



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 8587 del 2017, proposto da Giuseppe Buono, rappresentato e difeso dall'avvocato Filomena Giglio, domiciliato presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Comune di Barano D'Ischia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania - Napoli, Sez. VI, n. 2387 del 2017, resa tra le parti concernente un ordine di demolizione di opere abusive.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per la parte l'avvocato Filomena Giglio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ordinanza 16/2/2012, n. 4 il Comune di Barano d'Ischia ha ingiunto al sig. Giuseppe Buono la demolizione di alcune opere abusive e il ripristino dello stato dei luoghi.

Constatata l'inottemperanza all'ordine dato il Comune, con nuova ordinanza, la n. 23 del 31/8/2016, ha irrogato nei confronti del sig. Buono la sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-bis, del D.P.R. 6/6/2001, n. 380.

Ritenendo i suddetti provvedimenti illegittimi il sig. Buono li ha impugnati con separati ricorsi al T.A.R. Campania – Napoli, il quale, con sentenza 3/5/2017, n. 2387, riuniti i gravami, li ha respinti.

Avverso la sentenza ha proposto appello il sig. Buono.

Con i primi due motivi d'appello si deduce che il T.A.R. avrebbe errato a ritenere che le opere a cui fa riferimento l'ordinanza n. 4/2012 siano state realizzate in epoca successiva alla presentazione della domanda di condono.

Ed invero, le affermazioni del giudice di prime cure risulterebbero smentite dalle risultanze della perizia tecnica con i relativi allegati versata in atti e non contestata dall'amministrazione comunale.

Peraltro, spetterebbe a quest'ultima dimostrare la non riconducibilità delle opere contestate alla domanda di condono.

Il Tribunale non avrebbe inoltre considerato che l'ordinanza n. 4/2012 doveva ritenersi illegittima in quanto adottata quando ancora non era stata definita né la domanda di condono, né la successiva richiesta di accertamento di conformità.

Le doglianze così sinteticamente riassunte, che si prestano ad una trattazione congiunta, non meritano accoglimento.

Nella domanda di condono si legge: *“attualmente il manufatto si presenta allo stato grezzo; a lavori ultimati sarà destinato ad essere la prima abitazione del richiedente e ne costituirà residenza abituale”*.

Dall'impugnata ordinanza n. 4/2012 si ricava, invece, che al momento della sua adozione l'edificio si presentava *“completo ed abitato, occupante una superficie di ca. mq. 80”* e che all'esterno erano state riscontrate le seguenti opere abusive:

“1. Antistante il prospetto frontale del manufatto risulta realizzata un'area adibita a balcone, completa di parapetti e di pavimentazione in mattonelle, occupante una superficie di ca. mq. 44,00.

2. Sempre esternamente e precisamente sul lato sinistro e retrostante il manufatto, si è riscontrata un'area esterna pavimentata con mattonelle, occupante una superficie di ca. mq. 57,00.

3. Inoltre, sempre nell'area esterna, si è riscontrata una pavimentazione in cls (senza la posa in opera di mattonelle) occupante una superficie di ca. mq. 90.

4. Poco distante al manufatto risulta realizzato un locale deposito occupante una superficie di ca. mq. 5,00, allo stato completo e mancante solo della porta d'ingresso.

5. Sempre nell'area esterna è stata rilevata una scala avente una lunghezza di ml. 6,00 con larghezza di ml. 1,20, che collega l'area esterna del manufatto con il piano di campagna soprastante”.

Pertanto, come correttamente rilevato dal Tribunale, è in atti che le opere riscontrate con la citata ordinanza di demolizione n. 4/2012 non fossero indicate nella domanda di condono.

Assodata la mancata dimostrazione dell'effettiva coincidenza tra le opere oggetto della domanda di condono edilizio e quelle a cui si riferisce l'ordinanza n. 4/2012, viene meno il presupposto che giustifica l'invocata sospensione del procedimento sanzionatorio, nelle more della definizione della suddetta domanda.

Per pacifica giurisprudenza, inoltre, l'avvenuta presentazione dell'istanza di accertamento di conformità (nella fattispecie peraltro non comprovata), non incide

sull'efficacia o sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione precedentemente emanata, determinando soltanto la temporanea sospensione della sua esecuzione (Cons. Stato, Sez. VI, 5/11/2018, n. 6233).

Sotto altro profilo occorre rilevare che l'appellante non ha fornito, contravvenendo ad un proprio specifico onere probatorio, una qualunque prova che gli interventi oggetto di contestazione fossero già stati realizzati al momento della presentazione della richiesta di sanatoria.

In particolare del tutto inidonea a comprovare tale circostanza risulta la perizia tecnica prodotta nel giudizio di primo grado, atteso che la stessa non è corredata da alcun allegato fotografico che dimostri l'inequivocabile presenza delle opere di che trattasi all'epoca della presentazione della domanda di condono edilizio.

D'altra parte, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide, spetta all'interessato dimostrare la data di ultimazione dei lavori, dal momento che solo lui può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto abusivo (Cons. Stato, Sez. VI, 6/2/2019, n. 897).

Tale prova, inoltre, dev'essere rigorosa e deve fondarsi su documentazione certa e univoca e comunque su elementi oggettivi.

Col terzo motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nel ritenere che:

- a) l'ordine di demolizione sarebbe un provvedimento di natura vincolata che pertanto non richiederebbe una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico che lo sorreggono, né una comparazione col contrapposto interesse del privato;
- b) il vincolo paesaggistico insistente sull'area d'intervento precluderebbe, in assenza del relativo titolo, qualsiasi nuova edificazione di modo che la misura ripristinatoria adottata dal Comune costituirebbe atto dovuto.

Ed invero, le opere nella specie realizzate, rientrando fra quelle di natura pertinenziale, non richiederebbero il rilascio di apposito permesso di costruire risultando all'uopo sufficiente una mera DIA, né sarebbe stata necessaria autorizzazione paesaggistica non essendo quest'ultima richiesta per gli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici.

Il primo giudice avrebbe ancora ignorato che l'ordinanza n. 23/2016 è stata adottata sulla base dell'asserita inottemperanza alle ordinanze di demolizione nn. 41/2003 e 4/2012, relative ad opere tra loro diverse.

Tuttavia in relazione alla prima ordinanza non si sarebbe verificata alcuna inottemperanza e sulla circostanza ritualmente dedotta il giudice avrebbe omesso di pronunciare.

La doglianza è infondata sotto tutti i profili in cui si articola.

Contrariamente a quanto l'appellante sostiene i provvedimenti di demolizione e rimessione in prestino hanno pacificamente natura vincolata e doverosa, per cui non richiedono specifica motivazione in ordine all'interesse pubblico alla loro emanazione, né comparazione di quest'ultimo con l'interesse del privato al mantenimento dell'opera abusiva (Cons. Stato, Sez. VI, 10/12/2018, n. 6955).

Gli interventi eseguiti dall'appellante (in considerazione della loro natura e consistenza come più sopra descritta) alteravano indubbiamente l'aspetto esteriore dei luoghi, per cui erano comunque soggetti ad autorizzazione paesaggistica, come si ricava incontrovertibilmente dall'art. 2, comma 2, della L.R. 28/11/2001, n. 19, il quale, per i lavori su aree vincolate, anche se realizzabili mediante DIA, richiede comunque il rilascio dell'apposita autorizzazione da parte dell'amministrazione interessata.

Quanto alla dedotta illegittimità per falso presupposto dell'ordinanza n. 23/2016 è sufficiente qui rilevare che quest'ultima risulta comunque motivata con riguardo

alla constatata inottemperanza dell'ingiunzione a demolire di cui al provvedimento n. 4/2012 e tanto basta a giustificare l'irrogazione della sanzione di cui all'art. 31, comma 4-bis, del D.P.R. n. 380/2001.

Col quarto motivo si lamenta che il giudice di prime cure avrebbe omesso di pronunciare sulle doglianze con cui era stata dedotta l'illegittimità dell'ordinanza n. 23/2016 per aver applicato retroattivamente la sanzione prevista dall'art. 31 comma 4-bis del D.P.R. n. 380/2001.

Tale norma sarebbe stata, infatti, introdotta dall'art. 17, comma 1, lett. q-bis), del D.L. 12/9/2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11/11/2014, n. 164, per cui non poteva essere applicata a fatti verificatisi nel 2003 (inottemperanza all'ordinanza n. 41/2003) e nel 2012 (inottemperanza all'ordinanza n. 4/2012).

Peraltro l'ordinanza n. 41/2003 non sarebbe stata emessa ai sensi dell'art. 31 del DPR n. 380/2001, bensì *ex art.* 164 del D. Lgs. 29/10/1999, n. 490, inoltre non sarebbe mai stata formalmente constatata la sua inosservanza.

La doglianza non merita accoglimento.

Occorre premettere che diversamente da quanto l'appellante sostiene il giudice di prime cure si è espressamente pronunciato sulla censura di cui si lamenta il mancato esame.

In ogni caso, in virtù dell'effetto devolutivo dell'appello, l'omessa pronuncia del giudice di primo grado su uno o più motivi non è idonea a viziare la sentenza.

In secondo grado, infatti, il giudice è chiamato a valutare tutte le domande, integrando - ove necessario - le argomentazioni della sentenza appellata senza che, quindi, rilevino le eventuali carenze motivazionali di quest'ultima (cfr, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 6/2/2019, n. 897; 14/4/2015, n. 1915; Sez. V, 23/3/2018, n. 1853; 19/2/2018, n. 1032 e 13/2/2009, n. 824; Sez. IV, 5/2/2015, n. 562).

Ciò precisato, nel merito il prospettato motivo è infondato.

Giova puntualizzare che ai fini di valutare la legittimità dell'ordinanza n. 23/2016 e del tutto indifferente ogni considerazione relativa all'ordinanza n. 41/2003, posto che, come emerge da quanto esposto in sede di esame del terzo motivo, è sufficiente a sorreggere la prima la constatata inottemperanza all'ordinanza n. 4/2012.

E' necessario stabilire, quindi, se la mancata esecuzione di quest'ultima potesse giustificare l'applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-bis, del D.P.R. n. 380/2001, considerato che la norma in parola è stata introdotta successivamente all'adozione del suddetto provvedimento ripristinatorio.

La risposta non può essere che positiva.

Per pacifica giurisprudenza gli abusi edilizi hanno natura di illeciti permanenti in quanto la lesione dell'interesse pubblico all'ordinato e programmato assetto urbanistico del territorio si protrae nel tempo sino al ripristino della legittimità violata (Cons. Stato, Sez. VI, 3/1/2019, n. 85; 4/6/2018, n. 3351; 29/1/2016, n. 357).

Da ciò consegue che la mancata esecuzione dell'ordinanza n. 4/2012, proseguita dopo l'entrata in vigore della menzionato comma 4-bis, imponeva l'applicazione della sanzione da quest'ultimo prevista, senza che ciò implicasse violazione dell'invocato principio di irretroattività delle norme che introducono misure sanzionatorie.

Col quinto, sesto e settimo motivo, oltre a riproporre censure già prospettate coi precedenti motivi, l'appellante deduce che:

- 1) l'ordinanza n. 23/2016 sarebbe illegittima in quanto:
 - a) l'appellato Comune avrebbe determinato la sanzione pecuniaria nella misura massima senza esternare i motivi della scelta compiuta;
 - b) si fonderebbe su ordinanze di demolizione relative ad opere per le quali era stata avanzata richiesta di sanatoria non ancora definita;

c) gli interventi realizzati nella circostante area cortilizia sarebbero di natura pertinenziale, irrilevanti sotto il profilo ambientale e paesaggistico e si sarebbero potuti eseguire mediante semplice DIA;

d) non identifica esattamente l'area e la costruzione da acquisire alla mano pubblica per il caso di inottemperanza;

2) l'ordinanza n. 4/2012 sarebbe viziata in quanto le opere a cui la stessa si riferisce:

a) non potrebbero essere acquisite al patrimonio comunale poiché non occuperebbero alcuna area di sedime, non avrebbero un'autonoma consistenza e non potrebbero essere qualificate abusive;

b) sarebbero oggetto della domanda di condono presentata nel 1995 e non ancora definita.

Le due suddette ordinanze risulterebbero inoltre prive di motivazione in ordine all'interesse pubblico che le sorregge.

Risulterebbe, infine illegittima la previsione della demolizione dell'intera opera, benché si dia atto che la consistenza plano volumetrica del manufatto fosse preesistente.

I motivi, che possono essere trattati congiuntamente, sono del tutto infondati per le ragioni di seguito illustrate.

a) L'art. 31, comma 4-bis dispone, per quanto qui rileva, che *“L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti. La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima”*.

Nel caso di specie l'area interessata dagli abusi commessi dall'appellante era soggetta a vincolo paesaggistico (non importa se assoluto o meno) per cui la misura della sanzione pecuniaria da irrogare era, *ex lege*, quella massima.

Conseguentemente per l'applicazione della sanzione nella detta misura non era richiesta alcuna motivazione.

b) La richiesta di condono presentata dall'appellante nel marzo del 1995, non riguardava gli abusi contestati con l'ordinanza n. 4/2012, per cui è del tutto irrilevante che il relativo procedimento fosse ancora pendente.

Né risulta comprovato che per i suddetti illeciti edilizi l'appellante abbia presentato altra richiesta di sanatoria.

c) Gli abusi contestati con l'ordinanza n. 4/2012 non riguardano soltanto opere realizzate nell'area cortilizia e di asserita natura pertinenziale ma hanno ad oggetto anche il completamento del manufatto principale, che, sulla base di quanto risulta dalla domanda di condono del marzo 1995, era all'epoca ancora al grezzo.

Comunque anche le ulteriori opere descritte nell'ordinanza n. 4/2012 erano di consistenza tale (area adibita a balcone, completa di parapetti e di pavimentazione in mattonelle; area esterna pavimentata con mattonelle; pavimentazione in cls di un'area esterna; locale deposito allo stato completo e mancante solo della porta d'ingresso; scala di collegamento tra l'area esterna del manufatto e il piano di campagna soprastante) da rendere necessaria l'esistenza di un sottostante titolo edilizio e da non poter essere realizzate senza previa autorizzazione paesaggistica (come già precisato in sede di esame del terzo motivo d'appello), circostanza questa che giustificava l'emissione del provvedimento di demolizione.

d) Non costituisce motivo di illegittimità della delibera n. 23/2016 la mancata individuazione dell'area di sedime da acquisire al patrimonio comunale per il caso di inottemperanza all'ordine di demolizione, atteso che con quest'ultima il Comune si è limitato ad applicare la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31 comma 4-bis

del D.P.R. n. 380/2001 il quale non richiede l'indicazione di cui l'appellante lamenta l'assenza.

Il motivo sarebbe tuttavia infondato anche nel caso in cui si rivolgesse contro l'ordinanza n. 4/2012.

Difatti, l'individuazione dell'area da acquisirsi non deve essere necessariamente contenuta nel provvedimento di ingiunzione di demolizione, a pena di illegittimità dello stesso, ben potendo essere identificata nel successivo momento in cui si procede all'acquisizione del bene (Cons. Stato, Sez. VI, 6/2/2018, n. 755 e 5/1/2015, n. 13; Sez. IV, 27/10/2016, n. 4508).

e) Contrariamente a quanto l'appellante ritiene le opere abusive per cui è causa, esaurientemente identificate dall'amministrazione comunale appellata, insistono (illegittimamente per le considerazioni più sopra svolte) su una determinata area, per cui ne è ben possibile l'acquisizione al patrimonio comunale, senza che a tal fine possa rilevare la loro eventuale natura pertinenziale.

f) Come già più sopra rilevato le opere sanzionate con l'ordinanza n. 4/2012 esulano da quelle oggetto della richiesta di condono del 1995.

g) Né l'ordinanza di demolizione, né quella con cui si ingiunge il pagamento della sanzione pecuniaria di cui all'art. 31, comma 4-bis del D.P.R. n. 380/2001, richiedono motivazione in ordine all'interesse pubblico ad emanarle, avendo entrambe natura di provvedimenti vincolati.

h) L'ordinanza n. 4/2012 è correttamente calibrata in relazione alle opere abusive nella stessa espressamente identificate.

L'appello va in definitiva respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

La mancata costituzione in giudizio del Comune appellato esonera il Collegio da ogni statuizione sulle spese.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO