



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 9001 del 2016, proposto dai signori Mario Russo e Anna Cervasio, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco di Lorenzo, elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avvocato Giancarlo Viglione, in Roma, via lungotevere dei Mellini, n. 17,

contro

il Comune di Sant'Antimo, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania, sede di Napoli - Sezione II, 5 aprile 2016, n. 1665, resa *inter partes*, concernente l'annullamento in autotutela di provvedimenti di condono edilizio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-*bis*, c.p.a.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 18 luglio 2022 il consigliere Giovanni Sabato e udito, per la parte appellante, l'avvocato Francesco Di Lorenzo in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma "*Microsoft Teams*";

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I signori Mario Russo e Anna Cervasio sono proprietari di singole unità immobiliari facenti parte di un unico fabbricato destinato a civile abitazione realizzato negli anni '80 in via delle Orchidee n. 2 e catastalmente distinto in foglio di mappa 4, particella 565, regolarmente condonato con l. n. 47/85.
2. Con i provvedimenti impugnati in primo grado il Comune di Sant'Antimo annullava i titoli abilitativi conseguiti dagli appellanti per effetto dell'ultimo condono edilizio (permesso di costruire prot. 793/UTC Anna Cervasio; permesso di costruire prot. n. 792/UTC Mario Russo). La ragione per cui l'Amministrazione ha annullato detti provvedimenti è che l'immobile oggetto di condono non risulta completo di tompagnature esterne alla data dell'11 luglio 2003.
3. Durante il giudizio di primo grado, promosso dai signori Cervasio-Russo (oltre ai signori Antonio Barretta, Lucrezia Barretta, Antimo Barretta, Carolina Cervasio) la Sezione ha disposto una consulenza tecnica al fine di chiarire la vicenda, con particolare riguardo se effettivamente alla data dell'11 luglio 2013 le sopraelevazioni realizzate mancavano di tompagnature perimetrali, tramezzi interni, impianti tecnologici e rifiniture, ovvero se dette opere esistevano già nel marzo 2003, e se le opere in

contestazione erano comunque tecnicamente condonabili. Nella relazione finale depositata agli atti del giudizio di prime cure il CTU incaricato, sulla scorta dei soli documenti versati in atti dalle parti, ha rilevato che *“le tompagnature esterne e le tramezzature interne sono state realizzate nel lasso di tempo dal 17.01.2003 al 14.09.2003, senza poter tuttavia meglio precisare e quindi dare risposta puntuale alla richiesta di appurare lo stato dei luoghi alle date dell'11.07.2003 e del marzo 2003”* e *“le opere oggetto delle istanze di concessione in sanatoria ex L. 326/2003 presentate dai ricorrenti in data 16.11.2004 e 10.12.2004, accolte con provvedimenti in data 12.02.2008, 10.10.2008, 30.10.2008 e 30.03.2009 poi revocati con i successivi provvedimenti del 23.04.2014 impugnati col ricorso in esame, non erano tecnicamente condonabili a termini della normativa cogente pro tempore, sia perché il nuovo volume realizzato in ampliamento superava di gran lunga l'incremento massimo consentito di quello della costruzione preesistente, sia perché alla data limite prevista del 31.03.2003 esse non erano ultimate”*.

4. Con la sentenza oggetto di gravame il T.a.r. ha respinto il ricorso di primo grado, evidenziando che *“dalla relazione tecnica senza data ma allegata alla richiesta di concessione in sanatoria del 16/1/2013 e depositata presso il Comune in data 17/1/2013, l'ausiliario ha tratto la conclusione che a quella data le sopraelevazioni al 1° ed al 2° piano mancavano di tompagnature esterne, di tramezzature interne, di impianti e di finiture, dal momento che nei grafici allegati alla citata istanza i piani in sopraelevazione venivano così rappresentati; similmente dalle richieste di concessione in sanatoria depositate l'11/7/2013 e relative relazioni tecniche deve desumersi che le tompagnature esterne e le tramezzature interne non erano state ancora realizzate alla data del 31/3/2003, ed ancora dalla richiesta di definizione di illeciti edilizi assunta al prot. del Comune di Sant'Antimo il 10/12/2004 si evince che alla data del 31/3/2003 lo stato dei lavori era parziale. Viceversa, come da comunicazione di notizia di reato del 15/9/2003 che dava atto dell'avvenuta violazione dei sigilli e della realizzazione di lavori, a tale successiva data erano presenti tompagnature esterne e tramezzatura interna, ma non gli impianti e le finiture”*. Ha

quindi il T.a.r. condannato parte ricorrente al rimborso delle spese di lite (€ 2.000,00 nonché di consulenza, definitivamente determinate in € 3.000,00 oltre contributi previdenziali e IVA ed anticipate quanto ad € 1.000,00).

5. Avverso tale pronuncia i signori Mario Russo e Anna Cervasio hanno proposto appello, notificato il 28 ottobre 2016 e depositato il 28 novembre 2016, articolando le seguenti censure:

I) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione di legge (Art. 32, l. 326/2003; Art. 2712 c.c.; Artt. 214 e ss. C.p.c.; Artt. 1 e 2, 10 bis, 21 nonies, l n. 241/90 e s.m.i.; Artt. 3 e 97 Cost. – Eccesso di potere – Errore sui presupposti – Travisamento dei fatti – Illogicità manifesta – Difetto di istruttoria – Violazione del giusto procedimento.*

Con tale motivo gli appellanti sostengono che il C.T.U. incaricato non abbia effettivamente risposto al quesito sottopostogli dalla Sezione. Di conseguenza dovrebbe darsi credito alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà rese nonché alla foto dell'edificio esibita in giudizio, con timbro postale del 24 marzo 2003 da cui si evince invece che, a tale data, le tompagnature già esistevano.

Gli appellanti ritengono che tale foto costituisca piena prova dei fatti e delle cose rappresentate dal momento che né l'Amministrazione resistente né l'ausiliario del giudice di primo grado la hanno formalmente disconosciuta come invece richiederebbe l'art. 2712 c.c. in combinato disposto con l'art. 214 c.p.c.

II) *Error in iudicando – Sulla violazione e falsa applicazione di legge (Art. 32, l. 326/2003; Artt. 43 e 31, comma 2, l. 47/85; Artt. 1, 2, 3, 10 bis, 21-nonies, l. n. 241/1990 e s.m.i.; Artt. 3 e 97 Cost.) – Eccesso di potere – Errore sui presupposti – Travisamento dei fatti – Illogicità manifesta – Difetto di istruttoria – Violazione del giusto procedimento.*

Con tale motivo si contesta la mancata applicazione dell'art. 43, l. 47/85 dove viene utilizzata la terminologia “*struttura realizzata*”. Dalla giurisprudenza consolidata richiamata dagli appellanti si evince che si tratta di una norma la cui *ratio legis* va ravvisata nella facoltà concessa dal legislatore di poter porre in essere quelle opere di ultimazione dei lavori finalizzate a rendere funzionale un edificio già esistente, escludendo dal campo applicativo della stessa tutte quelle integrazioni che vanno ad individuare nuove strutture non previste nel progetto originario (*ex multis* T.a.r. Napoli, sez. II, n. 3444/2011). Il Consiglio di Stato ha escluso la possibilità di sanatoria per quelle opere “*il cui grado, appena iniziale, di realizzazione non consente oggettivamente di riconoscerne la funzione e la configurazione generale*” (Cons. Stato, n. 6327/2011 e 5625/2011). Gli appellanti sostengono che nel caso di specie sussistono tutti i presupposti prescritti dall'art. 43 e di conseguenza risulta illegittimo l'intero procedimento e i conseguenti provvedimenti sanzionatori non essendo stato consentito alle parti di beneficiare di quanto stabilito dall'art. 43, comma 5, l. 47/85.

III) *Error in iudicando* – *Sulla violazione e falsa applicazione di legge (Art. 32, l. 326/2003; Artt. 43 e 31, comma 2, l. 47/85; Artt. 1, 2, 3, 10 bis, 21-nonies, l. n. 241/1990 e s.m.i.; Artt. 3 e 97 Cost.)* – *Eccesso di potere* – *Errore sui presupposti* – *Travisamento dei fatti* – *Illogicità manifesta* – *Difetto di istruttoria* – *Violazione del giusto procedimento*.

Gli appellanti censurano la pronuncia nella parte in cui condivide la risposta fornita dal C.T.U. al secondo quesito, il quale si pronuncia sui limiti quantitativi di volumetria realizzati sebbene negli atti del procedimento e nei provvedimenti impugnati non vi è alcun riferimento ai limiti quantitativi di volumetria realizzati. Trattandosi di circostanze mai contestate prima in tal modo si è concretizzata “*un'integrazione postuma del provvedimento*” non consentita nell'ambito del nostro ordinamento. Gli ap-

pellanti sostengono altresì che le opere abusive in esame non devono essere ricomprese fra gli abusi classificati come “*Ampliamenti*” dalla l. 326/2003 bensì rientrerebbero nella categoria delle “*Nuove costruzioni*”.

IV) *Error in iudicando* – *Sulla violazione e falsa applicazione di legge (Art. 38, d.P.R. 380/01; Artt. 1, 2, 3, 10 bis, 21-nonies, l. n. 241/1990 e s.m.i.; Artt. 3 e 97 Cost.)* – *Eccesso di potere* – *Errore sui presupposti* – *Travisamento dei fatti* – *Violazione del giusto procedimento* – *Illogicità manifesta*.

Gli appellanti ritengono che nel caso di specie l'Amministrazione abbia esercitato il potere di annullamento d'ufficio previsto dall'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 anche se non sussistevano i presupposti richiesti dalla legge. In particolare i provvedimenti impugnati venivano adottati sulla base della presunta mancanza di tempagnature alla data del 31 marzo 2003, ma non si evincerebbero ragioni di interesse pubblico concreto e attuale per giustificare i provvedimenti repressivi, difettando allo stesso tempo il termine ragionevole e non apparendo tutelati gli interessi dei destinatari privati a loro avviso della facoltà di apportare il giusto contributo partecipativo al procedimento. L'Amministrazione impiegava circa dieci anni per porre in essere l'annullamento dei provvedimenti di condono, creando così un legittimo affidamento in capo ai privati. I provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi in quanto la p.a., in violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990, non avrebbe fornito adeguata motivazione circa il rispetto dei presupposti indispensabili per procedere all'azione di annullamento d'ufficio. Gli appellanti eccepiscono, altresì, la violazione dell'art. 38 d.P.R. n. 380/2001, il quale prevede la possibilità, al ricorrere di determinate circostanze, di applicare una sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione che può essere irrogata solo qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino.

6. Il Comune di Sant'Antimo, sebbene ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

7. In data 16 giugno 2022, parte appellante ha prodotto memoria *ex art. 73 c.p.a.*, insistendo per l'accoglimento del gravame.

8. In data 12 luglio 2022, parte appellante ha depositato istanza di passaggio in decisione senza discussione.

9. All'udienza telematica del 18 luglio 2022, l'appello è stato introitato in decisione.

10. L'appello è infondato.

10.1 Privo di pregio è il primo motivo sollevato da parte appellante, col quale si deduce l'inconferenza della relazione di CTU depositata nel corso del giudizio di prime cure a causa della mancata valorizzazione della foto del 24 marzo 2003 da cui si evince che, a tale data, leOMPAGNATURE sarebbero già esistenti. L'infondatezza di tali deduzioni, che assumono rilievo centrale nell'economia del gravame, si deve al fatto che la relazione istruttoria acquisita nel corso del giudizio di primo grado è in realtà alquanto dettagliata e pertinente rispetto al tenore dei quesiti formulati dal T.a.r. avendo il CTU rilevato che le opere descritte in atti non sono suscettibili di sanatoria né straordinaria né ordinaria, stante la presentazione di plurime domande da parte degli odierni appellanti. La questione che investe il presente giudizio attiene però non alle domande *ex articolo 13 della legge 47/85* quanto a quella di condono edilizio presentata ai sensi della legge n. 326/2003 che, com'è noto, impone, quale *deadline* di ultimazione dei lavori, la data del 31 marzo 2003.

Orbene il CTU ha potuto accertare che non può ricavarsi il rispetto di tale limite temporale dalla fotografia anzidetta, risultando questa in palese contraddizione rispetto ad altra documentazione presentata dagli odierni appellanti nell'ambito della

pratica edilizia inerente alla domanda di condono edilizio, risultando quindi indimprostrato il rispetto del termine di ultimazione anzidetto. Secondo consolidato principio giurisprudenziale, *“l’onere della prova circa l’ultimazione dei lavori entro la data utile per ottenere il condono edilizio grava sul richiedente la sanatoria, in quanto solo l’interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori”* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2021, n. 6490). Né può darsi rilevanza alle autodichiarazioni di cui pure fa menzione lo stesso consulente, che attesterebbero il rispetto del limite temporale, in quanto *“nell’ipotesi di richiesta di condono edilizio, la prova del richiedente in ordine alla data di ultimazione dei lavori deve essere rigorosa e deve fondarsi su documentazione certa e univoca e comunque su elementi oggettivi, non avendo alcuna rilevanza eventuali dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o mere dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate”* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2021, n. 7543).

Ma la non condonabilità dell’intervento si deve ad altre due ragioni, ben delineate nel corpo della relazione di CTU, segnatamente riconnesse al fatto che l’intervento è stato frazionato in due parti, ciascuna di esse rientrante nel limite dei 750 m³, quando invece esso, per le sue caratteristiche, andava considerato unitariamente così da risultare in violazione del limite volumetrico imposto dalla normativa del cd. terzo condono.

Vi è poi un’ulteriore ragione che osta all’accoglimento della domanda di condono edilizio in questione e che attiene all’accertata inidoneità funzionale delle opere condonande. Infatti, come rammentato dal CTU, l’art. 3, comma 2, lett. b) della legge n. 10/2004 della regione Campania prevede che sono condonabili le opere che *“sono state ultimate dopo il 31 marzo 2003. Si considerano ultimate le opere edilizie completate al rustico comprensive di mura perimetrali e di copertura e concretamente utilizzabili per l’uso cui sono destinate”*. Assume quindi rilievo decisivo la circostanza della inidoneità funzionale

dell'ampliamento volumetrico, stante anche la mancanza di infissi, oggetto della domanda di condono è questo quindi a prescindere dal raggiungimento o meno dello stadio ultimativo entro la data del 31 marzo 2003 che comunque, è bene ribadirlo, è rimasto indimostrato nonostante sul richiedente il titolo edilizio in sanatoria gravi l'onere della prova circa rispetto del limite temporale di ultimazione dell'intervento.

10.2 Priva di pregio è anche il secondo motivo d'appello, in quanto non ha cittadinanza l'invocato articolo 43 della legge numero 47 del 1985, non venendo in considerazione nel caso di specie un problema di ultimazione dei lavori nel rispetto della normativa condonistica quanto la presentazione di una domanda di condono che non risulta come coerente con il limite temporale previsto dalla stessa disciplina invocata che quella del cd. Terzo condono.

10.3 Infondato è anche il terzo motivo di ricorso, col quale si deduce che la questione della violazione del limite volumetrico, configurata dal CTU e valorizzata dal T.a.r. nella sua sentenza, non era stata messa in evidenza nel provvedimento di annullamento impugnato costituendo quindi una motivazione postuma come tale non ammissibile.

Il motivo andrebbe dichiarato addirittura inammissibile, in quanto, come sopra rilevato, assume rilievo autonomamente ostativo quello relativo al mancato rispetto del limite temporale cosicché ogni ulteriore considerazione afferente ad altri profili ostativi, pur evidenziati dal T.a.r., sarebbero da considerare ormai assorbiti. Ad ogni modo l'accertamento espletato dal CTU risulta coerente con i quesiti posti dal T.a.r., coi quali il giudice di prime cure aveva chiesto all'organo istruttore di verificare la condonabilità tecnica dell'intervento alla quale come detto osta anche la considerazione relativa al superamento del limite volumetrico. Ne deriva che, venendo in con-

siderazione la domanda di sanatoria edilizia che si colloca in un preciso quadro normativo che ne scolpisce i presupposti applicativi, non viene in considerazione alcuna deviazione dal principio dell'onere motivazionale allorché, all'esito dell'istruttoria re-sasi necessaria in considerazione delle stesse censure sollevate dal ricorrente in prime cure emerga un ulteriore fattore ostativo all'ammissibilità condono delle opere per le quali si controverte.

10.4 Infondato è, infine, il quarto ed ultimo motivo di ricorso, in quanto sussistono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 21 *novies* della legge n. 241/90 allorché, come nel caso di specie, il condono edilizio sia stato rilasciato sulla base di documentazione non rispondente al vero. In tal caso infatti l'Amministrazione stata indotta in errore dallo stesso richiedente il titolo edilizio in sanatoria avendo questi dichiarato e assunti vivamente comprovato il rispetto del limite temporale non emerge quindi alcuna necessità di tutelare l'affidamento del destinatario dell'atto amministrativo oggetto del potere di autotutela dell'Amministrazione proprio per la non corrispondenza al vero di quanto dichiarato in seno alla domanda stessa.

11. In conclusione, l'appello è infondato e deve essere respinto.

12. Nulla vi è a provvedere sulle spese di giudizio stante la mancata costituzione della parte appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 9001/2016), lo respinge.

Nulla per le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in collegamento da remoto nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Dario Simeoli, Presidente FF

Giordano Lamberti, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE
Dario Simeoli

IL SEGRETARIO