



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

I l C o n s i g l i o d i S t a t o

i n s e d e g i u r i s d i z i o n a l e (S e z i o n e S e s t a)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9052 del 2015, proposto da Caterina Scarselli, Antonella Scarselli, in qualità di eredi dell'avvocato Camillo Scarselli, rappresentate e difese dall'avvocato Sergio Como, presso il di lui studio anche domiciliate, in Roma, via Antonelli 49;

contro

Comune di Barano d'Ischia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierluigi Rizzo, Arturo Testa, con domicilio eletto presso lo studio Avvocati Associati Regus in Roma, piazza del Popolo n. 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 01745/2015, resa tra le parti, concernente demolizione opere abusive

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Barano D'Ischia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2021 il Cons. Roberta Ravasio e uditi per le parti gli avvocati come da verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza del cui appello si tratta il TAR della Campania, sede di Napoli, ha respinto il ricorso presentato dal padre delle odierne appellanti ed avente ad oggetto una ingiunzione di demolizione, ex art. 31 del D.P.R. 380/2001, avente ad oggetto opere abusive realizzate in una porzione dell'immobile sito in Barano d'Ischia, alla via Corrado Buono, tutte realizzate senza alcun titolo edilizio, in zona vincolata paesaggisticamente.

2. In primo grado il ricorrente ha dedotto (i) che la costruzione risalirebbe a prima del 1967, (ii) che le opere avrebbero ad oggetto fabbricati pertinenziali, (iii) che il Comune avrebbe dovuto preventivamente valutare l'effettiva possibilità di ripristino, eventualmente irrogando sanzione pecuniaria, (iv) che l'ingiunzione di demolizione non avrebbe addotto una motivazione sufficiente in punto comparazione tra l'interesse pubblico al ripristino e interesse del privato; (v) infine, che sarebbe stata omessa la comunicazione avvio procedimento.

3. Il TAR della Campania ha premesso che le opere oggetto della ordinanza di demolizione si sono compendiate nella edificazione di 3 manufatti, rispettivamente aventi una superficie di 33, 18 e 19,30 mq, ed inoltre nella realizzazione di una tettoia di 15 mq., di una recinzione in muratura lunga 9 mt., di un muro di contenimento lungo circa 7 mt. e alto 1,70 mt., nell'ampliamento della cantina garage e nella trasformazione di una preesistente cisterna in locale abitativo.

4. Ciò premesso, e chiarito che tutte le indicate opere avrebbero dovuto essere assistite da un titolo edilizio, in ragione della loro idoneità a cagionare una trasformazione del territorio, il TAR ha ritenuto (i) che non fosse stata data una

prova certa del fatto che le opere in contestazione fossero state realizzate prima del 1967 e, comunque, prima della entrata in vigore del vincolo paesaggistico, imposto con D.M. 19 giugno 1958 pubblicato in G.U., dal quale conseguiva la necessità di ottenere la preventiva autorizzazione da parte della Soprintendenza, anche nella ipotesi in cui le opere fossero state qualificabili come meramente pertinenziali o precarie, e quindi a prescindere dal titolo edilizio necessario; (ii) che l'effettiva possibilità di procedere al ripristino, comminando in caso contrario una sanzione pecuniaria, avrebbe dovuto essere valutata in fase dell'esecuzione della sanzione, e non in quella della irrogazione; (iii) che a fronte del rilievo di una attività edilizia non libera ma completamente priva dei prescritti titoli abilitativi si giustificava di per sé l'adozione dell'ingiunzione di demolizione, senza che potesse ammettersi la sussistenza di un legittimo affidamento del privato al mantenimento delle opere, e quindi senza che il Comune fosse onerato di motivare in maniera specifica in ordine all'interesse pubblico alla rimozione delle opere; (iv), e che, infine, il procedimento amministrativo sfociato nel provvedimento impugnato non richiedeva la preventiva comunicazione.

5. Avverso l'indicata sentenza hanno proposto appello le signore Scarselli, meglio in epigrafe indicate, in qualità di eredi dell'originario ricorrente di primo grado.

6. Il Comune di Barano d'Ischia si è costituito in giudizio, con memoria eccependo in primo luogo l'inammissibilità dell'appello, laddove (da p. 10 in poi) meramente riproduttivo dei motivi dedotti con il ricorso di primo grado e, nella prima parte (da p. 5 a p. 10), contenente un mero riassunto sempre di detti identici motivi; nel merito ha insistito per la reiezione del gravame.

7. Il ricorso è stato chiamato alla pubblica udienza del 2 dicembre 2021, in occasione della quale è stato trattenuto in decisione.

8. Con l'unico, articolato, e ammissibile motivo d'appello in senso proprio (sviluppato da p. 5 a p. 10), le ricorrenti denunciano l'erroneità della sentenza nella

parte in cui essa ha affermato che non è stata provata l'anteriorità delle opere oggetto di demolizione rispetto alla entrata in vigore della L. Ponte, come pure del D.M. 19 giugno 1958, inferendo da ciò la necessità che le opere avrebbero dovuto essere preventivamente autorizzate dalla Soprintendenza: le appellanti sostengono, in particolare, che l'ordinanza di demolizione impugnata non si fonderebbe sulla mancanza della preventiva autorizzazione da parte della Soprintendenza, ma sulla contrarietà delle opere al Piano Paesistico Territoriale di Ischia, approvato con D.M. 8 febbraio 1999.

8.1. La censura è infondata in quanto il richiamo al PPT è stato effettuato, nella ordinanza impugnata, al solo scopo di stabilire che le opere non sono conformi con le attuali previsioni vigenti e dunque non potrebbero ritenersi assistite dalla c.d. doppia conformità, e quindi non potrebbero essere sanabili ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. 380/2001. Di contro il D.M. 19 giugno 1958 è specificamente richiamato nell'ordinanza impugnata, il che avvalorava quanto si legge nell'appellata sentenza, circa il fatto che le opere in contestazione, anche se anteriori al 1967, avrebbero dovuto quantomeno essere assistite da autorizzazione della Soprintendenza, in ordine alla quale il ricorrente in primo grado nulla ha dedotto.

8.2. Le appellanti sostengono, poi, che il TAR non avrebbe adeguatamente valutato la documentazione prodotta in primo grado, in particolare una fotografia aerea del 1966, ed altri documenti che datano alcuni dei manufatti al 1978, e dunque in epoca certamente anteriore al 31 marzo 2003; sostengono inoltre che il TAR avrebbe erroneamente qualificato l'ordinanza impugnata ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. 380/2001, ancorché tale norma non sia ivi richiamata.

8.3. Tale ultima proposizione è certamente erronea, poiché l'art. 31 è stato esplicitamente richiamato nella parte dispositiva dell'ordinanza impugnata, che infatti rispecchia esattamente le previsioni dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001,

ragione per cui è evidente che l'ordinanza vada qualificata ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001.

8.4. Ciò chiarito, non si capisce il senso dell'affermazione, che si legge nell'atto d'appello, secondo cui il Tar avrebbe omesso *“di condurre un accertamento più diffuso e puntuale sull'epoca della costruzione e sulla qualificazione giuridica delle opere eseguite e ciò sia perché ha ritenuto erroneamente che il procedimento impugnato fosse stato adottato ai sensi dell'art. 31 del DPR 380/2001, sia perché non ha voluto approfondire le date dei lavori?”*: non risulta, infatti, che la documentazione rassegnata in primo grado, che avrebbe dovuto dimostrare che le opere in contestazione risalivano ad epoca anteriore al 1967, sia stata valutata dal TAR in maniera superficiale, e tanto meno che ciò sia avvenuto a causa del fatto che il Comune ha ritenuto di procedere ai sensi del citato art. 31.

8.5. Nel merito, non si può che condividere quanto si legge nella appellata sentenza: l'unico documento che il ricorrente in primo grado ha fornito, a dimostrazione dell'assunto secondo cui le opere preesistevano alla entrata in vigore della L. Ponte, è costituita da una fotografia aerea del 1966 di assai difficile lettura; l'assenza di un parere della Soprintendenza, relativo alle opere medesime, risulta pure sospetto, in quanto, pure volendo concedere che prima del 1967 la zona interessata dagli abusi edilizi fosse allocata all'esterno del centro abitato, e non fosse perciò necessaria la licenza edilizia, comunque le opere avrebbero dovuto essere preventivamente autorizzate dal Soprintendente in forza del D.M. del 19 giugno 1958. Dunque, l'assenza di documenti che, con assoluta certezza, collochino la realizzazione delle opere prima del 1967, e l'assenza di qualsiasi parere della Soprintendenza inducono a ritenere che si tratti di interventi posteriori al 1967, in relazione ai quali avrebbe dovuto essere chiesto ed ottenuto, in via preventiva, un titolo edilizio, nei fatti inesistente.

8.5.1. Come risulta anche dalla copia della sentenza penale depositata dall'originario ricorrente il 23 gennaio 2015, nel corso del primo grado di giudizio, anche in sede penale la realizzazione delle opere è stata collocata temporalmente *“subito dopo l'agosto del 2004”*, il che esclude l'anteriorità delle opere rispetto alla entrata in vigore della Legge Ponte.

8.5.2. Irrilevante è, infine, quanto si legge nella perizia di parte 16 marzo 2012, poiché, a tutto voler concedere, essa dimostra solo che alcuni dei manufatti oggetto di demolizione, collocati al piano terreno o interrato, esistevano nel 1978, il che ovviamente non prova la preesistenza rispetto all'anno 1967; con riferimento, invece, agli abusi riscontrati al primo piano dell'edificio il perito riferisce che *“sono stati ricavati riattando vecchi comodi rurali preesistenti?”*, senza nulla specificare in ordine all'epoca di *“riattamento”* ed alla consistenza delle opere effettuate, ragione per cui non si può assolutamente escludere che questo *“riattamento”* si sia compendiato in opere avrebbero richiesto il preventivo titolo edilizio, né che siano state eseguite in epoca posteriore al 1966.

8.6. Sotto diverso profilo le appellanti ribadiscono che le opere si compendiano in meri comodi rurali, e muretti, che non creano nuovi volumi e non comportano trasformazione del territorio né titolo edilizio. Le contestazioni mosse dalle appellanti, tuttavia, sono assolutamente generiche, e non sono supportate da alcuna attività istruttoria che consenta di pervenire ad una diversa ricostruzione dei fatti e della consistenza delle opere abusive. La sentenza, invece, si è fondata sulla descrizione delle opere abusive effettuata nell'ordinanza impugnata, dalla quale il TAR ha tratto la condivisibile conclusione che si trattasse di opere soggette preventivo titolo edilizio: si evince, infatti, che sono stati creati nuovi volumi, sia mediante ampliamento, sia mediante cambio di destinazione d'uso di precedenti volumi tecnici; inoltre è stato realizzato un muro di contenimento, opere di consolidamento interno, e un muretto sormontato da una recinzione.

8.7. Lamentano ancora le appellanti che erroneamente il TAR non avrebbe ritenuto violato l'art. 34 del DPR 380/2001, che imporrebbe sempre l'irrogazione della sanzione pecuniaria – in luogo di quella demolitoria – quando non sia possibile rimuovere le difformità senza pregiudizio di quelle legittimamente edificate, norma che, pertanto, verrebbe in considerazione già nella fase di irrogazione della sanzione: la censura è infondata alla luce della giurisprudenza della Sezione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI n. 4418 del 20 luglio 2018), che ha chiarito come l'art. 34 sia applicabile solo agli abusi meno gravi riferibili all'ipotesi della parziale difformità dal titolo abilitativo (in ragione del minor pregiudizio causato all'interesse urbanistico) e dell'annullamento del permesso di costruire (in ragione della tutela dell'affidamento che il privato ha posto nel titolo edilizio a suo tempo rilasciato e, poi, fatto oggetto di autotutela e della circostanza che l'opera è stata costruita comunque sulla base di un provvedimento abilitativo). Viceversa, con riferimento alle ipotesi di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, la sanzione della demolizione e della riduzione in pristino rimane l'unica applicabile, quale strumento per garantire l'equilibrio urbanistico violato (cfr. Cons. Stato, VI, 30-3-2017, n. 1484). Di conseguenza, sia pure con motivazione integrata, merita conferma anche il capo della appellata sentenza che ha ritenuto legittima l'ordinanza di demolizione, ancorché la stessa nulla abbia motivato in ordine alla possibilità di rimuovere le opere abusive senza pregiudizio per quelle legittimamente realizzate.

Una volta accertata l'infondatezza dell'unico motivo di appello in senso proprio, nella restante parte (sviluppata da p. 10 in poi) l'impugnazione è da ritenersi inammissibile, poiché ripropone (o meglio ricopia) le stesse identiche censure dedotte in primo grado, già esaminate e tutte disattese dal Tar, senza articolare nessuna critica alla sentenza, erroneamente invocando nella memoria di replica l'art. 101, comma 2, c.p.a.

10. In conclusione, l'appello è in parte infondato e in altra parte inammissibile, di conseguenza l'appellata sentenza deve essere confermata.

11. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto conferma l'appellata sentenza.

Condanna le appellanti al pagamento, in favore del Comune di Barano d'Ischia, delle spese del presente grado di giudizio, che si liquidano in €. 5.000,00 (euro cinquemila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO