



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 7420 del 2016, proposto da Vincenzo Pennacchio e Irene Davide, rappresentati e difesi dagli avvocati Oronzo Caputo, Francesco Cinque, Sergio Mascolo e Giustina Ifrigerio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Qualiano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Fiorentino e Lucia Pavone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesca Dionisi in Roma, via Arenula, n. 13;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 1026/2016, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Qualiano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2022 il Cons. Giovanni Pascuzzi e udito per la parte appellante l'avvocato Oronzo Caputo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento prot. n.12482, del 18.10.2011, l'Ufficio tecnico del Comune di Qualiano pronunciava il diniego della domanda di sanatoria sull'istanza di condono edilizio presentata, in data 10.12.2004, prot. n. 11116, ai sensi della l. 326/2003, dai signori Vincenzo Pennacchio e Irene Davide con riferimento ad un fabbricato sito nello stesso Comune di Qualiano, alla via Rossini, s.n.c., individuato nel N.C.E.U. al foglio 6, p.lla 2242, sub. 1 e 2.

1.1 A sostegno della pronuncia di diniego veniva evidenziato che:

- la domanda di condono descriveva sinteticamente un illecito edilizio riferito alla realizzazione di n. 2 ville unifamiliari per civili abitazioni a piano seminterrato e piano terra;

- le opere oggetto della domanda di sanatoria edilizia, non risultavano ultimate al rustico alla data del 31.03.2003, ai sensi dell'art. 3 della legge regionale n. 10 del 18.11.2004, in quanto il piano terra era privo di tompagnatura esterna;

- ai sensi dell'art. 3, comma 2/b, della legge regionale della Campania n. 10/2004, per la domanda di sanatoria edilizia sussistevano cause di non condonabilità.

Nel provvedimento si sosteneva che le memorie presentate dal signor Vincenzo Pennacchio con nota prot. 9209, del 14.07.2011 (a seguito della comunicazione di avvio del procedimento di diniego della domanda di sanatoria) non erano esaustive

nel chiarire la condonabilità delle opere abusive di cui alla istanza di condono, in particolare rispetto a quanto specificato nell'art. 3, comma 2/b, della legge regionale della Campania n. 10/2004.

2. Avverso il provvedimento di diniego della sanatoria proponevano ricorso dinanzi al Tar della Campania i signori Vincenzo Pennacchio e Irene Davide.

Dopo aver ricostruito la storia delle opere, che avevano formato oggetto di provvedimenti di sequestro nell'ambito di un procedimento penale chiusosi con l'archiviazione per prescrizione, i ricorrenti formulavano i seguenti motivi di ricorso in primo grado:

1) Violazione e falsa applicazione legge 24.11.2003 n. 326, art. 32 - Violazione e falsa applicazione legge 28.02.1985 n.47 - Violazione e falsa applicazione legge regione Campania 10.11.2004, n. 10 - Eccesso di potere - Inesistenza dei presupposti - Difetto di motivazione - Carenza di istruttoria -Travisamento - Sproporzione.

Si sosteneva che:

- le opere erano condonabili per effetto dell'art. 43, ultimo comma, della l. 47/1985 che ammette la sanatoria per le opere non ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali;
- il completamento era consentito nei limiti strettamente necessari a dare identità edilizia alle strutture realizzate e funzionalità per il loro utilizzo;
- per provvedimenti giurisdizionali, richiamati dall'art. 43 l. 47/1985, dovevano intendersi anche i provvedimenti emessi dal giudice penale;
- nella specie la situazione dei luoghi era rimasta immutata per effetto dei provvedimenti di sequestro;

- la realizzazione della tompagnatura esterna avrebbe reso il fabbricato realizzato funzionale all'uso cui è destinato, così come previsto dal richiamato art. 43 l. 47/1985;
- le tompagnature esterne al piano rialzato costituivano essenzialmente lavori necessari per rendere funzionali le opere abusivamente realizzate, in quanto finalizzate a completare le due unità immobiliari;
- la fisionomia del fabbricato, al momento dell'avvenuto sequestro, era già ben definita risultando chiaro l'intento dei signori Pennacchio di ultimare il piano rialzato con le stesse caratteristiche (in termini di superficie e volume) del piano seminterato, già tompagnato e quindi ultimato, diversamente da quanto avveniva per il sottotetto, che risultava escluso dal progetto di completamento del fabbricato allegato alla domanda di condono;
- era sicuramente ammissibile la sanatoria delle opere abusive realizzate anche se in parte "non ultimate" e non completate "al rustico", in quanto tali opere presentavano i requisiti minimi indispensabili per farne ritenere acquisita ad ogni effetto una specifica individualità;
- in ogni caso certamente sanabili erano le opere realizzate a piano terra.

II) Violazione e falsa applicazione l. 07.08.1990, n.241, art. 10-*bis* - Eccesso di potere

- Violazione del giusto procedimento - Difetto di istruttoria e di motivazione.

Si sosteneva che l'amministrazione non aveva esplicitato le ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni presentate.

3. Con sentenza n. 1026/2016 il Tar per la Campania, Sezione Seconda, rigettava il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni:

- l'amministrazione aveva rilevato che le opere oggetto di domanda di sanatoria edilizia non erano state ultimate al rustico alla data del 31/3/2003, atteso che il piano terra era, a tale data, privo di compagnatura esterna;
- la relazione del tecnico allegata al verbale dell'8.6.1999 della Polizia Municipale affermava che la struttura del piano rialzato è formata dal getto di n. "20 pilastri in c.a. e solaio in calcestruzzo e laterizio";
- le controdeduzioni della stessa parte ricorrente, come prodotte ex art. 10-*bis* in data 14.7.2011, alle pagg. 1-2 confermavano che "il piano rialzato è...privo dei muri perimetrali...";
- parte ricorrente rivendicava il diritto al condono ai sensi dell'art. 43, u.c. della l. 47/1985 (richiamato dall'art. 32, XXVIII comma della legge n. 326/2003) alla stregua del quale "possono ottenere la sanatoria le opere non ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori che siano strettamente necessari alla loro funzionalità...";
- a tal proposito è stato più volte precisato che - poiché oggetto della norma sono i lavori attinenti alle "strutture realizzate" - lavori che peraltro debbono essere "strettamente necessari alla...funzionalità" delle strutture stesse - la predetta norma può essere applicata ai soli lavori necessari per assicurare la funzionalità di quanto già costruito e non consente, invece, di integrare le opere con interventi edilizi che diano luogo di per sé a nuove strutture;
- nel caso di specie, alla data del 31.3.2003 il fabbricato non era stato ultimato e le opere da realizzare non integravano per ciò stesso un semplice completamento funzionale;
- il condono non poteva rilasciarsi attesa l'incompletezza del fabbricato mentre non era stato fornito neanche un principio di prova in ordine all'avvenuta esecuzione

dell'intervento entro il termine del 31 marzo 2003, inderogabilmente fissato per l'accesso ai benefici previsti dalla normativa in materia;

- in simili circostanze, non è neanche richiesta una specifica motivazione che dia conto della valutazione delle ragioni di interesse pubblico sottese alla determinazione assunta o della comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, in quanto il presupposto per l'adozione del provvedimento *de quo* è costituito esclusivamente dalla constatata incompatibilità con l'assetto urbanistico del territorio, con la conseguenza che il provvedimento, ove ricorrano i predetti requisiti, è sufficientemente motivato con il riferimento alla circostanza che sussistevano cause di non condonabilità in violazione dell'art.3, comma 2/b, della l. r. 10/2004.

4. Avverso la sentenza del Tar per la Campania hanno proposto appello i signori Vincenzo Pennacchio e Irene Davide sulla base dei motivi che saranno di seguito analizzati.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Qualiano chiedendo il rigetto dell'appello.

6. All'udienza del 5 maggio 2022 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

7. L'appello è fondato.

8. Con il primo motivo di appello si censura la sentenza impugnata per:

Error in procedendo et judicando - Violazione e falsa applicazione della l. 47/85 e, in particolare dell'art. 43 - Violazione e falsa applicazione della l. 724/1994 - Violazione e falsa applicazione della l. 326/2003 - Violazione e falsa applicazione della l. 241/1990 - Violazione del giusto procedimento di legge - Eccesso di potere - Inesistenza dei presupposti di legge - Carezza di potere - Difetto di istruttoria.

Si sostiene che alla fattispecie in esame, in virtù del rimando espresso dal combinato disposto degli articoli 32, commi 25 e 28, del d. l. 269/2003, convertito nella l. 326/2003, le disposizioni di cui ai capi IV e V della l. n. 47/85 (come modificate

dalla l. 724/94) si applicano alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31.03.2003.

A norma dell'articolo 43, comma 5, l. 47/85 «possono ottenere la sanatoria le opere non ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori che siano strettamente necessari alla loro funzionalità. Il tempo di commissione dell'abuso e di riferimento per la determinazione dell'oblazione sarà individuato nella data del primo provvedimento amministrativo o giurisdizionale. La medesima disposizione per determinare l'oblazione è applicabile in ogni altro caso in cui i suddetti provvedimenti abbiano interrotto le attività edificatorie».

Nel caso di specie le opere non erano state ultimate per effetto del provvedimento di sequestro del 1999 legato al procedimento penale poi concluso con decreto di archiviazione del 2004. E agli effetti dell'applicabilità dell'art. 43 della l. 47/85 occorre considerare anche i provvedimenti provenienti dalla magistratura penale in quanto emessi per diretta o specifica repressione dell'abuso.

Si sostiene inoltre che il completamento funzionale deve essere inteso nel senso che la costruzione, anche se non completamente ultimata, deve essere idonea alle funzioni cui l'opera è destinata.

Il motivo è fondato.

L'appellante sostiene che se non fosse intervenuto il sequestro del cantiere nel 1999, egli avrebbe certamente completato l'opera abusiva entro il 31 marzo del 2003 così da poter usufruire del condono introdotto dal d. l. 269/2003.

Il Comune (che in giudizio si è difeso in maniera poco più che formale) non contesta le allegazioni dell'appellante, comprese le conseguenze che dalle stesse egli fa discendere.

Nella specie l'appellante ha allegato una serie di circostanze inerenti lo svolgimento dei fatti specificandole in modo dettagliato ed analitico. L'amministrazione aveva il dovere di prendere posizione verso tali allegazioni puntuali e di contestarle ovvero di ammetterle. In caso contrario le allegazioni devono darsi per non contestate e possono essere poste a fondamento della decisione del giudice.

L'assenza di difesa da parte dell'amministrazione, sebbene costituita, comporta l'applicazione del principio di non contestazione, ex art. 64, comma 2, del cod. proc. amm., dovendosi ragionevolmente dedurre che, anche alla luce degli altri elementi disponibili, rispetto a quanto allegato dall'appellante l'amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre.

Per quel che attiene l'ambito di operatività dell'articolo 43, comma 5, della l. 47/85, applicabile al caso di specie, il Collegio aderisce al principio già espresso dalla Sezione nella sentenza 09/01/2014, n. 39.

Detto principio afferma che: *«l'art. 43, comma 5, l. 28 febbraio 1985, n. 47 non impiega la dizione di costruzioni o opere ultimate, vale a dire un manufatto completo almeno al rustico, privo solo delle finiture, ma la diversa nozione di strutture realizzate, che può dirsi verificata anche se difettano le tamponature esterne, nei termini in cui questo risultato consenta comunque di percepire la concreta fisionomia del manufatto e la sua destinazione, cioè di identificare nei tratti essenziali l'opera da sanare e completare».*

Nella fattispecie oggetto di giudizio, dalla documentazione versata in atti emerge la sussistenza dei presupposti prescritti dall'art. 43, comma 5, della l. 47/1985.

Al piano seminterrato risultavano realizzati, oltre alla struttura di cemento armato, i muri perimetrali di tamponatura esterna, i tramezzi divisorii interni e la pavimentazione con getti di calcestruzzo. Mentre al piano rialzato risultava realizzata la struttura in cemento armato formata dal getto di 20 pilastri in cemento armato e solaio

di copertura. Ne deriva che il fabbricato era ormai ben individuabile nella sua concreta fisionomia e nella sua effettiva destinazione d'uso di edificio residenziale. Assunta tale conformazione, l'edificio era sotto tale profilo condonabile.

Per le ragioni esposte, il motivo è fondato.

Resta assorbito il secondo motivo di appello con il quale si lamentava: «*Error in procedendo et judicando* - Violazione e falsa applicazione art. 10-*bis*, l. 241/1990 - Violazione art. 3 l. 241/1990 - Violazione del giusto procedimento - Difetto assoluto di istruttoria e di motivazione - Eccesso di potere per illogicità - Travisamento - Contraddittorietà».

9. Per le ragioni esposte l'appello deve essere accolto.

Sussistono buoni motivi, per la peculiarità del caso, per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla gli atti impugnati in primo grado.

Compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI