

N. 10709/2022REG.PROV.COLL.

N. 10172/2018 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10172 del 2018, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Aristide De Vivo, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

contro

Comune di Salerno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Barone, Aniello Di Mauro e Nicola Comunale, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania -Salerno (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-/2018, resa tra le parti, concernente un diniego di sanatoria e un'ordinanza di demolizione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2022 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Paolo Caruso, su delega di Aristide De Vivo, e Nicola Comunale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il sig. -OMISSIS- ha presentato, al Comune di Salerno, istanza di condono edilizio *ex* D.L. 30/9/2003, n. 269 per sanare la realizzazione di un'unità abitativa di circa 70 mq.

Con determinazione 1/7/2013, n. 560, il Comune, verificata la mancata formazione del silenzio-assenso, ha respinto la domanda di sanatoria, rilevando che l'opera non risultava ultimata entro il termine stabilito dalla legge e che la stessa costituiva una "nuova costruzione" edificata in area sottoposta a vincolo idrogeologico e paesaggistico, per cui, rientrando nella categoria di interventi di cui all'art. 32, comma 27, lett. d), del citato D.L. n. 269/2003, non avrebbe potuto essere condonata, sia per l'esistenza dei suddetti vincoli, sia per la sua non conformità alla pianificazione urbanistica.

Ritenendo il diniego illegittimo il sig. -OMISSIS- lo ha impugnato davanti al T.A.R. Campania – Salerno, con ricorso n. 1910/2013.

Nelle more del giudizio il comune ha adottato l'ordinanza -OMISSIS- con la quale ha ingiunto la demolizione dell'opera abusiva.

Il provvedimento sanzionatorio è stato gravato davanti al medesimo organo giurisdizionale con ricorso n. 860/2017.

Con sentenza 24/10/2018, n. -OMISSIS- l'adito Tribunale, riuniti i due gravami, li ha respinti.

Avverso la sentenza ha proposto appello il sig. -OMISSIS-.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio l'amministrazione appellata.

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 24/11/2022 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo si denuncia l'errore commesso dal primo giudice nell'escludere la sussistenza del dedotto vizio di difetto di istruttoria, pur riconoscendo che i lavori erano stati ultimati entro il termine legale, e nel negare che sulla domanda di condono si fosse formato il silenzio-assenso.

Ulteriore errore sarebbe ravvisabile nell'affermazione secondo cui l'opera, da qualificare come nuova costruzione, non sarebbe sanabile, in quanto localizzata in zona vincolata, ignorando che tale circostanza non precluderebbe, di per sé, il rilascio del condono.

In realtà, le opere abusive non potrebbero beneficiare del condono edilizio di cui al D.L. n. 269/2003 solo laddove ricorrano congiuntamente le seguenti tre condizioni:

a) sussistenza di un vincolo preesistente alle opere; b) assenza o difformità dal titolo edilizio; c) non conformità delle opere alla strumentazione urbanistica. Nella specie, però, l'amministrazione non avrebbe dimostrato la sussistenza della condizione *sub c*).

Il dedotto vizio colpirebbe anche l'ordinanza di demolizione.

Col secondo motivo si censura l'appellata sentenza nella parte in cui esclude che sulla domanda di condono edilizio si sia formato il silenzio-assenso, ai sensi dell'art. 32, comma 37, del D.L. n. 269/2003.

Difatti, il termine per la formazione del provvedimento tacito sarebbe iniziato a decorrere dal momento della presentazione della domanda di condono (anno 2004), risultando irrilevante, a tal riguardo, l'integrazione documentale effettuata nel 2012, trattandosi di documentazione che sarebbe stata prodotta al solo fine di superare talune perplessità espresse dal comune.

Né sarebbero condivisibili le affermazioni del giudice di prime cure secondo cui:

a) in Campania, in virtù della L.R. 18/11/2004, n. 10, non si formerebbe, sulle domande di condono edilizio, il silenzio-assenso;

b) in base all'art. 32, comma 27, lett. d), l'opera realizzata sarebbe insanabile.

Col quarto motivo si lamenta l'illegittimità dell'avversato diniego nella parte in cui ha contestato la mancata ultimazione delle opere eseguite entro la data del 31/3/2003.

La circostanza risulterebbe smentita dalla sentenza penale n. 135/2006 del Tribunale di Salerno da cui risulta che: *“a seguito di violazione dei sigilli (in data 22.06.1999), al piano rialzato, completavano le opere mediante tompagnatura e intonaco sull'intera superficie, apposizione di infissi in alluminio, porta di ingresso e ringhiera di ferro, realizzazione di tramezzature interne, impianti tecnologici, pavimentazione”*. E, del resto, anche il giudice di prime cure avrebbe riconosciuto il rispetto del termine di legge, senza trarne, però, le dovute conseguenze in ordine alla dedotta illegittimità dell'atto negativo gravato.

Il Tribunale non avrebbe, inoltre, considerato che l'esistenza del vincolo idrogeologico sull'area d'intervento non sarebbe stata di ostacolo al rilascio del condono, essendo intervenuta l'apposita autorizzazione da parte della Provincia di Salerno.

Col quinto motivo si lamenta che l'amministrazione comunale prima di esprimersi negativamente avrebbe dovuto acquisire il parere di compatibilità paesaggistica ad

opera della competente soprintendenza, a nulla rilevando la rilevata difformità dallo strumento urbanistico.

Le quattro doglianze, tutte infondate, si prestano a una trattazione congiunta.

Come si ricava dall'impugnato provvedimento amministrativo e dall'appellata sentenza, il condono edilizio è stato, tra l'altro, negato in quanto l'opera, rientrante nella tipologia 1, dell'allegato 1, al D.L. n. 269/2003, non era sanabile perchè ubicata in area soggetta a vincolo idrogeologico e paesaggistico preesistente.

Difatti, per consolidato orientamento giurisprudenziale, che il Collegio condivide, non possono beneficiare del condono edilizio di cui all'art. 32, commi 25 e segg., del D.L. n. 269/2003, le opere che hanno comportato la realizzazione di nuova volumetria in zona assoggettata a vincolo paesaggistico istituito prima della loro realizzazione, sia esso di natura relativa o assoluta, (Cons. Stato, Sez. VI, 29/7/2022, n. 6684; 22/4/2022, n. 3088; 17/3/2020, n. 1902; 2/5/2016, n. 1664; 18/1/2019, n. 467; Sez. II, 13/11/2020, n. 7014; 15/10/2019, n. 703; Sez. IV, 27/4/2017, n. 1935; 21/2/2017, n. 813; Cass. Pen., Sez. III, 20/5/2016, n. 40676; 29/4/2011, n. 16707).

In presenza della condizione ostativa sopra descritta, l'incondonabilità dell'intervento realizzato non è superabile nemmeno richiamando le autorizzazioni delle autorità preposte alla tutela dei vincoli insistenti sull'area, intervenute successivamente alla presentazione della domanda di condono, atteso che il D.L. n. 269/2003, pur collocandosi sull'impianto generale della legge 28/2/1985, n. 47, regolamenta (col cennato art. 32) in maniera più restrittiva le fattispecie sanabili, poiché con riguardo ai vincoli ivi indicati (tra cui quello idrogeologico e paesaggistico) preclude il condono sulla base della anteriorità del vincolo, senza la previsione procedimentale di alcun parere dell'autorità a esso preposta, con ciò collocando l'abuso nella categoria delle opere non suscettibili di sanatoria, *ex art. 33 della L. n. 47/85* (in termini, Cons.

Stato, Sez. VI, 17/5/2022, n. 3857; 24/2/2022, n. 1305; 17/1/2020, n. 425; Sez. IV, 17/9/2013 n. 4619).

Quindi, la circostanza che la Provincia di Salerno, abbia, dal punto di vista idrogeologico, espresso parere favorevole in ordine all'immobile per cui è causa, deve ritenersi del tutto irrilevante ai fini della sua condonabilità.

Senza contare che, in ogni caso, anche ammessa la rilevanza della detta autorizzazione, resterebbe pur sempre scoperto il profilo paesaggistico, in relazione al quale la competente autorità non si è pronunciata.

Nel descritto contesto è da escludere che sulla domanda di condono presentata dall'appellante possa essersi formato il silenzio-assenso.

Infatti, per consolidata giurisprudenza, il provvedimento tacito su una richiesta di sanatoria edilizia può perfezionarsi solo in presenza di tutti i requisiti, formali e sostanziali, per l'accoglimento della stessa (Cons. Stato, Sez. VI, 20/4/2021, n. 3208; 13/7/2020, n. 4527; 8/6/2020, n. 3636; 2/11/2018, n. 6219; Sez. II, 19/11/2020, n. 7198).

Condizione nella specie assente, come si ricava dalle considerazioni sopra svolte.

Oltre a ciò, occorre osservare che, come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, nella Regione Campania, le domande di condono *ex art.* 32 del D.L. n. 269/2003 sono da intendersi assoggettate non già al regime del silenzio assenso, bensì al regime di cui all'art. 7 della L.R. n. 10/2004, sicché devono essere definite con un provvedimento espresso entro il termine di 24 mesi dalla presentazione, il cui decorso non equivale a titolo abilitativo tacito, ma configura un mero inadempimento, avverso il quale, oltre al rimedio amministrativo - sostitutivo, è azionabile la tutela giurisdizionale *ex artt.* 31 e 117 c. p. a.

Col terzo motivo si deduce che l'appellata sentenza sarebbe viziata in quanto non motiverebbe adeguatamente sulle doglianze di ricorso con le quali erano state prospettate nei confronti dell'avversato diniego le seguenti censure:

- a) l'amministrazione sarebbe stata tenuta a dare la comunicazione di cui all'art. 7 della L. 7/8/1990, n. 241 avendo la determinazione gravata natura di provvedimento di secondo grado;
- b) risulterebbe violato il principio di tipicità degli atti amministrativi, in quanto il diniego costituirebbe un atipico annullamento del provvedimento di assenso tacito;
- c) l'atto non sarebbe motivato;
- d) non sarebbe stata rispettata la norma di cui all'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990.

Col sesto motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nel respingere la doglianza con cui era stata dedotta la violazione dell'art. 10-*bis* della L. n. 241/1990, per aver l'amministrazione motivato il diniego senza tener conto della documentazione integrativa depositata, in sede procedimentale, dall'odierna appellante.

La reiezione della censura si basa sulla mancata prova della rilevanza della detta documentazione a sovvertire l'esito del procedimento, ma tale motivazione sarebbe contraddittoria, in quanto non considererebbe che nel precedente passaggio della sentenza con cui è stato accolto il terzo motivo di ricorso (punto 3.1), il medesimo giudice avrebbe affermato la rilevanza dei documenti in questione.

Le due doglianze, da affrontare contestualmente, non meritano accoglimento.

In primo luogo occorre rilevare che, diversamente da quanto l'appellante sostiene, l'impugnato diniego di condono, non ha natura di provvedimento di secondo grado, dato che non incide su una precedente determinazione riesaminando la decisione con la stessa assunta, ma si limita a respingere l'istanza di sanatoria presentata.

Risulta, pertanto, del tutto inconferente il richiamo alla norma di cui all'art. 21-*novies* della L. n. 241/1990.

Altrettanto irrilevante è il riferimento alla disposizione di cui all'art. 7 della citata L. n. 241/1990, atteso che la stessa non si applica ai procedimenti, come quello di specie, che iniziano a istanza di parte.

Non sussiste, inoltre, né la lamentata violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi (peraltro dedotta del tutto genericamente), né il contestato difetto di motivazione.

E invero, per un verso si è già più sopra precisato che, nella specie, non si è perfezionato alcun silenzio-assenso suscettibile di essere annullato in via di autotutela, per altro verso la determinazione risulta sufficientemente motivata, in quanto indica puntualmente le ragioni che la sorreggono.

Non coglie nel segno nemmeno la censura con cui è stata dedotta la violazione dell'art. 10-*bis* della L. 241/1990.

Al riguardo è sufficiente rilevare che, nelle condizioni date, l'avversato diniego si poneva come atto vincolato, con la conseguente insussistenza di un obbligo di comunicare all'interessato le ragioni ostative all'accoglimento della domanda, o di motivare il diniego anche con riferimento all'eventuale rilevanza della documentazione prodotta dalla parte in sede procedimentale (Cons. Stato, Sez. VI, 10/2/2020, n. 1029; Sez. V, 5/7/2021, n. 5114).

Quest'ultima, peraltro, era, al più, idonea a dimostrare l'epoca di ultimazione dei lavori e, quindi, la sussistenza di uno dei presupposti per l'accoglimento dell'istanza, ma era del tutto irrilevante rispetto all'ulteriore elemento ostativo al rilascio del condono, individuato dall'amministrazione comunale.

Col settimo mezzo di gravame si lamenta che l'impugnata ordinanza di demolizione sarebbe illegittima in quanto, prima di adottarla, il comune avrebbe dovuto valutare i motivi di ricorso prospettati dall'odierna appellante nei confronti del diniego di condono.

Con l'ottavo motivo si deduce che la detta ordinanza non sarebbe stata preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, tanto più necessaria dato il tempo trascorso dal diniego di condono e il conseguente affidamento riposto dall'interessata sulla fondatezza delle doglianze prospettate in sede giurisdizionale.

Al riguardo, il giudice di prime cure avrebbe errato a considerare superflua la comunicazione di cui all'art. 7 della L. n. 241/1990.

Col nono motivo si deduce, infine, che, ai fini dell'adozione dell'ordinanza di demolizione, non sarebbe sufficiente il mero interesse al ripristino della legalità violata, ma occorrerebbero specifiche ragioni di interesse pubblico, prevalenti su quelle del privato alla conservazione del bene, che l'amministrazione avrebbe l'onere di enucleare con congrua motivazione e ciò, in particolare, laddove, come nella specie, le opere illecite siano state oggetto di autodenuncia (con l'istanza di condono) e abbiano un'incidenza urbanistica insignificante, configurando un "abuso di necessità" (manufatto adibito a residenza principale).

Le tre censure, da trattare unitariamente, non meritano condivisione.

La prima è inammissibile in quanto, in violazione dell'art. 101, comma 1, c.p.a., non rivolta contro la sentenza.

La stessa, comunque, è pure infondata.

E invero, nessuna norma o principio impone all'amministrazione di valutare i motivi di un ricorso giurisdizionale proposto contro un diniego di condono edilizio, in sede di adozione della conseguente ordinanza di demolizione.

Anche le restanti doglianze sono infondate.

Difatti:

- a) per pacifica giurisprudenza, che il Collegio condivide, appurata l'abusività dei lavori, l'esercizio del potere repressivo assume natura doverosa e vincolata, anche a distanza di lunghissimo tempo dalla loro realizzazione, non essendo la potestà soggetta a termini di decadenza o prescrizione, anche in considerazione del fatto che le violazioni edilizie hanno natura di illeciti permanenti (Cons. Stato, Sez. VI, 25/5/2022, n. 4171; 19/10/1995, n. 1162; Sez. II, 27/4/2020, n. 2670);
- b) stante la descritta natura dell'avversato provvedimento demolitorio, non è configurabile nei suoi confronti, il lamentato di difetto di motivazione, atteso che il medesimo è, come nella fattispecie, sufficientemente motivato con l'individuazione delle opere contestate e delle ragioni della loro illiceità (*ex plurimis* Cons. Stato, Sez. VI, 13/1/2022, n. 251);
- c) l'interesse pubblico alla rimozione delle opere abusive è sempre *in re ipsa*, per cui sul punto non occorre specifica motivazione, né è necessario comparare tale interesse con quello del privato alla conservazione della situazione di fatto illecita (Cons. Stato, A.P. 17/10/2017, n. 9, Sez. VI, 10/7/2020, n. 4425; 22/4/2020, n. 2557; 4/10/2019, n. 6720; 8/4/2019, n. 2292; 5/11/2018, n. 6233; 26/3/2018, n. 1893; 23/11/2017, n. 5472 e 5/1/2015, n. 13; Sez. II, 19/6/2019, n. 4184; Sez. IV, 11/12/2017, n. 5788);
- d) l'ordine di demolizione, per unanime giurisprudenza, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento, dato che la natura vincolata del relativo potere non consente all'amministrazione di compiere valutazioni di interesse pubblico in ordine alla conservazione del bene (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 24/2/2022, n. 1304; 27/9/2021, n. 6490; 15/2/2021, n. 1351; 7/1/2021, n. 187;

13/5/2020, n. 3036; 25/2/2019, n. 1281; Sez. V, 12/10/2018, n. 5887; Sez. IV, 27/5/2019, n. 3432; Sez. II, 29/7/2019, n. 5317 e 26/6/2019, n. 4386).

Del tutto privo di rilevanza risulta, infine, che l'illecito sia stato autodenunciato dall'odierna appellante e che lo stesso configuri un "abuso di necessità", avendo a oggetto un manufatto adibito a residenza principale.

E invero, l'illiceità di un intervento edilizio va individuata unicamente sulla base della disciplina di riferimento, per cui sulla stessa non sono in grado di influire né le ragioni personali che hanno indotto il privato a commettere l'abuso, né il fatto che l'interessato abbia autodenunciato la realizzazione dell'opera abusiva.

L'appello va, in definitiva, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o 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.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali in favore della parte appellata, liquidandole, forfettariamente, in complessivi € 3.000/00 (tremila), oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento

delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO