata a presentazione dei documenti sotto elencati”*; è, dunque, un atto interlocutorio teso al completamento dell'istruttoria, che prefigura un successivo provvedimento conclusivo del procedimento, ossia il rilascio del titolo edilizio, che non risulta intervenuto.

Né può configurarsi nella specie alcun silenzio-assenso, come sostenuto dagli appellanti con richiamo alla legge 25 marzo 1982 n. 94, di conversione del d.l. 23 gennaio 1982 n. 9, trattandosi di normativa riferita all'edilizia residenziale.

La menzione del progetto di variante nel rapporto di servizio n. 79/1979 non vale a determinare un legittimo affidamento circa l'ottenimento del titolo edilizio relativo e non depone in tal senso la successiva presentazione di una nuova domanda di variante in sanatoria, che non ha trovato accoglimento.

Il primo motivo risulta, per tali ragioni, infondato.

Anche la tesi, esposta con la seconda censura, dell'integrale condono del fabbricato è contraddetta dalla documentazione in atti, atteso che Aiello Domenico ed Aiello Francesco hanno presentato due distinte istanze di condono limitatamente, l'una, all'unità immobiliare posta al piano terra e, l'altra, all'unità immobiliare posta al piano primo, che in tali specifici limiti sono state accolte.

Il carattere circoscritto delle istanze e dei correlativi provvedimenti di condono comporta che non può dirsi, dal punto di vista sostanziale e procedurale, *“travolta”* l'ordinanza di demolizione n. 9/1989, la cui legittimità era stata confermata con sentenza n. 735 del 1999 del T.a.r. per la Calabria e che mantiene la propria valenza per la parte non condonata, senza che le valutazioni in altro ambito e ad altri fini espresse dal giudice penale riverberino effetti in questa sede.

L'ordinanza n. 9/1989, per la parte non condonata, non può essere considerata totalmente superata e rileva anche quanto al profilo dell'accertamento della

difformità, rispetto a quanto autorizzato con la concessione n. 102/1988 (rilasciata per la costruzione di un fabbricato di due piani, da destinare a magazzino di esposizione e vendita di abbigliamento, con annessa abitazione, compreso un sottotetto abitabile), di quanto realizzato (edificio composto di seminterrato e tre piani, con modificazioni di sagoma e quota di ubicazione).

L'ordinanza n. 11/2009, dopo aver ripercorso gli eventi che avevano interessato l'edificio, compresa l'ordinanza di demolizione n. 9/1989, ha richiamato i provvedimenti di condono e rilevato che risultavano abusive l'unità immobiliare n. 3 posta al secondo piano ed il piano seminterrato, per i quali non era stata presentata alcuna pratica di condono né erano state rilasciate concessioni di varianti in sanatoria. Non si rendeva in concreto necessario, contrariamente a quanto ritenuto dagli appellanti, rinnovare gli accertamenti tecnici, in quanto l'esatta individuazione e descrizione dell'abuso residuale emergeva, senza margini d'incertezza, dalla sottrazione delle unità condonate poste ai piani terra e primo.

Non giova agli appellanti evidenziare, lamentando che il T.a.r. non ne avrebbe tenuto conto, che secondo la disciplina edilizia vigente all'epoca il piano seminterrato non sarebbe stato computabile come volumetria, mentre la volumetria del piano secondo dovrebbe ritenersi legittimata in virtù dell'accoglimento della variante e della d.i.a. prot. 1513 del 27 maggio 1996.

L'addotta non computabilità di volumetrie seminterrate non comporta che esse possano essere realizzate senza titolo, nessuna richiesta di variante risulta essere stata accolta, e la richiamata d.i.a., secondo l'indicazione degli appellanti, riguardava mere opere di completamento del secondo piano.

Ne consegue l'infondatezza anche della terza doglianza.

Non persuade l'assunto, di cui al quarto motivo, che l'ordinanza n. 11/2009 abbia veste di provvedimento di secondo grado; tesi cui si ricollega la deduzione della necessità dell'adempimento contemplato dall'art. 7, legge n. 241 del 1990, non

richiesto per gli atti strettamente vincolati. L'ordinanza non contiene e non implica alcun "ritiro" di precedenti atti di assenso all'edificazione delle opere ivi indicate come abusive (manca, del resto, l'assenso alla variante, il condono riguarda altre opere e la d.i.a. concerne opere di completamento e non basta a legittimare la realizzazione del secondo piano, che richiedeva il rilascio di concessione edilizia).

Il quinto motivo ripropone critiche di violazione dell'art. 31, d.P.R. n. 380/2001 e del principio di proporzionalità, argomentando dalla modestia delle violazioni indicate nel rapporto n. 79/1989 ma tali critiche (peraltro infondate in quanto altro è la difformità dalla concessione n. 102/1988, altro sono le discrasie rispetto al progetto di variante, alla cui presentazione non ha fatto seguito il rilascio del titolo), involgono, piuttosto che l'ordinanza di demolizione n. 11/2009 impugnata, la precedente ordinanza n. 9/1989, passata indenne al vaglio giurisdizionale.

Quanto alla riproposta (con il sesto motivo) censura di carenza di motivazione, in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico attuale alla rimozione dell'abuso, a distanza di molto tempo dalla relativa realizzazione, questo Collegio non reputa vi siano ragioni per discostarsi dalla giurisprudenza dominante anche di questa Sezione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 20 luglio 2011 n. 443; sez. VI, sent. 11 maggio 2011 n. 2781; sez. V, sent. 27 aprile 2011 n. 2526), secondo cui il provvedimento di repressione degli abusi edilizi costituisce un atto dovuto in mera dipendenza dall'accertamento della relativa realizzazione e dalla riconducibilità del medesimo ad una delle fattispecie d'illecito previste dalla legge; circostanza, questa, implicante che il provvedimento sanzionatorio non richieda particolare motivazione, essendo sufficiente la rappresentazione del carattere illecito dell'opera realizzata, né previa espressa comparazione tra l'interesse pubblico alla rimozione dell'opera, che è in *re ipsa*, e quello privato alla relativa conservazione, e ciò anche se l'intervento repressivo avvenga a distanza di tempo dalla commissione dell'abuso.

La Sezione ritiene, invece, fondato l'ultimo (VII) motivo di appello, ripropositivo della contestazione circa la mancata valutazione sull'applicabilità dell'alternativa sanzione pecuniaria.

Si versa, come già accennato, nel caso di un fabbricato realizzato in totale difformità dalla concessione edilizia (in relazione al quale la disciplina applicabile era quella contemplata dall'art. 31, d.P.R. n. 380/2001), in seguito parzialmente condonato, con il risultato che l'edificio è divenuto illegittimo solo in parte ed il doveroso provvedimento repressivo dell'abuso rimanente deve tener conto dell'eventuale pregiudizio che l'applicazione della sanzione demolitoria potrebbe arrecare alla parte ormai legittimata dal fabbricato.

Il giudice di primo grado ha ritenuto che *“In sede di esecuzione del provvedimento impugnato dovranno essere valutati dall'Amministrazione procedente tutti gli aspetti relativi alla concreta attuazione del provvedimento medesimo. Pertanto, con riferimento al piano semi-interrato, non potendosi materialmente procedere alla demolizione senza compromettere l'intera struttura, l'Amministrazione dovrà provvedere a rendere l'unità immobiliare di fatto inutilizzabile, adottando gli opportuni accorgimenti.”*

Il collegio, pur considerando che la sanzione di tipo ripristinatorio può, in termini di materiale attuazione, concretizzarsi, quanto ad un piano interrato o seminterrato, sopra il quale si elevino porzioni immobiliari legittimate, nel rendere inutilizzabile la sottostante porzione abusiva ed, altresì, che possano astrattamente darsi soluzioni diverse per il piano seminterrato ed il piano secondo, in relazione al diverso rilievo dal punto di vista statico, non condivide l'avviso del primo giudice che la valutazione sul da farsi in relazione al profilo della staticità della porzione legittima del fabbricato, che pone il tema della stessa tipologia di sanzione da applicare, possa essere posticipata alla fase esecutiva.

La giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 12, legge n. 47/1985 (ora, art. 34, d.P.R. n. 380/2001), dopo alcune oscillazioni, si è attestata sull'orientamento, che

questo collegio condivide, secondo cui la valutazione sulla reale fattibilità, pratica e giuridica, della demolizione debba essere effettuata al momento dell'irrogazione della sanzione, in quanto la tesi che vuol differita al procedimento di esecuzione d'ufficio la valutazione di tale fattibilità finisce col tradursi nell'illogico assunto che sia legittimo ingiungere al privato un'attività demolitoria che l'amministrazione stessa potrebbe a posteriori avvedersi non esserle possibile eseguire d'ufficio in via sostitutiva.

Osserva, inoltre, il collegio, alla stregua della più attenta giurisprudenza formatasi in materia di applicabilità dell'art. 12, legge n. 47/1985, che la previsione di cui al comma secondo di detta norma non può considerarsi limitata ai soli casi in cui sia stata riscontrata una parziale difformità rispetto ad un previo e già rilasciato titolo abilitativo a costruire, in quanto la norma deve trovare applicazione anche quando la costruzione sia avvenuta in assenza di concessione edilizia, essendo costituito il presupposto per l'applicazione della disciplina sanzionatoria pecuniaria in questione, in luogo di quella reale, dalla salvaguardia della staticità della parte non abusiva del manufatto e non anche dalla circostanza che l'abuso sia caratterizzato da una parziale difformità rispetto ad un previo rilascio concessorio (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. 29 settembre 2011 n. 5412, e sez. V, sent. 11 maggio 2007 n. 2339).

Ferme, dunque, restando l'abusività dei piani seminterrato e secondo e la doverosità dell'irrogazione della sanzione, l'appello va accolto nei limitati sensi sopra precisati, con riforma della sentenza gravata nel senso dell'annullamento dell'ordinanza n. 11/2009 nella sola parte in cui non effettua la valutazione sulla fattibilità della demolizione senza pregiudizio della parte legittimata dal fabbricato, salvi restando gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, che dovrà scegliere quale delle alternative sanzioni applicare nel caso di specie.

La parziale reciproca soccombenza giustifica la compensazione tra le parti degli oneri del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione VI), accoglie in parte l'appello n. 7785/2012 , nei limiti di cui in motivazione, ed in riforma della sentenza n. 457/2012, accoglie in parte, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso di primo grado n. 1211/2009.

Oneri del doppio grado di giudizio compensati fra le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2013, con l'intervento dei giudici:

Aldo Scola, Presidente FF

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere, Estensore

Claudio Boccia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/11/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)