

N. 07473/2021REG.PROV.COLL.

N. 07595/2014 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 7595 del 2014, proposto da Maurizio Scarduelli, Fabio Merolla, Renata Auricchio, rappresentati e difesi dall'avvocato Luigi Imperlino, con domicilio eletto presso lo studio Marco Amore in Roma, via Sardegna n.50;

contro

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Maria Ferrari, Eleonora Carpentieri, con domicilio eletto presso lo studio Nicola Laurenti in Roma, via F. Denza, 50/A;
Comune di Napoli in persona del Legale Rapp.Te P.T, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola, Andrea Camarda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Nicola Laurenti in Roma, via F. Denza n. 50/A;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 00468/2014, resa tra le parti, concernente demolizione opere abusive e ripristino dello stato dei luoghi;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Napoli e di Comune di Napoli in persona del Legale Rapp. Te P.T;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2021 il Cons. Marco Morgantini e uditi per le parti gli avvocati Luigi Imperlino, Riccardo Farnetani su delega di Eleonora Carpentieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata (Tar Napoli n° 468 del 22 gennaio 2014) è stato respinto il ricorso proposto avverso il provvedimento in data 21 novembre 2005 di demolizione di opere abusive consistenti nella realizzazione di una struttura in alluminio di circa mq.60,00 coperta con teloni, posta sul terrazzo di copertura.

La motivazione della sentenza fa in particolare riferimento alle seguenti circostanze.

"Il motivo con cui il ricorrente censura il fatto che non sia stata affatto valutata la sanabilità delle opere dallo stesso realizzate, benchè egli abbia presentato una domanda di condono ai sensi dell'art. 32 del decreto legge n. 269/2003, risulta infondato in quanto, secondo la prevalente giurisprudenza (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2004, n. 5412; T.A.R. Campania Napoli, Sez. VI, 12 aprile 2005, n.

3816) il giudice è tenuto ad effettuare una verifica estrinseca della sussistenza dei presupposti minimi di ammissibilità della richiesta di condono in relazione alla specifica vicenda dedotta in giudizio. Orbene, nel caso di specie, come eccepito dall'amministrazione, sulla zona esiste un vincolo paesaggistico ed idrogeologico, sicché l'inedificabilità è assoluta ed il condono non può essere in alcun modo concesso. In particolare, per costante giurisprudenza (tra le tante, CdS sez. VI n. 3060/2010), devono ritenersi non condonabili le opere edilizie abusivamente realizzate in aree sottoposte a vincoli idrogeologico, paesaggistico e ambientale, risultando ininfluenti che gli stessi siano stati apposti successivamente alla presentazione dell'istanza di condono."

Con la sentenza appellata è stato altresì osservato che "risulta infondata la censura incentrata sulla natura pertinenziale delle opere abusive in questione. Infatti secondo una consolidata giurisprudenza (ex multis T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, 11 febbraio 2005, n. 365; T.A.R. Lazio, Sez. II, 4 febbraio 2005, n. 1036) occorre distinguere il concetto di pertinenza previsto dal diritto civile dal più ristretto concetto di pertinenza inteso in senso urbanistico, che non trova applicazione in relazione a quelle costruzioni che, pur potendo essere qualificate come beni pertinenziali secondo la normativa privatistica, assumono tuttavia una funzione autonoma rispetto ad altra costruzione, con conseguente loro assoggettamento al regime del permesso di costruire. Ne consegue che, tenuto conto delle caratteristiche dell'intervento abusivo realizzato dalla ricorrente risultanti dalla motivazione dell'ordine di demolizione, il predetto intervento - non essendo coesistente ad un bene principale e potendo essere successivamente utilizzato anche in modo autonomo e separato - non può ritenersi pertinenza ai fini urbanistici, sì da escludere che lo stesso sia sottoposto al preventivo rilascio del permesso di costruire."

È stato altresì osservato che non può trovare accoglimento neppure il motivo incentrato sull'omessa ponderazione dell'interesse pubblico con l'interesse del ricorrente, che risulta irrimediabilmente vulnerato dall'adozione del provvedimento impugnato. Infatti, secondo la giurisprudenza (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VI, 5 aprile 2005, n. 3312, Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2529) la natura interamente vincolata del provvedimento di demolizione esclude la necessaria ponderazione di interessi diversi da quelli pubblici tutelati e non richiede motivazione ulteriore rispetto alla dichiarata abusività.

Con la sentenza appellata è stato altresì osservato che risulta infondata, infine, la censura incentrata dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento in quanto i provvedimenti repressivi degli abusi edilizi, non devono essere preceduti dalla comunicazione dell'avvio del procedimento (ex multis, T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 12 aprile 2005, n. 3780; 13 gennaio 2006, n. 651), perché trattasi di provvedimenti tipizzati e vincolati, che presuppongono un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere realizzate e sul carattere non assentito delle medesime; e, seppure si aderisse all'orientamento che ritiene necessaria tale comunicazione anche per gli ordini di demolizione, troverebbe comunque applicazione nel caso in esame l'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241/1990 (introdotto dalla legge n. 15/2005), nella parte in cui dispone che "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento ... qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Infatti, posto che l'ordine di demolizione è atto dovuto in presenza di opere realizzate in assenza del prescritto titolo abilitativo, nel caso in esame risulta palese che il contenuto

dispositivo dell'impugnata ordinanza di demolizione non avrebbe potuto essere diverso se fosse stata data ai ricorrenti comunicazione dell'avvio del procedimento.

2. L'appellante lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 39 della l. 23.12.1994 n. 724, e successive modificazioni ed integrazioni: dell'art. 44 della legge 28.2.1985 n. 47 e successive modificazioni ed integrazioni, violazione del giusto procedimento, eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, manifesta ingiustizia, assenza di istruttoria.

L'appellante lamenta in particolare che il giudice di prime cure, avrebbe erroneamente rilevato l'infondatezza del primo motivo di gravame, basandosi sull'erroneo presupposto che " devono ritenersi non condonabili le opere edilizie abusivamente realizzate in aree sottoposte a vincoli idrogeologico, paesaggistico e ambientale".

Recenti orientamenti giurisprudenziali avrebbero invece, affermato che "in presenza d'istanza di sanatoria edilizia, l'Amministrazione non può adottare provvedimenti repressivi atteso che la definizione del procedimento di adeguamento o di sanatoria assume rilievo pregiudiziale rispetto alla disposizione delle misure sanzionatorie, pena la violazione del principio di economicità e coerenza dell'azione amministrativa; di conseguenza, va dichiarata l'illegittimità del provvedimento che dispone la demolizione dei manufatti abusivi, adottato senza che prima l'Amministrazione abbia provveduto, neanche incidentalmente, sulle istanze di adeguamento e di sanatoria".

Richiama l'art. 44 della legge n° 47 del 1985, che dispone espressamente la sospensione dei "procedimenti amministrativi e giurisdizionali e la loro esecuzione", riguardanti le opere edilizie abusive fino alla scadenza del termine per la presentazione dell'istanza di sanatoria, e, decorso tale limite temporale, una volta

depositata la domanda di condono, fino al momento in cui l'ufficio competente non assuma provvedimenti espressi in merito, resta preclusa all'Amministrazione l'adozione di qualsivoglia atto sanzionatorio e repressivo degli abusi denunciati.

Fa presente che a causa del mancato recapito della comunicazione di fissazione dell'udienza pubblica del 18.12.2013, in seguito al trasferimento di sede dello studio legale, non è stato possibile depositare in giudizio la documentazione integrativa prodotta in seguito all'ordinanza di demolizione.

Fa altresì presente che non è definito il procedimento di riperimetrazione e riclassificazione dell'area sulla quale insiste il fabbricato di via Scipione Capece, n. io/N, ai fini della corretta zonizzazione dello stesso nel Piano Stralcio per l'Assetto Idrogeologico Autorità di Bacino Nord Occidentale Regione Campania, in quanto solo parte del fabbricato ricadrebbe in area assoggettata a rischio mentre la restante parte del fabbricato (a contrariis) non sarebbe soggetta a rischi e vincoli.

Per tali ragioni, gli odierni appellanti hanno presentato istanza riperimetrazione e riclassificazione dell'area sulla quale insiste il fabbricato ai fini di ottenere la corretta zonizzazione dell'intero immobile, stante le caratteristiche geologiche dell'area e le caratteristiche costruttive del muraglione che sovrasta il fabbricato all'interno del quale è ubicato l'immobile oggetto del presunto abuso.

3. Preliminarmente deve essere accolta l'eccezione preliminare sollevata dal comune di Napoli con memoria di replica depositata in giudizio in data 19 ottobre 2021.

Infatti la documentazione depositata in giudizio dall'appellante in data 29 settembre 2021 in quanto è stata depositata in violazione del secondo comma dell'art. 104 del cod. del proc. amm., secondo cui non possono essere prodotti nuovi documenti in appello.

Il collegio dispone pertanto la non utilizzabilità dei sopra indicati documenti.

4. Nel merito l'appello è fondato.

In materia va ribadita l'illegittimità degli ordini sanzionatori di demolizione di opere abusive emessi in pendenza del termine per concludere il procedimento avviato in seguito alla già avvenuta presentazione della istanza di condono edilizio, poiché l'art. 44 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 prevede che, in pendenza del termine per la presentazione di tali domande, tutti i procedimenti sanzionatori in materia edilizia sono sospesi (così Consiglio di Stato sez. VI, 15 gennaio 2021 n° 488).

Nei medesimi termini, l'art. 38 l. 47 cit. prevede che la presentazione della domanda di condono sospende il procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative. Ne consegue che, nella pendenza della definizione di tali domande, non può essere adottato alcun provvedimento di demolizione. Tale disposizione si applica anche ai condoni presentati ai sensi dell'art. 39 l. 724/1994 (che richiama direttamente la disciplina previgente del 1985) e dell'art. 32 D.L. 30 settembre 2003, n. 26 (così Consiglio di Stato, sez. VI, 29 novembre 2016, n. 5028).

Nel caso di specie:

- la domanda di condono era stata presentata in data 24 febbraio 1995 dunque prima dell'adozione del provvedimento con cui è stata ordinata la demolizione e prima della data del 15 luglio 2003 in cui è stato effettuato il sopralluogo cui fa riferimento l'ordinanza di demolizione;
- il provvedimento impugnato in primo grado, con cui è stata ordinata la demolizione, è stato adottato successivamente ossia in data 21 novembre 2005 e non contiene alcun riferimento all'istanza di condono;
- non è possibile pertanto sostenersi che l'ordine di demolizione contenga un implicito provvedimento di diniego di condono;

- il comune di Napoli non ha depositato in giudizio l'eventuale provvedimento di diniego di condono;
- il comune di Napoli, in relazione all'istanza di condono edilizio, comunicava in data 2 novembre 2011 prot. n° 703993 i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di condono presentata in data 24 febbraio 1995;
- tale comunicazione dei motivi ostativi conferma che al momento di adozione dell'ordine di demolizione vi era un procedimento di condono pendente che non è stato concluso e che conseguentemente non poteva essere ordinata la demolizione senza prima definire il procedimento di condono;
- la memoria depositata in giudizio dal comune di Napoli in data 19 ottobre 2021 conferma che il procedimento di condono non è stato definito;
- con la sentenza appellata è affermato che non sussistono, nella presente fattispecie, i presupposti per l'applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la presentazione della domanda di condono successivamente alla impugnazione dell'ordinanza di demolizione produce l'effetto di rendere inefficace tale provvedimento, e quindi improcedibile l'impugnazione stessa per sopravvenuta carenza di interesse, perché tale orientamento non può trovare applicazione nei casi come quello in esame, in cui sia palese la mancanza dei presupposti minimi di ammissibilità della stessa. Infatti l'obbligo di riesaminare l'abusività delle opere provocato dalla domanda di condono ha senso solo in presenza di un intervento astrattamente sanabile, ossia quando per effetto della formazione di un nuovo provvedimento esplicito (di accoglimento o di diniego), da qualificare come atto non meramente confermativo, risulterebbe definitivamente vanificata l'operatività dell'impugnato provvedimento demolitorio;

- tale affermazione contenuta nella sentenza appellata non coglie tuttavia nel segno perché nel caso di specie l'istanza di condono è stata presentata non dopo, ma prima della data di adozione dell'ordine di demolizione e oltre otto anni prima del sopralluogo (in data 15 luglio 2003) posto a base dell'ordine di demolizione.

L'appello merita pertanto accoglimento.

Restano assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso.

In riforma della sentenza appellata deve pertanto essere annullato il provvedimento impugnato in primo grado.

Tuttavia la non probabile spettanza del condono, come ritenuto nella sentenza appellata, induce il collegio a compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla il provvedimento l'ordine di demolizione impugnato in primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Antonella Manzione, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Morgantini

IL PRESIDENTE
Giovanni Sabato

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI